

ATTI PARLAMENTARI

XIII LEGISLATURA

CAMERA DEI DEPUTATI

Doc. XXI

n. 6

CONSIGLIO NAZIONALE DELL'ECONOMIA E DEL LAVORO

Una proposta per la disciplina dell'impresa sociale

Indagine richiesta dalla XII Commissione affari sociali della Camera dei deputati

Trasmessa alla Presidenza il 22 maggio 2000

La ricerca è stata diretta dal cons. Edwin Morley-Fletcher e dal prof. Andrea Zoppini, e realizzata con la collaborazione del prof. Alfonso Celotto (cap. III), dalla dott.ssa Maria Alessandra Antonelli (cap. I), dalla dott.ssa Paola Bozzao (cap. VIII), dal dott. Carmelo Barbieri (cap. V e VI), del dott. Lorenzo Cavalaglio (cap. VII e IX), dalla dott.ssa Amalia Lulli (cap. X), dal dott. Alberto Zaino (cap. II), dal dott. Nereo Zamaro (allegato)

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

Le finalità

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

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

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

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

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

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

Il modello 'distributivo' dell'impresa sociale presuppone che siano identificati — in termini tendenzialmente rigidi — i connotati strutturali e funzionali del soggetto destinatario dei benefici pubblici. Tali connotati sono pensati essenzialmente in funzione del rapporto che si crea tra l'ente privato e l'ente pubblico erogatore, oggi parametrato essenzialmente sulla convenzione bilaterale tra il soggetto privato e la burocrazia pubblica, in cui si cristallizzano le rispettive aspettative e pretese. Questa rigidità è apprezzabile sia *ex ante* (ad es. attraverso l'individuazione dei caratteri del destinatario dell'erogazione), sia *ex post*, attraverso un sistema di controllo fondato su oneri di rendicontazione e su norme antielusive. Non è difficile essere avvertiti che si è venuto progressivamente delineando un sistema essenzialmente statico, come emerge nitidamente da fatto che l'attuale disciplina tende a limitare, se non a precludere del tutto, autonome iniziative dell'ente — soprattutto in capo imprenditoriale —, che perde i requisiti che giustificano il trattamento speciale qualora intraprenda attività remunerate fuori del campo degli scopi tipici.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.1. Il rapporto tra lucro e non lucro

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.2. Le implicazioni di politica del diritto

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

Ad un primo inventario, è possibile indicare:

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

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

2.3. Il contesto del non-profit in Italia

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

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

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

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

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

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

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

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

I problemi sottesi alla definizione dell'impresa sociale

3.1 L'esigenza di una definizione

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Questa concezione è definitivamente tramontata.

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

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

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

A fermarsi alla mera nozione tecnica, la socialità dei fini si pone necessariamente in una posizione esterna rispetto agli elementi strutturali della fattispecie. (Conferma ne è, che anche l'illiceità dei fini non impedisce l'applicazione della disciplina dell'impresa, il che fondamentalmente dimostra come l'impresa sintetizzi un sistema di regole che attengono all'attività dei mezzi e del credito destinato alla produzione).

In conclusione su quest'ultimo punto, *l'ordinamento apprezza i fini «sociali» non sul piano dell'impresa come attività economica destinata alla produzione e/o allo scambio di beni o servizi, ma in ragione della forma giuridica di esercizio, cioè del soggetto cui si imputano gli effetti di quella attività economica.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5.1. I rischi di parassitismo nel non-profit.

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

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

5.2. I comportamenti opportunistici nel non-profit.

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

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

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

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

Problemi fisiologici

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- a) La scelta dei beni meritori da produrre.
- b) La scelta della forma giuridica che esercita l'impresa sociale e cui sono imputati i relativi effetti.

B) I profili essenziali e (almeno tendenzialmente) inderogabili, che debbono caratterizzare la disciplina dell'impresa sociale.

- a) Il rapporto con il mercato.
- b) Le regole di 'governo' dell'ente.
- c) La tutela che s'intende riconoscere ai beneficiari e ai lavoratori.
- d) La struttura finanziaria dell'impresa sociale e il reperimento dei capitali.

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

8. La scelta 'politica' dei beni meritori

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

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

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

Sul punto il nostro ordinamento già propone alcune significative indicazioni.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

14. Dal modulo strutturale ai requisiti funzionali

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

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

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

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

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

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

Infine, merita una verifica problematica l'introduzione del principio della porta aperta nell'impresa sociale (ossia del principio in ordine al quale l'ente deve accogliere nella propria compagine sociale tutti coloro che ad essa fanno richiesta). Va precisato che il principio richiamato, se presenta giustificazioni interne alla logica dell'accumulazione del plusvalore cooperativo, può al contempo costituire uno strumento per non cristallizzare la compagine associativa e per consentire margini di contendibilità della guida dell'ente. Dev'essere considerato, del pari, che quest'ultimo argomento è in ultimo solo apparente, atteso che un ente con un nucleo di comando stabile e inefficientemente gestito difficilmente attira soggetti esterni che vogliano offrire il proprio contributo e apporto nella logica del *non-profit*.

Vi è, poi, un argomento ulteriore proprio nella prospettiva della disciplina dell'impresa sociale nel segno della riagggregazione molecolare e delle risposte ai bisogni sociali oggi insoddisfatti. Se si vuole fare dell'impresa sociale uno strumento del pluralismo, è evidente che l'affermazione del principio della porta aperta rischia di frustrare tale obiettivo (non avrebbe senso, infatti, parlare di pluralismo là dove non sia possibile orientare anche ideologicamente la produzione di beni sociali).

14.1. L'esplicita previsione di doveri fiduciari degli amministratori.

Uno dei profili qualificanti e caratterizzanti la disciplina dell'impresa sociale dev'essere il sistema delle regole che presiedono al comportamento degli amministratori.

Si è già avuto modo di constatare che le regole di governo dell'ente incidono sulle concrete modalità e sugli incentivi che condizionano anche il monitoraggio interno dell'attività e il controllo sull'operato degli amministratori.

A questo riguardo, è necessario muovere dalla premessa che l'asimmetria informativa e i conseguenti problemi di *agency* costituiscono il presupposto e il fondamento dei doveri fiduciari degli amministratori. S'intende con ciò dire che tanto maggiore è lo scarto tra il potere decisionale degli amministratori e il potere di controllo dei soci — cosa che tipicamente avviene quando l'ente riceve contributi pubblici ovvero raccoglie i fondi attraverso donazioni o pubbliche sottoscrizioni —, tanto più intensi debbono essere i doveri fiduciari degli amministratori nei confronti della compagine associativa.

Quest'aspetto si rivela particolarmente significativo in relazione alle esigenze cui l'impresa sociale vuole fare fronte, atteso che si tratta d'una disciplina dell'impresa capace di svolgere un ruolo autonomo sul mercato e, quindi, in cui si può presumere che vi sia uno scarto significativo tra il momento decisionale di indirizzo e quello delle determinazioni operative che riguardano l'attività produttiva.

Si tratta pertanto di verificare: a) come definire ed individuare i doveri fiduciari; b) come vengono implementati.

Prima di proporre un modello di soluzione che sia più aderente possibile alle specificità dell'impresa sociale, è possibile muovere da una considerazione generale formulata in negativo: è chiaro che non è possibile fissare una fattispecie rigida e strutturalmente definita; in secondo luogo, i doveri fiduciari non si riducono alla contrarietà alla legge e all'atto costitutivo; infine, una sentenza che produce la nullità non tutela i diritti degli associati e dei beneficiari e non riesce ad implementare gli obblighi fiduciari.

Volendo tentare una prima concettualizzazione è possibile fare riferimento sia alla violazione di esplicite proibizioni (soprattutto quelle inerenti il rispetto del vincolo di non distribuzione degli utili per cui è vietata, anche in forma indiretta, l'appropriazione anche parziale del residuo economico conseguito); sia all'uso inefficiente delle risorse disponibili, suscettibile di essere apprezzato nei termini del dovere di minimizzare i costi, cioè nell'efficienza gestionale; infine, vi è l'obbligo di subordinare l'attività al perseguimento degli obiettivi istituzionali dell'ente, che impone un vincolo sull'operato manageriale che va oltre l'impegno al raggiungimento degli obiettivi istituzionali dell'organizzazione, ma che riguarda anche la destinazione di fondi a specifici scopi, quando ciò sia sollecitato o risponda ad esigenze oggettive dei *patrons*.

14.2. Tecniche di tutela e implementazione dei doveri fiduciari degli amministratori.

Per quanto concerne l'implementazione delle tecniche destinate ad accrescere la *voice* dei singoli associati, sembra opportuno prevedere una clausola generale dei doveri degli amministratori in relazione alla loro attività nell'impresa sociale e affidare alla competenza del tribunale il compito di prendere i provvedimenti più idonei.

La norma che implementa i doveri fiduciari deve necessariamente atteggiarsi a norma di contenuto aperto, in cui si prevede un obbligo di correttezza degli amministratori nell'adempimento del loro mandato al fine di non pregiudicare le finalità dell'ente.

Sulla base di una norma così formulata — così come avviene nel sistema societario degli ordinamenti che prevedono questa fattispecie — è possibile giustificare un intervento dell'autorità giudiziaria nei casi di: a) manifesta incompatibilità/incompetenza/inadeguatezza degli amministratori; b) di *self-dealing*, che sono i casi in cui gli amministratori si appropriano delle opportunità economiche o delle utilità dell'ente; c) di frustrazione di aspettative giuridiche dei soci e della finalità sociale dell'iniziativa economica.

Al fine di rendere l'intervento del giudice effettivo, è necessario prevedere che il provvedimento giudiziale si possa attivare anche in relazione a comportamenti degli amministratori che non si risolvono in una delibera, e deve quindi poter riguardare anche comportamenti materiali. Deve, inoltre, trattarsi anche di un provvedimento atipico, al fine di consentire al giudice prende i provvedimenti più opportuni anche positivi (quindi di sostituirsi all'organo per definire l'assetto più congruo).

Anche sotto questo profilo, dunque, le esigenze di *corporate governance* che riguardano gli enti lucrativi non appaiono in ultimo estranee alla riflessione sull'impresa sociale, rispetto alla quale appare necessario conseguire un obiettivo di efficiente ed efficace controllo del *management*.

15. La posizione degli stakeholders dell'impresa sociale: in particolare i beneficiari e i lavoratori.

La ragione della promozione dell'impresa sociale risiede — come più volte detto sin'ora — nella (*dimostrata*) idoneità ad offrire una risposta più efficiente e/o socialmente preferibile ai bisogni sociali; ciò implica necessariamente che se ne debbano apprezzare le concrete ricadute con riguardo ai soggetti che sono in maniera più diretta coinvolti: i lavoratori subordinati, i prestatori di lavoro volontario non retribuito, i beneficiari.

Per quanto concerne i lavoratori, si è da più parti constatato che anche il lavoratore subordinato partecipa all'impresa sociale, perché non infrequentemente intende realizzare anch'esso una propria specifica missione sociale (il che spiega la ragione per la quale frequentemente i lavoratori negli enti *non-profit* sono sottoretribuiti).

Per quanto attiene, invece, ai beneficiari, essi costituiscono in ultimo la giustificazione della socialità dell'impresa e, al contempo, sono i soggetti più idonei ad apprezzare e valutare le prestazioni loro fornite.

Questi argomenti sorreggono la proposta — che va sotto il nome di modello *multistakeholder* — che mira ad integrare i lavoratori e i beneficiari nei processi decisionali dell'impresa sociale. Si tratta, tuttavia, d'un modello che rischia, tuttavia, di accrescere e rendere inestricabili i problemi gestionali e operativi, ben al di là dei supposti benefici.

Immaginare che i *patrons* ovvero i lavoratori (volontari o retribuiti) possano come tali influire sui processi decisionali dell'ente può concretamente determinare una distorsione della filosofia dell'ente *non-profit*, atteso che s'inseriscono soggetti che verrebbero a trovarsi in una situazione di istituzionale conflitto di interessi con l'ente.

Al contempo, specie quando si tratti di enti di significative dimensioni, attivare meccanismi decisionali complessi (e quindi in ultimo compromissori) incrementa in modo esponenziale i costi transattivi connessi all'attività di decisione.

La soluzione che si propone va, invece, nella direzione di accrescere gli spazi di tutela dei beneficiari e dei lavoratori riconoscendo loro un ruolo essenzialmente all'interno dei sistemi di controllo che si propongono per l'impresa sociale.

15.1. I lavoratori nell'impresa sociale

La posizione dei prestatori di lavoro nell'impresa sociale appare significativamente complessa, atteso che in taluni casi la remunerazione dei fattori produttivi delle organizzazioni *non-profit* non è monetaria, ma di tipo "morale": si pensi, ad esempio, al lavoro volontario o al capitale finanziario fornito sotto forma di donazioni: chi offre lavoro o capitali è motivato da scopi altruistici o in generale ideologici che difficilmente sono compatibili con una gestione ispirata a criteri "produttivistici".

La possibilità di usufruire del lavoro a condizioni diverse dal mercato (nella forma ad es. del lavoro volontario), rappresenta un fattore che al contempo può accentuare gli elementi di opacità sottesi alla difficoltà di valutazione della *performance* negli enti *non-profit*.

Merita, peraltro, sottolineare che i problemi che chiedono soluzione non si risolvono solo nella insufficiente retribuzione dei lavoratori, quanto emerge altresì la necessità di considerare: a) il

monitoraggio delle prestazioni dei lavoratori, rispetto ai quali possono porsi i medesimi problemi di asimmetria informativa che si registrano con riguardo alla valutazione della *performance* in genere; b) l'acquisizione di una specializzazione che non è spendibile sul mercato del lavoro al di fuori del mercato sociale (c.d. *lock-in*); c) una scarsa possibilità di comunicazione delle preferenze.

A questo riguardo, appare evidente che i modelli di disciplina del lavoro nelle imprese connotate ed orientate a fini sociali (soprattutto volontariato e cooperative sociali) non appaiono idonee a proporre una soluzione ai problemi appena richiamati.

Giova, intanto e in termini generali, ribadire che le problematiche connesse alla posizione dei lavoratori è inopportuno che trovino soluzione attraverso forme partecipative, chiamando cioè i lavoratori a 'cogestire' l'impresa sociale. Questo perché una scelta favorevole alla condivisione delle responsabilità dei lavoratori nella gestione dell'impresa sociale non può non soppesare i potenziali risultati inefficienti che ciò comporta.

Come è stato a questo riguardo segnalato [da HANSMANN], lo stesso modello della compartecipazione dei lavoratori nella direzione dell'impresa (quello tedesco della *Mitbestimmung*) opera al livello del consiglio di amministrazione (*Vorstand*) e, quindi, non incide sulle scelte che attengono specificamente all'impiego dei lavoratori, di competenza invece del *management*.

È però evidente che la disciplina dell'impresa sociale non può in ogni caso prescindere dall'obiettivo di realizzare forme di *workplace democracy*.

Se, dunque, i problemi cui facciamo cenno non possono essere risolti in termini partecipativi tradizionali, si pone il problema di delineare forme diverse di coinvolgimento. Ma anche a questo riguardo, è opportuno segnalare che non pare opportuno immaginare modelli o proposte di soluzione univoche e rigide, atteso che il contesto complessivo delle realtà che possono aspirare a rivestire la qualifica di imprenditore sociale è estremamente eterogeneo.

Tra le possibili ipotesi di soluzione possono distinguersi due diversi livelli.

Da un lato, è possibile immaginare forme di rappresentanza parallela agli organi amministrativi dei lavoratori, al fine di consentire la possibilità di comunicare le preferenze e realizzare tecniche di monitoraggio codeterminate delle prestazioni dei lavoratori.

D'altro canto, è ragionevole considerare i lavoratori (gratuiti o sottoretribuiti) come finanziatori dell'impresa sociale che, su questa base, possono rivendicare un diritto di partecipazione attenuato, quale si manifesta soprattutto nell'esercizio dei poteri di controllo sulla gestione dell'impresa sociale.

Inoltre — ma il tema sarà più diffusamente considerato con riguardo ai modelli di finanziamento dell'impresa sociale —, non si deve escludere la possibilità d'immaginare forme di partecipazione economica dei lavoratori, prevedendo ad es. la possibilità di ricorrere titoli di partecipazione (sul genere dei *Genussrechte*) a favore dei lavoratori. Il lavoratore può essere visto esso stesso come un soggetto che realizza un investimento nell'impresa sociale e che legittimamente aspira ad un ritorno.

15.2. I diritti dei beneficiari

Per quanto concerne la posizione giuridica e la tutela dei beneficiari, nell'attuale sistema normativo chi è beneficiario di un ente non lucrativo, in quanto per definizione esterno all'organizzazione dell'attività sociale, non vanta alcun diritto partecipativo e si trova in una posizione di aspettativa non giuridicamente qualificata.

Merita sottolineare che questa conclusione, anche in termini tecnico giuridici, ha subito una progressiva erosione. L'interesse giuridicamente qualificato del beneficiario concerne, infatti, non la richiesta della prestazione, ma il corretto espletarsi della causa non lucrativa; situazione soggettiva che può adeguatamente rappresentarsi nei termini dell'interesse legittimo di diritto privato.

Al di là della qualificazione formale della posizione giuridica considerata, il beneficiario — per quanto in una posizione di asimmetria informativa rispetto all'ente — si colloca in un'evidente e sostanzialmente unica posizione al fine di apprezzare qualitativamente e quantitativamente l'*output* dell'ente.

Ciò, a parere di una parte della dottrina, giustifica un peculiare potere di azione in capo al beneficiario, che, muovendo da una situazione riflessa, vuole ottenere un risultato non immediatamente soddisfacente, in quanto destinato ad avvantaggiare il gruppo dei potenziali beneficiari nel suo complesso, senza che l'eventuale risultato favorevole modifichi la posizione dell'attore rispetto all'utilità finale. Ammettere un'azione finalizzata a verificare il corretto dispiegarsi della causa dell'ente *non-profit*, concretamente significa agire nei confronti degli amministratori che abbiano violato gli obblighi fiduciari sottesi al vincolo di non distribuzione.

Questi presupposti sembrano tipicamente realizzati nel caso in cui gli amministratori siano responsabili di "mismanagement" e "self dealing", ovvero quando facciano un uso improprio dei fondi ricevuti dall'amministrazione pubblica e da donazioni private.

Accanto a questa previsione generale, e strumentalmente alla possibilità di esercitare un controllo effettivo, nella disciplina dell'impresa sociale devono prevedersi a favore dei beneficiari; a) diritti di informazione; b) diritti alla pubblicità e alla trasparenza delle tecniche selettive dei progetti sociali.

In questa prospettiva, può concordarsi con la proposta già da altri formulata di prevedere il diritto all'informazione e all'accesso ai documenti delle organizzazioni di volontariato, al fine di evitare processi di discriminazione o, comunque, di gestione contraria ai fini istituzionali.

Un profilo ulteriore meritevole di attenzione concerne la disciplina delle procedure di selezione interna con riguardo principalmente alla motivazione delle decisioni in relazione ai criteri definiti dallo statuto.

Nella definizione di tale modello resta, comunque, decisivo il fatto che si tenga adeguatamente conto delle distinzioni formali e funzionali che si registrano tra i vari possibili modelli organizzativi.

16. Reperimento del capitale di debito e del capitale di rischio nell'impresa non-profit. La struttura finanziaria

Un ulteriore profilo che appare meritevole di attenzione nella disciplina dell'impresa sociale concerne il capitale di rischio e il capitale di debito e il relativo rapporto.

Premessa logica allo svolgimento di questo punto è l'analisi in ordine al modo in cui l'ente senza scopo di lucro reperisce il capitale da destinare all'attività imprenditoriale socialmente meritoria.

Non vi è dubbio sul fatto che quello appena richiamato costituisce uno dei connotati problematici dell'ente *non-profit*, che è fisiologicamente sottocapitalizzato, in quanto i mezzi propri sono tendenzialmente insufficienti a fare fronte all'attività di lungo periodo intrapresa.

Questa carenza si spiega in quanto gli enti senza scopo di lucro possono fare appello in maniera molto limitata al capitale di rischio, attesa la mancanza di qualsiasi remunerazione. Parallelamente, e conseguentemente, gli enti senza scopo di lucro hanno accesso al capitale di debito a condizioni più onerose e problematiche rispetto agli enti lucrativi.

Un profilo ulteriore che concerne la struttura finanziaria — ma che di quello appena analizzato è la diretta proiezione — attiene al fatto che gli enti *non-profit* sono tipicamente caratterizzati da una significativa rigidità strutturale (c.d. problemi di *lock-in*), in quanto hanno difficoltà a modulare il livello di investimento in relazione alle contingenze del mercato e al variare della domanda e dell'offerta, sia nel senso di investire — per la appena ricordata difficoltà a reperire capitale di rischio o di debito —, sia nell'opposta direzione del disinvestimento, in quanto a ciò frequentemente si oppongono gli stessi amministratori e/o i lavoratori ovvero i beneficiari.

Questo concretamente significa che una volta posto in essere un determinato assetto produttivo *non-profit* è difficile che sia revocato in discussione e ripensato strutturalmente.

16.1. Le tecniche per favorire la capitalizzazione

La risposta che anche in questo caso si propone è nel senso di *estendere la competizione tra imprese non-profit ed imprese for profit dal piano dei prodotti a quello dei finanziamenti di origine privata*.

Questa scelta non deve, tuttavia, essere frutto di una logica che tenda ad ibridare il *non-profit* con i meccanismi lucrativi. In questo modo, infatti, si determinerebbe una situazione potenzialmente patologica, in quanto il socio capitalista è portatore di interessi che contraddicono la logica non lucrativa. Anche a questo riguardo, merita una riserva la proposta di generalizzare il modello cooperativo; sul punto è sempre bene ricordare che in altri ordinamenti sono stati intrapresi progetti di *demutualization*, in quanto si preferisce scindere l'ente mutualistico in un ente *autenticamente* lucrativo (che svolge attività imprenditoriale) e un ente *non-profit*, che utilizza i proventi e li destina a finalità altruistiche.

Per questa ragione, si ritiene che l'esperienza della cooperativa sociale non sia suscettibile di generalizzazione come tale e che questa forma giuridica si giustifichi proprio per la caratteristica di realizzare un'attività intrapresa immediatamente da soggetti socialmente bisognose.

16.2. La possibilità di collocare titoli obbligazionari sul mercato

Una prima proposta, che tuttavia non è parsa risolutiva del problema, è quella di consentire all'ente *non-profit* che esercita l'impresa sociale di collocare sul mercato titoli obbligazionari che assicurano un

determinato rendimento (che eventualmente 'compensano' l'eventuale scarto con il tasso di rendimento degli investimenti speculativi con il connotato etico dell'operazione). L'emissione di obbligazioni in questo caso dev'essere garantita non dall'immobilizzazione nel patrimonio dell'emittente, ma da soggetti terzi (quali ad es. i fondi per il volontariato o altri enti *non-profit*).

Si potrebbe, altresì, ipotizzare una diversa forma di valore mobiliare, che incorpori il diritto a ricevere un servizio o una particolare prestazione. Il valore del titolo potrebbe essere superiore al semplice costo della prestazione, nei casi in cui consenta di avvalersi di prestazioni che, in condizioni normali, sarebbe estremamente difficile ottenere. (Ad esempio chi sottoscrive tale titolo acquista il diritto immediatamente a una prestazione come l'ingresso in una casa di cura che altrimenti richiederebbe una lunga attesa.)

Queste proposte, per quanto sicuramente meritevole di attenzione non possono ritenersi sufficienti, perché finirebbero col premiare le imprese sociali che già vantano una sufficiente affermazione e credibilità sul mercato; pertanto, esse non sembrano idonee a risolvere il problema della sottocapitalizzazione delle imprese *non-profit*.

16.3. Proposta di un modello di partecipazione al capitale di debito 'forte'

Per correggere la fragilità finanziaria dell'impresa sociale, si ritiene dover proporre un modello flessibile di *partecipazione al capitale di debito 'forte'*.

Si tratta, in sostanza, d'una speciale disciplina rivolta all'investitore nell'impresa sociale cui sono assicurati taluni poteri sociali di controllo in modo garantire l'investimento.

Le principali caratteristiche del modello di finanziamento partecipativo che sono illustrate nella ricerca sono le seguenti.

In primo luogo, la sottoscrizione del finanziamento partecipativo garantisce un rendimento che si capitalizza e che è liquidato solo allo scioglimento dell'ente (ove è comunque postergato ai creditori sociali). Il finanziatore — se non è al contempo socio — non partecipa alla formazione della volontà sociale (quindi ad es. non gli competono diritti quali il voto in assemblea o l'impugnativa delle delibere assembleari). In questo modo, le scelte e la filosofia dell'ente non lucrativo rimangono esclusivamente in capo all'organo di indirizzo.

Al finanziatore competono, invece, poteri di controllo molto intensi che attengono all'area dell'amministrazione (ad es. diritto all'informazione sociale, l'azione sociale di responsabilità); ad essa possono aggiungersi il diritto di nominare un consigliere di amministrazione con funzioni di controllo e un consigliere (o più di uno) nell'organo di revisione contabile.

Pur non attribuendo un rendimento immediato (o eventualmente è possibile pensare ad una forma di rendimento immediato disincentivante oltre alla capitalizzazione), il finanziamento partecipativo può essere incorporato in un titolo di partecipazione destinato alla circolazione. In questo modo, non si preclude la possibilità di capitalizzare il *capital gain* per l'investitore che voglia dismettere la propria partecipazione.

La proposta sinteticamente delineata nasce, dunque, dall'esigenza di definire un modello il più trasparente possibile di investimento nell'impresa sociale. Chi investe deve farlo *dichiaratamente* per ottenere una remunerazione, ma al contempo ciò non deve pregiudicare le finalità e la filosofia produttiva dell'impresa sociale.

Inoltre, il meccanismo intende fare leva sull'interesse egoistico al controllo dell'investitore per correggere talune patologie caratteristiche del *non-profit*: l'investitore avrà interesse ad agire quando constata una scarsa attenzione al contenimento dei costi di gestione. Al tempo stesso, la presenza di un investitore può costituire un indice significativo per il mercato del credito in ordine all'investimento e al monitoraggio dell'efficiente gestione.

Ai finanziamenti privati che l'ente è in grado di catalizzare, inoltre, è possibile agganciare meccanismi di cofinanziamento pubblico, ad esempio prevedendo che un ammontare pari (o la metà o un terzo) di quanto sottoscritto da un soggetto privato sia sottoscritto dai fondi pubblici (ad es. attraverso i fondi del volontariato); investimento pubblico che — per evitare collusioni tra il *management* e l'investitore privato — potrebbero essere rimborsati alle medesime condizioni, ma *anteriamente* al capitale sottoscritto dal finanziatore.

PAGINA BIANCA

Parte Prima

Analisi dei modelli economici degli enti non-profit.

PAGINA BIANCA

Capitolo I

Ruolo e performance delle organizzazioni non profit

Sommario:

1. Il settore *non profit*: problemi definitori e ipotesi di classificazione
2. Il "fallimento dell'intervento pubblico" come modello di spiegazione delle organizzazioni *non profit* donative
3. Il "fallimento del contratto" come modello di spiegazione delle organizzazioni *non profit* commerciali...
 - Opinione del prof. Stefano Zamagni: Il ruolo delle imprese sociali nell'accumulazione di capitale umano reputazionale
 - 3.1 La compresenza di imprese lucrative e non lucrative: gli effetti sul funzionamento del mercato
4. La *performance* delle organizzazioni *non profit*...
5. I costi di agenzia nelle organizzazioni *non profit*..
 - 5.1 Discrezionalità manageriale ed efficienza organizzativa nelle organizzazioni *non profit*
6. I doveri fiduciari degli amministratori: problemi di implementazione e possibili regole di *governance* delle organizzazioni *non profit*
7. Gli effetti del reperimento di capitale tramite indebitamento sulle scelte economiche dell'impresa *non profit*
8. Considerazioni conclusive nella prospettiva di una disciplina dell'impresa sociale
 - Opinione del prof. Mario Nuti: Gli effetti della demutualizzazione sulle condizioni di efficienza del mercato sociale.

Bibliografia

1. Il settore non profit: problemi definitori e ipotesi di classificazione

L'eterogeneità di organizzazioni rientranti nel cosiddetto terzo settore, sia in relazione alla natura dei beni e/o servizi offerti, sia in riferimento all'assetto istituzionale di mercato o non in cui operano, crea difficoltà definitorie del settore, determinando una certa confusione terminologica in cui si sovrappongono definizioni di tipo giuridico, sociologico ed economico.

Una caratteristica distintiva delle organizzazioni non lucrative è solitamente individuata nel vincolo di non distribuzione degli utili che, sul piano operativo, si riflette nel perseguimento di obiettivi diversi dal profitto; obiettivo dell'organizzazione è invece l'espansione dell'attività istituzionale attraverso il reinvestimento nell'attività stessa dell'eventuale eccesso di entrate sui costi.

Tuttavia, non vi è unanimità di vedute sul contenuto logico del vincolo di non distribuzione. Hansmann (1986, p. 58), ad esempio, definisce *non profit* quelle organizzazioni in cui vige il divieto di distribuire gli eventuali utili conseguiti a chi esercita il controllo dell'organizzazione¹, mentre Weisbrod (1988, p. 1) estende il vincolo di non distribuzione dei profitti ai fondatori e agli associati.

¹Come fa notare Franzini (1997) ciò porterebbe paradossalmente a considerare non profit alcune imprese capitalistiche in cui vige separazione della proprietà dal controllo.

Nonostante le interpretazioni parzialmente diverse, il vincolo di non distribuzione degli utili non sembra, di per sé, una condizione sufficiente a fornire un'identità autonoma al settore *non profit* rispetto ai tradizionali settori pubblico e privato dell'economia poiché esso è estendibile anche ad organizzazioni private i cui profitti, pur non essendo distribuiti, vengono utilizzati in un'ottica di autointeresse (ad esempio i gruppi di autoconsumo) che sembra discostarsi dalla filosofia del *non profit* ed inoltre perché la non distribuzione dei profitti non permetterebbe una distinzione tra organizzazioni pubbliche e organizzazioni private non lucrative annullando ogni tipo di confine tra il settore pubblico, il "tradizionale" settore privato e il settore *non profit*.

Per questi motivi appare più restrittiva, seppure non priva di ambiguità, la definizione proposta da Salamon e Anheier e opportunamente ripresa da Barbeta (1996, p. 57) secondo cui rientrano nel settore *non profit* quelle organizzazioni che: dispongono di una costituzione formale ossia sono formalmente costituite e dotate di uno statuto o di un atto costitutivo; hanno natura giuridica privata²; sono autogovernate, non devono cioè essere controllate da organizzazioni pubbliche o da imprese lucrative; non distribuiscono direttamente o indirettamente ai soci, ai membri o ai dipendenti gli eventuali profitti conseguiti che devono invece essere reinvestiti nell'attività istituzionale dell'organizzazione; utilizzano lavoro volontario.

Il settore *non profit* così delineato ricomprende a sua volta due sottosettori: un sottosettore che potremmo definire "economico" e un sottosettore "sociale" che, per la natura dei beni e servizi offerti sono rispettivamente più prossimi all'economia di mercato e all'economia pubblica.

Nella prima tipologia collochiamo quelle organizzazioni che offrono beni e/o servizi privati e beni e/o servizi pubblici impuri con limitati effetti esterni e che pertanto operano prevalentemente in un contesto di mercato; nel secondo raggruppamento includiamo invece le organizzazioni che operano in aree di sovrapposizione o, a volte, in collaborazione con lo Stato e che quindi offrono beni e/o servizi collettivi definibili come beni o servizi ad alto contenuto di effetti esterni nel senso che il beneficio affrisce, sebbene in misura diversa, anche a chi non sopporta alcun costo³.

E' da sottolineare che tale ripartizione, fondata sull'estensione dei benefici dell'attività organizzativa o, in altri termini, sull'identificazione dei beneficiari, individuabili nel primo caso e indistinti nel secondo, non è integralmente assimilabile alla distinzione delle organizzazioni *non profit* proposta dalla letteratura americana che fa riferimento all'estensione dell'attività organizzativa per cui le organizzazioni *non profit* si definiscono *mutual benefits* se i beneficiari dell'attività organizzativa sono i membri dell'organizzazione e *public benefits* se invece essi sono anche persone esterne all'organizzazione.

Adottando infatti quest'ultimo criterio classificatorio, le associazioni di persone disabili sarebbero incluse tra le organizzazioni mutualistiche; tuttavia il servizio offerto genera effetti esterni, in particolare benefici sociali, nella misura in cui garantisce la formazione, l'assistenza sanitaria o la crescita culturale di una parte della popolazione.

Alla diversa natura dei benefici connessi all'attività svolta corrisponde in parte anche una diversa modalità di finanziamento. Nell'universo *non profit* si individuano infatti le organizzazioni *donative* la cui fonte di finanziamento è totalmente o prevalentemente costituita da donazioni e le organizzazioni *commerciali* i cui proventi derivano integralmente o in misura prevalente dalla vendita di beni e/o servizi sul mercato.

Nella parte che segue adotteremo questa distinzione includendo nella prima categoria le organizzazioni produttrici di beni o servizi pubblici puri che, per le loro caratteristiche, non possono essere oggetto di transazioni commerciali di mercato mentre nella seconda facciamo rientrare le organizzazioni che offrono beni (privati, a basso contenuto di effetti esterni o comunque escludibili) che, per le loro caratteristiche, sono scambiati in un contesto di mercato attraverso le normali relazioni contrattuali.

Come verrà meglio chiarito in seguito, diversi sono i ruoli delle diverse tipologie organizzative nel sistema economico. Nel primo caso, le organizzazioni *non profit* operano in aree di intervento tipicamente pubbliche e costituiscono un'alternativa o un'integrazione dell'offerta pubblica; usando la terminologia di Weisbrod esse infatti rappresentano una soluzione al cosiddetto "fallimento dello Stato". Le organizzazioni commerciali invece si pongono sullo stesso piano delle organizzazioni lucrative con le

² Sulla difficoltà di applicazione di questa definizione ad alcune realtà organizzative (come ad esempio le Ispab), si rimanda a G. P. Barbeta (1996).

³ Nella categoria dei beni collettivi includiamo quindi sia i beni pubblici puri (ricerca scientifica, protezione ambientale), che i beni meritori.

quali concorrono in un contesto di mercato, integrando l'offerta privata di quei beni e servizi perchè in grado di meglio soddisfare e tutelare i consumatori ovviando a ciò che Hansmann definisce "fallimento del contratto".

In una posizione intermedia si pongono le organizzazioni che potremmo definire "miste" che operano sia in aree di intervento tipicamente pubbliche, sia nella sfera economica di mercato e la cui attività commerciale ha il solo scopo di *cross subsidization* nei confronti dell'attività istituzionale dell'ente la cui espansione costituisce obiettivo primario dell'organizzazione. Ai nostri fini non attribuiamo un'identità autonoma alle organizzazioni multiprodotto che presentano elementi comuni sia con le organizzazioni donative che con quelle commerciali, ma le consideriamo la naturale integrazione delle teorie del fallimento dello Stato e del fallimento del contratto.

2. Il "fallimento dell'intervento pubblico" come modello di spiegazione delle organizzazioni *non profit* donative

Le organizzazioni donative costituiscono un esempio della cooperazione tra pubblico e privato. Il peso prevalente delle donazioni private o dei fondi pubblici nel finanziamento piuttosto che il pagamento di un prezzo corrispettivo per l'acquisto e il consumo rivale ed escludibile del bene e/o servizio, trova origine nella natura collettiva dei beni o servizi offerti.

Le organizzazioni donative, che sono prevalentemente *public benefits*, costituiscono, secondo Weisbrod (1986), una valida risposta al "fallimento dello Stato"; la categoria economica che entra in gioco è quella dell'inefficienza dei meccanismi di decisione collettiva.

Com'è noto, se si esclude il caso limite di una regola decisionale fondata sull'unanimità, per gli ovvi problemi di *free rider*, secondo cui ognuno finanzia la produzione di un bene collettivo in misura pari al beneficio che ne riceve, in un meccanismo di decisione collettiva fondato sul voto a maggioranza risultano decisive le preferenze dell'elettore mediano⁴.

In particolare, assumendo che la distribuzione di frequenza dei livelli preferiti di bene pubblico sia normale, la votazione a maggioranza comporta la produzione del volume di bene o servizio pubblico e una ripartizione del costo di produzione che riflettono le preferenze e la disponibilità a pagare dell'elettore mediano che è quindi determinante per l'esito della votazione e per la ripartizione del carico tributario per la copertura dei costi di produzione.

L'ovvia conseguenza è che gruppi di cittadini risultano insoddisfatti dell'offerta pubblica o perchè sarebbero disposti a pagare di più per un'ulteriore espansione dell'offerta (cittadini *undersatisfied*) o perchè sopportano un'imposizione fiscale superiore ai loro benefici marginali e sarebbero quindi propensi ad una riduzione del livello di bene o servizio offerto (cittadini *oversatisfied*).

Secondo Weisbrod quindi le organizzazioni non lucrative sorgono in risposta al fallimento dello Stato nel soddisfare la domanda di beni collettivi; in particolare esse generano un'espansione dell'offerta di beni collettivi tale da soddisfare la domanda residuale dei cittadini *undersatisfied*.

La teoria di Weisbrod lascia comunque insolte alcune questioni: perchè i cittadini insoddisfatti non esercitano il loro potere di voice, attraverso ad esempio, attività di *lobbying*, per tentare di modificare le scelte pubbliche o le regole che presiedono ad esse, ma si affidano piuttosto alle organizzazioni private non lucrative? Quali sono i fattori che incentivano gli individui a finanziare attraverso donazioni le organizzazioni *non profit*? Queste ultime costituiscono una risposta efficiente al fallimento dello Stato, per esempio operano in una scala dimensionale efficiente?

Alcuni punti sono stati chiariti successivamente dallo stesso Weisbrod, altri invece trovano risposta in altre direzioni.

Ad esempio la soluzione al problema posto dal meccanismo dell'elettore mediano può essere individuata nella produzione privata non lucrativa anzichè nello stesso ambito d'azione pubblica, in quanto costituisce un'alternativa ad altri tipi di fallimento dello Stato, oltre quello evidenziato da Weisbrod.

L'azione pubblica è infatti soggetta a vincoli tali da limitarne fortemente l'efficacia; tra essi quello che Douglas (1983)⁵ chiama "*categorical constraint*" ossia il vincolo di eguale trattamento dei cittadini cui ovviamente non è sottoposta un'organizzazione non lucrativa e, conseguentemente, i vincoli posti

⁴ Questo aspetto è stato messo in luce da Bowen.

⁵ Citato in Chillemi (1991).

dalla burocratizzazione dell'azione pubblica che diminuiscono la possibilità di soddisfare adeguatamente e tempestivamente una domanda eterogenea rispetto alla qualità del servizio (Chillemi 1991, p. 53).

In tal caso le organizzazioni *non profit* avrebbero un ruolo autonomo rispetto allo Stato e complementare ad esso nella produzione di beni e/o servizi collettivi e ciò spiegherebbe l'esistenza delle organizzazioni non lucrative sia dal lato della domanda che dal lato dell'offerta; nel momento in cui vi è una domanda residuale insoddisfatta dallo Stato o per l'inefficienza dei meccanismi di decisione collettiva o per i vincoli cui l'azione statale è sottoposta, si crea inevitabilmente spazio per l'azione privata poiché sono proprio i cittadini *undersatisfied* che potrebbero prendere l'iniziativa di produrre privatamente i beni o i servizi offerti in misura insufficiente dallo Stato.

Questa non è comunque una condizione sufficiente per lo sviluppo di organizzazioni *non profit*; è necessario infatti disporre di finanziamenti adeguati che, in relazione alla natura del bene o servizio offerto, possono provenire esclusivamente da donazioni (beni o servizi pubblici puri) o possono essere di tipo "misto" derivanti cioè sia da donazioni che dagli introiti derivanti dalla vendita sul mercato (beni o servizi privati o comunque escludibili).

La tesi generalmente sostenuta (Fama e Jensen 1983; Hansmann 1980) è che le organizzazioni *non profit* sono in una situazione privilegiata rispetto alle organizzazioni lucrative nel ricevere finanziamenti sotto forma di donazioni. L'obiettivo non lucrativo dovrebbe infatti favorire l'*enforcement* dell'implicito accordo tra finanziatori-donanti (principali) e organizzazione (agente) attenuando la conflittualità di obiettivi tra principale e agente e, conseguentemente, l'opportunismo dell'agente nell'utilizzi improprio dei fondi disponibili⁶.

Vi sono inoltre altre variabili che incidono positivamente nell'orientare le scelte individuali verso produzioni *non profit* come ad esempio l'influenza che l'agire per ciò che può essere ritenuta "una giusta causa" o per potenziare la produzione di un bene o servizio atto a soddisfare un eventuale bisogno futuro (si pensi alla ricerca scientifica medica) hanno sulle preferenze individuali.

Unitamente a questi fattori, potrebbero inoltre esservi anche pressioni di tipo sociale che, usando la terminologia di Weisbrod, attribuiscono alle organizzazioni non lucrative una sorta di *coercive and compulsory power*⁷ (Angeloni 1996, p.187).

In ogni caso, le organizzazioni finanziate esclusivamente o prevalentemente con donazioni private operano in aree di intervento tipicamente pubbliche; pertanto, l'eventuale vantaggio comparato della soluzione *non profit* nel garantire il perseguimento degli obiettivi istituzionali organizzativi andrebbe valutato non in riferimento alle imprese lucrative, come suggeriscono Fama e Jensen, quanto piuttosto in relazione alle burocrazie pubbliche o meglio agli incentivi dei burocrati nel destinare i fondi pubblici al perseguimento di obiettivi sociali.

Inoltre, se da un lato gli obiettivi "sociali" pongono le organizzazioni *non profit* donative in una posizione favorevole nella raccolta di donazioni, dall'altro la natura dei beni e servizi offerti le espone comunque al rischio di comportamenti *free riding* da parte dei potenziali donatori.

Infine, l'intervento selettivo e circoscritto delle organizzazioni *non profit* o perché finalizzato a soddisfare solo la domanda di una parte della popolazione o perché vincolato dal lato dei finanziamenti ad un'ulteriore espansione dell'attività, può generare una polverizzazione di imprese di dimensioni non ottimali con il mancato sfruttamento di eventuali economie di scala.

Una possibile forma di regolamentazione pubblica da attuarsi per mezzo di erogazione di finanziamenti da parte dello Stato attraverso, ad esempio, meccanismi di assegnazione tramite asta, potrebbe favorire l'espansione delle imprese sottodimensionate e, al tempo stesso, effettivi recuperi di efficienza derivanti dal contesto concorrenziale in cui le organizzazioni stesse sono proiettate.

⁶ Nella sua formulazione più semplice un rapporto di agenzia insorge tutte le volte in cui ad un individuo (l'agente) è delegato lo svolgimento di un'azione da parte di un altro individuo (il principale) nonostante che l'interesse di quest'ultimo non sia coincidente con gli obiettivi del primo e che l'agente possieda più informazioni del principale. Tra principale e agente vi è quindi un rapporto di delega unitamente a conflittualità di obiettivi e informazione asimmetrica. In tali circostanze, sorge la necessità di meccanismi di *enforcement* endogeni attraverso i quali si cerca di garantire che gli accordi pattuiti siano rispettati da principale e agente.

⁷ Si può pensare che se questi fattori di influenza hanno un peso non trascurabile, l'individuo anziché trovarsi nella tipica situazione delineata da un gioco tipo "dilemma del prigioniero" la cui strategia dominante è la non cooperazione (la non contribuzione), si trovi in una situazione assimilabile ad un *chicken game* in cui la strategia cooperativa (di contribuzione volontaria), domina comunque la strategia non cooperativa, ossia di *free rider*.

L'intervento pubblico non modificherebbe, tra l'altro, la posizione e il ruolo dei donatori privati dato che non escluderebbe la possibilità di cooperazione tra pubblico e privato dal lato dei finanziamenti.

Infine, sembra opportuno specificare che sebbene la tesi che definisce le organizzazioni *non profit* come risposta al fallimento dello Stato risulti in primo luogo applicabile a organizzazioni produttrici di beni collettivi, non mancano posizioni teoriche che estendono la teoria del fallimento dello Stato anche ad organizzazioni che producono beni appropriabili individualmente.

A tale riguardo Weisbrod distingue tra organizzazioni *non profit public type*, che producono beni collettivi, e organizzazioni *non profit trust type* che producono beni privati con caratteristiche ignote all'acquirente e rispetto ai quali è quindi importante che si instauri un rapporto di fiducia con il produttore. In quest'ottica l'organizzazione *trust type* produrrebbe anch'essa un bene collettivo consistente nell'informazione sulla qualità del bene determinando così un'integrazione tra la teoria esplicativa delle organizzazioni *non profit* donative produttrici di beni collettivi e la teoria relativa alle organizzazioni commerciali che operano in un contesto di mercato.

3. Il "fallimento del contratto" come modello di spiegazione delle organizzazioni *non profit* commerciali

Le organizzazioni commerciali *non profit* costituiscono un insieme molto più ampio delle corrispondenti organizzazioni puramente donative.

Esse infatti operano in un contesto di mercato e pertanto l'oggetto della loro attività organizzativa è l'offerta esclusiva o parziale di beni il cui beneficio è individualmente appropriabile, quindi beni privati o a basso contenuto di effetti esterni.

Dal punto di vista economico la principale motivazione a giustificazione delle organizzazioni commerciali è individuabile nella teoria del fallimento del contratto di Hansmann (1980) fondata sull'idea che qualora l'acquirente di un bene o servizio, che non coincide necessariamente con il beneficiario finale del bene ma è colui che finanzia la produzione o attraverso donazioni o attraverso il pagamento di un prezzo corrispettivo, non sia in grado di valutare accuratamente aspetti qualitativi del bene, la formula organizzativa *non profit* garantisce da eventuali comportamenti opportunistici post contrattuali del fornitore.

In altri termini, il divieto di distribuire gli utili si pone a tutela del consumatore poiché elimina la possibilità di offrire beni o servizi di qualità o quantità inferiori rispetto a quelle promesse allo scopo di massimizzare il profitto e garantisce quindi l'*enforcement* del contratto intercorrente tra principale (consumatore) e agente (organizzazione non lucrativa) attenuando la divergenza di obiettivi delle parti.

La teoria di Hansmann si basa sulla considerazione esclusiva del rapporto intercorrente tra organizzazione produttrice di beni e servizi e consumatore; estendendo l'analisi e considerando l'organizzazione *non profit* come un'organizzazione complessa in cui operano una molteplicità di rapporti principale-agente (ad esempio tra donatori e amministratori, tra amministratori e soci, tra questi ultimi e lavoratori e infine tra l'organizzazione nel suo insieme e i beneficiari) Krashinsky (1986) sottolinea il ruolo delle organizzazioni *non profit* nel minimizzare i costi decisionali interni favorendo la risoluzione di eventuali conflitti di interessi. La spiegazione poggia fondamentalmente su motivazioni extraeconomiche principalmente dovute alla condivisione di ideali che dovrebbe caratterizzare coloro che, a vario titolo, partecipano all'attività organizzativa.

Entrambi i punti di vista sembrano però utili a spiegare solo certe specifiche tipologie di organizzazioni e presentano alcune debolezze.

In entrambi i casi infatti le motivazioni addotte hanno prevalente valenza esplicativa per organizzazioni in cui i soci sono anche beneficiari del servizio cioè le *mutual*; è ragionevole assumere che l'adesione volontaria ad un club o ad un'associazione presupponga una condivisione di valori comuni e di interessi la cui tutela è maggiormente garantita da una forma organizzativa che, anche sul piano istituzionale, si autovincola al perseguimento di quegli stessi interessi. I principi regolativi del *non profit* potrebbero quindi essere individuati nel particolare "rapporto fiduciario" che si instaura tra consumatori e fornitori del servizio per una evidente condivisione di interessi e nella "reciprocità" delle relazioni in cui, a differenza delle relazioni di scambio di mercato, il trasferimento precede sia logicamente, sia temporalmente l'oggetto contraccambiato (Zamagni 1998, p. 40): ad esempio chi si associa ad un club ha come punto fermo soltanto un'aspettativa di reciprocità.

“ Le imprese sociali hanno un ruolo rilevante nel processo di accumulazione di capitale umano reputazionale o, meglio, di capitale sociale. Per capitale sociale si intende l'insieme di “reti di fiducia” esistenti tra soggetti in una determinata area.

Nell'era della globalizzazione, esse rappresentano l'elemento determinante il progresso o il regresso di una determinata area in quanto l'elemento fiduciario è precondizione alla stipulazione dei contratti e, in generale, all'attività economica commerciale. Diversa era la situazione in epoche passate in cui l'esistenza di economie locali favoriva la conoscenza diretta e, conseguentemente, l'esistenza di rapporti fiduciari. Al contrario, attualmente si registra una scarsità di capitale sociale. Resta quindi da chiedersi chi o cosa possa favorire l'investimento in capitale sociale.

Le imprese lucrative non sembrano idonee a tale scopo in quanto animate da interessi opportunistici, né lo Stato sembra poter assolvere a tale funzione in quanto utilizzatore di capitale sociale.

Diverso è invece il ruolo delle imprese sociali, nelle diverse forme che esse assumono, il cui *modus operandi* non dipende dalla logica del profitto, né dalla logica burocratica e perciò creano reti sociali. Non a caso le regioni italiane maggiormente sviluppate sono quelle in cui si è registrato un forte movimento cooperativo” (prof. S. Zamagni)

3.1 La compresenza di imprese lucrative e non lucrative: gli effetti sul funzionamento del mercato

In alcuni settori di mercato le organizzazioni non profit operano in competizione con le organizzazioni for profit⁸.

Sono state fornite diverse spiegazioni sul perché non prevalga l'una o l'altra forma organizzativa, alcune di esse si collocano dal lato della domanda, altre dal lato dell'offerta.

Rose-Ackerman (1996) ad esempio enfatizza il ruolo che le motivazioni di tipo ideologico hanno nell'alimentare la fiducia da parte dei consumatori nei confronti di organizzazioni *non profit* e riconduce la presenza di organizzazioni non lucrative in settori in cui operano organizzazioni lucrative a fattori non economici.

In questa prospettiva, la coesistenza di organizzazioni aventi obiettivi eterogenei può essere spiegata dall'eterogeneità delle preferenze dei consumatori, ossia dal lato della domanda.

Le motivazioni ideologiche e la propensione all'altruismo possono infatti prevalere in alcuni individui piuttosto che in altri maggiormente orientati a privilegiare il nesso tra ricerca del profitto ed efficienza economica e, in entrambi i casi, le preferenze individuali possono non mutare nel tempo se vi è impossibilità di verificare ex post la qualità del bene o servizio acquistato⁹.

In altri termini, è come se le imprese offrissero prodotti differenziati orizzontalmente¹⁰ e non omogenei agli occhi del consumatore determinando una concorrenza monopolistica in cui ogni impresa mantiene una propria nicchia di mercato.

Dal lato dell'offerta invece la compresenza di organizzazioni aventi obiettivi diversi può essere spiegata dagli effetti che l'assenza di funzioni obiettivo omogenee dei produttori genera sui normali meccanismi di selezione del mercato.

L'analisi economica tradizionale concepisce il mercato come un sistema di scambi volontari in cui i contrastanti obiettivi degli agenti sono resi compatibili dalla funzione di coordinamento che esso svolge tra il lato della domanda e il lato dell'offerta. Le ipotesi poi di perfetta informazione e di libertà di entrata

⁸ Ci riferiamo ad organizzazioni che competono sul piano dei prodotti venduti sul mercato. Più precisamente ad organizzazioni non profit public benefits che svolgono attività commerciale anche se solo a scopo di *cross subsidization*.

⁹ Se si tratta invece di experience goods (services), cioè di beni (servizi) di cui è possibile accertarne la qualità dopo il consumo il consumatore potrebbe mutare le proprie scelte se, com'è verosimile, gli aspetti qualitativi del prodotto costituiscono una variabile che influenza positivamente il suo livello di utilità.

¹⁰ Ci si riferisce all'approccio di Lancaster (1971) che definisce i beni come insiemi di caratteristiche per le quali le preferenze dei consumatori possono essere eterogenee. In quest'ottica due beni si dicono differenziati orizzontalmente se nessuno dei due ha un contenuto maggiore di tutte le caratteristiche del bene. Si considerino per semplicità due beni aventi due sole caratteristiche: una ad elevato contenuto di effetti esterni e l'altra funzionale al profitto. Per il consumatore il bene prodotto da un'organizzazione non profit contiene maggiormente (o esclusivamente) la prima caratteristica, mentre il bene di un'impresa lucrativa contiene soltanto la seconda caratteristica.

e di uscita tipiche, tra le altre di un mercato perfettamente concorrenziale, garantiscono l'uguaglianza tra domanda e offerta, ossia un equilibrio *market clearing*, attraverso un uso efficiente delle risorse¹¹.

In altri termini, gli interessi "egoistici" dei produttori, individuabili nella ricerca del profitto, e dei consumatori, le cui scelte sono orientate alla massimizzazione della loro funzione di utilità, assicurano, attraverso l'operare dei meccanismi di selezione del mercato la sopravvivenza di imprese efficienti, che producono cioè al minimo costo e garantiscono risultati socialmente ottimali.

Lo scenario muta, almeno parzialmente, in presenza di concorrenza tra organizzazioni con obiettivi eterogenei.

In presenza di organizzazioni *non profit*, la mancanza di informazioni circa la capacità dell'organizzazione di realizzare gli obiettivi prefissati a causa delle difficoltà di misurazione degli obiettivi stessi, può essere all'origine di "barriere all'uscita" (Hansmann 1980).

Ciò vale soprattutto per quei settori in cui operano organizzazioni i cui finanziamenti provengono prevalentemente da donazioni o fondi pubblici; l'acquisizione di donazioni o l'attribuzione di fondi pubblici non correlati all'effettiva efficienza ed efficacia operativa dell'organizzazione può infatti causare la sopravvivenza di organizzazioni con elevati livelli di inefficienza e di inefficacia organizzativa la cui persistenza dovrebbe essere giustificata esclusivamente sulla base della meritorietà dell'attività svolta.

Ma anche in riferimento ad organizzazioni *non profit* che svolgono attività commerciali e che quindi sono in competizione con organizzazioni *for profit* sul mercato dei prodotti, la competizione potrebbe non realizzare affatto una selezione delle imprese più efficienti bensì delle imprese meno orientate alla ricerca del profitto e disposte, quindi, a sopportare quote di inefficienza accettando un margine di profitto inferiore in quanto esclusivamente funzionale ad attività di *cross subsidization* (Mittone 1996, p. 143).

Ciò può tradursi nel disincentivo alla minimizzazione dei costi che, a sua volta, si riflette anche in un minore impulso da parte delle organizzazioni *non profit* alla ricerca di nuove tecnologie in grado di ridurre i costi ed in una maggiore propensione all'impiego di tecniche produttive *labour intensive* per la presenza di lavoro volontario che caratterizza il settore.

Inoltre, poichè in alcuni casi la remunerazione dei fattori produttivi delle organizzazioni *non profit* non è monetaria ma di tipo "morale", si pensi ad esempio al lavoro volontario o al capitale finanziario fornito sotto forma di donazioni, chi offre lavoro o capitali è motivato da scopi altruistici o in generale ideologici che difficilmente sono compatibili con una gestione ispirata a criteri "produttivistici"¹².

Specularmente, il risparmio sul costo del lavoro da parte delle organizzazioni *non profit* induce le organizzazioni orientate al profitto ad una più intensa ricerca di tecnologie *cost saving* proprio per compensare il divario dei costi dovuto alla possibilità delle organizzazioni non lucrative di disporre di fattori della produzione a costo zero.

La possibilità di economizzare sui fattori produttivi, che a volte viene considerata un vantaggio per il *non profit*, può però generare effetti perversi o comunque non facilmente prevedibili.

Il prevalente impiego del fattore lavoro, dovuto anche alla natura stessa di alcune attività (si pensi ad esempio ai servizi di assistenza), a costi bassi o nulli per la presenza di lavoro volontario e l'assenza di remunerazione del fattore capitale implicano come conseguenza immediata che le organizzazioni non lucrative hanno curve dei costi più basse rispetto alle imprese lucrative concorrenti, con la possibilità di fissare prezzi più competitivi e di espandere la propria quota di mercato. Se così fosse, i meccanismi di selezione del mercato dovrebbero indurre le imprese con costi di produzione e prezzi più elevati, nel nostro caso le imprese lucrative, ad uscire dal mercato che, quindi, dovrebbe essere caratterizzato dalla presenza prevalente di organizzazioni non lucrative.

Tuttavia, le fonti di finanziamento del settore *non profit* (donazioni private o fondi pubblici) sono tali da non consentire un immediato reperimento di capitale in caso di necessità di espansione dell'offerta a seguito di incrementi della domanda; inoltre, anche il lavoro volontario per sua natura non necessariamente specialistico e soggetto ad una certa instabilità delle prestazioni, può costituire un fattore di rigidità dell'offerta rendendo vana la possibilità di espandere l'offerta¹³ lasciando quindi spazi di mercato ad imprese aventi obiettivi diversi.

¹¹ L'idea è sintetizzata nel primo teorema dell'economia del benessere secondo cui un equilibrio economico di concorrenza perfetta è un ottimo paretiano. E' necessario però sottolineare che il teorema si basa su ipotesi, quelle appunto della concorrenza perfetta, abbastanza restrittive e non facilmente riscontrabili nella realtà.

¹² L. Mittone (1996, 156) cit.

¹³ Quanto detto vale anche nel caso di riduzione della domanda per certi beni o servizi offerti da organizzazioni non lucrative. Se il flusso di donazioni o fondi pubblici non si contrae tempestivamente in risposta ad una riduzione della domanda diventano operative le "barriere all'uscita" di cui parla Hansmann.

La difficoltà di ottenere i vantaggi derivanti da costi di produzione inferiori, possono alimentare la tendenza a non minimizzare i costi produttivi spostando le organizzazioni *non profit* su curve di costo più alte e uniformando il loro comportamento di mercato a quello delle organizzazioni *for profit* e determinando un equilibrio di lungo periodo in cui coesistono organizzazioni *non profit* e *for profit* e in cui le prime si comportano come le seconde¹⁴.

4. La performance delle organizzazioni *non profit*

La tendenza delle imprese *non profit* alla non minimizzazione dei costi e, eventualmente, a politiche inadeguate di *cross subsidization* che non privilegiano gli obiettivi istituzionali, e quindi prioritari, dell'organizzazione sono quantificabili analiticamente attraverso alcuni indicatori della *performance* organizzativa.

In generale, il concetto di *performance* organizzativa è multidimensionale; esso attiene infatti sia all'efficacia, ossia al grado di raggiungimento degli obiettivi prefissati, che all'efficienza dell'organizzazione, cioè alle tecniche produttive usate per il raggiungimento di quegli obiettivi.

L'eterogeneità dei beni e servizi prodotti dal settore *non profit*, nonché la loro difficile misurazione sia per il contenuto a volte prevalentemente sociale sia per l'importanza che assumono gli aspetti qualitativi del bene o del servizio offerto, impediscono l'individuazione di indicatori di efficacia universalmente validi e richiederebbero quindi specifiche analisi di settore.

Per questi motivi considereremo soprattutto indicatori dell'efficienza interna delle organizzazioni che meglio si prestano a considerazioni di tipo generale e a valutazioni comparative e a tal fine adotteremo l'ipotesi generale di una funzione di produzione con due soli input: capitale e lavoro. Ciò implica naturalmente che l'output dell'attività produttiva debba in qualche modo, seppure imperfettamente, essere misurato; gran parte delle analisi empiriche sulla misurazione delle *performance* organizzative adottano a tal fine appropriate *proxy* che variano di volta in volta in relazione al tipo di attività che si sta considerando (nel caso dei servizi scolastici o ospedalieri, ad esempio, sebbene gli output finali siano rispettivamente i beni pubblici "istruzione" e "sanità", si utilizzano indicatori sintetici di output quali il numero di studenti frequentanti o il numero di pazienti assistiti).

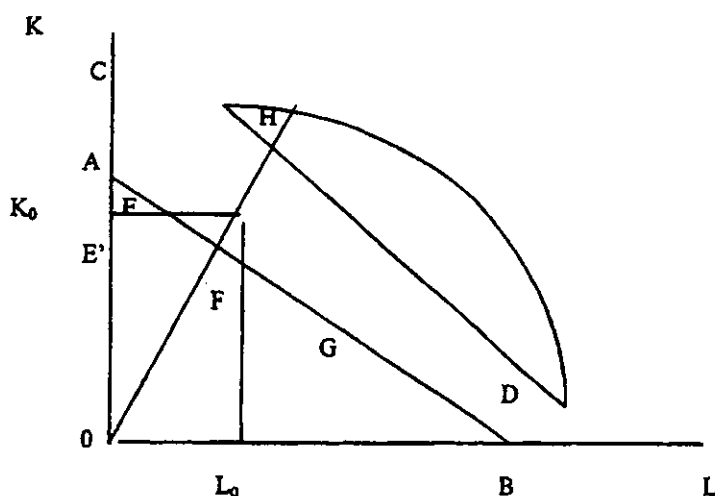
Premesso questo, definiamo i diversi concetti di efficienza cui faremo riferimento: efficienza tecnica ed efficienza allocativa.

In sintesi, possiamo definire l'efficienza tecnica come la capacità dell'impresa di ottenere la quantità massima di produzione dati i fattori produttivi a disposizione, mentre l'efficienza allocativa contraddistingue quelle imprese che attivano processi produttivi in cui la combinazione dei fattori utilizzata è quella che, ai prezzi prevalenti, consente di minimizzare i costi. Se l'impresa opera in condizioni di efficienza tecnica ed allocativa, si dirà che essa è *X* efficiente.

Per schematizzare quanto detto, consideriamo una generica funzione di produzione $y=f(K,L)$ dove con y indichiamo il prodotto finale e con K ed L i fattori produttivi (capitale e lavoro) impiegati e indichiamo il costo sostenuto dall'impresa per l'acquisto dei fattori produttivi con $C=wL+rK$ dove w e r sono i prezzi dei fattori.

Per semplicità espositiva forniamo una rappresentazione grafica dei concetti introdotti, nel seguente diagramma cartesiano sui cui assi riportiamo i due fattori considerati (capitale e lavoro):

¹⁴Seguendo un approccio contrattualistico, Easley e O'Hara (1983), dimostrano infatti che non vi è diversità di comportamento tra imprese *for profit* e *non profit* nel caso in cui l'output sia osservabile (un diverso risultato che evidenzia la preferibilità, dal punto di vista sociale, della forma organizzativa *non profit*, si ha nel caso di inosservabilità dell'output). Estendendo l'analisi di Easley e O'Hara, anche l'analisi di Chillemi (1991) si pone a sostegno della tesi di uniformità di comportamento tra imprese lucrative e non lucrative.



La retta AB rappresenta la "retta di costo" dell'impresa definita in precedenza, mentre la curva CD è un isoquante della produzione i cui punti indicano quindi le infinite combinazioni dei fattori che danno luogo ad un certo livello produttivo che supponiamo pari a y_0 ¹⁵. Tutti i punti dell'isoquante rappresentano combinazioni dei fattori tecnicamente efficienti: utilizzando le combinazioni dei fattori indicate dal punto E, F o G e così via lungo la curva è possibile ottenere al più y_0 ; un più elevato livello produttivo, che implica il raggiungimento di un punto al di sopra della curva CD, richiede un impiego maggiore di almeno uno dei due fattori.

Supponiamo invece che l'impresa in esame utilizzi la combinazione H dei fattori per produrre sempre y_0 ; essa è quindi inefficiente sia dal punto di vista tecnico che allocativo poiché la combinazione H dei fattori potrebbe generare un livello produttivo maggiore rispetto a y_0 ed inoltre H non rappresenta una combinazione dei fattori minimizzante il costo. In particolare, la misura dell'inefficienza è sintetizzata dai seguenti indici:

$$\frac{OE}{OH} < 1 \quad \text{indice di inefficienza tecnica}$$

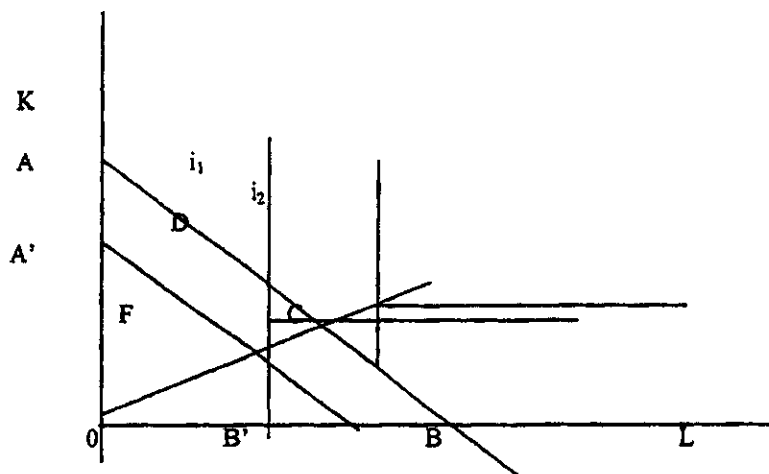
$$\frac{OE'}{OE} < 1 \quad \text{indice di inefficienza allocativa}$$

$$\frac{OE}{OH} \cdot \frac{OE'}{OE} = \frac{OE'}{OH} < 1 \quad \text{indice di inefficienza X}$$

Nel caso specifico di imprese *non profit* l'analisi di inefficienza va però opportunamente modificata in considerazione dei particolari processi produttivi oggetto dell'attività organizzativa e che coinvolgono principalmente due aspetti: le attività considerate sono, per la maggior parte, attività produttive *labour intensive* ed inoltre non sembra esserci perfetta sostituibilità tra i fattori che invece sono interpretabili

¹⁵ L'isoquante della produzione non è altro che una curva di livello della funzione di produzione. Per spiegare il suo significato consideriamo due diverse combinazioni di fattori, indicate dai punti E ed F. Nel primo caso l'impresa utilizza K_0 unità di capitale e L_0 unità di lavoro e, in tal modo, ottiene un certo livello produttivo y_0 , pari ad esempio, a 100 unità di prodotto (stiamo quindi supponendo che all'isoquante disegnato corrispondano $y_0 = 100$ unità di prodotto). Nel punto F l'impresa utilizza una diversa combinazione dei fattori (in particolare più lavoro e meno capitale) ed ottiene sempre (poiché siamo sullo stesso isoquante) y_0 unità di prodotto. Ovviamente l'impresa può in teoria produrre anche livelli quantitativi diversi rispetto a y_0 ; in questo caso si collocherà su un isoquante più alto se produce di più e più basso se produce una quantità inferiore.

come fattori complementari utilizzati in proporzioni fisse con prevalente impiego del fattore lavoro: ci riferiamo ad esempio ai servizi scolastici, ospedalieri, di assistenza ai disagiati ed anche alla ricerca scientifica. Sembra quindi opportuno modificare l'analisi precedente adottando la seguente configurazione di isoquanti¹⁶:



Modifichiamo inoltre il vincolo dell'impresa indicando con la retta AB il "vincolo di equilibrio economico" dell'impresa per cui le entrate complessive (anche se di provenienza eterogenea) E sono uguali ai costi complessivamente sostenuti per l'attività produttiva per cui $E = wL + rK$. Pertanto AB non è altro che la rappresentazione grafica di un vincolo contabile di *break even* per l'impresa che considera esclusivamente i costi "produttivi".

L'inserimento esplicito nell'analisi di discrezionalità manageriale nell'utilizzo dei fondi si traduce analiticamente nell'introduzione di una variabile M rappresentativa delle spese discrezionali manageriali o spese "improduttive" imputabili ad un eccessivo uso dei fattori che non si traduce in un incremento della produttività di impresa e per questo sono interpretabili come costi fissi. Il vincolo di equilibrio economico viene quindi modificato in $E = wL + rK + M$, ossia nella retta A'B' restringendo l'insieme delle possibilità di consumo per l'impresa.

L'esistenza di obiettivi correlati all'espansione delle spese manageriali e quindi divergenti dalla massimizzazione dell'output isituzionale, condurrà l'impresa a collocarsi su un isoquanto più basso rispetto ad i_2 ; nel rispetto formale del vincolo contabile, ad esempio nel punto C imputando, in questo caso specifico, le spese manageriali ad un eccessivo (ed inutile) utilizzo di lavoro¹⁷ oppure scegliendo una qualsiasi combinazione di fattori compresa tra C e D sulla retta AB per produrre sempre il livello quantitativo i_1 . Nel primo caso, dati i reali costi produttivi dell'impresa (retta A'B'), si configura una situazione di efficienza tecnica e di inefficienza allocativa (l'impresa infatti produce il livello produttivo i_1 collocandosi sul corrispondente isoquanto ma al tempo stesso non minimizza i costi produttivi; a tal fine dovrebbe infatti collocarsi sulla retta A'B' generando, dal punto di vista contabile, un residuo pari a M) mentre la seconda situazione caratterizza entrambi i tipi di inefficienza.

5. I costi di agenzia nelle organizzazioni non profit

Come si è accennato nel paragrafo precedente, tra le variabili che influenzano la *performance* delle organizzazioni non profit assumono particolare importanza i problemi di discrezionalità manageriale o di agenzia che coinvolgono soggetti distinti in relazione al tipo di organizzazione considerata.

¹⁶In termini tecnici, stiamo adottando l'ipotesi di una tecnologia à la Leontief.

¹⁷Si sta quindi implicitamente assumendo che le preferenze manageriali siano orientate all' "espansione dell'organico". Allo stesso modo si può pensare che le spese manageriali siano invece orientate all'acquisizione di beni capitali (attraverso, ad esempio, l'espansione delle immobilizzazioni o l'acquisto di impianti o strumentazioni che apportano "migliorie" all'ufficio ricoperto); in questo caso l'impresa si colloca nel punto D.

Ai nostri fini è necessario, in primo luogo, chiarire i termini del problema nelle diverse modalità in cui si manifesta, per poi analizzarne gli effetti e le possibili soluzioni.

Prendendo spunto da Hansmann (1980) ripartiamo anche in questo caso l'universo *non profit* nei sottosettori costituiti dalle organizzazioni *donative* e *commerciali*.

In entrambi i casi il rapporto di agenzia coinvolge i *patrons*, i soggetti cioè che forniscono a vario titolo finanziamenti all'organizzazione, in qualità di principali e coloro, generalmente identificabili con il *management*, che di fatto esercitano la gestione dell'organizzazione ed effettuano quindi scelte concrete sull'utilizzo di quei fondi per l'attività organizzativa e che quindi individuiamo come agenti della relazione.

Nel caso specifico di organizzazioni *donative*, la relazione coinvolge donatori e *manager* e si differenzia dai più diffusi rapporti di agenzia perchè non ha un contenuto di tipo economico.

La donazione infatti non costituisce nè il prezzo pagato per l'acquisto di un bene o servizio, nè per l'acquisizione di un diritto al reddito residuo dell'organizzazione; il donatore assume invece il ruolo di finanziatore della produzione di un bene o servizio di cui terzi beneficeranno. Questa dicotomia tra finanziatore e percettore del servizio può circoscrivere l'interesse del donatore all'atto di donazione di per sé, cosicchè può non esserci un particolare interesse al controllo sulla destinazione dei fondi e quindi sull'aderenza del comportamento manageriale agli obiettivi istituzionali dell'organizzazione (Rose Ackerman 1996).

In caso contrario, i costi di accesso alle informazioni rilevanti e di coordinamento tra i donatori stessi sarebbero talmente elevati da limitare fortemente ogni possibile azione di controllo e l'esercizio di poteri sanzionatori, ad esempio attraverso l'*exit* dalla relazione con l'organizzazione.

Parzialmente diverso è il quadro che si delinea in presenza di organizzazioni commerciali in cui il problema di agenzia è parallelo a quello caratterizzante il rapporto tra consumatori e fornitori nella quasi totalità delle transazioni di mercato con difficoltà di monitoraggio, cioè quelle transazioni in cui è difficile accertare immediatamente la qualità del bene e che rende inefficace l'*exit* quale meccanismo di sanzionamento lasciando spazio a comportamenti opportunistici a discapito dei consumatori.

Nel settore *non profit* lo strumento in grado di garantire l'*enforcement* della relazione contrattuale tra i principali, in vario modo definiti, e gli agenti è individuato nel vincolo di non distribuzione degli utili che, di fatto, rappresenta una soluzione coattiva per attenuare la conflittualità di obiettivi tra le parti. L'impossibilità di distribuire l'eventuale residuo economico dovrebbe infatti favorire il perseguimento degli obiettivi istituzionali organizzativi, per definizione diversi dal profitto, tutelando allo stesso tempo sia i principali sia, nel caso in cui siano soggetti distinti, i potenziali beneficiari.

Tuttavia, le analisi comportamentali delle organizzazioni *non profit* non confermano le predizioni teoriche ed evidenziano quali e di che entità possano essere gli effetti negativi della discrezionalità manageriale sull'efficienza organizzativa inducendo a ricercare possibili soluzioni di contenimento dei costi di agenzia in altre direzioni che coinvolgono, in primo luogo, un ripensamento delle regole di *governance* degli enti *non profit*.

5.1 Discrezionalità manageriale ed efficienza organizzativa nelle organizzazioni *non profit*

La presenza di obiettivi diversi dal profitto nelle organizzazioni *non profit* si riflette nella difficoltà di individuazione degli obiettivi stessi e di misurazione dei risultati limitando la possibilità di applicare contratti diretti ad attenuare i problemi di conflittualità di obiettivi e di asimmetria informativa tra gli agenti operanti all'interno dell'organizzazione¹⁸ attraverso il collegamento delle remunerazioni ai risultati raggiunti, come ad esempio le politiche di remunerazione del tipo *profit sharing*, nei confronti del *management* di imprese orientate al profitto.

Ne consegue che, soprattutto nelle organizzazioni *public benefits* in cui il controllo dell'organizzazione è affidato a soggetti diversi dai *patrons*, vale a dire in quelle forme organizzative in cui si riproduce il problema noto in letteratura come "separazione della proprietà dal controllo" (Fama e Jensen 1983), gli incentivi a comportamenti da parte del *management* in linea con gli obiettivi organizzativi risultano indeboliti.

Questa tesi non raccoglie comunque consensi unanimi. Alcuni autori sostengono (ad es. Weisbrod) che nelle organizzazioni *non profit* i problemi motivazionali derivanti dalle relazioni principale-agente presenti al loro interno non assumono grande rilevanza rendendo meno stringente la necessità di incentivi

¹⁸E' evidente che in questo caso non si sta facendo riferimento a chi presta lavoro in qualità di volontario.

espliciti e di controlli, per il fatto che gli agenti coinvolti nell'attività organizzativa sono di per sé incentivati da motivazioni ideologiche che consentono l'identificazione dei loro obiettivi con quelli dell'organizzazione.

Quest'argomentazione se da un lato può essere accettabile in riferimento ad organizzazioni *mutual benefits* di piccole dimensioni al cui interno operano soggetti che condizionano il loro impegno al soddisfacimento di bisogni propri e in cui è più agevole accertare il grado di soddisfazione degli altri beneficiari, dall'altro non sembra estendibile al caso di *public benefits* di grandi dimensioni aventi una struttura organizzativa gerarchica.

In tal caso infatti, la numerosità dei rapporti principale-agente che caratterizzano la gerarchia organizzativa e la "distanza" che separa il vertice dalla base della catena gerarchica organizzativa rendono improbabile l'identificazione degli obiettivi degli agenti con quelli istituzionali dell'organizzazione. Al contempo nel caso in cui il *management* non sia costituito dai *patrons* ma selezionato sul mercato in base a criteri "economici"¹⁹, come ad esempio il capitale umano accumulato, piuttosto che in base a criteri puramente ideologici, non sembra possibile l'eliminazione dei problemi di agenzia scaturenti dalla separazione della proprietà dal controllo.

A conferma di questo punto si pongono le analisi comportamentali delle organizzazioni *non profit* fondate sull'ipotesi di discrezionalità manageriale e che conducono a risultati a volte contrastanti a seconda della specifica funzione obiettivo attribuita di volta in volta ai *manager*.

E' possibile comunque individuare alcuni elementi comuni ai vari approcci.

In generale, le analisi di comportamento manageriale delle organizzazioni *non profit* si basano sull'idea che il *manager* massimizzi una funzione di utilità direttamente correlata a variabili indicative della propria remunerazione non monetaria. Essendo infatti la remunerazione monetaria generalmente prefissata per il vincolo di non distribuzione degli utili, il *manager* può aumentare la sua remunerazione complessiva o il suo livello di utilità attraverso il potere, lo status, il prestigio ecc. legati all'incarico svolto, ossia attraverso variabili di tipo non monetario.

Niskanen (1971), ad esempio, considera un'organizzazione *non profit* monoprodotta di tipo commerciale il cui *management* ha l'obiettivo di massimizzare il fatturato subordinatamente al vincolo di bilancio in pareggio, in quanto la dimensione dell'attività organizzativa può essere sinonimo di prestigio per chi la gestisce.

In un'ottica più generale, James (1983) fa riferimento ad un'organizzazione *non profit* multiprodotta in cui la produzione di diversi beni o servizi è subordinata a finalità di *cross-subsidization* tra le varie attività. In tal caso, la discrezionalità manageriale si riflette nella scelta dei livelli e del mix delle attività svolte poiché "*the only way in which the manager can increase his benefits is by altering the mix of services to emphasize those that best reflect his preferences. This will lead him to produce more than a profit making firm would of certain services, and less of others*" (James 1983, pag. 351).

Basandosi l'analisi di James si consideri un'organizzazione *non profit* che svolge un'attività istituzionale e un'attività commerciale diretta a finanziare, seppure parzialmente, l'attività istituzionale dell'organizzazione. La funzione obiettivo manageriale è positivamente correlata all'attività istituzionale dell'organizzazione, in qualche modo misurata, e ad una variabile indicativa dell'eventuale avanzo di bilancio, cioè dell'eccesso delle entrate sui costi, utilizzabile per "spese discrezionali" funzionali ad aumentare lo status, il prestigio, il potere del *manager* come ad esempio spese dirette all'espansione dell'organico o a miglioramenti dell'ambiente di lavoro. Diversamente, l'espansione dell'attività commerciale ha un impatto negativo sull'utilità manageriale; essa infatti ha esclusivamente funzione di *cross subsidization*.

L'attività organizzativa sarà quindi orientata alla massimizzazione della funzione obiettivo manageriale subordinatamente ad un vincolo di bilancio in pareggio.

Ciò implica, in termini di efficienza organizzativa, che nel momento in cui il *manager* utilizza a propri fini il residuo economico ricorre sia a quantità di fattori superiori a quelle necessarie, sia a combinazioni produttive diverse rispetto a quelle che minimizzano il costo, generando quindi forme di inefficienza X^{20} .

¹⁹Questa situazione si realizza, con elevata probabilità, per organizzazioni di grandi dimensioni e, pertanto, gestite da management "specialistici".

²⁰Una trattazione analitica del problema descritto è proposta da Bises (1996) che considera una funzione di utilità manageriale $U(x, z, M)$ con $U_x \leq 0$; $U_z > 0$; $U_M ? 0$ dove x è un bene privato venduto in un mercato di concorrenza imperfetta in cui operano anche imprese for profit, z è un bene pubblico puro fornito gratuitamente e indicativo dell'attività istituzionale

Gli effetti negativi della discrezionalità manageriale sull'efficienza organizzativa non costituiscono comunque una peculiarità del settore *non profit*²¹, ma si manifestano in modo sostanzialmente analogo anche in imprese orientate alla massimizzazione del profitto.

Tuttavia, un'argomentazione a sostegno della maggiore efficienza delle organizzazioni *for profit* si fonda sulla considerazione degli effetti che la struttura proprietaria genera sugli incentivi percepiti dagli agenti operanti nell'organizzazione e, quindi, sull'efficienza dell'organizzazione stessa.

Dal punto di vista economico i diritti di proprietà sono definiti come i "diritti di controllo residuo" che consistono nell'autorità che i titolari del diritto hanno di "scegliere, in riferimento a beni specifici, qualsivoglia utilizzazione entro un insieme di utilizzazioni non proibite" (Alchian 1965, p.90) e che attribuiscono lo status di *residual claimants*, di ottenere cioè il reddito scaturente dall'uso della risorsa oggetto di proprietà dopo aver adempiuto ad ogni obbligo contrattuale. (Milgrom e Roberts 1992, p.291)

Nonostante le ambiguità derivanti da tale definizione, peraltro abbastanza diffusa,²² possiamo dire che la chiave per realizzare gli incentivi della proprietà consiste nell'unire il rendimento e il controllo residuali poiché in tal caso colui che prende le decisioni sopporta pienamente le conseguenze delle scelte effettuate.

Queste definizioni risultano inapplicabili alle organizzazioni *non profit* per l'assenza di *residual claimants*, di coloro cioè che forniscono capitali e hanno diritto al reddito residuale derivante dall'attività organizzativa.

Una prima conseguenza di tale peculiarità è stata individuata nella possibilità di un più ampio margine di discrezionalità del *management*, non esposto a meccanismi di controllo e sanzionatori esercitati dal mercato dei diritti di proprietà²³.

Imprese *for profit* con un gruppo dirigente con basse *performance* possono essere soggette a forme di *take over*, ossia all'acquisizione del pacchetto di controllo da parte di gruppi che possono sostituire la classe manageriale dell'impresa. La minaccia di sostituzione, legata ad un cambiamento della proprietà dell'impresa, può costituire uno strumento in grado di porre vincoli, più o meno stringenti, sull'operato dei manager²⁴.

dell'organizzazione e M rappresenta le "spese discrezionali manageriali". Diversamente la funzione obiettivo del *Board* è rappresentata da $V(x, z)$ con $V_x \leq 0$; $V_z > 0$. E' evidente che nel caso in cui $M=0$, la funzione obiettivo del manager coincide con la funzione obiettivo del *Board* e verrebbe meno ogni problema di discrezionalità manageriale.

²¹La stessa idea è infatti presente nella teoria dell'impresa manageriale di Williamson (1964) e nelle teorie della burocrazia pubblica di Niskanen (1971) e Migué e Bélanger (1974). Diversi sono invece i vincoli cui sono sottoposti i manager di una impresa *for profit*, di una burocrazia pubblica, o di un'organizzazione *non profit*.

Occorre anche notare che alcune analisi comportamentali delle organizzazioni *non profit*, come ad esempio quella di Newhouse (1970) che prende in considerazione organizzazioni dirette a fornire servizi ospedalieri, evidenziano come la discrezionalità manageriale possa essere coerente e non necessariamente in contrasto con gli obiettivi istituzionali dell'organizzazione. L'autore ritiene infatti che il prestigio del manager dipenda sia dalla quantità che dalla qualità, misurabile seppure in modo imperfetto, del servizio offerto. L'attività manageriale sarebbe pertanto diretta, anche se non per motivi ideologici, a garantire livelli qualitativi elevati del servizio. In tal senso l'attività dell'organizzazione *non profit* costituisce una risposta al problema del "fallimento del contratto" evidenziato da Hansmann.

²²La definizione economica di proprietà non è priva di ambiguità quando applicata a grandi organizzazioni per due ordini di ragioni. Ad esempio nelle società per azioni ad azionariato diffuso vige una totale separazione tra proprietà e controllo, spettando la prima agli azionisti e il secondo al *management*. Nonostante gli azionisti siano nominalmente proprietari della società, i loro diritti di controllo possono essere molto limitati. In presenza di azionariato diffuso infatti, gli azionisti non svolgono altro ruolo che quello di fornire i capitali necessari per l'attività imprenditoriale e spesso diversificano il loro portafoglio. Di conseguenza, possono non avere alcun interesse specifico nel seguire le sorti di una particolare impresa e le funzioni decisionali sono di fatto delegate al *management*.

Inoltre, anche il concetto di *residual claimants* non è esauriente. Quando ad esempio un'impresa paga ai suoi dipendenti bonus, aumenta gli stipendi in periodi di congiuntura favorevole o utilizza tecniche incentivanti che collegano le remunerazioni ai profitti conseguiti, si potrebbe affermare che alcuni dei lavoratori partecipano ai rendimenti residuali dell'impresa.

²³Vale a dire la mancanza di un mercato del *corporate control*.

²⁴E' opportuno comunque chiarire che il mercato del *corporate control* non sempre garantisce il realizzarsi di efficaci forme di controllo sui manager.

Grossman e Hart (1980) sostengono infatti che, soprattutto in presenza di azionariato molto diffuso, il prevalere di comportamenti *free riding* neutralizzi l'efficacia del *take over*. In particolare, alcuni azionisti, ritenendo di essere ininfluenti ai fini del *take over*, potrebbero astenersi dal vendere le proprie azioni allo scopo di ottenere i guadagni futuri dovuti ad un eventuale apprezzamento delle azioni in seguito alla sostituzione della classe manageriale in carica e ad una futura migliore gestione manageriale. Un comportamento unanime di questo tipo impedisce la realizzazione del *take over*.

Ma anche un atteggiamento *free riding* diffuso, e non necessariamente unanime, può impedire la realizzazione di forme di *take over*, esso può infatti essere disincentivante nei confronti dei potenziali acquirenti del pacchetto di controllo dal momento che i

In secondo luogo, l'assenza di diritti di proprietà si riflette nell'impossibilità di una riallocazione del rischio tra gli agenti. E' preclusa infatti l'opportunità di riservare il ruolo di "proprietari" a coloro che manifestano una maggiore attitudine verso il rischio e che acquisiscono informazioni e conoscenza più specifiche nei settori che ritengono più vantaggiosi e in cui decidono di investire la propria ricchezza.

Ciò può costituire una spiegazione, almeno parziale, del perché molte organizzazioni *non profit* operano in settori (assistenziali, culturali, sanitari) con bassi livelli di rischio ostacolando, a livello macroeconomico, lo sviluppo di attività più innovative e rischiose.

Inoltre, l'assenza di "specializzazione" della proprietà impedisce che le conseguenze future sul valore dell'impresa siano capitalizzate nei prezzi attuali di trasferimento dei diritti di proprietà, attenuando gli incentivi dei *patrons* a controllare efficacemente il comportamento degli agenti operanti nell'organizzazione, in particolare dei manager.

D'altro canto se anche ci fossero stimoli al controllo da parte dei *patrons* e/o dei *members* derivanti da motivazioni non strettamente "economiche" ma altruistiche, come affermano Fama e Jensen (1983) essi possono non diventare effettivi ed efficaci per carenza di informazioni.

Gli stessi problemi informativi possono inoltre rendere non credibile la minaccia di un eventuale sanzionamento da parte dei consumatori o, in generale, dei beneficiari riducendo anche l'efficacia dei meccanismi reputazionali quale incentivo a combattere l'opportunismo manageriale. Infatti, la reputazione dell'organizzazione circa la qualità del bene venduto o la destinazione delle donazioni può giocare un ruolo attivo nel garantire più elevati livelli di efficienza gestionale e di tutela dei beneficiari nei casi in cui l'attività commerciale o ha per oggetto l'offerta di *experience goods (services)*, ossia beni valutabili sul piano qualitativo almeno ex post, oppure si svolge in un contesto competitivo che permette, almeno ex post, delle valutazioni comparative.

Ulteriormente, se anche si verificassero tali circostanze gli incentivi ad accumulare "capitale reputazionale" sono effettivi solo se il consumatore o il donante hanno la possibilità di sanzionare eventuali comportamenti opportunistici dell'organizzazione attraverso l'exit dalla relazione contrattuale nel primo caso o la non donazione dei fondi nel secondo, e ciò si verifica solo se non vi è razionamento dell'offerta del bene o servizio.

Nell'ottica di Weisbrod ad esempio che considera le organizzazioni *non profit* come una soluzione privata all'espansione di un'offerta di beni pubblici da parte dello Stato insoddisfacente per quantità e qualità, la possibile difficoltà di reperimento di donazioni private dovute ad una "cattiva" reputazione dell'organizzazione può non costituire una minaccia credibile dal momento che non vi sono fonti alternative di offerta in grado di soddisfare pienamente la domanda dei cittadini circa quei beni o servizi pubblici²⁵.

6. I doveri fiduciari degli amministratori: problemi di implementazione e possibili e regole di governance delle organizzazioni *non profit*

L'analisi svolta nei paragrafi precedenti induce naturalmente a concludere che l'ampio margine di discrezionalità manageriale, fa sorgere nel settore *non profit* un rilevante problema di *accountability* che può riflettersi in perdite di efficienza e di efficacia.

La mancanza di *corporate control* e di incentivi o di accesso alle informazioni necessarie da parte dei principali, si traduce nel fatto che la relazione intercorrente tra questi ultimi e il *management* sia regolata in modo pressoché esclusivo dalla fiducia.

L'analisi del problema in questa diversa prospettiva solleva due questioni di primaria importanza: quali sono i doveri fiduciari degli amministratori? Come possono essere implementati?

benefici che ne scaturirebbero, in termini di migliore gestione manageriale e di guadagno in conto capitale sul prezzo delle azioni, non affluirebbe interamente a coloro che hanno effettuato la rilevazione societaria, ma andrebbero ripartiti con gli altri azionisti. In generale poi bisogna considerare che l'efficacia del *corporate control* dipende in larga misura dai meccanismi di funzionamento del mercato dei titoli; l'esistenza di manovre speculative, di carenze informative, di costi legati alla compravendita di titoli possono di fatto alterarne il funzionamento e indebolirne gli effetti in termini di controllo.

²⁵In altri termini i cittadini insoddisfatti per i beni o servizi offerti dal settore *non profit* dovrebbero rivolgersi ad una fonte di offerta alternativa che in questo caso è lo Stato che però non è in grado di soddisfare l'intera domanda. Pertanto per i cittadini "a domanda alta" cioè insoddisfatti dall'offerta pubblica, un incremento della produzione di beni o servizi pubblici può comunque essere fonte di un aumento della loro utilità anche se l'ammontare o il livello qualitativo del bene è inferiore al livello quantitativo o qualitativo che rende massima la loro utilità.

Ovviamente, la complessità del problema è tale che non consente di circoscrivere in modo univoco e universalmente valido l'ambito dei doveri fiduciari o di individuare meccanismi di implementazione di sicura efficacia e non eccessivamente costosi; è possibile comunque focalizzare alcuni punti importanti che permettono di trarre alcune considerazioni.

A tal fine assumiamo, quale punto di partenza, il concetto di responsabilità proposto da Leat (1990, p.144) che individua le responsabilità degli amministratori in quattro diverse tipologie che riguardano:

- a) l'uso appropriato dei fondi (responsabilità contabile);
- b) il rispetto delle regole dettate dalle procedure organizzative previste dallo statuto o da regolamenti interni (responsabilità procedimentale);
- c) la qualità del lavoro prestato nella predisposizione e nella gestione dei progetti organizzativi (responsabilità di programma);
- d) la destinazione delle prestazioni lavorative di cui al punto precedente verso progetti o, in generale, attività considerate "prioritarie" per l'organizzazione (responsabilità per le priorità).

L'individuazione di precise responsabilità degli amministratori di organizzazioni *non profit* solleva inevitabilmente un'ulteriore questione: quali sono i soggetti interessati e legittimati ad agire nel caso di violazione delle responsabilità?

E' evidente che un'articolata classificazione delle varie responsabilità coinvolge necessariamente diversi soggetti che potrebbero essere, in misura diversa, legittimati ad agire per l'implementazione di quelle responsabilità; se infatti i *patrons* sono maggiormente interessati ad un uso appropriato delle risorse finanziarie dell'organizzazione o, usando la terminologia di Hansmann, a valutare l'impatto marginale della loro donazione sull'attività organizzativa (punto a), i *members* sembrano essere i migliori candidati a valutare aspetti organizzativi interni (punti b e c) ed infine i beneficiari rappresentano probabilmente i soggetti più idonei ad esercitare un controllo sulla quantità e sulla qualità dell'attività istituzionale, e quindi prioritaria, dell'organizzazione attraverso valutazioni *ex post* (punto d).

La soluzione prospettata e cioè l'individuazione di numerosi ed eterogenei soggetti preposti all'esercizio del controllo organizzativo e all'implementazione di precise responsabilità non è però priva di costi. Non si può infatti trascurare che l'attribuzione della legittimità formale ad agire a diverse categorie di soggetti variamente numerose, si pensi ad esempio all'elevata numerosità di beneficiari nelle organizzazioni *public benefits*, può risolversi in un'accresciuta rigidità organizzativa cioè in una ridotta flessibilità e tempestività dell'azione organizzativa nell'offerta di determinati beni o servizi, che è tra le principali motivazioni a sostegno delle organizzazioni *non profit* nei sistemi economici.

In termini più generali e un po' meno stringenti possiamo allora sintetizzare i doveri fiduciari degli amministratori nelle seguenti categorie: *loyalty*, *care* e *obedience* (Atkinson 1998, p. 661). La prima categoria ha contenuto essenzialmente proibitorio e si ricollega al rispetto del vincolo di non distribuzione degli utili per cui è vietata, anche in forma indiretta, l'appropriazione anche parziale del residuo economico conseguito; il dovere di *care* è invece riferibile all'uso efficiente delle risorse organizzative che si traduce, in termini economici, nel perseguimento dell'efficienza tecnica e della minimizzazione dei costi, cioè nell'efficienza gestionale; infine, vi è l'obbligo di subordinare l'attività organizzativa al perseguimento degli obiettivi istituzionali dell'organizzazione che impone un vincolo sull'operato manageriale che va oltre l'impegno al raggiungimento degli obiettivi istituzionali dell'organizzazione, ma che riguarda anche la destinazione di fondi a specifici scopi organizzativi nel caso di esplicita richiesta dei *patrons*.

E' bene sottolineare però che le considerazioni fin qui svolte non possono considerarsi esclusive del *non profit*, ma attengono a qualsiasi relazione di agenzia dominata da difficoltà di monitoraggio immediato e quindi esposta al rischio di opportunismo di una delle parti. Anche i manager di imprese private sono in linea di principio tenuti al rispetto di alcuni obblighi: devono agire coerentemente ai vincoli statutari (*loyalty*), ad un'accurata gestione delle risorse (*care*) e all'attuazione delle decisioni di coloro che detengono i diritti di proprietà (*obedience*) ed anche in questo caso vi sono aspetti fiduciari che regolano, almeno in parte, il rapporto di delega tra i titolari dei diritti di proprietà e coloro che esercitano di fatto la gestione dell'organizzazione. Pertanto, la differenza tra i due assetti organizzativi è piuttosto di grado che non di specie e attiene principalmente alla diversa intensità con cui le stesse problematiche si riscontrano in entrambi i casi ed ai possibili meccanismi di *enforcement* di corretti comportamenti manageriali o, in altri termini, di implementazione dei doveri fiduciari che, a loro volta, sono strettamente correlati alle regole di *governance* dell'ente *non profit*.

Riprendendo, ancora una volta, la distinzione fatta in precedenza tra organizzazioni donative e commerciali e identificando i *patrons* (finanziatori dell'ente) rispettivamente nei donatori e nei consumatori, Hansmann (1980) individua due diverse regole di *governance* proprie delle organizzazioni che lo stesso autore definisce *mutual* e *entrepreneurial*.

Nella prima il "controllo" è esercitato dai *patrons* attraverso l'esercizio del diritto di eleggere gli amministratori dell'organizzazione che quindi sono soggetti a possibili turnover anche se non dettati dalle pressioni di mercato. Si riproduce in sostanza una situazione analoga alla separazione della proprietà dal controllo e relativa ad imprese *for profit*; diverso è invece il modello di *governance* delle organizzazioni *entrepreneurial* in cui il gruppo dirigente è *self perpetuating* e quindi più simile ai modelli burocratici pubblici.

Nonostante la ripartizione proposta da Hansmann sia riscontrabile, di fatto, in diverse realtà organizzative non profit, non si può ignorare che essa appare insoddisfacente per diversi motivi e che quindi induce a ricercare soluzioni in altre direzioni.

In primo luogo la rimozione e l'elezione di amministratori è un intervento che si giustifica logicamente in casi di *mismanagement* o, in generale, di performance non soddisfacenti e in questo senso è quindi conseguenziale alla raccolta e all'elaborazione delle informazioni necessarie per la determinazione di elementi valutativi sull'operato manageriale.

Se, com'è ampiamente sostenuto (Hansmann 1980), le organizzazioni *non profit* sorgono in risposta al fallimento del contratto e sono quindi una struttura di governo delle transazioni preferibile alle relazioni contrattuali di mercato quando lo svantaggio informativo dei *patrons* è tale da rendere impossibile il monitoraggio delle performance stabilite contrattualmente; allora i *patrons* non sono, per definizione, in grado di effettuare un'efficace azione di controllo e valutazioni di performance (Atkinson 1998, p. 665). Se anche tali limitazioni oggettive a regole di *governance* fondate essenzialmente sull'azione dei *patrons* fossero di minore portata, si pensi ad esempio ad organizzazioni *mutual* di piccole dimensioni in cui la ridotta distanza tra sfera amministrativa e finanziatori può facilitare il reperimento di informazioni necessarie da parte di questi ultimi, l'*enforcement* dei doveri fiduciari attraverso le possibili azioni (di controllo, sanzionatorie o anche azioni legali di risarcimento tutte le volte in cui i *patrons* interessati ritenessero che l'attività amministrativa non sia stata coerente alla filosofia dell'ente) dei *patrons* è, alla radice, in contrasto con il ruolo economico del *non profit* di tutela del consumatore e/o donatore da comportamenti egoistici ispirati al guadagno individuale. In altri termini se la *governance* dell'ente non profit è affidata all'insieme generalizzato di consumatori o donatori che devono essi stessi tutelarsi da comportamenti opportunistici effettuando controlli ed esercitando azioni dirette all'implementazione dei doveri fiduciari degli amministratori, non solo viene notevolmente indebolita la linea di demarcazione tra settore non profit e settore *for profit*, ma anzi quest'ultimo potrà avere una posizione di vantaggio comparato nella misura in cui è esposto alle pressioni di mercato e ai meccanismi del *corporate control*.

Un possibile modello di *governance* alternativo può essere individuato nell'istituzione di una forma di regolamentazione del settore attraverso l'istituzione di un meccanismo di controllo politico centralizzato.

Ciò significherebbe da un lato l'esplicito riconoscimento della "funzione sociale" del settore non profit che quindi, in molti casi, va valutato non solo sul piano dell'efficienza ma anche della "meritorietà" e per questo sottratto ai meccanismi valutativi esclusivi del mercato e dall'altro l'istituzione di un organi di controllo che si pone "al di sopra delle parti". Tuttavia la soluzione centralizzata cui sono associati, tra l'altro, elevati costi amministrativi, ha lo svantaggio di dover operare su una realtà estremamente eterogenea il cui controllo richiede necessariamente informazioni dettagliate e specifiche sulle singole realtà organizzative.

Questo induce a ricercare regole di *governance* che siano attinenti alla sfera privata ed interni alle singole organizzazioni e che, al tempo stesso, garantiscano un miglioramento degli attuali punti di debolezza delle imprese *non profit* relativi all'efficienza e all'efficacia dell'attività organizzativa.

Quale punto di partenza riprendiamo l'analogia, spesso ricordata, tra imprese lucrative e non, per quanto riguarda la relazione intercorrente tra azionisti o *patrons* e *manager*: dal punto di vista strettamente finanziario, il donatore di un'organizzazione *non profit* (o in generale i *patrons*), al pari di un'azionista, fornisce i capitali necessari all'espletamento dell'attività organizzativa, ma non acquisisce alcun diritto di proprietà sull'impresa; il suo ruolo è, da questo punto di vista, maggiormente assimilabile a quello di un obbligazionista che non ha però un interesse economico diretto sull'attività dell'organizzazione e per questo può avere minori incentivi al controllo della *performance* organizzativa.

Si delinea però una diversa prospettiva se tentiamo di equiparare effettivamente il ruolo del finanziatore di un'organizzazione *non profit* a quello di un obbligazionista, vale a dire se consideriamo la concreta possibilità per gli enti *non profit* di attuare politiche di finanziamento anche attraverso l'emissione di titoli obbligazionari, con rendimenti non necessariamente agganciati alle fluttuazioni di mercato e in cui l'eventuale scarto dai rendimenti di forme di investimento alternative può essere colmato, per il finanziatore, da una forte condivisione degli obiettivi istituzionali organizzativi.

In questo senso, l'introduzione di un nuovo modello di finanziamento attraverso l'accesso al capitale di debito che attribuisce un diritto avente contenuto economico in capo al soggetto finanziatore, non appare in netto contrasto con i principi su cui si fonda il *non profit*.

L'investimento del sottoscrittore ha però comunque un contenuto economico, anche se parziale, e, per questo, si indirizzerà verso quelle imprese meglio in grado di soddisfare le aspettative economiche del finanziatore e che quindi forniranno nel tempo segnali di efficienza e di solvibilità. Un'immediata conseguenza è quindi la proiezione dell'impresa *non profit* in un contesto più competitivo che la sottopone ad una più intensa disciplina gestionale interna ed anche esterna poichè viene estesa la competizione con imprese *for profit* anche sul piano dei finanziamenti.

Un secondo effetto riguarda invece l'eventuale modificazione delle regole di *governance* dell'impresa a seguito dell'introduzione di nuove politiche di finanziamento che incidono soprattutto sul potenziamento degli incentivi al controllo da parte dei soggetti economicamente, e non solo ideologicamente, coinvolti nell'attività organizzativa.

Il contenuto economico dell'obbligazione che intercorre tra finanziatore e impresa e il contenuto "sociale" dell'attività tipica dell'impresa *non profit* suggeriscono infatti di strutturare i poteri di controllo su due diversi livelli: uno principalmente attinente all'efficienza gestionale dell'organizzazione e l'altro più orientato alla valutazione dell'efficacia dell'attività organizzativa nel perseguimento degli obiettivi istituzionali prefissati scindendo la figura del socio da quella del finanziatore e riservando al primo un ruolo attivo nella determinazione delle politiche organizzative e al secondo un potere di supervisione sugli aspetti economico-amministrativi dell'attività organizzativa da esplicarsi attraverso l'accesso diretto alle informazioni sociali e l'esercizio di eventuali azioni sanzionatorie in caso di manifesta incoerenza della politica organizzativa con la tutela dell'investimento o, in generale, di *mismanagement* favorendo quindi la possibilità di effettivi recuperi di efficienza.

Inoltre, la trasferibilità dei titoli e quindi la creazione di un mercato del controllo favorisce il ricambio del gruppo controllore ostacolando possibili accordi collusivi tra finanziatori e *management*.

Un ultimo aspetto riguarda infine l'effetto del rischio e dell'inserimento di vincoli finanziari sull'attività *non profit*. Un primo immediato effetto del maggior rischio cui l'impresa è esposta si riflette, probabilmente, in una maggiore diversificazione delle attività resa possibile anche da una maggiore disponibilità di capitale.

Allo stesso tempo il rischio associato alla maggiore disponibilità del capitale tramite indebitamento, modifica le scelte economiche di impresa e il volume degli investimenti.

7. Gli effetti del reperimento di capitale tramite indebitamento sulle scelte economiche dell'impresa *non profit*

La possibilità di accedere al capitale di debito modifica il contesto in cui agisce l'impresa *non profit* aumentando il rischio cui è esposta l'attività di impresa.

Dal punto di vista finanziario infatti il pagamento del prezzo d'uso del capitale, sotto forma di rendimenti di titoli obbligazionari, si traduce in più elevati costi imputabili all'attività di impresa che devono essere coperti attraverso la realizzazione di un reddito "atteso".

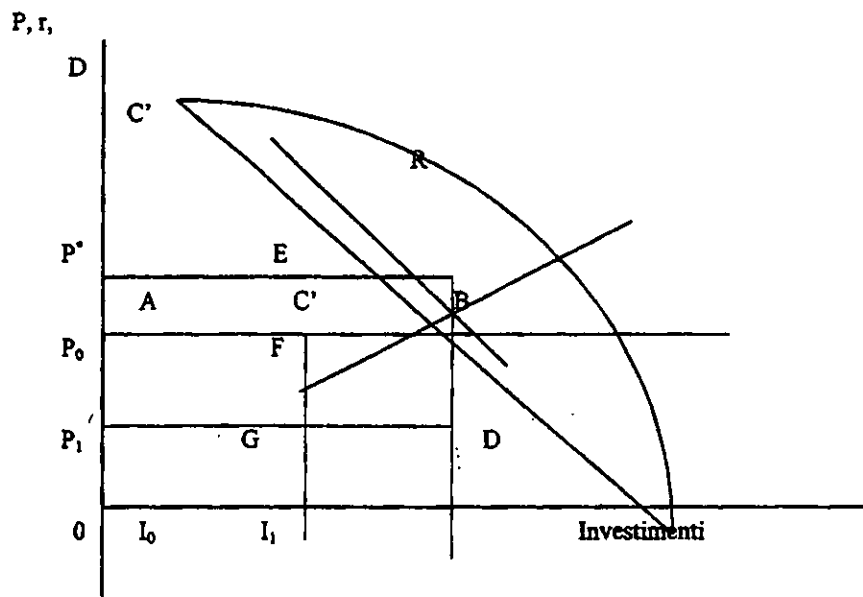
D'altro canto, nella scelta del volume di investimenti da effettuare tramite indebitamento e nel determinare quindi il volume ottimo di indebitamento, l'impresa dovrà necessariamente considerare anche un altro tipo di rischio che è speculare al rischio sopportato dall'impresa e cioè il rischio sopportato dal finanziatore e dovuto al possibile inadempimento dell'obbligazione per la mancata realizzazione delle aspettative.

Entrambi i tipi di rischi influiscono sulla determinazione del rendimento dell'investimento e sul volume di indebitamento e di investimenti dell'impresa.

Per chiarire gli effetti dei vincoli finanziari e della valutazione del rischio sulle scelte d'investimento dell'impresa facciamo riferimento ad un'analisi grafica.

Consideriamo innanzitutto una rappresentativa impresa *non profit* che preveda di poter disporre di un autofinanziamento (costituito da donazioni o da entrate di altre tipo) pari ad un certo livello D e indichiamo con P il prezzo, su cui l'impresa non può influire, dei beni capitali oggetto di investimento.

Consideriamo inoltre il seguente grafico sui cui assi delle ascisse e delle ordinate misuriamo rispettivamente il volume di investimenti e le variabili monetarie P (prezzo dei beni capitali), r (prezzo d'uso del capitale o tasso di rendimento delle obbligazioni).



Le aree sottese alla curva DD , rappresentata da un'iperbole equilatera²⁶ sono pari all'ammontare dell'autofinanziamento di cui può disporre l'impresa; se il prezzo dei beni capitali fosse P_0 , il volume di investimenti possibile per l'impresa attingendo esclusivamente a fondi propri sarebbe pari a $D/P_0 = I_0$.

Le distanze verticali che separano la semiretta AB e la curva DD rappresentano i livelli di indebitamento unitario fronteggiati dall'impresa in corrispondenza di diversi livelli di investimento, mentre con la curva R indichiamo il rischio marginale del finanziatore che cresce all'aumentare del rapporto di indebitamento dell'impresa rispetto ai propri mezzi finanziari.

Il rischio del finanziatore modifica, per l'impresa, il costo dei beni capitali o degli investimenti poichè oltre al prezzo di mercato dei beni capitali (per ipotesi P_0) l'impresa dovrà remunerare il rischio sopportato dal finanziatore che aumenta al crescere del volume di investimenti e di indebitamento.

Pertanto l'andamento del prezzo di offerta dei beni capitali o, parimenti, il costo degli investimenti per l'impresa, è espresso dalla P_0AR . Sia $C'C'$ la curva di domanda, o disponibilità a pagare, per i beni capitali da parte di una generica impresa *non profit*. Si tratta di una disponibilità a pagare che decresce al crescere degli investimenti ma che potrebbe variare da impresa a impresa in quanto dipende sia dalla capitalizzazione dei rendimenti attesi per unità di investimento, sia dall'atteggiamento dell'impresa verso il rischio.

In corrispondenza del punto di equilibrio E individuiamo il volume di investimenti ottimale per l'impresa (I_1) che, per essere finanziato esclusivamente con risorse proprie richiederebbe un prezzo di mercato pari a P_1 : in tal caso l'impresa sarebbe autosufficiente.

Diversamente, se il prezzo di mercato dei beni capitali è P_0 (come ipotizzato), l'impresa può autofinanziare un livello di investimenti pari a I_0 , indebitandosi per la restante parte ($I_1 - I_0$) di beni capitali il cui prezzo $P^* = P_0 + r$ è comprensivo del prezzo d'uso del capitale.

²⁶ I punti della curva rappresentano quindi gli infiniti livelli di investimento che, in corrispondenza di diversi prezzi dei beni capitali, possono essere effettuati dall'impresa con il solo autofinanziamento.

8. Considerazioni conclusive nella prospettiva di una disciplina dell'impresa sociale.

La rilevanza assunta dalle organizzazioni senza scopo di lucro nella prospettiva di riforma del *Welfare State* ha sollevato numerose questioni che alimentano l'attuale dibattito economico.

In questo lavoro si sono affrontati due aspetti specifici: il ruolo svolto dalle organizzazioni non lucrative nel sistema economico e i problemi connessi alla determinazione e al miglioramento della loro *performance* organizzativa.

In riferimento al primo aspetto si sono quindi esaminate le due principali teorie esplicative del settore *non profit* che interpretano le organizzazioni non lucrative come soluzione ai fenomeni di fallimento dello Stato e di fallimento del contratto sottolineando come, in entrambi i casi, il vincolo di non distribuzione degli utili può essere di per sé sufficiente a garantire la realizzazione di obiettivi propri del settore *non profit* e ad affermare inequivocabilmente l'esistenza di un vantaggio comparato della produzione *non profit* rispetto a forme di produzione alternative. In realtà l'assenza di un mercato dei diritti di proprietà e di segnali sulla *performance* organizzativa può amplificare i fenomeni di discrezionalità manageriale ed i connessi costi di agenzia.

E' necessario quindi individuare regole di governance atte a potenziare i meccanismi di controllo delle organizzazioni *non profit* e a favorire l'implementazione dei doveri fiduciari, ossia degli strumenti extra proprietari governano le relazioni intercorrenti tra gli agenti interni ed esterni all'organizzazione.

Una considerazione che emerge dall'analisi svolta consiste nell'estendere la competizione tra imprese *non profit* ed imprese *for profit* dal piano dei prodotti a quello dei finanziamenti di origine privata. La considerazione, in una diversa prospettiva, di politiche di finanziamento degli enti *non profit* che attribuiscono ad essi la concreta possibilità di accedere al capitale di debito, da un lato consente di attenuare problemi di sottocapitalizzazione e di promuovere quindi l'adozione di eventuali tecniche produttive maggiormente *capital intensive*, e dall'altro modifica l'interesse dei finanziatori nei confronti dell'attività organizzativa dal momento che l'investimento presenta, oltre ad un contenuto di tipo etico, anche un contenuto di tipo economico. La creazione infine di un mercato dei titoli può favorire la diffusione di informazioni riguardanti la *performance* dell'organizzazione stessa.

Tuttavia, accanto ai potenziali vantaggi della soluzione prospettata occorre anche valutare attentamente il rischio in essa insito e individuabile sia in un possibile allontanamento dalla filosofia *non profit* che da un peggioramento delle condizioni di efficienza del mercato sociale.

In tale contesto si inseriscono alcune proposte di demutualizzazione fondate sulla scissione dell'ente mutualistico in un ente lucrativo che svolge attività imprenditoriale e un ente *non profit* che utilizza i proventi e li destina a finalità altruistiche.

"Innanzitutto va detto che la forma di demutualizzazione di cui si parla è già di per sé una forma "illuminata" di demutualizzazione, in cui l'interesse mutualistico è ancora rappresentato da un ente/fondazione *non profit*.

E' concepibile, e spesso è stata realizzata negli ultimi anni soprattutto nel Regno Unito, una forma di demutualizzazione in cui la proprietà dell'ente originariamente mutualistico è trasferita al cento per cento ai "soci" odierni, quindi espropriando di fatto sia i soci del passato, che hanno contribuito alla costruzione del capitale sociale, sia i soci futuri che avrebbero usufruito della mutualità senza bisogno di dover diventare comproprietari dell'istituzione. In questo caso le originarie finalità mutualistiche vengono abbandonate.

Nella forma di demutualizzazione accennata in precedenza rimane pur sempre una finalità mutualistica, perseguita dall'ente *non profit* utilizzando i profitti dell'impresa ex-mutualistica. Questa finalità tuttavia viene perseguita indirettamente nel mercato (ad esempio, poniamo, sussidiando l'occupazione locale) anziché direttamente (ad esempio creando direttamente dei nuovi posti di lavoro che comportano una riduzione dei profitti). Da questa restrizione all'azione diretta nel perseguimento di fini mutualistici non può che derivare una inefficienza, reale o potenziale che sia, nel perseguimento della finalità mutualistica. Va detto infine che l'attività imprenditoriale del nuovo ente lucrativo non dovrà godere di agevolazioni fiscali, che penalizzerebbero attività equivalenti di imprese commerciali, con conseguenze dannose sulla concorrenza e sull'efficienza del mercato. Sarà bensì l'attività mutualistica dell'istituzione non lucrativa, semmai, a poter godere di agevolazioni continue che prima della demutualizzazione venivano concesse ad istituzioni mutualistiche" (Prof. M. Nuti)

BIBLIOGRAFIA

- Alchian, A. (1965), *Some economics of property rights*, in *Il Politico* vol. 30 n.4 ristampato in G. Brosio (a cura di) (1988) "La teoria economica dell'organizzazione", Il Mulino, Bologna.
- Angeloni, L. (1996), *L'analisi economica e le organizzazioni non profit: alcuni riferimenti concettuali*, in Borzaga C., Fiorentini G. e Matacena A. (a cura di) "Non profit e sistemi di welfare", NIS.
- Arcelli, M. (1988), *Economia e politica monetaria*, CEDAM.
- Atkinson, R. (1998), *Unsettled standing: who (else) should enforce the duties of charitable fiduciaries?*, in *Journal of Corporation Law*.
- Barbetta, G. P. (1996), *Il settore non profit in Italia: una definizione*, in Barbetta G. P. (a cura di) "Senza scopo di lucro-Dimensioni economiche, legislazione e politiche del settore non profit in Italia", Il Mulino, Bologna.
- Bises, B. (1996), *Sulla tassabilità del reddito commerciale nelle organizzazioni non profit*, in Fossati A.; Giannini S. (a cura di) *I nuovi sistemi tributari*, Franco Angeli.
- Bises, B. (1997), *La riforma del trattamento fiscale del settore non profit*, in *Meridiana* n. 28.
- Brody, E. (1998), *The limits of charity fiduciary law*, in *Maryland Law Review*, vol. 57.
- Chillemi, O. (1991), *Ruolo e problemi della produzione volontaria di beni collettivi. Le non profit organizations*, in Santagata W. (a cura di) "Offerta privata di beni pubblici", Il Mulino, Bologna.
- CNEL (1998), *Indagine sull'assistenza sociale-Il ruolo degli organismi non profit nel settore assistenziale*, in *Atti Parlamentari* doc. XXI n. 2/II.
- Easley, D.; O'Hara, M. (1983), *The economic role of the non profit firm*, in *The Bell Journal of Economic*, n.14.
- Fama, E. F.; Jensen, M. C. (1983), *Separation of ownership and control*, in *Journal of Law and Economics*, vol. XXVI, n. 2.
- Fama, E. F.; Jensen, M. C. (1983), *Agency problems and residual claims*, in *Journal of Law and Economics*, vol. XXVI.
- Fama, E. F.; Jensen, M. C. (1980), *Agency problems and the theory of the firm*, in *Journal of Political Economy*, vol. 88.
- Flannigan, R. (1998), *The liability structure of non profit associations: tort and fiduciary liability assignments*, in *The Canadian Bar Review*, march-june.
- Franzini, M. (1997), *Il non profit e l'altruismo*, in *Meridiana*.
- Grossman, S.; Hart, O. (1980), *Takeover bids, the free rider problem and the theory of the corporation*, in *The Bell Journal of Economics*.

- Hansmann, H. B. (1981), *Reforming non profit corporation law*, in University of Pennsylvania Law Review, vol.129 n. 3.
- Hansmann, H. B. (1986), *A theory of status organizations*, in Journal of Law, Economics and Organizations, vol.II n. 1.
- Hansmann, H. B., *Economic theories of non profit organization*, in Powell W. (ed.) The non profit sector: a research handbook, Yale University Press.
- James, E. (1983), *How nonprofits grow: a model*, in Journal of Policy Analysis and Management, vol. 2, n.3.
- James, E. (1990), *Economic theories of the non profit sector: a comparative perspective*, in Anheir H. K. e Seibel W. (eds.) "The third sector: comparative studies of non profit organizations", de Gruyter.
- Leat, D. (1990), *Voluntary organizations and accountability: theory and practice*, in Anheir H. K. e Seibel W. (eds.) "The third sector: comparative studies of non profit organizations", de Gruyter.
- Milgrom, P.; Roberts, J. (1994), *Economia, organizzazione e management*, Il Mulino, Bologna cap.9
- Mittone, L. (1996), *Quasi mercati, imprese non profit e razionalità limitata*, in Borzaga C., Fiorentini G. e Maticena A. (a cura di) "Non profit e sistemi di welfare", NIS.
- Newhouse, J. P. (1970), *Toward a theory of non profit institutions: an economic model of a hospital*, in American Economic Review.
- Petretto, A. (1987), *Manuale di Economia Pubblica*, Il Mulino, Bologna.
- Rose Ackerman, S. (1996), *Altruism, non profits and economic theory*, in Journal of Economic Literature, vol. XXXIV.
- Simon, J. G. (1990), *Modern welfare state policy toward the non profit sector: some efficiency- equity dilemmas*, in Anheir H. K. e Seibel W. (eds.) "The third sector: comparative studies of non profit organizations", de Gruyter.
- Zamagni, S. (1998), *Non profit come economia civile. Per una fondazione economica delle organizzazioni non profit*, in Zamagni S. (a cura di) "Non profit come economia civile", Il Mulino, Bologna.

CAPITOLO II

La struttura del capitale delle imprese *non profit*

Sommario:

- 1 Applicabilità del *non distribution constraint* all'interno del settore *non profit*
- 2 Conseguenze della mancata distribuzione degli utili per il settore *non profit*
- 3 Problematiche inerenti ad una struttura del capitale con indebitamento
- 3.1 L'emissione di obbligazioni: possibili implicazioni per le imprese *non profit*

Bibliografia

1 Applicabilità del *non distribution constraint* all'interno del settore *non profit*

Il D.Lgs. 4 dicembre 1997, n.460, nell'art.10, comma 1, delimita i settori in cui le organizzazioni non lucrative di utilità sociale (Onlus) esplicano la loro attività e stabilisce per esse il divieto di distribuire, anche indirettamente, utili e avanzi di gestione nonché fondi, riserve o capitale durante la vita dell'organizzazione. E' evidente, quindi, come il legislatore nazionale abbia voluto applicare alle Onlus in modo rigido ciò che nella letteratura economica sulle *non profit* viene comunemente indicato come *non distribution constraint* ovvero il vincolo che vieta a tutte le organizzazioni senza finalità di lucro di distribuire utili nel corso della gestione. Tale divieto si accompagna all'obbligo di devolvere il patrimonio, in caso di scioglimento dell'organizzazione, ad altre Onlus in modo che possa venire meno la possibilità per i membri dell'organizzazione di avvantaggiarsi dei c.d. *capital gains*.

Prima di passare all'analisi e alle motivazioni di tipo economico che giustificano per il settore *non profit* l'esistenza del *non distribution constraint*, può essere utile una disamina sulle diverse classificazioni che caratterizzano le organizzazioni senza finalità di lucro. Da tale classificazione può discendere, infatti, la necessità o meno di mantenere tale vincolo. Si porranno quindi a paragone le varie possibilità di ricorso al finanziamento tra società cooperative e Onlus.

Hansmann (...) raggruppa le organizzazioni *non profit* in quattro distinte categorie definendo, per ciascuna di esse, le peculiarità che le contraddistinguono. In particolare, secondo Hansmann, le *non profit* possono essere raggruppate adoperando due chiavi di lettura. Una prima chiave riguarda la principale fonte di reddito dell'organizzazione, che può scaturire o da donazioni o da proventi derivanti dalla vendita di prodotti/servizi. L'altra chiave interpretativa afferisce alle modalità di controllo a cui tali organizzazioni sono sottoposte da parte del gruppo dominante.

Il panorama che scaturisce da questa analisi è alquanto complesso ed è per tale ragione che la giustificazione per l'esistenza del divieto di distribuire utili sotto qualsiasi forma, non può prescindere dal tipo di organizzazione con cui si ha a che fare.

Seguendo la suddivisione di Hansmann le *non profit* possono distinguersi in "donative" o "commercial" a seconda che la loro principale fonte di finanziamento scaturisca da liberalità o dalla vendita di prodotti/servizi. Ancora, le *non profit* possono suddividersi in "mutual" o in "entrepreneurial" sulla base della relazione esistente tra membri che detengono il controllo dell'organizzazione e *patrons*. Nel caso di "mutual" *non profit*, i *patrons* si identificano con i membri dell'organizzazione. Al contrario, per le *non profit* di tipo "entrepreneurial" i *patrons* non hanno nessun legame con il consiglio di amministrazione dell'organizzazione.

Nell'analizzare le motivazioni alla base del vincolo di non distribuire utili è importante chiarire che, se tale vincolo opera per le organizzazioni senza fini di lucro, esso non riguarda le cooperative, in particolare quelle di utilità sociale. A questo proposito, sembra che il decreto che disciplina le Onlus crei una certa confusione quando stabilisce che le organizzazioni senza fine di lucro possono essere anche le società cooperative. In realtà, l'elemento che maggiormente caratterizza dette società è la finalità mutualistica, finalità che tuttavia non riguarda le cooperative sociali introdotte nel nostro ordinamento con la legge 8 novembre 1991, n.381. La cooperativa sociale, infatti, ha come scopo il perseguimento di un interesse generale da realizzare attraverso la gestione di servizi socio-sanitari ed educativi e lo svolgimento di attività finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate. Tuttavia, nonostante il palese principio solidaristico a cui si ispira questa nuova forma di cooperazione, la cooperativa sociale rimane pur sempre una cooperativa in cui accanto alla nuova figura dei soci volontari si posizionano anche i soci fruitori e quelli prestatori. Probabilmente non è neppure da escludere la presenza di soci sovventori che non solo parteciperebbero alla cooperativa senza avere un fine mutualistico, ma che potrebbero non avere alcuna finalità solidaristica. Seguendo una visione coerente per la classificazione delle organizzazioni senza fini di lucro con finalità solidaristiche, sarebbe logico attendersi che le cooperative sociali siano sempre soggette al regime delle Onlus. Se così non fosse, si creerebbe una frattura in cui alcune cooperative sociali sarebbero Onlus mentre altre rimarrebbero cooperative ordinarie (Di Cecco,).

La cooperativa sociale, quindi, si pone come vera e propria linea di demarcazione, in questo panorama abbastanza confuso, tra cooperative *mutual benefit* e quelle *public benefit* e più in generale, tra organizzazioni mutualistiche ed organizzazioni solidaristiche. Questa suddivisione risulta di fondamentale importanza proprio ai fini dell'obbligo di non distribuire utili, obbligo che se vale per le organizzazioni senza fini di lucro non vale per le società cooperative. Nella forma associativa della cooperativa non esiste alcun ostacolo alla distribuzione di un dividendo e ciò, sia durante la vita della cooperativa, che nel caso di suo scioglimento. Al contrario il decreto di disciplina delle Onlus appare chiaro nel rendere il più possibile stringente il vincolo di non distribuzione degli utili. E' da chiedersi a questo punto se un vincolo di questo tipo debba sempre valere o se invece esso non vada affievolito, se non del tutto eliminato, in base ai principi che regolano un determinato tipo di organizzazione *non profit*. La finalità mutualistica o solidaristica appare determinante nella valutazione del *non distribution constraint*.

Hansmann fa rientrare nella sua classificazione di organizzazioni *non profit* anche quelle da lui definite come "commercial mutual nonprofits" le organizzazioni, cioè, che svolgono attività in cui i soggetti finanziatori sono anche soggetti beneficiari. Per questo tipo di organizzazioni il ricorso alla forma cooperativa risulterebbe maggiormente indicato. Del resto Gui (1991) sembrerebbe pretendere, nella sua ipotesi di definizione di terzo settore, verso un'esclusione delle organizzazioni mutualistiche, facendo rientrare nel terzo settore solo quelle "organizzazioni guidate da privati e al servizio di categorie diverse dagli investitori". Naturalmente, a seconda che si tratti dell'uno o dell'altro tipo di organizzazione, il concetto di *non distribution constraint* assume connotazioni diverse.

Prima di analizzare se il divieto di distribuire dividendi sotto qualsiasi forma può essere valido per ogni tipo di organizzazione *non profit*, si illustreranno brevemente le ragioni alla base di un simile divieto.

Hansmann individua nel fallimento del contratto la ragione principale per la mancata distribuzione degli utili.

Laddove è difficile stabilire la qualità e la quantità di determinati beni o servizi offerti dall'impresa, un'organizzazione senza fini di lucro può effettivamente meglio salvaguardare gli interessi degli acquirenti di detti beni e servizi. Naturalmente, il vantaggio per il consumatore derivante da una migliore qualità del bene offerto dall'organizzazione *non profit* deve essere posto in relazione con la tendenza da parte del manager dell'organizzazione a non ottimizzare l'uso delle risorse per la mancanza di incentivi a massimizzare il profitto. Spesso la mancata minimizzazione dei costi si riflette anche nel ricorso a forme di finanziamento a condizioni poco favorevoli proprio in conseguenza del fatto che il manager non è incentivato alla ricerca di finanziamenti maggiormente vantaggiosi.

Se Hansmann pone al centro del *non distribution constraint* il fallimento del contratto basandosi quindi sull'impossibilità per l'acquirente di verificare la qualità del bene offerto, Fama e Jensen (1983) pongono maggiore risalto all'assenza di diritti residuali come mezzo per evitare problemi di agenzia tra i donatori e i soggetti a cui tali diritti sono attribuiti. Quindi, secondo i due autori, alla base di un'organizzazione senza finalità di lucro c'è sempre un problema di agenzia risolto attraverso l'eliminazione dei diritti residuali. Tuttavia, anche Fama e Jensen non si addentrano a risolvere i problemi

di agenzia delle organizzazioni *non profit* di tipo mutualistico semplicemente perché per questo tipo di organizzazioni non esistono problemi di agenzia. La loro analisi, infatti, si concentra su quelle organizzazioni in cui prevale l'elemento della donazione.

Pertanto il problema di classificazione delle organizzazioni senza fini di lucro, se cioè trattasi di organizzazioni mutualistiche o solidaristiche, si ripresenta come centrale ai fini del mantenimento del vincolo di non distribuzione degli utili.

Le considerazioni che seguono sulla struttura finanziaria degli enti *non profit* non riguardano le organizzazioni di tipo mutualistico per le quali non c'è ragione di mantenere il vincolo di non distribuzione degli utili. Pertanto, la definizione di una struttura del capitale ottima riguarderà le organizzazioni senza finalità di lucro di tipo non mutualistico.

2 Conseguenze della mancata distribuzione degli utili per il settore *non profit*

Uno dei temi maggiormente dibattuti in finanza aziendale attiene ai diversi modi che l'impresa può scegliere per distribuire ricchezza ai propri azionisti. Il dibattito è soprattutto incentrato sul differente regime fiscale dei dividendi e dei *capital gains*. Infatti, essendo questi ultimi fiscalmente più competitivi rispetto ai dividendi, l'interrogativo che spesso viene sollevato riguarda i motivi che spingono le imprese a distribuire comunque una parte di utili agli azionisti sotto forma di dividendi. Scopo di questo paragrafo è l'esame di ciò che la distribuzione dei dividendi rappresenta, in particolare quando questa è analizzata come segnale che l'impresa manda al mercato. Si cercherà quindi, di verificare se per le imprese senza scopo di lucro la mancanza di un simile segnale possa ritenersi ininfluenza o se, invece, le organizzazioni *non profit* debbano ricercare soluzioni alternative nella ricerca di una struttura ottima del capitale che prescindano dal finanziamento per mezzo di capitale proprio.

Miller e Modigliani (1961) affermano che in presenza di determinate condizioni la politica dei dividendi è irrilevante per la valutazione di un'impresa. In assenza di imposte, sia personali che sull'impresa, di costi d'agenzia e di asimmetria informativa è indifferente per un'azionista ricevere il *cash flow* che l'impresa realizza sotto forma di dividendi o di *capital gains* e l'impresa può quindi scegliere qualunque forma di distribuzione agli azionisti²⁷. Da ciò discende, anche, che due imprese identiche sotto il profilo della possibilità di investimenti futuri e del reddito operativo netto atteso, ma con una diversa politica di distribuzione degli utili, devono essere valutate allo stesso modo.

La teoria dell'irrelevanza della politica dei dividendi è valida in presenza di determinate condizioni, tuttavia, l'introduzione di imposte sia personali che sul reddito d'impresa, può portare al perseguimento di una politica ottima di distribuzione degli utili agli azionisti. Il vantaggio fiscale di cui i *capital gains* godono rispetto ai dividendi fa sì che potrebbe risultare conveniente non distribuire affatto dividendi (Brennan, 1970). La spiegazione di un comportamento apparentemente anti-economico viene fornita da diversi studiosi a partire da Feldstein e Green (1983) che spiegano come anche in presenza di imposte sui dividendi più elevate rispetto a quelle sui *capital gains*, la distribuzione dei primi possa avere comunque una spiegazione. Il loro modello si basa essenzialmente sull'esistenza di una segmentazione degli investitori per cui è possibile trovare individui il cui reddito è tassato accanto ad altri esenti da imposta. In questa situazione, ed in assenza di incertezza, gli azionisti con un reddito tassato finanzierebbero esclusivamente le imprese che non distribuiscono dividendi mentre quelli con reddito esente investirebbero in imprese che distribuiscono utili. Se una simile segmentazione non si verifica nella realtà è soprattutto per effetto dell'incertezza che porta gli investitori a diversificare i loro investimenti. Per tale ragione le imprese sono portate a distribuire una parte dei loro utili sotto forma di dividendi essendo finanziate sia da investitori esenti che da quelli soggetti ad imposta.

²⁷ Il valore di un'impresa è fornito dalla seguente equazione ed è indipendente dalla politica dei dividendi:

$$\tilde{V}_i(t) = \frac{\tilde{R}\tilde{O}_i(t+1) - \tilde{I}_i(t+1) + \tilde{V}_i(t+1)}{1 + \rho(t+1)}$$

$\tilde{V}_i(t)$ valore dell'impresa al tempo t ; $\tilde{R}\tilde{O}_i(t+1)$ reddito operativo netto al tempo $t+1$; $\tilde{I}_i(t+1)$ investimenti al tempo $t+1$; ρ tasso di rendimento richiesto dal mercato.

Altri modelli hanno tentato di fornire una spiegazione al comportamento apparentemente illogico delle imprese di distribuire dividendi. Ross (1977) elabora una teoria di distribuzione dei dividendi basandosi essenzialmente sul potere informativo che una simile distribuzione trasmette al mercato. Il fatto che una parte degli utili venga assegnata agli azionisti sotto forma di dividendi può fornire delle informazioni agli investitori sui futuri flussi di cassa dell'impresa. Bhattacharya (1979) elabora un modello in cui i dividendi sono utili veicoli di informazioni altrimenti non desumibili per mezzo di strumenti come i bilanci annuali o le previsioni di utili. Anche Miller e Rock (1985) propongono un modello in cui i dividendi svolgono un importante ruolo informativo per gli azionisti sulle possibilità di crescita dell'impresa. Secondo i due autori qualsiasi aumento inatteso nella distribuzione dei dividendi aumenta la ricchezza degli azionisti mentre l'emissione di nuove azioni o la sottoscrizione di obbligazioni sono interpretati dal mercato come segnali negativi sulle prospettive dell'impresa. Il filone della letteratura che si basa sul potere informativo degli utili distribuiti, abbraccia la possibilità di una politica ottima dei dividendi in quanto gli effetti negativi della maggiore tassazione della quota di utili distribuita agli azionisti verrebbero controbilanciati dagli effetti positivi dell'informazione trasmessa agli investitori.

La ricerca di una politica ottima dei dividendi è anche esaminata sotto l'aspetto dei costi d'agenzia ad essa associati. Rozeff (1982) illustra i benefici derivanti da un incremento dell'indebitamento necessario a distribuire dividendi agli azionisti. Il suo esame prescinde da qualsiasi considerazione sul diverso trattamento fiscale tra dividendi e *capital gains*. L'analisi di Rozeff si incentra principalmente sul conflitto tra il management e gli azionisti che può essere in parte superato attraverso l'incremento del rapporto tra capitale di terzi e capitale proprio. Se da un lato il maggiore ricorso all'indebitamento comporta dei costi legati al ricorso a fonti esterne di finanziamento, questi sono compensati dalla riduzione dei costi di agenzia. L'aumento dell'indebitamento comporta un controllo maggiore sulle azioni del management da parte dei creditori (soprattutto se i creditori sono istituzioni finanziarie con maggiori capacità di monitoraggio) e ciò è a vantaggio dei piccoli azionisti che altrimenti avrebbero maggiori difficoltà nel valutare se determinate azioni compiute dal manager sono dannose nei loro confronti. Naturalmente è possibile evitare il ricorso a fonti esterne ma in questo caso sarebbero gli stessi piccoli azionisti a richiedere ex ante una serie di regole per disciplinare il rapporto con il management, che aumenterebbero i costi di agenzia. Jensen e Meckling (1976) analizzano la distribuzione dei dividendi come mezzo per risolvere il conflitto tra manager e azionisti. In particolare Jensen (1988) esamina la necessità di distribuire il *cash flow* residuale prodotto dall'impresa, vale a dire il *cash flow* che non può essere investito in modo redditizio. La distribuzione di un dividendo agli azionisti riduce le risorse controllate dal management e qualora l'impresa avesse necessità di nuove risorse essa si vedrebbe costretta a ricorrere al mercato venendo in questo modo monitorata dai potenziali investitori. Se invece il *cash flow* residuale rimane sotto il controllo del management si potrebbe verificare una situazione in cui il manager incurante di accrescere la ricchezza degli azionisti si preoccupa solamente di aumentare gli investimenti senza alcuna considerazione sulla loro effettiva remuneratività. La crescita dell'impresa aumenta il prestigio del manager e tuttavia dà luogo ad un paradosso per cui tanto maggiore è la flessibilità del gruppo dirigente di gestire le risorse dell'impresa tanto più il valore di questa può diminuire.

La letteratura economica sembra quindi che non abbia ancora preso una posizione decisa sulle implicazioni della distribuzione dei dividendi. Se non si prendono in esame considerazioni di tipo fiscale, i dividendi non avrebbero nessuna influenza sul valore dell'impresa, d'altro canto qualora si guardi al diverso trattamento impositivo esistente tra utili distribuiti e *capital gains* la distribuzione dei dividendi appare antieconomica. Se poi si valutano i diversi segnali di cui i dividendi sono portatori si cade in una situazione in cui la loro attribuzione agli azionisti deve essere positivamente considerata.

Il panorama sin qui descritto serve ad evidenziare i benefici legati ad una politica dei dividendi, benefici che, se effettivamente esistenti, non sono goduti dalle imprese senza finalità di lucro. Il vincolo di non distribuire dividendi, associato ai segnali che i dividendi trasmettono al mercato, può essere una delle cause della sottocapitalizzazione delle organizzazioni *non profit* ed è per tale ragione che il ricorso a fonti alternative rappresenta un valido strumento per ovviare al difficile reperimento di finanziamenti.

3 Problematiche inerenti ad una struttura del capitale con indebitamento

Sono ormai una pietra miliare nella letteratura finanziaria i lavori di Modigliani e Miller (1958 e 1963) sull'ottima struttura del capitale e sul modo in cui essa è influenzata dal grado di indebitamento.

Nel lavoro del 1963 i due autori mostravano come in presenza di tassazione sul reddito d'impresa e di deducibilità degli interessi passivi le imprese potrebbero essere indotte a finanziarsi con capitale di terzi fino ad arrivare, al limite, con una struttura del capitale composta per 99,99% da fonti esterne. In realtà il loro modello si basa su una serie di ipotesi tra le quali l'assenza di costi di fallimento e di costi d'agenzia. Con i presupposti presi in esame da Modigliani e Miller il valore dell'impresa non è individuabile attraverso la composizione del capitale, bensì dalla capacità dell'impresa stessa di produrre reddito²⁸. In assenza di deducibilità degli interessi passivi due imprese identiche sotto il profilo del reddito operativo netto atteso ma differenti in quanto a composizione del capitale, devono avere lo stesso valore. Tuttavia, quando entra in gioco la deducibilità dal reddito d'impresa degli interessi passivi, il valore di mercato di una società cresce quanto più elevata è la quota di indebitamento (cioè in assenza di rischio per quote di indebitamento crescenti)²⁹. Se una struttura del capitale quasi totalmente composta da finanziamenti esterni non è osservabile in realtà, è per una serie di motivazioni che vanno dalla tassazione dei redditi personali con diverse aliquote d'imposta fino ai costi del fallimento.

Nonostante l'impossibilità di ricorrere a finanziamenti prevalentemente con capitali di terzi, nel caso di organizzazioni senza finalità di lucro, potrebbe essere auspicabile un forte ricorso all'indebitamento proprio per ovviare al problema della mancata distribuzione degli utili. Una struttura finanziaria con elevata percentuale di indebitamento presenta comunque dei problemi, fra tutti, la possibilità di perseguire una struttura finanziaria ottima. Nonostante il lavoro di Modigliani e Miller del 1963 abbia posto in luce la possibilità di ricorrere all'indebitamento in maniera pressoché illimitata sotto determinate condizioni, la presenza di costi del fallimento può realmente controbilanciare i benefici fiscali derivanti dalla deducibilità degli interessi passivi e di conseguenza ridurre la convenienza per l'impresa a ricorrere al finanziamento per mezzo di capitale di terzi. La letteratura economica non si è ancora espressa in modo univoco sull'effettiva rilevanza dei costi del fallimento e numerosi sono i lavori che affrontano il problema sia sul piano strettamente teorico che su quello empirico. In generale si è tentato di stimare i costi diretti del fallimento, quelli cioè, più facilmente misurabili, che attengono principalmente alle spese legali delle procedure concorsuali. I costi indiretti del fallimento, relativi ad esempio alla chiusura di rapporti con clienti e fornitori, proprio perché sono costi opportunità sono più difficili da stimare e poco si sa sulla loro effettiva incidenza nel calcolo del valore di un'impresa.

Miller (1977), sostiene che i benefici fiscali derivanti dall'indebitamento riescono a compensare i costi delle procedure concorsuali, tuttavia una spiegazione di questo tipo non riesce a giustificare il motivo per cui molte imprese anziché ricorrere prevalentemente al capitale di terzi, si finanzino anche con capitale proprio.

Haugen e Senbet (1978), considerano i costi del fallimento come una sottrazione al valore dell'impresa e sostengono che il fallimento può essere evitato attraverso procedure di riorganizzazione informali tra creditori ed azionisti che eliminino questi costi.

Per quanto attiene i lavori empirici tesi a valutare la significatività dei costi del fallimento, Warner (1977) e Guffey e Moore (1991) conducono, il primo un'analisi sul settore ferroviario ed i secondi una sul settore dei trasporti. Nell'analisi di Warner vengono stimati solo i costi diretti del fallimento che risultano di scarsa rilevanza essendo al massimo del 5,3% del valore dell'impresa. Lo studio di Guffey e Moore evidenzia dei costi diretti del fallimento stimati che si aggirano intorno al 9% del valore dell'impresa. Il più alto valore rispetto a quanto stimato da Warner può trovare una giustificazione nel diverso assetto dei due settori esaminati. Infatti, poiché le imprese di trasporti hanno una dimensione minore rispetto a quelle ferroviarie è possibile che i costi del fallimento abbiano una componente fissa che incide maggiormente sulle imprese di piccole dimensioni. L'analisi empirica più completa, che tenta di analizzare oltre ai costi diretti del fallimento anche quelli indiretti è condotta da Altman (1984) in cui si mostra come questi costi siano effettivamente molto significativi variando dall'11% al 17% del valore dell'impresa. Per tale

²⁸ Il valore di un'impresa finanziata totalmente con capitale proprio è dato da:
$$V^* = \frac{\tilde{R}\tilde{O}(1 - \tau_c)}{\rho}$$
 dove

$\tilde{R}\tilde{O}$ è il reddito operativo netto
 τ_c il tasso d'imposta sul reddito d'impresa
 ρ è il costo del capitale

²⁹ Il valore di un'impresa indebitata è pari a: $V^I = V^* + \tau_c B$ dove B indica il livello di indebitamento.

ragione Altman sostiene che sia possibile la ricerca di una struttura ottima del capitale in cui i benefici fiscali dell'indebitamento sono compensati dai costi del fallimento.

L'indebitamento può assumere anche un ruolo molto importante di segnale agli investitori. Ross (1977) illustra come il management in presenza di contratti incentivanti ed avendo un accesso monopolistico all'informazione sui futuri flussi di cassa attesi dall'impresa, tenda a fornire al mercato segnali non falsi sulla base della struttura finanziaria. In questo caso il livello di indebitamento può essere uno strumento utilizzato dagli investitori per verificare il grado di successo dell'impresa. Ross sviluppa un contratto incentivante per il management in modo da indurlo a dare sempre il segnale veritiero. Il management può, nel modello di Ross, scegliere il livello di indebitamento e la politica dei dividendi come strumenti per segnalare le future performance dell'impresa. Un incremento del livello di indebitamento deve essere interpretato come un segnale ottimistico sul grado di redditività atteso dall'impresa sempre che il management sia incentivato a lanciare sul mercato segnali non falsi.

Uno dei principali problemi di una struttura del capitale con elevata percentuale di indebitamento risiede nell'ipotesi di espropriazione di ricchezza degli obbligazionisti operata da parte degli azionisti. Black e Scholes (1973) illustrano come sia possibile assimilare l'emissione di obbligazioni alla vendita dei beni dell'impresa agli obbligazionisti in cambio di liquidità e di un'opzione di tipo *call* (opzione che permette al suo acquirente di comprare o meno un determinato bene in un'epoca futura ad un prezzo fissato). In questo caso la ricchezza degli azionisti è fornita dal valore scontato delle obbligazioni e da un'opzione *call*. Se alla scadenza del prestito il valore dell'impresa V risulta maggiore del valore nominale del debito D gli azionisti avranno convenienza a esercitare la loro opzione pagando gli obbligazionisti e trattenendo per sé il resto. Alla scadenza la ricchezza degli azionisti S sarà il valore di un'opzione *call*, $S = \text{MAX} [0, V - D]$ che esprime la condizione per cui nel caso in cui il valore nominale delle obbligazioni sia maggiore di quello dell'impresa, gli azionisti non riceveranno nulla, mentre qualora la differenza tra V e D sia positiva gli azionisti riceveranno il valore di questa differenza. Per l'obbligazionista la ricchezza è rappresentata dall'importo più basso tra V e D per cui quando V è maggiore di D l'obbligazionista riceverà il valore nominale del prestito mentre nel caso contrario potrà considerarsi come *residual claimant* sul valore dell'impresa. Il rischio che i due autori pongono in evidenza è relativo alla possibilità di incrementare l'indebitamento con lo scopo di usare la liquidità che ne deriva per acquistare azioni sul mercato. In questo modo si creerebbe una frattura di interessi tra vecchi e nuovi obbligazionisti. Infatti, se i nuovi obbligazionisti hanno gli stessi diritti di quelli vecchi, questi ultimi risultano senz'altro danneggiati da nuove emissioni obbligazionarie. Inoltre, proprio per il fatto di poter assimilare la vendita di obbligazioni ad un'opzione di tipo *call*, gli azionisti saranno incentivati a scegliere d'investire la liquidità proveniente dall'emissione del prestito in progetti rischiosi, in progetti cioè, con elevata varianza in quanto l'acquirente di un'opzione *call*, in questo caso l'azionista, ha interesse a che la varianza del bene sottostante l'opzione sia il più possibile elevata.

In breve le maggiori possibilità di conflitto tra azionisti e obbligazionisti risiedono nel pagamento dei dividendi, nei progetti d'investimento, nella diluizione dei diritti obbligazionari. A causa di questi problemi, numerose sono le clausole inserite nei rapporti tra proprietari e creditori. Smith e Warner in particolare (1979), esaminano per le diverse problematiche sottostanti l'emissione di un prestito obbligazionario, le clausole per eliminare ex-ante le possibilità di conflitto tra azionisti e obbligazionisti. Anche se l'inserimento di tali clausole nel contratto risulta particolarmente costoso, esse in molti casi possono aumentare il valore dell'impresa riducendo le possibilità che hanno gli azionisti di non massimizzare il valore dell'impresa nel suo complesso.

3.1 L'emissione di obbligazioni: possibili implicazioni per le imprese *non profit*

Quanto finora esaminato può fornire un quadro su quelli che sono gli aspetti maggiormente rilevanti nella definizione di una struttura ottima del capitale. E' logico che tali argomentazioni non possono essere interamente traslate nel settore *non profit*, mentre sono necessarie ulteriori considerazioni su ciò che potrebbe significare, per un'impresa senza fine di lucro, il finanziamento attraverso l'indebitamento.

Il ricorso a capitale di terzi per il finanziamento delle strutture *non profit* può servire per aggirare il problema della mancata distribuzione dei dividendi. Le organizzazioni *non profit* possono finanziarsi attraverso le donazioni, attraverso la vendita dei beni prodotti, e, in questa ipotesi, attraverso l'emissione di prestiti obbligazionari. Se gli obbligazionisti fossero degli investitori in senso puro, interessati più alla

redditività del loro investimento che non all'attività dell'impresa *non profit*, la loro veste potrebbe essere assimilata a quella dei piccoli azionisti di società con capitale fortemente parcellizzato. I piccoli azionisti, infatti, non partecipano alle assemblee e non ricoprono un ruolo nelle scelte della società ma sono solo interessati ai risultati del loro investimento.

Volendo considerare degli investitori di tipo puro per le imprese senza finalità di lucro, i problemi più rilevanti legati ad una struttura del capitale fortemente indebitata sono costituiti dai rischi di fallimento (o da quelli delle altre procedure concorsuali), che porterebbero gli obbligazionisti a richiedere tassi d'interesse sempre più elevati all'aumentare del *leverage*. Se da un lato gli obbligazionisti possono essere indotti ad investire in queste organizzazioni (sotto la condizione di tassi particolarmente appetibili), dall'altro potrebbe sorgere il rischio che il management perda di vista l'attività principale dell'impresa per investire in attività diverse da quelle istituzionali purché siano redditizie. Il management per scongiurare i rischi del fallimento (rischi che si riflettono anche sul gruppo dirigente in termini di perdita di immagine), potrebbe non avere interesse a perseguire le finalità per cui l'impresa *non profit* si è costituita. Del resto nel caso di imprese *non profit* finanziate da obbligazionisti puri, non sarebbe neppure possibile una riorganizzazione con accordo tra azionisti e obbligazionisti per evitare il fallimento. La mancanza di azionisti, o di un gruppo ad essi assimilabili, specie nelle organizzazioni di tipo *entrepreneurial*, preclude qualsiasi possibilità di riorganizzazione informale. Appare invece interessante la definizione di contratti incentivanti per il management, anche sulla base di quanto esaminato da Ross. Il livello di indebitamento sarebbe in questo caso un segnale teso a verificare le prospettive di crescita dell'organizzazione. Tuttavia, ipotizzando un obbligazionista puro, questi segnali sarebbero utilizzati dai creditori solo per verificare il livello di rischio dei loro titoli e non per accertare se effettivamente l'impresa sta perseguendo le proprie finalità istituzionali.

Per tutte queste ragioni, gli obbligazionisti che finanziano un'organizzazione senza finalità di lucro devono avere un interesse all'espansione all'attività tipica dell'impresa e non possono considerarsi investitori puri con l'unico obiettivo della redditività. Essi, infatti, investono guardando alla redditività del loro investimento, ma investono anche perché credono nell'attività dell'impresa *non profit*. Questa condizione risulta determinante, senza di essa l'investitore — obbligazionista potrebbe essere del tutto assimilato all'azionista con l'unica differenza di non avere alcun ruolo decisionale nelle scelte dell'organizzazione.

Certamente il ricorso al capitale di debito aumenta la possibilità di capitalizzazione delle imprese senza finalità di lucro con evidenti effetti positivi. Il ricorso a capitale di terzi può aumentare la possibilità di comportamenti virtuosi da parte del management che sarà maggiormente vincolato, nel fare le proprie scelte, alla necessità di redditività delle obbligazioni emesse. Per questo l'emissione di un prestito obbligazionario introduce un elemento di efficienza nella gestione dell'impresa.

Per quanto attiene ai tassi d'interesse che l'organizzazione dovrà garantire ai propri obbligazionisti, le considerazioni da farsi sono svariate. I tassi dovranno aumentare al crescere dell'indebitamento e al crescere della scadenza; essi dovranno anche riflettere la limitata possibilità di rivendere sul mercato le obbligazioni. Gli obbligazionisti di un'impresa *non profit*, proprio perché interessati anche all'attività dell'organizzazione, possono essere disposti a richiedere tassi più bassi rispetto a quelli praticati da imprese *for profit* appartenenti alla stessa classe di rischio. Inoltre, per il fatto che gli obbligazionisti hanno un interesse specifico nell'attività condotta dall'organizzazione, avranno anche maggiori difficoltà, nel caso di vendita delle obbligazioni prima della scadenza, a trovare acquirenti motivati dalle stesse finalità. Il mercato di queste obbligazioni potrebbe essere molto ristretto se non addirittura inesistente. Se quindi è pensabile che queste obbligazioni abbiano rendimenti più bassi rispetto ad altre obbligazioni similari, occorre anche salvaguardare gli interessi degli obbligazionisti che accettano rendimenti minori per finanziare attività meritevoli. Per questa ragione, si renderebbero necessarie clausole che diano al gruppo obbligazionario un controllo sulla gestione dell'organizzazione in modo da compensare i costi derivanti dall'accettazione di tassi d'interesse più bassi.

L'altra considerazione da fare, sempre con riferimento alla definizione di un tasso d'interesse per questo tipo di obbligazioni, è relativa alle possibilità di conflitti tra management e obbligazionisti. Non esistendo il gruppo degli azionisti, l'espropriazione di ricchezza che nel modello di Black e Scholes è condotta dagli azionisti nei confronti degli obbligazionisti, si ripropone questa volta tra management e creditori. Se il management ha un comportamento virtuoso e se gli obbligazionisti riescono ad avere strumenti di controllo sull'attività dell'impresa attraverso clausole predisposte al momento dell'emissione, è possibile che il rischio di espropriazione sia effettivamente più basso rispetto a quanto previsto da Black

e Scholes. Da ciò può conseguire la richiesta di tassi più bassi per obbligazioni emesse da organizzazioni senza finalità di lucro. Inoltre, l'assenza del gruppo degli azionisti riduce il rischio di investimenti altamente rischiosi, cioè con varianza elevata e per tale ragione si supporterebbe ulteriormente l'ipotesi di obbligazioni con tassi di rendimento più bassi.

Gli effetti positivi derivanti dall'emissione di un prestito obbligazionario derivano da una maggiore capitalizzazione, da un più efficace monitoraggio da parte degli obbligazionisti, da un comportamento più virtuoso del management che persegue investimenti redditizi nel tentativo di evitare i rischi del fallimento e che è incentivato a diversificare l'attività d'investimento con conseguente riduzione del rischio.

Tutto ciò può essere vero nel caso in cui gli obbligazionisti siano investitori con una funzione obiettivo in cui oltre alla redditività dell'investimento si inserisce l'attività istituzionale dell'impresa *non profit*.

Per le organizzazioni senza finalità di lucro la possibilità di finanziamento con capitale di credito può davvero costituire una soluzione alla loro sottocapitalizzazione aggirando il vincolo legislativo che impone alle *non profit* un assetto diverso da quello societario. I vantaggi dell'indebitamento, oltre a quelli fiscali descritti ampiamente da Modigliani e Miller, sono costituiti da un più stretto monitoraggio degli obbligazionisti sull'operato del gruppo dirigente e soprattutto dal fatto che l'impresa *non profit* dovrà cercare investimenti redditizi per il rimborso del capitale e per il pagamento degli interessi. In questo modo, le *non profit* sono costrette a spostarsi verso una logica di mercato, pur rimanendo nell'ambito di un assetto che non prevede la figura dell'azionista — proprietario e che, per tale ragione, garantisce maggiormente il perseguimento delle finalità istituzionali dell'impresa.

Bibliografia

- Altman, E., I., (1984), "A Further Empirical investigation of the Bankruptcy Costs Question", *Journal of Finance*, 1067-1089.
- Bhattacharya, S., (1979), "Imperfect Information, Dividend Policy, and <<The Bird in the Hand>> Fallacy", *Bell Journal of Economics*, 259-270.
- Black, F., e Scholes, M., (1973), "The Pricing of Options and Corporate Liabilities", *Journal of Political Economy*, 637-654.
- Brennan, M., (1970), "Taxes, Market Valuation and the Corporate Financial Policy", *National Tax Journal*, 417-427.
- Di Cecco, G., (.....), "Sulle forme giuridiche previste nello schema di d.lgs. recante norme in tema di <<Organizzazioni non lucrative di utilità sociale>>", 65-77.
- Fama, E., e Jensen, M., (1983), "Agency problems and Residual Claims", *Journal of Law and Economics*, 327-349.
- Fama, E., e Jensen, M., (1983), "Separation of Ownership and Control", *Journal of Law and Economics*, 301-325.
- Feldstein, M., e Green, J., "Why Do Companies Pay Dividends?", *American Economic Review*, 17-30.
- Guffey, D., M., e Moore, W., T., (1991), "Direct Bankruptcy Costs: Evidence from the Trucking Industry", *The Financial Review*, 223-235.
- Gui, B., (1991), "Le organizzazioni mutualistiche e senza fine di lucro. Un approccio unificato al <<terzo settore>>", *Stato e Mercato*, 143-157.
- Hansmann, H., (.....), "Economic Theories in Nonprofit Organization" in *The Nonprofit Sector*, edito da Walter W. Powell, Yale University Press.
- Hugen, R., A., e Senbet, L., W., (1978), "The Insignificance of Bankruptcy Costs to the Theory of Optimal Capital Structure", *The Journal of Finance*, 383-393.
- Jensen, M., (1988), "Takeovers: Their causes and Consequences", *Journal of Economic Perspectives*, 21-48.
- Jensen, M., e Meckling, K., (1976), "Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs, and the Ownership Structure", *Journal of Financial Economics*, 305-360.
- Miller, M., e Modigliani F., (1961), "Dividend Policy, Growth, and the Valuation of Shares", *Journal of Business*, 411-433.

- Miller, M., e Rock, K., (1985), "Dividend Policy under Asymmetric Information", *The Journal of Finance*, 1031-1051.
- Miller, M., H., (1977), "Debt and Taxes", *The Journal of Finance*, 261-274.
- Modigliani, F., e Miller, M., H., "Corporate Income Taxes and the Cost of Capital", *American Economic Review*, 433-443.
- Modigliani, F., e Miller, M., H., "The Cost of Capital, Corporation Finance, and the Theory of Investment", *American Economic Review*, 261-297.
- Ross, S.A., (1977), "The Determination of Financial Structure: The Incentive - Signaling Approach", *Bell Journal of Economics*, 23-40.
- Rozeff, M., (1982), "Growth, Beta and Agency Costs as Determinants of Dividend Payout Ratios", *Journal of Financial Research*, 249-259.
- Smith, C., W., e Warner, J., B., (1979), "On Financial Contracting: An Analysis of Bond Covenants", *Journal of Financial Economics*, 117-161.
- Warner, J., B., (1977), "Bankruptcy Costs: Some Evidence", *The Journal of Finance*, 337-347.

Parte Seconda

INTERESSI E VALORI NELLA DISCIPLINA DELL'IMPRESA SOCIALE

PAGINA BIANCA

CAPITOLO III

Impresa sociale e valori costituzionali

SOMMARIO:

1. VALORI COSTITUZIONALI E DISCIPLINA DELL'IMPRESA SOCIALE.
2. LA PROGRESSIVA AFFERMAZIONE DEL VOLONTARIATO NEL SISTEMA DEI VALORI COSTITUZIONALI.
3. VOLONTARIATO E PUBBLICI POTERI.
4. IL RILIEVO COSTITUZIONALE DEL VOLONTARIATO E DELL'IMPRESA SOCIALE: PROFILI OGGETTIVI.
5. [SEGUE]: PROFILI SOGGETTIVI (LE RAGIONI DI UNA DISCIPLINA DI FAVOR).
6. SVILUPPI E TENDENZE CON RIGUARDO AD UNA POSSIBILE DISCIPLINA DELL'IMPRESA SOCIALE: IL PASSAGGIO DA UNA SOLIDARIETÀ VERTICALE (PATERNA) AD UNA SOLIDARIETÀ ORIZZONTALE (FRATERNA).
7. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI.

1. Valori costituzionali e disciplina dell'impresa sociale.

La categoria delle associazioni senza scopo di lucro (*non profit*) - pur nella sua varietà tipologica - si connota essenzialmente per il profilo della destinazione degli utili realizzati, che non vanno a remunerare il capitale investito, ma prediligono l'appagamento di bisogni esterni a quelli dell'associazione³⁰.

La peculiare collocazione di questi enti tra Stato e individuo - non a caso si parla di *terzo settore* (non profit, non Stato)³¹ - ne ha consentito un forte sviluppo negli ultimi decenni, trovando ampi spazi in connessione alla crisi dello Stato sociale ed alla perdita di fiducia nell'economia di mercato³².

In Italia è a partire dalla seconda metà degli anni '70, che - sull'onda delle mobilitazioni socio-politiche della fine del decennio precedente - ha cominciato a prendere piede un associazionismo teso a perseguire non più fini globali mediante un'appartenenza totalizzante, ma piuttosto singole problematiche specifiche, con una forte valorizzazione dell'individualità e particolare attenzione ai bisogni quotidiani, nell'ambito del passaggio dall'esigenza di benessere a quella di qualità della vita³³.

Queste tendenze sono arrivate a piena maturazione negli anni '80 in parallelo con il definitivo entrare in crisi del *Welfare state*³⁴. A fronte della conclamata impossibilità a che lo stato assistenziale fungesse da erogatore universale di servizi e garanzie - anche in ragione del forte disavanzo del bilancio pubblico - la pubblica amministrazione ha cominciato a dismettere la cura di tutta una serie di interessi

³⁰ Pone chiaramente in luce tale carattere degli enti senza scopo di lucro PONZANELLI 1996, specie 5 s.; sul punto v. già PONZANELLI 1993, 411, secondo cui: "Il criterio di distinzione più persuasivo può essere ancora trovato nel criterio dello scopo purché si precisi: che esso è direttamente o indirettamente economico, ma sempre suscettibile di una valutazione economica nella società; non valutabile economicamente, nell'associazione o nella fondazione. Tale canone, che fu proposto dalla dottrina italiana alla fine degli anni "sessanta", deve essere inteso come equipollente al criterio che, nell'esperienza nordamericana, viene qualificato in termini di "*non distribution constraint*", ossia nei termini di un divieto assoluto di distribuzione di qualsiasi forma di utile a favore dei membri dell'associazione o della fondazione"; nel medesimo senso, tra gli altri, anche PIEPOLI 1997, 347; CARINCI 1999, 5.

Sul punto v. comunque più ampiamente *supra* ...

³¹ Per una ricostruzione di questa categoria di derivazione nord-americana, v. PONZANELLI 1996, 1 ss.; nella letteratura italiana, v. già ARDIGÒ 1981, 22 ss. e COTTURRI, 1982, 36, che rileva come si vada superando la tradizionale dicotomia giuridica tra pubblico e privato mediante l'emersione di una "*autoorganizzazione*, [di] un fare da sé di gruppo, che produce per un consumo collettivo, [e] sviluppa così un *terzo settore* rispetto allo stato e al mercato".

³² Su questi fenomeni, anch'essi di derivazione nord-americana, dove si parla di "*government failure*" e di "*contract o market failure*" v. ancora PONZANELLI 1996, 2 s.

³³ Per una sintetica ma efficace disamina di questo contesto, con indicazioni bibliografiche, v. MENGHINI 1989, 102 s.; da ultimo, sugli sviluppi della società pluralistiche e sul ruolo in esse svolte dal principio di solidarietà, v. RIDOLA 1997, 39 ss.

³⁴ Sul parallelismo tra sviluppo del volontariato e crisi del *welfare* v. ampiamente COTTURRI 1982, 4, 33 ss. e RANCI 1991.

pubblici, soprattutto quelli di più recente acquisizione all'area del pubblico (interventi di carattere sociale). Proprio "in queste aree prima acquisite e poi abbandonate dall'autorità amministrativa per mancanza di mezzi, si sono inseriti i volontari"³⁵, con una presenza in sempre più forte sviluppo anche grazie al mutato atteggiamento dello Stato, che prima si limitava a tollerare queste esperienze³⁶, poi le ha incoraggiate, mediante finanziamenti per le organizzazioni che svolgessero attività rilevanti come pubbliche, e - finalmente - le ha formalmente riconosciute: esempio emblematico è quello della legge quadro sul volontariato, la l. 11 agosto 1991, n. 266³⁷.

Non è un caso che la prima delle discipline organiche del *non profit* abbia riguardato proprio il volontariato, in quanto è a quest'aspetto dell'associazionismo senza scopo di lucro che nel nostro Paese si dedica particolare attenzione negli anni. E', quindi, proprio al volontariato che appare opportuno dedicare una più approfondita analisi al fine di poter trarre utili elementi che consentano un inquadramento costituzionale del fenomeno del *non profit*.

2. La progressiva affermazione del volontariato nel sistema dei valori costituzionali.

Il volontariato non si presta ad essere racchiuso in una tradizionale definizione giuridica basata sulle classificazioni, espressa cioè mediante formule enunciative³⁸, in quanto questo fenomeno "costituisce - riprendendo le eleganti parole della Corte costituzionale - un modo di essere della persona nell'ambito dei rapporti sociali o, detto altrimenti, un paradigma dell'azione sociale riferibile a singoli individui o ad associazioni di più individui"³⁹.

Questa caratteristica trova pienamente conferma nell'atteggiamento del legislatore che - dopo essersi limitato per anni ad attribuire ambiti settoriali di attività al volontariato, senza preoccuparsi di definirlo (né disciplinarlo), ma assumendolo come un dato fattuale preesistente, tipicamente metagiuridico, di cui al limite si identificava qualche caratteristica⁴⁰ - in occasione della legge quadro di disciplina del fenomeno (l. 11 agosto 1991, n° 266) non ha definito il volontariato in sé, ma ha optato, all'art. 2, per una *definizione per caratteri*⁴¹ dell'attività di volontariato, quale attività "prestata in modo personale, spontaneo e gratuito, tramite l'organizzazione di cui il volontario fa parte, senza fini di lucro anche indiretto ed esclusivamente per fini di solidarietà". Peraltro questa definizione è volta ad operare in un ambito essenzialmente relativo, limitato, come lo stesso art. 2 della l. 266 riconosce all'esordio, autolimitando la propria portata "ai fini della presente legge" e mostrando quindi contezza del fatto che "non tutto il volontariato è disciplinato dalla legge, ma solo quel settore che intende dialogare con le istituzioni pubbliche, stipulando convenzioni o ricevendo agevolazioni; restano fuori quelle forme del

³⁵ Le parole sono di VERBARI 1987 (2), 1167, cui si rimanda anche per una sintetica ma lucidissima analisi dell'evoluzione del ruolo del volontariato rispetto all'attività della P.A.

Spunti in tal senso sono rinvenibili anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale che ha posto in evidenza come il volontariato attinga al valore della solidarietà al fine di "ottenere - non solo dallo Stato, dagli enti e dalla sempre più variegata realtà delle formazioni sociali, bensì da tutti i cittadini - la collaborazione per conseguire essenziali beni comuni quali la ricerca scientifica, la promozione artistica e culturale, nonché la sanità" (così sent. 31-12-1993, n. 500, *Giur. Cost.*, 1993, 4022).

³⁶ Cfr. LIPARI 1982, 822, che descrive efficacemente il volontario - in questa fase iniziale - come "colui che operava in un angolo, ignorato da tutti e che veniva, cortesemente ma fermamente invitato ad allontanarsi nel momento in cui entrava in azione una struttura pubblica, quale che fosse il suo spettro di incidenza e ancorché la capacità di penetrazione dei relativi servizi non giungesse fino a quell'angolo".

³⁷ Su questo progressivo capovolgimento di prospettiva PANUCCIO 1993, 1083 s.; per una compiuta ricostruzione dei precedenti interventi legislativi in materia e dell'iter formativo della l. 266 v. CEI, "Art. 1", in BRUSCUGLIA 1993, 776 ss.; per un'analisi dei progetti di legge che hanno portato alla legge quadro v. anche ROSSI 1989, 240 ss.

³⁸ Sui problemi delle definizioni giuridiche e sulla loro tipologia, v. per tutti TARELLO 1980, 153 ss.

³⁹ C. Cost., 28-2-1992, n. 75, *Giur. Cost.*, 1992, 414 s. La difficoltà di ricondurre il volontariato alle categorie giuridiche veniva puntualmente messa in luce da LIPARI 1982, 820, quando ancora il legislatore era lontano dal disciplinare il fenomeno, rilevando come il "diritto ... [fosse] strumento ... adatto più ad intervenire sulle strutture, sull'esteriorità del sociale, che non nei delicati meandri della vita personale", essendo - al fondo - questo l'ambito a cui il volontariato va ricondotto, quale attività di "colui che, per libera scelta e al di fuori di ogni interesse o cortispettivo di ordine economico, mette le sue energie e la sua specifica professionalità a disposizione degli altri, sensibile al quadro complessivo delle esigenze della collettività, ma attento in primo luogo alle attese dell'altro, alle sue irripetibili peculiarità di uomo sofferente e, per ciò stesso, amico" (*ivi*, 822).

⁴⁰ Cfr. MENGHINI 1989, 133 s., con esemplificazioni.

⁴¹ Cfr. PANUCCIO 1993, 1085; sui margini di incertezza delle definizioni "per enumerazione delle caratteristiche necessarie", v. TARELLO 1980, 211 ss.

volontariato che si sottraggono ad ogni ingerenza delle istituzioni pubbliche per conservare caratteri di assoluta libertà e spontaneità⁴².

Il volontariato, infatti - pur presentando in quasi tutte le sue forme almeno alcuni dei caratteri colà richiamati - è un fenomeno assai ampio, composito, diversificato, eterogeneo, che comporta una serie di problemi e di profili di interesse non solo del giurista, ma anche dell'economista, del sociologo e del politologo. Del resto, si tratta di un fenomeno che trova radici assai antiche soprattutto in campo assistenziale, nell'ambito della solidarietà religiosa, filantropica, di classe⁴³ ed emerge quale manifestazione socialmente rilevante, specie nella sua forma associata, nelle società industriali avanzate⁴⁴.

3. Volontariato e pubblici poteri.

Il peculiare binomio che caratterizza il volontariato - intervento spontaneo e gratuito teso alla cura di interessi alieni di rilevanza pubblica - ha fatto puntualmente porre in evidenza come tali organizzazioni costituiscano "un terzo modello organizzativo di cura di pubblici interessi, distinto sia dal modello pubblico che da quello privato"⁴⁵. Infatti, tale fenomeno "esprime un "livello intermedio" tra Stato ed individuo, superando i rischi di una contrapposizione riduttiva tra il "pubblico", come dimensione che è di tutti secondo canoni che prescindono dalle esigenze dei singoli, e il "privato", come rifugio di ciascuno nella gelosa tutela di ciò che gli pertiene in via esclusiva"⁴⁶, come posto in evidenza anche dalla Corte costituzionale - già prima della legge-quadro - rilevando che "il volontariato ... si pone come strumento utile per sopperire a carenze delle strutture pubbliche, come nuovo modello di cura d'interessi pubblici e di esercente attività idonee a conseguire fini sociali senza avere scopo di lucro"⁴⁷.

Pertanto, non appare ancora del tutto chiaro quali debbano essere le modalità di raccordo tra l'intervento degli organismi privati e quello degli enti pubblici. Da un lato, si è rilevato che l'inerenza dell'attività svolta dalle organizzazioni di volontariato con pubblici interessi impone di tener da conto i principi espressi dall'art. 97 Cost., richiedendo quindi che le strutture di volontariato si adeguino ai canoni organizzativi della norma costituzionale, ed in primo luogo all'efficienza ed all'imparzialità⁴⁸. Dall'altro, si è criticato quell'orientamento interpretativo - peraltro, fatto proprio dalla legislazione regionale⁴⁹ - teso a delimitare la funzione riservata al volontariato in senso soltanto integrativo ed aggiuntivo dei servizi svolti dalle istituzioni pubbliche⁵⁰, con la paradossale conseguenza - di dubbia costituzionalità⁵¹, specie alla luce degli orientamenti della Corte costituzionale⁵² - di escludere la possibilità di un'attività di volontariato (convenzionata) nei settori in cui sia carente l'intervento pubblico⁵³. E - nella stessa linea -

⁴² Così VITTORIA 1992, II, 1765; in termini, tra i molti, ANGELONI 1994, I, nota I, e PONZANELLI 1996, 196 ss.

⁴³ Si pensi, per fare un solo esempio, alla figura delle Misericordie, risalenti al medioevo; sulle "radici" dell'attività volontaristica v. BALOCCHI 1987, 8 ss.; e MENGHINI 1989, specie 113 ss., il quale pone puntualmente in evidenza le nette differenze tra questi fenomeni e quello di nostro specifico interesse, tanto da negare di poter includere tali fenomeni nella nozione stessa di volontariato.

⁴⁴ Per un quadro su tali fenomeni all'estero, con particolare attenzione ad Olanda, Inghilterra, Stati Uniti e Israele, v. KRAMER 1987; sul sistema francese, CAPUTI JAMBRENGHI 1997, 153 ss.; in chiave comunitaria, PIEPOLI 1997, I, 347 ss.

⁴⁵ Così VERBARI 1987 (2), 1166.

⁴⁶ LIPARI 1982, 824.

⁴⁷ Così sent. 6-7-1987, n. 243, *Ghur. Cost.*, 1987, 2030, relativa alla disciplina legislativa a sostegno dell'attività di reinserimento dei tossicodipendenti.

⁴⁸ In proposito cfr. VERBARI 1987 (2), 1167 s. e VERBARI 1987 (2), 529 ss.

⁴⁹ Cfr., ad es., l'art. 4, 2° comma, l. reg. Basilicata, 16-7-1993, n. 38 secondo cui "L'opera fornita dalle organizzazioni di volontariato riveste una funzione di promozione e innovazione sociale, civile e culturale e può essere integrativa ed aggiuntiva all'azione della Regione, degli enti locali e degli altri enti pubblici e privati"; e l'art. 1, 2° comma, l. reg. Puglia, 16-3-1994, n. 11: "La Regione individua, come ambiti prioritari in cui promuovere e sostenere le attività del volontariato in quanto integrative e non sostitutive delle funzioni delle pubbliche istituzioni ..." (corsivi aggiunti; per altri esemplificazioni, v. TONDI DELLA MURA 1997, 297 s., nota 38).

⁵⁰ In questo senso COSTANZA 1991, 1074, secondo cui l'attività di volontariato "non può coprire quelle aree in cui è necessario assicurare alla collettività un servizio necessario, ma deve situarsi in quei settori in cui vi è solo un'esigenza di apporti integrativi", ritenendo "inaccettabile per la società civile ... l'affidamento all'iniziativa volontaria della gestione di attività principali che lo Stato deve, anche in conformità con la Costituzione, garantire inderogabilmente ai cittadini".

⁵¹ Prefigura una illegittimità costituzionale di questa ricostruzione, da ultimo, TONDI DELLA MURA 1997, 293 ss.

⁵² Che - nella sent. n. 75 del 1992, cit., 415 - ha chiaramente precisato che il volontariato "può trovare spazio e si può realizzare all'interno di qualsiasi campo materiale della vita comunitaria".

⁵³ Criticamente sul punto, tra gli altri, ROSSI 1992, 2355 s., che trae argomenti dalla citata sent. n. 75 del 1992 della Corte costituzionale circa la legittima estensione dell'attività di volontariato in qualsiasi settore si possano perseguire obiettivi di solidarietà sociale; e ANGELONI 1994, 280 s., il quale ritiene l'esistenza di un dovere costituzionale per lo Stato di realizzare

ulteriori critiche si sono appuntate sull'articolo di apertura della legge-quadro, ove si demanda allo Stato, alle regioni, alle province autonome ed agli enti locali il compito di individuare le finalità di carattere sociale, civile e culturale che il volontariato deve perseguire⁵⁴, leggendovi un "indice preoccupante di una concezione del pluralismo che da una fonte esterna all'autonomia dei gruppi riceve volta a volta riconoscimento o negligenza, privilegi o limitazioni, discriminazioni favorevoli o negative"⁵⁵.

Ad ogni modo, il volontariato costituisce un fenomeno in forte espansione⁵⁶, non solo in Italia, con un rilevante aumento dei servizi resi in ambiti sempre più vasti (dai servizi ospedalieri alla protezione civile, dall'assistenza e beneficenza ai settori della cultura e dell'istruzione, dalla tutela di interessi collettivi o diffusi alla salvaguardia del patrimonio naturale ed artistico), anche in ragione del fatto che si è cominciato a diffondere un generalizzato disagio verso l'economia capitalistica di mercato (c.d. *market failure*), basata sul libero scambio e sull'attività imprenditoriale tipicamente commerciale, cui fa da contraltare un incremento della fiducia dei consumatori verso gli enti non commerciali⁵⁷.

In quest'ottica va letto soprattutto lo sviluppo del più vasto ambito degli enti *non profit*, di cui - come detto - il volontariato costituisce aspetto.

4. Il rilievo costituzionale del volontariato e dell'impresa sociale: profili oggettivi.

Il volontariato - ma il discorso appare adattabile ad ogni tipo di organismo *non profit* - costituisce "una delle più genuine e complete espressioni dei valori costituzionali in termini di servizi, di arricchimento personale, di partecipazione democratica per la trasformazione della società"⁵⁸. Proprio in questa prospettiva va letto il peculiare regime di *favor* con cui il legislatore garantisce ed incentiva quest'attività (*rectius* gli organismi tesi a svolgerla, a condizione che siano iscritti negli appositi registri), con misure quali:

- la previsione - primo esempio nel nostro ordinamento positivo - di una forma di lavoro gratuito;
- la disponibilità di finanziamenti sia pubblici, discendenti dai "contributi dello Stato, di enti o istituzioni pubbliche finalizzati esclusivamente al sostegno di specifiche e documentate attività e progetti" (art. 5, 1° comma, lett. c, l. n. 266 del 1991) e dai "rimborsi derivanti da convenzioni" (art. 5, 1° comma, lett. f, l. n. 266 del 1991), sia privati, con agevolazioni fiscali e procedurali per lasciti e donazioni (artt. 6 e 8, l. 266), ma anche con l'obbligo degli enti creditizi di destinare (indirettamente) a tali attività un quindicesimo dei propri proventi annui⁵⁹;
- una rilevante deroga al regime degli enti non personificati - da cui si fa discendere che alle organizzazioni di volontariato è stata attribuita la soggettività indipendentemente dalla capacità

integralmente un determinato interesse pubblico comunque non preclusivo, ove tale dovere non venga adempiuto, "dello svolgimento, da parte di privati cittadini, di un'attività di volontariato diretta a supplire all'intervento statale".

⁵⁴ Tali elencazioni sono state puntualmente effettuate nelle leggi regionali; ad es., all'art. 2, 1° comma, l. reg. Lombardia 24-7-1993, n. 22 le aree di intervento in cui esplicitare le finalità delle organizzazioni di volontariato sono così specificate: "a. le finalità di carattere sociale sono quelle rientranti nell'area degli interventi socio-assistenziali e socio-sanitari, anche nelle forme innovative non codificate nella programmazione regionale; b. le finalità di carattere civile sono quelle rientranti nell'area della tutela e del miglioramento della qualità della vita, della protezione dei diritti della persona, della tutela e della valorizzazione dell'ambiente, della protezione del paesaggio e della natura, del soccorso in caso di pubblica calamità; c. le finalità di carattere culturale sono quelle rientranti nell'area sia della tutela e della valorizzazione della cultura, del patrimonio storico ed artistico e della promozione e sviluppo delle attività ad essi connesse, sia attività di animazione ricreativa, turistica e sportiva, nonché di educazione permanente".

In altre ipotesi, poi, l'elencazione è ancora più specifica: si prenda ad es. l'art. 1, 1° comma l. reg. Calabria 19-4-1995, n. 18, ove si precisa che la regione "riconosce e valorizza le attività delle organizzazioni di volontariato che realizzano, senza scopo di lucro e a fini esclusivi di solidarietà, finalità di carattere sociale, civile e culturale per: a. contrastare l'emarginazione; b. prevenire e rimuovere le situazioni di bisogno; c. accogliere la vita e migliorarne la qualità; d. concorrere al perseguimento dei fini istituzionali del servizio regionale; e. concorrere alla predisposizione ed erogazione dei servizi gratuiti a favore dei singoli o di gruppi di persone; f. assicurare la fruizione del diritto allo studio per tutti i cittadini, anche con particolari attività di formazione ed orientamento per minori e giovani, nonché di attività di promozione culturale ed educazione permanente degli adulti; g. promuovere attività di protezione e salvaguardia dell'ambiente e per interventi in situazioni di pubblica calamità".

⁵⁵ Così RESCIGNO 1993, IV, 4.

⁵⁶ Si pensi che - già dieci anni or sono - si rilevava "l'impressionante sviluppo che le pratiche volontaristiche hanno avuto nell'ultimo decennio" (MENCHINI 1989, 171); negli stessi termini, in quegli anni anche la Corte costituzionale (sent. 243 del 1987, cit., 2030), rilevando che "il volontariato è diffuso ormai largamente nel campo del diritto pubblico".

⁵⁷ Su tale fenomeno, da ultimo, PONZANELLI 1996, specie 7 ss.

⁵⁸ In questi termini, PANUCCIO 1993, 1084.

⁵⁹ Cfr. art. 15 l. 266 del 1991 che destina tali somme ai fondi speciali presso le Regioni, finalizzati ad istituire centri di servizio che forniscono attività di supporto alle organizzazioni di volontariato; i dubbi di legittimità costituzionale che si sono appuntati su tale disposizione sono stati ritenuti non fondati dalla Corte costituzionale nella sent. 31-12-1993, n. 500, cit., 4012 ss.

giuridica⁶⁰ - consistente nel riconoscimento alle "organizzazioni ... prive di personalità giuridica" della facoltà di "acquistare beni mobili registrati e beni immobili occorrenti per lo svolgimento della propria attività" e di "accettare donazioni e, con beneficio d'inventario, lasciti testamentari", in deroga agli articoli 600 e 786 del codice civile (art. 5, 2° comma, l. n. 266 del 1991)⁶¹;

- cospicue agevolazioni fiscali (art. 8, l. n. 266 del 1991)⁶², culminanti nella estensione automatica della soggettività fiscale ONLUS (art. 10, 8° comma, d.lgs. n. 460 del 1997) e delle relative norme di favore⁶³;
- la previsione di "meccanismi assicurativi semplificati" per adempiere all'obbligo di assicurare gli aderenti (art. 4, l. n. 266 del 1991)⁶⁴;
- il riconoscimento di prerogative per i lavoratori subordinati ed autonomi impegnati in attività di volontariato (art. 17, l. n. 266 del 1991);
- una serie di altri benefici minori, sparsi nella legislazione più recente⁶⁵.

L'ampiezza e la cospicuità delle agevolazioni in questione non possono che essere sintomo del fatto che il volontariato risponda a valori costituzionali primari, come - peraltro - emerge puntualmente esaminando sia gli *ambiti materiali* in cui l'attività di volontariato si esplica sia - soprattutto - la *valenza soggettiva* di tale attività.

Il primo profilo appare meno significativo, in quanto ciascuna area di attività degli organismi di volontariato mira al perseguimento di alcuni dei tanti beni costituzionalmente protetti, con i relativi limiti e le relative garanzie: si pensi, ad es., a settori - specificamente "considerati" nella Carta costituzionale - come la tutela delle minoranze, la promozione in senso pluralistico della cultura e della ricerca scientifica, la tutela della natura e del patrimonio storico ed artistico, la promozione del pacifismo e dell'avvento della pace e della giustizia nell'ordine internazionale, la tutela dei minori e della famiglia, la parità tra

⁶⁰ Pone in rilievo il punto PANUCCIO 1993, 1089 s.

⁶¹ Questo riconoscimento di capacità agli acquisti a prescindere dalla personalità giuridica lasciava però aperto il problema della applicabilità a tali ipotesi del regime di controlli (intervento autorizzativo dell'autorità pubblica) ai sensi dell'art. 17 c.c. L'applicabilità di questa disposizione, ammessa dal Consiglio di Stato in un noto parere (C. St., sez. I, 18-12-1991, n. 2980, *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1992, I, 495 ss., con nota di FUSARO, *L'art. 17 c.c. e le "associazioni di volontariato" non riconosciute*) e ribadita a livello ministeriale (cfr. circ. min. Interni, 28-3-95, n. 37, prot. M/5501, su cui la regione Lombardia aveva sollevato conflitto di attribuzione ritenuto inammissibile dalla Corte cost., con sent. 12-7-1996, in *Foro It.*, 1996, I, 3292, con nota di PONZANELLI, *A proposito dell'art. 17 c.c.*) è stato fortemente criticato in dottrina (RESCIGNO 1993, 5, BRUSCUGLIA, "Art. 5", in BRUSCUGLIA 1993, 816, PONZANELLI 1996, 198 s.) e disatteso in giurisprudenza (cfr. Cass. civ., sez. I, 23 giugno 1994, n. 6032, *Giur. It.*, 1995, I, 416 ss.); il punto è stato, poi, risolto dall'art. 13, l. 15-5-1997, n. 127, che ha provveduto ad abrogare esplicitamente l'art. 17 c.c. (cfr. TONDI DELLA MURA 1997, 287 ss.).

⁶² Consistenti in particolare: a) nell'esenzione dall'imposta di bollo e dall'imposta di registro per gli atti costitutivi delle organizzazioni di volontariato e per quelli connessi allo svolgimento delle loro attività sono esenti (art. 8, 1° comma); b) nell'esclusione dall'IVA delle operazioni svolte (art. 8, 2° comma); c) nell'esenzione da ogni imposta a carico delle organizzazioni per le donazioni e le attribuzioni di eredità o di legato (art. 8, 2° comma); d) nella deducibilità dall'imponibile delle erogazioni liberali a favore delle organizzazioni di volontariato, nei limiti previsti dall'art. 8, 3° comma, l. 266; e) nella esenzione dalle imposte sul reddito dei proventi derivanti da attività commerciali e produttive marginali, qualora sia documentato il loro totale impiego per i fini istituzionali dell'organizzazione di volontariato (art. 8, 4° comma).

Per un quadro in proposito, v. COLOMBO 1994.

⁶³ In sede di primo commento di questa rilevante riordinazione tributaria, v. VITTADINI, *Una lettura disincantata del decreto sulle Onlus*, in *Non profit*, 1997, 461 ss.

⁶⁴ Peraltro in sede di prima emanazione della relativa disciplina applicativa (d.m. industria 14-2-1992) tali finalità erano state disattese, dando vita a vibranti proteste (cfr. PANUCCIO 1993, 1100), che hanno portato ad una modifica del decreto (cfr. d.m. 16-11-1992).

⁶⁵ Si ricordano, a titolo di mero esempio:

- facoltà di effettuare in forma semplificata la notificazione dei trattamenti di dati personali (art. 7, comma 5-bis, l. 31 dicembre 1996, n. 675, introdotto dal d.lgs. 28 luglio 1997, n. 255);
- destinazione, a titolo gratuito, di beni mobili ed i beni immobili registrati di proprietà dello Stato, ivi compresi quelli del Ministero della difesa, divenuti obsoleti o non utilizzati, in deroga alle norme del regolamento di contabilità generale dello Stato per lo svolgimento di attività di protezione civile (art. 7, 2° comma, d.l. 12 novembre 1996, n. 576, conv. in l. 31 dicembre 1996, n. 677);
- possibilità di avere in concessione a titolo gratuito beni immobili sequestrati o confiscati (art. 2-undecies, comma 2 della l. 31 maggio 1965, n. 575, aggiunto dalla l. 7 marzo 1996, n. 109);
- possibilità di usare gratuitamente locali e servizi strettamente necessari all'espletamento delle attività svolte all'interno delle strutture sanitarie pubbliche (l. 23 dicembre 1996, n° 662, art. 1, comma 43);
- esenzione dalla tassa di stazionamento per le unità da diporto utilizzate esclusivamente ai fini di prevenzione degli incidenti in acqua, di assistenza e soccorso (art. 6, l. 1° comma, d.l. 21 ottobre 1996, n. 535, conv. in l. 23 dicembre 1996, n° 647);
- esenzione dal pagamento del pedaggio autostradale a favore dei veicoli adibiti al soccorso (art. 373, 2° comma, lett. c) del D.P.R. 16 dicembre 1992, n. 495 e successive modificazioni).

uomo e donna, la tutela della salute, il diritto allo studio, l'assistenza sociale, la rieducazione del condannato⁶⁶.

Qualche profilo problematico residua piuttosto - come già accennato - per quel che concerne i rapporti tra intervento degli organismi privati e quello degli enti pubblici, sia riguardo all'applicabilità ai primi dei dettami dell'art. 97 Cost., sia in relazione alla legittimità di una delimitazione delle loro aree di intervento.

5. [segue]: profili soggettivi (le ragioni di una disciplina di favor).

Di rilievo assai maggiore sono, invece, gli aspetti soggettivi che vengono in rilievo nel volontariato, come delineato pure dalla Corte costituzionale, in un significativo passaggio della sent. n. 75 del 1992 che riteniamo utile riportare integralmente: "Quale modello fondamentale dell'azione positiva e responsabile dell'individuo che effettua spontaneamente e gratuitamente prestazioni personali a favore di altri individui ovvero di interessi collettivi degni di tutela da parte della comunità, il volontariato rappresenta l'espressione più immediata della primigenia vocazione sociale dell'uomo, derivante dall'originaria identificazione del singolo con le formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità e dal conseguente vincolo di appartenenza attiva che lega l'individuo alla comunità degli uomini. Esso è, in altre parole, la più diretta realizzazione, per il quale la persona è chiamata ad agire non per calcolo utilitaristico o per imposizione di un'autorità, ma per libera e spontanea espressione della profonda socialità che caratterizza la persona stessa. Si tratta di un principio che, comportando l'originaria connotazione dell'uomo *uti socius*, è posto dalla Costituzione tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico, tanto da essere solennemente riconosciuto e garantito, insieme ai diritti inviolabili dell'uomo, dall'art. 2 della Carta costituzionale, come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente. Della natura di tali diritti fondamentali il volontariato partecipa: e vi partecipa come istanza dialettica volta al superamento del limite atomistico della libertà individuale, nel senso che di tale libertà è una manifestazione che conduce il singolo sulla via della costruzione dei rapporti sociali e dei legami tra gli uomini, al di là di vincoli derivanti da doveri pubblici o da comandi dell'autorità"⁶⁷.

Il volontariato, quindi, in sintesi - come la stessa Corte precisa di là a poche righe - è "uno schema generale di azione nella vita di relazione, basato sui valori costituzionali primari della libertà individuale e della solidarietà sociale".

Il binomio di riferimento costituzionale del volontariato (ma più in generale del *non profit*) è quindi costituito dalla libertà personale e dal valore della solidarietà.

Il richiamo all'art. 13 Cost. acquista significatività non tanto ove inteso quale *modo* di espressione della libertà individuale - dato che ormai la libertà personale è stabilmente intesa non più come mera libertà fisica, ma come libertà psicofisica, della mente e del corpo, a comprensività potenzialmente illimitata⁶⁸ - ma in quanto direttamente collegato alla solidarietà. Infatti la libertà costituisce presupposto della solidarietà⁶⁹ e, in tale ottica, fa assumere a quest'ultima valenza ancor maggiore, "proprio perché è solo in quanto esercizio di libertà che l'azione a vantaggio di altri assume il valore pieno della solidarietà, in quanto volontà di realizzare un interesse alieno fuori dagli obblighi previsti in via normativa"⁷⁰.

Tutta l'attenzione va quindi concentrata sulla *solidarietà*. Il termine "solidarietà" è un polisenso dalla portata amplissima - in questi anni notevolmente "di moda"⁷¹ - che viene utilizzato con significati apparentemente diversi nei diversi settori del diritto⁷² ed arriva addirittura ad essere - suggestivamente - visto come "un modo d'essere dell'esperienza giuridica nel suo complesso", "una sorta di chiave di lettura dell'intero ordinamento, un meccanismo di raccordo tra la specificità del caso e l'integralità del

⁶⁶ Sull'espansione dell'attività di volontariato nei diversi aspetti della vita sociale, v. per tutti MENGHINI 1989, 125.

⁶⁷ C. Cost., 28-2-1992, n. 75, cit., 415.

⁶⁸ In proposito, v. per tutti, MODUGNO 1995, 11 ss., con compiuta ricostruzione dell'ampio catalogo di diritti emergenti che possono essere ricondotti all'art. 13 Cost., in questa sua più moderna e completa accezione.

⁶⁹ Come già posto in evidenza da LOMBARDI 1967, 54.

⁷⁰ Così ROSSI 1992, 2354.

⁷¹ Cfr. LIPARI 1997, 11.

⁷² Per una ampia ricognizione di tali diverse utilizzazioni legislative e giurisprudenziali, v. ANGELONI 1994, 260 ss.; alla luce della giurisprudenza costituzionale, che ha richiamato il principio di solidarietà in diversi ambiti, RIGANO 1995, 53 ss.

contesto”⁷³. Ad ogni modo, per solidarietà possiamo intendere “quel sentimento di unione e, per così dire, di immedesimazione nelle situazioni, nei problemi, in genere difficili o dolorosi, dell’altro da sé”, quel “fenomeno non episodico e isolato, bensì stabile e continuativo della persona in rapporto con gli altri ... [che] allude al rapporto e/o al sentimento di appartenenza ad un gruppo o formazione sociale”⁷⁴ ed è riconosciuto e sancito come principio supremo⁷⁵, fondante della nostra convivenza di Stato democratico nell’art. 2 Cost., in quanto inscindibilmente connesso al principio personalista⁷⁶.

A ben vedere, peraltro, la dinamica del principio di solidarietà non si esaurisce nell’art. 2 Cost., in quanto - come precisato dalla stessa Corte costituzionale, recependo le acute osservazioni dottrinarie⁷⁷ - la “moderna visione della dimensione della solidarietà” che ricorre nel volontariato, “andando oltre i tradizionali schemi di beneficenza e assistenza, e superando l’ancoraggio ai doveri ed agli obblighi normativamente imposti, costituisce ... un modo per concorrere a realizzare quella eguaglianza sostanziale che consente lo sviluppo della personalità, cui si riferisce il comma 2 dell’art. 3 Cost.”⁷⁸.

In tale più ampia prospettiva si è, quindi, lucidamente rilevato come dai due diversi referenti costituzionali sia possibile ricostruire due diversi piani, due diverse direzioni del principio-valore della solidarietà⁷⁹:

- ex art. 2 Cost. si ricava una *solidarietà doverosa o fraterna*, che opera su un piano orizzontale, come moto doveroso e cooperante dei cittadini, nell’adempimento delle loro varie solidarietà;
- nell’art. 3, 2° comma, Cost. si rinviene una *solidarietà pubblica o paterna*, che opera su un piano verticale⁸⁰, manifestandosi come funzione attiva della Repubblica volta a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, limitanti di fatto la libertà e l’eguaglianza, al fine di realizzare l’effettiva partecipazione dei cittadini nei vari campi in cui essa si estrinseca.

Peraltro il volontariato - e più in generale il *non profit* - si muove, assai peculiarmente, su entrambi i piani delineati della solidarietà. Se infatti nell’attività di volontariato in sé, come profonda espressione della socialità della persona, altruisticamente tesa a beneficiare soggetti che versino in stato di bisogno⁸¹, trova piena applicazione la solidarietà c.d. fraterna⁸², la configurazione assunta dal fenomeno negli ultimi anni - e fatta propria dalla l. 266 del 1991 - quale strumento integrativo dei fini dello stato sociale lo fa operare prevalentemente sul piano della solidarietà c.d. verticale⁸³.

Ad ogni modo, il forte legame tra attività di volontariato e principio di solidarietà - sancito nella l. 266 del 1991, non solo all’art. 2, e ribadito in giurisprudenza e in dottrina - giustifica (*rectius*: impone) lo specifico regime di tutela, garanzia ed incoraggiamento rinvenibile nella più recente legislazione.

⁷³ LIPARI 1997, 12, 13, che trae argomenti a favore di questa visione onnicomprensiva della solidarietà anche dalla definizione data dalla Corte costituzionale dell’attività di volontariato (cfr. *supra*, § 1), quale “modo d’essere della persona nell’ambito dei rapporti sociali” (ivi, 20); spunti in tal senso anche in ROSSI 1992, specie 2353.

⁷⁴ In questi termini GALEOTTI 1996, 3 s., che distingue anche un *profilo oggettivo* della solidarietà (rapporto di “condivisione e di corresponsabilità, che lega naturalmente ciascun individuo alle sorti e alle vicende del gruppo”) da un *profilo soggettivo* (“sentimento ... coscienza di questa appartenenza alla comunità”).

⁷⁵ In quanto “coessenziale all’esistenza della costituzione stessa, cioè ... base della nostra convivenza democratica” (in questi termini GALEOTTI 1996, 9 s., che prosegue rilevando la non ammissibilità di una sua revisione costituzionale); sui caratteri ed il regime dei principi c.d. supremi v., per tutti, MODUGNO 1991, 10 ss.

⁷⁶ Sul punto, per tutti, GALEOTTI 1996, 4 ss.; per una ricostruzione delle possibili letture del collegamento tra art. 2 Cost. e principio di solidarietà, v. ROSSI 1992, 2349 ss.

⁷⁷ Cfr. i lucidi spunti di LOMBARDI 1967, 50 ss. e, più di recente, ROSSI 1992, 2352 ss.

⁷⁸ Sent. 31-12-1993, n. 500, cit., 4022.

⁷⁹ Per questa lucida distinzione GALEOTTI 1996, 10 ss., con accurata analisi delle diverse disposizioni costituzionali in cui si estrinseca. Spunti sulla diversa operatività della solidarietà ex art. 2 Cost. e di quella ex art. 3, 2° comma, Cost. anche in ANGELONI 1994, 266 ss.

⁸⁰ Una distinzione tra “solidarietà orizzontale” e “solidarietà verticale” è stata proposta anche in ambito civilistico, sia pure con diversità di significati. Alcuni, più vicini alla visione poi ripresa da Galeotti, intendono la prima come “frutto dell’iniziativa del singolo a favore del proprio gruppo e dei gruppi più deboli” e la seconda come “contributo richiesto dallo Stato a ciascun cittadino per sostenere la convivenza sociale” (così ALPA 1994, 372); altri, in una accezione differente dell’alternativa, delineano la solidarietà orizzontale come “omogeneità rigida fra omologhi, al di fuori della quale non c’è soltanto indifferenza, ma anche paura, sospetto e persino ostilità” e la solidarietà verticale - di cui all’art. 2 Cost. - come omogeneità tra soggetti diseguali, assunti o nell’unità di un momento storico (e quindi nella diversità delle condizioni soggettive) o nella proiezione cronologica fra generazioni diverse” (LIPARI 1997, 10 ss. e, più ampiamente, LIPARI 1995, 26).

⁸¹ Come limpidamente pone in evidenza RIGANO (1995, 35) i due requisiti che lo scopo di solidarietà impone alle organizzazioni di volontariato sono proprio la finalità altruistica dell’atto (cioè la sua destinazione a soggetti estranei all’attività associativa) ed il fatto che i beneficiari versino in stato di bisogno, trovandosi nell’impossibilità giuridica o di fatto di procurarsi con mezzi i propri quel beneficio prodotto dal gruppo.

⁸² Per questo inquadramento GALEOTTI 1996, 23.

⁸³ Uno spunto in tal senso in TONDI DELLA MURA 1997, 301 s.

Per completare il profilo soggettivo di rilevanza costituzionale del volontariato resta da rilevare che la tutela costituzionale copre anche le organizzazioni di volontariato, grazie alla garanzia della libertà di associazione posta dall'art. 18 Cost.

In quest'ottica il problema di maggior rilievo è quello della legittimità costituzionale di "regimi associativi differenziati"⁸⁴, cioè della possibilità di ritenere legittima una incentivazione legislativa di particolari tipi di associazioni (come quelle di volontariato) basata su una valutazione di meritevolezza delle finalità perseguite, data la *neutralità* dell'art. 18 Cost. sul punto: la disposizione costituzionale ammette la libertà di associarsi per finalità assai ampie (sono preclusi solo i fini che "sono stati vietati ai singoli dalla legge penale"), mentre siffatte previsioni legislative discriminerebbero le associazioni proprio in relazione ai fini perseguiti.

Questa deroga al principio di parità di trattamento tra associazioni - ripetutamente ammessa in giurisprudenza costituzionale⁸⁵ - è stata giustificata mediante la valutazione del pregio costituzionale delle finalità in concreto perseguite. In tale ambito, peraltro, non si ritiene sufficiente valutare semplicemente la coincidenza dei fini perseguiti dalle associazioni con i beni costituzionalmente protetti - data l'ampiezza del loro catalogo costituzionale⁸⁶ - ma ricorre ad un ulteriore parametro selettivo, rinvenuto - secondo le diverse tesi - nel processo di trasformazione sociale delineato dal 2° comma dell'art. 3 Cost.⁸⁷ ovvero nei doveri di solidarietà di cui all'art. 2 Cost.⁸⁸. Si tratta comunque di valori ben ricorrenti nell'attività di volontariato (e, più in generale, nel *non profit*) e che quindi sorreggono a pieno il peculiare regime di *favor*.

6. Sviluppi e tendenze con riguardo ad una possibile disciplina dell'impresa sociale: il passaggio da una solidarietà verticale (paterna) ad una solidarietà orizzontale (fraterna).

La collocazione del *non profit* nel quadro costituzionale si caratterizza quindi, essenzialmente, per la piena espansione che consente di dare al principio supremo della solidarietà.

In quest'ottica, di estremo interesse appare il tendenziale mutamento dei valori costituzionali di riferimento cui l'associazionismo senza scopo di lucro impinge.

Abbiamo visto come il volontariato - e, più in generale, il *non profit* - si muova sia sul piano della solidarietà c.d. verticale, quale strumento integrativo dei fini dello stato sociale, sia su quello della solidarietà c.d. fraterna, come profonda espressione della socialità della persona, altruisticamente tesa a beneficiare soggetti che versino in stato di bisogno.

Nella prospettiva attuale appare, tuttavia, possibile cogliere un progressivo spostamento dal primo al secondo profilo, con uno sviluppo ed un consolidamento della *solidarietà orizzontale*, dei cittadini, sia nel profilo doveroso (richiesto dallo Stato), sia in quello più spontaneo e immediato (che, poi, è il profilo tipico del *non profit*), in ragione della sempre maggiore diffusione della cooperazione e della collaborazione paritaria e "fraterna", in un moto non più indotto e discendente (dallo Stato ai cittadini), ma autonomo e diffuso (tra persone).

Del resto è proprio nel campo dell'economia senza scopo di lucro, nel campo dei servizi alla persona che emerge e si manifesta nella sua pienezza la solidarietà più autentica e genuina, quella che viene "non per calcolo utilitaristico o per imposizione di un'autorità, ma per libera e spontanea espressione della profonda socialità che caratterizza la persona stessa"⁸⁹. L'incremento e lo sviluppo di questi valori rendono sempre più recessiva l'esigenza di un intervento statale, che può tornare a svolgere un ruolo a sé più consono: in questa nuova angolazione, infatti, lo Stato dismette le vesti di "motore" della solidarietà per assumere la funzione di incoraggiamento, stimolo, tutela, garanzia e - se necessario - di

⁸⁴ Le parole sono di RIDOLA 1997, 93.

⁸⁵ Cfr., ad es., 3-12-1987, n. 433, *Giur. Cost.*, 1987, I, 2957 ss., ove si afferma apertamente che è compito dello Stato "l'incentivazione di una forma associativa di particolare pregio costituzionale"; per una più ampia rassegna in proposito, v. RIGANO 1992, 184 ss.

⁸⁶ Per questo rilievo RIGANO 1992, 195.

⁸⁷ Cfr. ancora RIGANO 1992, 196 s. e più ampiamente RIGANO 1995, 320 ss.

⁸⁸ Rinvie invece tale discriminazione nei doveri di solidarietà di cui all'art. 2, OLIVETTI 1994, 2.

⁸⁹ Le parole virgolettate sono della Corte costituzionale, sent. 75 del 1992, cit., 415 e sono riprese - rispetto alla solidarietà del volontariato, da GALEOTTI 1996, 23.

controllo della solidarietà tra cittadini (o, meglio, tra persone umane), come avvenuto - emblematicamente - rispetto al volontariato con la l. n. 266 del 1991.

In questo quadro assume particolare interesse interrogarsi sulla opportunità di una revisione costituzionale che inserisca una apposita disposizione di disciplina, tutela e *favor* per gli *enti non profit* in generale e per l'impresa sociale in particolare. Occorrerebbe una disposizione specifica o il quadro di riferimento offerto dal combinato operare degli artt. 2 e 3 Cost., con il supporto dell'art. 18 Cost., offre già non solo una garanzia, ma anche un sostegno adeguato al non profit e all'impresa sociale?

7. Riferimenti bibliografici.

ALPA,

1994 *Solidarietà*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1994

AMBROSINI,

1995 *Crisi dello Stato sociale, terzo settore e volontariato*, in *Aggiornamenti sociali*, 1995

ANGELONI,

1994 *Liberalità e solidarietà*, Padova, 1994

ARDIGÒ

1981 *Volontariato, welfare state e terza dimensione*, in TAROZZI e BERNFELD (a cura di) 1981

ASCOLI,

1985 *Volontariato organizzato e sistema pubblico di Welfare: potenzialità e limiti di una cooperazione*, in *Dem. e Dir.*, 1985, 5

BALDASSARRE,

1989 (1) *Diritti inviolabili*, in *Enc. Giur.*, XI, Roma, 1989

1989 (2) *Diritti sociali*, in *Enc. Giur.*, XI, Roma, 1989

BALOCCHI,

1987 *La legge toscana sul volontariato*, in *Studi senesi*, 1987

BRUSCUGLIA,

1993 (a cura di) *Commentario alla l. 11 agosto 1991, n° 266*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 1993

CAPUTI JAMBRENGHI M.T.P.,

1997 *Profili dell'organizzazione pubblica del volontariato*, Milano, 1997

CARINCI,

1999 *Il non profit. Itinerari giuridico-istituzionali*, in CARINCI 1999 (a cura di)

1999 (a cura di) *Non profit e volontariato*, Milano, 1999

CEI

1993 "Art. 1", in BRUSCUGLIA (a cura di) 1993

CENTRO NAZIONALE DI PREVENZIONE E DIFESA SOCIALE,

1996 (a cura del) *Le organizzazioni senza fine di lucro (non-profit organizations)*, Milano, 1996

CESAREO

1990 *Volontariato e solidarietà*, in *Aggiornamenti sociali*, 1990

COLOMBO G.M.

1994 *Le organizzazioni di volontariato. Aspetti civilistici e fiscali*, Milano, 1994

COLOZZI,

1995 *Una solidarietà efficiente. Il terzo settore e le organizzazioni di volontariato*, Roma, 1995

COSTANZA

1991 *Profili privatistici della normativa sulle organizzazioni di volontariato*, in *Corriere Giuridico*, 1991

COTTURRI

1982 *Volontariato e crisi dello stato sociale*, in *Dem. e Diritto*, 1982, 4

DE GIORGI,

1997 *Fondamenti di diritto degli enti "non profit"*, Padova, 1997

GALEOTTI

1996 *Il valore della solidarietà*, in *Dir. e Società*, 1996

IPPOLITO e TAVAZZA

1991 (a cura di) *Volontariato e solidarietà*, Torino, 1991

KRAMER

1987 *Volontariato e stato sociale*, traduzione italiana a cura di U. Ascoli, Roma, 1987

LIPARI

1982 *Il volontariato: una nuova dimensione culturale e giuridica del Welfare state*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1982, II

1985 *La problematica del volontariato nell'azione di governo, nell'attività del parlamento, nel dibattito delle forze sociali*, in TAVAZZA (a cura di), *Volontariato ed enti locali*, Bologna, 1985

1995 *Riflessioni di un giurista sul rapporto tra mercato e solidarietà*, *Rass. Dir. Civ.*, 1995

1997 *"Spirito di liberalità" e "spirito di solidarietà"*, *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1997

LOMBARDI

1967 *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967

MAZZIOTTI DI CELSO,

1993 *Lezioni di diritto costituzionale*, II ediz., I e II

MENGHINI

1989 *Nuovi valori costituzionali e volontariato*, Milano, 1989

MODUGNO

1991 *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. Giur.*, XXIV, Roma, 1991

1995 *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995

NICOLETTI

1970 *Solidarismo e personalismo*, *Noviss. Dig. It.*, XVII, Torino, 1970

OLIVETTI M.

1994 *Volontariato*, in *Enc. Giur.*, XXXII, Roma, 1994

PACE A.,

1990 *Problematica delle libertà costituzionali*, parte generale, II ediz., Padova, 1990

1992 *Problematica delle libertà costituzionali*, parte speciale, II ediz., Padova, 1992

PALICI DI SUNI,

1992 *Il volontariato tra valori costituzionali supremi ed autonomia regionale*, in *Giur. It.*, 1992, I, 1

PANICO e PICCIOTTO

1992 *La legge quadro sul volontariato*, Napoli, 1992

PANUCCIO

1993 *Volontariato*, in *Enc. Dir.*, XLVI, 1993

PIEPOLI

1997 *Gli enti "non profit"*, in LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo*, Padova, 1997, I

PONZANELLI

1993 *Novità nell'universo "non profit"*, in *Giur. Comm.*, 1993, I
322 ss.

1994 (a cura di) *Gli enti "non profit" in Italia*, Padova, 1994

1996 *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, Torino, 1996

RANCI,

1991, *Identità e servizio: il volontariato nella crisi del welfare*, Bologna, 1991

RESCIGNO P.,

1993, *Autonomia privata e legge nella disciplina del volontariato*, *Giur. It.*, 1993, IV

RIDOLA

1997, *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Torino, 1997

RIGANO

1992 *Associazionismo e fini costituzionali*, in ANGIOLINI (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1992

1995, *La libertà assistita. Associazionismo privato e sostegno pubblico nel sistema costituzionale*, Padova, 1995

RISTUCCIA,

1996 *Volontariato e fondazioni. Fisionomie del settore non profit*, Rimini,
1996

ROSSI E.,

1989 *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Padova, 1989

1992 *Principio di solidarietà e legge-quadro sul volontariato*, *Giur. Cost.*, 1992

TARELLO

1980 *L'interpretazione della legge*, in *Trattato Cicu - Messineo*, Milano, 1980

TAROZZI e BERNFELD,

1981 (a cura di), *Il volontariato: un fenomeno internazionale*, Milano, 1981

TONDI DELLA MURA

1995 *Regioni e persone giuridiche private*, Padova, 1995

1997 *Vecchie tendenze e nuovi orientamenti legislativi e costituzionali in tema di enti non profit*, in *Non Profit*, 1997

VANNICELLI, *La legislazione italiana in materia di volontariato*, in *Iustitia*, 1996

VENDITTI,

1997 *L'attività di volontariato*, Napoli, 1997

VERBARI

1987 (1) *Il volontariato come terzo modello organizzativo tra pubblico e privato*, in *Studi Bachelet*, III, Milano, 1987

1987 (2) *Volontariato sanitario*, in *Noviss. Dig. It.*, App., VII, Torino, 1987

VITTADINI

1997 *Una lettura disincantata del decreto sulle Onlus*, in *Non profit*, 1997

VITTORIA

1992 *La disciplina delle organizzazioni collettive e il limite del diritto privato alla competenza legislativa delle regioni*, in *Regioni*, 1992, II

ZAGREBELSKY, G.,

1988 *Società, Stato, Costituzione*, Torino, 1988

ZOPPINI,

1995 *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995

Parte Terza

GLI ENTI NON PROFIT E IL MERCATO

PAGINA BIANCA

Capitolo IV

DISCIPLINA DELL'IMPRESA SOCIALE E

REGOLE DEL MERCATO E DELLA CONCORRENZA

SOMMARIO:

Premessa

I] Rilievo della nozione e della funzione dell'impresa sociale ai fini della disciplina concorrenziale.

I.1. Il significato dell'impresa non-profit ai fini del diritto della concorrenza.

I.2. Classificazioni per funzione

II] L'applicazione diretta agli enti NP della normativa per la tutela della concorrenza.

II.1. L'elaborazione europea

II.2. Gli orientamenti delle Corti statunitensi

II.2.1. Pratiche restrittive della concorrenza

II.2.2. Le Mergers

II.3. Cenni alla situazione italiana

III] Il vantaggio competitivo

III.1. Il rilievo costituzionale

III.2. Rapporto tra normativa fiscale e normativa antitrust

III.3. Per una promozione dell'impresa sociale in Italia

III.3.1. Incentivi dal lato della domanda

III.3.2. Incentivi dal lato dell'offerta

III.4. Un modello di analisi economica

IV] Conclusioni

Premessa

La presente indagine ha come proprio oggetto l'impatto sulle dinamiche concorrenziali dell'operare delle NPO in mercati su cui operano anche soggetti FP. In via preliminare si procederà a una ricostruzione generale della nozione, classificando le singole NPO per funzione specifica, quindi, entrando nel merito, si distinguerà in relazione alla diversa tipologia di problemi concorrenziali che tali soggetti pongono. In relazione a tale profilo si tenterà di risolvere due quesiti: sono applicabili anche a questi soggetti le disposizioni della legge n.287/90, volte a reprimere intese, abusi di posizione dominante, operazioni di concentrazione che violano la libertà di concorrenza? E, ancora, un regime di agevolazioni a favore di tali soggetti come si concilia con la normativa per la tutela della concorrenza?

I problemi posti, evidentemente, hanno una valenza diversa, riguardando l'ultimo una questione vera e propria di politica della concorrenza, che in concreto potrà essere affrontata nell'ordinamento nazionale solo ed esclusivamente, ove se ne ravvisino i presupposti, mediante una segnalazione da inviare da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato alle competenti autorità governative e

parlamentari, affinché queste valutino l'adozione dei provvedimenti di loro competenza, ovvero nell'ordinamento comunitario mediante una procedura di infrazione nei confronti dello Stato nazionale per l'erogazione di aiuti di Stato contrari alla concorrenza; il primo le modalità concrete di intervento da adottare da parte dell'Autorità Garante mediante provvedimenti aventi come destinatari diretti le imprese operanti sul mercato.

Muoveremo da un approccio comparato per verificare innanzitutto se è possibile imputare ai soggetti NP comportamenti volti a violare la concorrenza; in secondo luogo, analizzeremo in termini di politica della concorrenza l'eventuale vantaggio competitivo che deriva a favore di tali soggetti.

1) Nozione e funzione delle NPO

1.1. La nozione di Non Profit Organization

Il modello della *Non Profit Organization (NPO)* ha avuto un fecondo sviluppo negli Stati Uniti d'America, dove la ridotta presenza di strutture statuali aventi fini sociali è stata supplita dall'esistenza di tali organizzazioni. Esse sono normalmente persone giuridiche (*incorporated*), assimilabili alle società commerciali, ma da esse si differenziano per l'assenza di un *profit*.

Le Corti statunitensi hanno dato luogo a tre distinte posizioni che da una parte restringono, dall'altra ampliano il novero dei soggetti in esse rientranti. Secondo le costruzioni restrittive della categoria, non soltanto ai membri di una *NPO* non possono essere distribuiti utili, ma nemmeno interessi su qualsiasi forma di sovvenzione concessa all'ente che produca beni o servizi che vengono goduti dai soci ad un prezzo minore di quello risultante dal mercato⁹⁰. La seconda posizione considera *NPO* tutti gli enti la cui attività sia in grado di procurare qualsiasi vantaggio economico ai membri dell'organizzazione⁹¹. La terza posizione, certamente maggiormente condivisibile, è quella di considerare *NPO* solo ed esclusivamente gli enti che siano sformiti di lucro soggettivo, ovvero della distribuzione degli utili eventualmente conseguiti a favore dei soci⁹².

Sulla base di quest'ultima teoria si è sviluppata una significativa letteratura che considera il vincolo di non redistribuzione degli utili (*non distribution constraint*) come tratto qualificante la nozione della *NPO*.

In Europa l'individuazione delle *NPO* è rimessa ai singoli diritti nazionali⁹³. Per quanto riguarda il nostro Paese, nel diritto privato italiano non è astraibile una categoria propria, ma siamo in presenza di uno schema causale presente a prescindere dalla forma associativa prescelta⁹⁴.

⁹⁰ State ex rel. Troy v. Lumbermen's Clinic, in 186 Wash. p.384 ss. e in 58 P.2d p.812; State ex rel. Russel v. Sweeney in 153 Ohio St. p.66 ss e in 91 N.E. 2d p.13 ss. (1950).

⁹¹ L'esempio tipico è quello delle *trade unions*. In questo senso Re Automatic Phonograph Owners Association in 45 Pa.D. & C. p.551 ss.; in Re Fayette Gasoline Retailers Association in 32 Pa. D. & C. p.165 (1938).

⁹² In proposito HANSMANN, *The Role of Non-profit Enterprise*, in 89 (1980) *Yale Law Journal*, p.838, secondo il quale "a non-profit organization is not barred from earning a profit ... it is only the distribution of the profits that is prohibited".

⁹³ In ambito comunitario si registrano numerosi tentativi di ricondurre a sistema la materia: oltre alla convenzione europea sul riconoscimento della personalità giuridica delle organizzazioni non governative, approvata dal Consiglio d'Europa nel 1968 si sono succeduti: la raccomandazione 656 dell'assemblea consultiva del Consiglio d'Europa relativa al regime fiscale delle organizzazioni senza scopo di lucro (1982); il parere della Commissione giuridica su una posizione concernente la legittimazione in materia di azione e ricorso delle associazioni non riconosciute competenti in materia di petizione dell'ambiente (parere del 26 marzo 1982 (PE 76.764/def.), sulla petizione n.71/80); proposta di risoluzione sui compiti, l'amministrazione e la regolamentazione delle associazioni nelle Comunità europee (doc. 2-920/84: proposta di risoluzione dell'on. Eyraud ed altri); proposta di risoluzione sulla libertà di riunione e di associazione (loc.B2-336/85: proposta di risoluzione dell'on. De Gucht ed altri); relazione della Commissione giuridica per i diritti dei cittadini (doc.A2-196/86); risoluzione del parlamento europeo sulle associazioni senza scopo di lucro (doc.A2-196/86, in G.U.C.E. C/99 del 13 aprile 1987); comunicazione della Commissione al Consiglio del 21 dicembre 1989, al parlamento ed al comitato economico e sociale, in cui si propone un metodo per soddisfare le raccomandazioni contenute nella risoluzione adottata dal parlamento europeo; risposta della Commissione ad un'interrogazione avente ad oggetto la situazione e le misure adottate in materia di associazioni senza scopo di lucro (2 marzo 1990, in G.U.C.E. C/190 del 30 luglio 1990); proposta di regolamento della Commissione del 6 marzo 1992, recante statuto della società europea (G.U.C.E. C/99 del 21 aprile 1992).

⁹⁴ Sul punto in tal senso, da ultimo ZOPPINI, *Le fondazioni*, Napoli, 1995.

§ 1.2. Classificazioni per funzione

Sulla base del dibattito sviluppatosi a seguito dell'incisivo sviluppo che tale modello organizzativo ha avuto nella pratica, i giuristi nordamericani hanno dato luogo ad un'elaborazione per lo studio delle finalità perseguibili con una *NPO*.

Il modello di legislazione uniforme predisposto dall'*American Bar Association* prevede che le *Non Profit Organizations* possano legittimamente perseguire: "*any lawful purpose or purposes, including without being limited to anyone or more of the following purposes: charitable; benevolent; eleemosinary; educational; athletic; animal husbandry*".

L'attuazione concreta del disposto nei diversi Stati dell'Unione è stata varia.

Nello Stato di New York, la legge del 1970, modificata nel 1974, prevede quattro distinti tipi di *Npo*, raggruppabili in distinte sottocategorie (*Npo* tradizionali e *Not for profit Business Corporation*). Come è stato affermato dalla dottrina italiana che maggiormente si è occupata di questi problemi, "la comparsa della nuova figura della *not for profit business corporation* non significa certo che tale *Npo* sia dispensata, o, in qualche modo, esonerata dall'obbligatorio rispetto del divieto di fare qualunque distribuzione degli utili tra i soci. (...) Si è, diversamente, creata una maggiore area di operatività delle stesse, in settori da sempre riservati, invece, alle *business corporations* e nei quali la produzione di un *profit* appare più possibile e certa"⁹⁵.

Nello Stato di California, una legge, promulgata nel 1978 ed entrata in vigore nel 1980, distingue sostanzialmente tra due tipologie di ipotesi. All'interno della prima categoria troviamo le *non profit public benefit corporations* che hanno *any public or charitable purposes*. Assimilabile, quanto a contenuto e sostanza, al primo sono le *non profit religious corporations* le cui finalità sono quelle di agire *primarily or exclusively for any religious purpose*. L'ultimo tipo, sicuramente il più importante, viene qualificato come *non profit mutual benefit corporations*, il quale ai sensi del §9111, può essere utilizzato *for any lawful purpose*.

La dottrina che si è occupata in Italia del problema delle *Npo* in chiave comparata ha affermato che ai fini dell'individuazione delle *Npo* dovrebbero essere utilizzati due criteri. Per il primo di essi bisognerebbe tener conto del modo con il quale la singola *Npo* ottiene i mezzi patrimoniali con i quali cerca di conseguire le finalità sue proprie. Per il secondo, occorre, invece, considerare la posizione di controllo, e di intervento sull'esercizio dell'attività svolta dall'ente, riservata a coloro i quali - persone fisiche o giuridiche è indifferente - hanno determinato la costituzione e la formazione di quello che potrebbe essere qualificato, mutuando questo nome dall'esperienza italiana, il patrimonio dell'ente.

Applicando il primo criterio, possono subito essere individuate le c.d. *donative non profit organizations*, ossia quelle organizzazioni nelle quali il patrimonio dell'ente proviene in massima parte da donazioni, sovvenzioni, contributi da parte di chicchessia: come noti esempi di questo raggruppamento possono essere menzionati l'*American Red Cross* e l'*American Heart Association*. Quando, invece, il patrimonio dell'ente è prevalentemente costituito dalle entrate derivanti dalla produzione e/o dalla vendita di beni e servizi, siamo di fronte alle c.d. *commercial Npo* (gli esempi sono costituiti dall'*American Association* e dalla *Consumer Union*).

Sia i donanti nelle c.d. *donatives*, quanto gli acquirenti nelle c.d. *commercial* vengono qualificati come *patrons*.

Applicando, invece, il secondo criterio, quanto ai *patrons* viene riservato un controllo sulla vita dell'ente, così che essi possono direttamente, personalmente ed efficacemente verificare che quanto da loro donato e quanto da loro pagato sia effettivamente destinato alle finalità istituzionali dell'ente, si è in presenza di una *mutual Npo*: le ipotesi attraverso le quali si verifica tale controllo sono prevalentemente costituite dall'attribuzione a favore dei *patrons* dello status di membri e del relativo diritto di eleggere gli amministratori; quando, invece, si verifichi una dissociazione tra le persone che hanno permesso la formazione del patrimonio dell'ente e quelle, cui è, invece, riservata l'amministrazione dell'ente, la figura viene qualificata *entrepreneurial*. Tipico esempio delle *mutual Npo* è costituito dai *country clubs* (il nome, tipico della realtà sociale angloamericana, ha avuto una facile importazione e una crescente applicazione in tutto il mondo continentale); come *entrepreneurial Npo* potrebbero essere individuate le *charities* - anche se per molte di esse non viene chiesta la formale incorporazione, preferendosi adottare la forma giuridica del *trust* - nelle quali l'amministrazione dell'ente viene di solito affidata ad organi che

⁹⁵PONZANELLI, *Le Non Profit Organizations*, Milano, 1985, 28.

presentano la caratteristica di autorinnovarsi a tempo indeterminato, come pure le c.d. *nursing homes*, alcuni tipi di ospedali e determinati musei quando per essi la forma prescelta è *Npo*.

La suddivisione prospettata permette alla fine di individuare quattro categorie: a) le c.d. *donative mutual Npo* (i *patrons*, donanti, hanno controllo); b) le c.d. *commercial mutual Npo* (i *patrons*, generalmente acquirenti dei beni dei servizi, hanno il controllo sulla vita dell'ente) c) le c.d. *donative entrepreneurial Npo* (i *patrons*, donanti, non hanno normalmente alcuna possibilità di interferire sull'amministrazione dell'ente); d) le c.d. *commercial entrepreneurial Npo* (i *patrons*-acquirenti non hanno poteri di controllo).

III) L'applicazione diretta agli enti NP della normativa per la tutela della concorrenza.

II.1. L'elaborazione europea

Al fine di verificare se le *NPO* possono essere assoggettate alle disposizioni per la tutela della concorrenza, questione preliminare da risolvere è quella dell'individuazione dei soggetti che sono destinatari di tali norme. Ogni attività per essere qualificata economica, da qualunque soggetto essa sia posta in essere, deve avere come proprio presupposto l'esistenza di un mercato inteso come luogo di transazioni omogenee dove i potenziali venditori di un bene o servizio entrano in contatto con i potenziali acquirenti. Occorre, in sostanza, che non vi siano vincoli che rendono condizionate o impossibili le transazioni. Ai fini dell'individuazione di un mercato occorrerà, dunque, verificare la struttura di domanda ed offerta su cui va ad incidere l'attività dell'entità oggetto di esame.

Bisogna, in proposito, ricordare che il ragionamento seguito dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee in materia di individuazione del soggetto rilevante per l'applicazione della normativa per la tutela della concorrenza sembra essere il seguente: in tutte le ipotesi in cui sia ravvisabile l'esistenza di un mercato allo stato attuale o potenziale le attività poste in essere da qualunque soggetto risultano destinatarie della normativa *antitrust*.

Quando è ipotizzabile l'esistenza di un mercato di riferimento attuale o potenziale, il soggetto che in esso opera, pubblico o privato, è, dunque, destinatario delle norme per la tutela della concorrenza.

L'elaborazione delle istituzioni comunitarie circa la nozione di impresa rilevante per il diritto della concorrenza, svincolata dai parametri previsti dal diritto positivo dei diversi Stati membri a causa delle esigenze di applicazione uniforme della relativa normativa, evidenzia, da una parte, la volontà di garantire l'*effet utile* del diritto comunitario della concorrenza, dall'altra, la necessità di disciplinare direttamente ed uniformemente l'attività economica dei soggetti privati.

Il risultato cui è giunta in materia l'elaborazione delle istituzioni comunitarie prescinde da una precisa categorizzazione giuridico-formale del concetto, dando invece preminente rilievo alla natura economica dell'attività svolta. La costruzione dimostra, infatti, l'irrilevanza dell'individuazione del soggetto in termini formali, condotta in base agli elementi tradizionalmente caratterizzanti la capacità di un'impresa. La nozione di impresa comunitaria rilevante per l'applicazione delle disposizioni a tutela della concorrenza non può ovviamente prescindere dalla considerazione che essa sia strumentale al perseguimento dei limitati scopi dell'ordinamento comunitario. Su tale base, assume rilevanza per il diritto della concorrenza qualsiasi soggetto in grado di svolgere una propria autonoma ed unitaria attività sul mercato.

In questo senso la giurisprudenza degli organismi comunitari sembra aver colto nella nozione funzionale del soggetto il destinatario delle disposizioni per la tutela della concorrenza.

In due sentenze della Corte di Giustizia (*Höfner*⁹⁶ e *Poucet*⁹⁷), le entità di fronte alle quali ci troviamo esercitano rispettivamente il collocamento dei dirigenti industriali e i servizi di assicurazione sociale. Entrambe le attività non sembrano rispondere ad una logica di gestione attenta alla soddisfazione di un criterio di economicità interna. Nel caso del collocamento, infatti, i servizi vengono forniti gratuitamente; in quello delle assicurazioni sociali, la remunerazione del capitale appare meramente eventuale, essendo improntata a principi solidaristici. In entrambi i casi non c'è nessun obbligo di equivalenza tra entrate ed uscite.

⁹⁶Corte giust.CE, 23 aprile 1991, causa C-41/90, Klaus Höfner e Fritz Elser, in *Raccolta*, 1991, I, 1979.

⁹⁷Corte giust.CE, 17 febbraio 1993, cause C-159/91 e C-160/91, Christian Poucet, in *Raccolta*, 1993, I, 637.

Ancor più chiaramente, nel caso *Fédération française des sociétés d'assurance*⁹⁸, la stessa Corte di Giustizia ha esplicitamente affermato che l'assenza di scopo di lucro non priva l'attività svolta da un ente della sua natura economica poiché questo può, comunque, dar luogo a comportamenti vietati dalle norme sulla tutela della concorrenza⁹⁹.

Dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia (sentenze *Höfner*, *Poucet*, *Eurocontrol*¹⁰⁰ e *Fédération française des sociétés d'assurance*) emerge in tutta la sua evidenza la circostanza che gli organismi comunitari attribuiscono al contesto economico nel quale opera l'impresa.

L'iter logico fatto proprio dalla Corte nella sua recente giurisprudenza deve, infatti, essere esaminato non avendo riguardo ai fattori caratterizzanti l'impresa in quanto tale, ma alla fattispecie all'interno della quale essa opera. In questa ottica, la nostra attenzione dovrà essere rivolta al mercato sul quale l'impresa opera che è comunemente inteso come luogo di transazioni omogenee dove i potenziali venditori di un bene o servizio entrano in contatto con i potenziali acquirenti. In questa prospettiva, occorre chiedersi quando sia configurabile un mercato. In via preliminare, si può affermare che può esistere un mercato di riferimento in senso merceologico solo ed esclusivamente quando i beni o i servizi prodotti o erogati dal soggetto agente possono essere suscettibili di rilevanza economica. Pertanto, dovrà essere esclusa l'esistenza di un mercato per quelle attività che lo Stato considera indispensabili al perseguimento dei propri fini, di scopi, cioè, caratterizzanti la sua stessa esistenza, che in forza del contratto sociale che legittima l'esistenza di una struttura statale, non possono essere esercitati che dai pubblici poteri (si pensi al disposto dell'art. 223 Trattato UE). Né tanto meno è ipotizzabile un mercato dei beni che, per esplicita disposizione di legge siano sottratti per motivi di ordine pubblico o buon costume al commercio (p.es. parti del corpo, ai sensi dell'art. 5 cod. civ.).

L'incommerciabilità del bene o del servizio rendono pertanto inipotizzabile l'esistenza di un mercato, e quindi la stessa possibilità di configurare soggetti che vi operano in forma di impresa. In tale caso è, pertanto, impossibile immaginare l'esistenza di soggetti destinatari di norme per la tutela della concorrenza. L'operatore pubblico che svolge la propria attività in relazione a tali ipotesi non potrà mai essere considerato impresa. (Applicando questo principio, la Corte ha negato la natura economica dell'attività svolta dalla *Organisation européenne pour la sécurité de la navigation aérienne*, essendo questo organismo sovranazionale che eroga servizi finalizzati al mantenimento della sicurezza dei cittadini durante il volo aereo (sentenza *Eurocontrol*)).

Ipotesi diversa è quella che si verifica quando lo Stato esercita un servizio non per il conseguimento di fini caratterizzanti la sua stessa funzione ed esistenza, ma in relazione ad attività che possono essere esercitate da privati. Versando in tali situazioni è ipotizzabile l'esistenza di un mercato attuale o potenziale.

Il mercato sarà attuale nelle ipotesi in cui la struttura pubblica opera accanto ad operatori privati. Si pensi, a titolo di esempio, ai servizi pubblici locali che in una pluralità di ipotesi sono esercitati dai Comuni, in diverse forme organizzatorie, accanto alle intraprese private. Potenziale, nel caso in cui il soggetto pubblico agisce in regime di monopolio, vuoi per espressa disposizione di legge, vuoi per scelta discrezionale della Pubblica Amministrazione, che rilascia un atto concessorio. Nell'ipotesi in cui venisse meno il monopolio non vi sarebbero, pertanto, altri motivi che osterebbero all'entrata dell'operatore privato sul mercato (Nel caso *Höfner*, la Corte ha ritenuto che l'esistenza di un mercato potenziale rende il soggetto che vi opera destinatario della normativa posta a tutela della concorrenza).

Un ulteriore passo avanti occorre compiere quando esistono vincoli normativi o amministrativi tali per cui seppur non si tratti di attività strettamente funzionali ai fini propri dello Stato, la struttura della domanda o dell'offerta, per disposizione di legge, è tale che nessun privato, stanti tali previsioni, entrerebbe sul mercato.

In altre parole stiamo affrontando la situazione intermedia tra le due precedentemente discusse. Siamo in presenza di un bene o servizio commerciabile, ma in relazione al quale a seguito dei vincoli

⁹⁸Corte giust. CE, 16 novembre 1995, causa C-244/94, *Fédération française des sociétés d'assurance*, in Foro Italiano, 1996, IV, 68, con nota di DI VIA, ancora inedita in Raccolta.

⁹⁹Tale opinione è condivisa anche da WHISH, *Competition Law*, 1989, 215, il quale, negando la necessità del requisito dell'economicità della gestione, afferma che "the fact that an organisation lacks a profit - motive or does not have an economic purpose does not disqualify it as an undertaking, provided always that it is carrying on some commercial or economic activity".

¹⁰⁰Corte giust. CE, 19 gennaio 1994, causa C-364/92, SAT, in Raccolta, I, 43.

imposti alla struttura della domanda e dell'offerta da parte del legislatore, l'attività produttiva o di erogazione del servizio può essere posta in essere soltanto da un soggetto pubblico.

Ci si riferisce a situazioni, come quelle affrontate nella sentenza *Poucet* in relazione alle quali l'esistenza dell'obbligo a contrarre nei confronti di ogni soggetto e l'obbligo di quest'ultimo di contribuire in funzione del proprio reddito e non del valore economico dell'utilità acquistata, escludono che un soggetto privato, che persegua il fine della massimizzazione del proprio profitto, abbia interesse ad entrare su quel mercato. Coloro i quali operano in questo contesto, quindi, non possono essere considerati destinatari delle disposizioni poste a tutela della concorrenza e quindi non sono imprese.

Semplificando ulteriormente, il ragionamento della Corte sembra essere il seguente: se il mercato è strutturato in modo tale che nessun operatore privato, nell'ipotesi in cui venisse meno il monopolio legale, per l'esistenza di vincoli strutturali legislativamente imposti, avrebbe la possibilità di produrre quel bene o erogare quel servizio, allora ci troviamo di fronte a un'entità alla quale non possono applicarsi le disposizioni del Trattato in tema di concorrenza. Per converso, nell'ipotesi in cui è individuabile un mercato di riferimento in cui, in assenza di un monopolio normativamente previsto, una pluralità di operatori privati avrebbe la possibilità di operare, per l'assenza di ulteriori vincoli, allora ci troviamo in presenza di un soggetto che può considerarsi destinatario delle disposizioni poste a tutela della concorrenza.

L'iter logico seguito dalla recente giurisprudenza comunitaria non sembra in alcun modo fare riferimento alla struttura interna del soggetto agente e alla sua metodica di gestione. In altri termini, viene totalmente negata la ricostruzione classica del soggetto incentrata sull'esistenza degli elementi fondamentali strutturali volti alla determinazione dell'impresa. Il ragionamento svolto dalla Corte appare, invece, incentrato sulla produzione degli effetti nel mondo giuridico. In effetti la Corte a tali considerazioni ne aggiunge delle altre. Essa non soltanto afferma che bisogna tener presente degli effetti per individuare il soggetto agente, ma dice anche che quando tali effetti non si possono produrre non può neanche esistere il soggetto agente. In altri termini, quando ci sono vincoli strutturali che impediscono al soggetto di operare si nega l'esistenza stessa del soggetto.

L'elemento di novità consiste allora nel trasformare un presupposto di fatto, il mercato, in elemento individuante l'agente. Tale metodo può condurre alla fuorviante conclusione che un'analisi di tipo empirico rischi di influenzare elementi, che per la loro stessa natura non possono essere ricercati nella sfera dell'arbitrarietà. Bisogna allora che la valutazione in ordine all'esistenza del mercato sia affidata ad elementi di determinazione oggettiva. A tal fine potrà essere strumento utile per l'individuazione del soggetto agente, la determinazione del mercato di riferimento limitata ai vincoli normativi esplicitamente imposti che descrivono le modalità di accesso e di esercizio dell'attività.

Anche l'influenza tedesca, che risulta evidente sia nella formulazione delle norme del Trattato, che nella loro applicazione, è giunta a dare rilevanza ad una concezione funzionale del soggetto economico. Esaminando la rilevanza nell'ambito del diritto tedesco del concetto di impresa, non si può non notare la differenza tra l'*Unternehmen*, regolata dal *GWB*, e l'*Unternehmen* regolata dall'*HGB*, ossia rispettivamente dalla legge che ha ad oggetto la repressione degli atti anticoncorrenziali e dal codice di commercio. Secondo il disposto dell'*HGB*, per aversi impresa occorrono i connotati immancabili ed essenziali dell'intento di lucro, della durata e dell'organizzazione. Diversamente, quando l'impresa viene in considerazione nell'ambito della disciplina della concorrenza, ad avere valore preminente non sono più gli aspetti che si richiamano alle finalità dell'attività, "ma piuttosto quelli che individuano e sottolineano le concrete modalità che di volta in volta caratterizzano, in un sistema che tende a reprimere gli accordi e/o le intese limitative della concorrenza, l'attività imprenditrice in tutte le sue possibili accezioni, aspetti ed implicazioni"¹⁰¹.

Non particolarmente diversa è la situazione che occorre rilevare Oltremania. Nell'ordinamento inglese, infatti, per la prima volta il concetto di impresa compare nel *Monopolies and Mergers Act* del 1965 e, successivamente, nel *Fair Trading Act* del 1973. L'evoluzione del diritto dell'impresa inglese, come evidente dettata da esigenze di razionalizzazione della complessa disciplina anticoncorrenziale, approda ad una definizione di impresa assimilabile a quella che si desume dal *GWB* tedesco. L'impresa è, infatti, definita dall'art.63, comma 2, del *Fair Trading Act*, come "*the activities or part of activities of a business*". A sua volta, l'art.137, 2° comma, della stessa legge prescrive che "*business includes a*

¹⁰¹ AFFERNI, *La nozione di impresa comunitaria*, II, *L'impresa*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da GALGANO, 1978, 129.

professional practice and includes any other undertaking which is carried on for gain or reward or which is an undertaking in the course of which goods or services are supplied otherwise than free of charge".

Alla genericità delle definizioni riportate occorre aggiungere l'opinione generalizzata della dottrina anglosassone secondo la quale, da una parte la definizione del *business* è una mera circostanza di fatto, dall'altra si perviene ad una sostanziale fungibilità tra i concetti di azienda ed impresa.

Anche nell'ordinamento inglese, quindi, come in quello tedesco, si individua come destinatario di norme giuridiche, non necessariamente un soggetto che ha un riconoscimento giuridico-formale esplicito, dando luogo ad un nuovo concetto di soggettività giuridica, di cui è portatore chi svolge attività economica.

A livello italiano, l'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato ha più volte dimostrato di aver fatto proprio l'orientamento comunitario in materia di impresa, affermando che "in richiamo a consolidati principi comunitari, ai fini dell'applicazione della disciplina della concorrenza, deve qualificarsi impresa qualsiasi entità che esercita un'attività economica a prescindere dal suo stato giuridico e dalle sue modalità di finanziamento" (in proposito può essere interessante ricordare che nel primo caso di applicazione di questo principio si trattava della sussunzione, nella categoria dell'impresa rilevante per il diritto della concorrenza, di una federazione sportiva, che svolgeva attività qualificabile come economica. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *FIV/AICI*, 18 novembre 1992).

D'altronde, ciò che rileva per le disposizioni comunitarie, non è altro che l'effetto che lo svolgimento di attività economica produce sul mercato di riferimento. Diviene, pertanto, essenziale analizzare il rapporto che intercorre tra agente - soggetto economico - e fattispecie entro la quale questi opera - mercato di riferimento. In altri termini, il mercato incide notevolmente sull'individuazione di un'impresa. Pertanto, vi può essere impresa, o meglio soggetto destinatario delle norme del diritto della concorrenza, solo ed esclusivamente laddove sia configurabile un mercato di riferimento. La recente giurisprudenza della Corte di Giustizia ci ha, altresì, dimostrato che quando ci sono vincoli strutturali che impediscono al soggetto economico di operare, si deve negare l'esistenza del mercato e, dunque, del soggetto stesso.

Da quanto precede si deve, dunque, dedurre che lo status di *NPO* non può giustificare un'automatica esenzione dell'applicazione delle disposizioni per la tutela della concorrenza, tanto nell'ordinamento comunitario, che in quelli nazionali. Al contrario, la valutazione dovrà essere condotta avendo riguardo ai vincoli normativi apposti a domanda ed offerta.

II.2. Gli orientamenti delle Corti statunitensi

Negli Stati Uniti d'America, il tema dell'assoggettabilità delle *Non profit Organizations* alle disposizioni per la tutela della concorrenza ha dato luogo ad un ampio dibattito. La questione è stata oggetto di varie cause, risolte nel senso di ritenere pregiudizievoli per la concorrenza anche accordi e concentrazioni riguardanti soggetti ai quali è attribuito lo status di *Npo*.

Ciò è intuitivo, specie ove si consideri che la concorrenza tra imprese non può essere limitata ai prezzi praticati sul mercato, ma anche ad altri profili riguardanti la loro condotta di mercato, specie barriere all'entrata ed efficienza. Liberate dalla pressione concorrenziale, invece, le imprese sarebbero prive di un controllo circa la loro condotta.

Un'analisi dettagliata di alcune di queste decisioni mostra come non vi siano ragioni che possano giustificare una sottrazione delle *Non profit organizations* a tale regime, tanto nel campo delle *mergers*¹⁰², che per quanto riguarda le altre pratiche¹⁰³.

II.2.1. Pratiche restrittive della concorrenza

I settori in cui operano le *NPO* negli Stati Uniti d'America, come accennato, sono i più svariati: si passa dal campo dell'istruzione a quello dei servizi professionali, a quello della sanità, con presenze in

¹⁰²BLACKSTONE - FUHR, *An Antitrust Analysis of Non Profit Hospital Mergers*, in *Review of Industrial Organization*, (8), 473, 1992.

¹⁰³KOLOVOS, *Antitrust Law and Non Profit Organizations: the Law School Accreditation Case*, in *New York University Law Review*, (71), 689, 1996.

tutte quelle branche dell'economia che sono caratterizzate da *market failures* - prime fra tutte le esternalità e le asimmetrie informative.

Le sentenze rese in ordine all'applicabilità dello *Sherman Act* ai soggetti *NPO* hanno dato luogo, con una criticata eccezione, a un riconoscimento di piena applicabilità della normativa *antitrust*.

Così, nel caso *Goldfarb v. Virginia State Bar*¹⁰⁴, in relazione all'attività di un'associazione locale *NP* di avvocati che aveva pubblicato un tariffario minimo per le prestazioni professionali rese dagli associati, la Corte Suprema, affermando la piena applicabilità dello *Sherman Act*, vietò la pratica in questione. Tuttavia, in una nota a piè di pagina della sentenza, la stessa Corte affermò che gli aspetti di pubblico servizio perseguiti da un'associazione *non profit* di professionisti "potrebbero comportare un particolare trattamento per una pratica che in un altro contesto poteva essere qualificata come violazione dello *Sherman Act*".

Nel successivo caso *National Society of Professional Engineers v. United States*¹⁰⁵, riguardante il codice etico di un'associazione *NP* di ingegneri che proibiva agli associati di negoziare o discutere di tariffe con un cliente se non dopo essere stati ingaggiati, l'atteggiamento della Corte fu più restrittivo. La Corte Suprema, infatti, dopo aver affermato che un accertamento in chiave di *rule of reason* impone di valutare se l'accordo è idoneo a promuovere la concorrenza, piuttosto che a sopprimerla, ha ritenuto nel caso di specie che non sussisteva alcuna giustificazione per accogliere tale restrizione in quanto tutti gli elementi della contrattazione devono consentire di selezionare le diverse opportunità offerte.

Le decisioni successive della Corte di Giustizia su tali questioni risultano ancor più chiare sul punto. Così, nella decisione *Arizona v. Maricopa County Medical Society*¹⁰⁶, riguardante la fissazione, da parte di una *NPO* di tariffe massime per servizi prestati e coperti da assicurazioni, la Corte Suprema vietò l'accordo applicando una *per se rule*. Ed ancora, con la sentenza *Federal Trade Commission v. Superior Court Trial Lawyers Association*¹⁰⁷, riguardante una *NPO* di avvocati che aveva deciso di non difendere gli imputati indigenti fino a che il *District of Columbia* non avesse aumentato i loro compensi, la Corte Suprema affermò che tale pratica costituiva una restrizione all'offerta che era essenzialmente una pratica di fissazione di prezzo. Anche in questo caso, la Corte fondò la sua decisione su una *per se rule*.

E' ad opera delle Corti minori che si devono approcci diversi che, tuttavia, ad eccezione del caso *Marjorie Webster*, arrivano alla medesima conclusione.

Nel caso *Marjorie Webster Junior College Inc. v. Middle States Association of Colleges and Secondary Schools Inc.*¹⁰⁸, riguardante l'accreditamento da parte di una *NPO* delle scuole secondarie all'interno di una certa area geografica, i giudici del circuito del *District of Columbia* giunsero ad un test basato su due profili per determinare quando le previsioni dello *Sherman Act* possono essere applicate alle attività in questione. In primo luogo, la Corte dovrà determinare se l'attività *de qua* deve essere qualificata o no come commerciale. Nell'ipotesi in cui la Corte dovesse ritenere l'attività commerciale si applicano le disposizioni dello *Sherman Act*, diversamente, l'analisi deve muovere al secondo profilo. A tal fine la Corte dovrà qualificare l'intento della *NPO* nello svolgere la condotta in questione. Qualora la Corte ritenesse esistente un intento commerciale, la pratica rientrerebbe nell'ambito di applicazione dello *Sherman Act*, in caso diverso essa ne sarebbe sottratta.

Tali conclusioni sono state fortemente criticate dalla dottrina in quanto, da una parte, non trovano alcuna giustificazione nel testo normativo, dall'altra, introducono un test difficilmente implementabile in concreto¹⁰⁹.

Alle conclusioni della sentenza *Marjorie Webster* che escludevano l'applicabilità al caso di specie dello *Sherman Act* in quanto si escludeva la natura commerciale dell'attività di accreditamento, non sembra sia stato dato alcun seguito giurisprudenziale.

Più recentemente, invece, nel caso *United States v. Brown University*¹¹⁰, i giudici del terzo circuito, sebbene dopo aver indicato in astratto i criteri per un'esenzione dallo scrutinio *antitrust* dell'attività delle *NPO*, hanno applicato lo *Sherman Act* alla fissazione da parte dell'*Ivy Overlap Group* degli *standards* per la determinazione dell'ammontare degli aiuti finanziari agli studenti universitari indigenti. In particolare, la Corte ha affermato che non tutte le attività svolte da una *NPO* rientrano

¹⁰⁴ 421 U.S. 773 (1975).

¹⁰⁵ 435 U.S. 679 (1978).

¹⁰⁶ 457 U.S. 332 (1982).

¹⁰⁷ 493 U.S. 411 (1990).

¹⁰⁸ 432 F.2d 650 (D.C. Cir.), cert. denied, 400 U.S. 965 (1970).

¹⁰⁹ M.D.SELWYN, Higher Education Under Fire: The New Target of antitrust, 26 Columbia J.L., 117 (1992) 109.

¹¹⁰ 5 F.3d 658 (3rd Cir. 1993).

nell'ambito di applicazione dello *Sherman Act* argomentando che "quando una *NPO* svolge atti che costituiscono l'antitesi di un'attività commerciale, essi risultano sottratti alla normativa *antitrust*". I giudici del Terzo circuito, tuttavia, hanno concluso che, nel caso di specie, gli aiuti finanziari la cui determinazione è oggetto di controversia sono un elemento di sicura rilevanza economica e, dunque, essi rientrano nella locuzione "*trade or commerce*" prevista dal §1 dello *Sherman Act*.

II.2.2. Le Mergers

Nel caso *Ukiah*¹¹¹, per esempio, gli ospedali hanno concentrato la loro attenzione sulla circostanza se la *Federal Trade Commission* ha giurisdizione sulle fusioni che avvengono tra *NPO*. In proposito, la Corte ha risposto molto chiaramente che anche a tali soggetti si applicano le regole previste dalle *Merger Guidelines* generali.

Nel 1991, la *Federal Trade Commission* agì in giudizio perchè venisse vietata la fusione tra due ospedali non profit (*University Health* e *St. Joseph*) ad Augusta, Georgia¹¹². La Corte Distrettuale, autorizzando la concentrazione, *inter alia*, affermò che le *NPO* sono differenti dagli enti *for profit* e sono meno portati a colludere perchè i loro amministratori vogliono tenere prezzi bassi. Nella sua impugnativa della decisione, la *FTC* affermò che lo status di *NPO* non elimina la minaccia alla concorrenza che deriva dall'aumento del grado di concentrazione. In proposito, è molto importante accertare se la concorrenza non di prezzo merita di essere protetta o se la sua riduzione attraverso la concentrazione è desiderabile.

L'Università convenuta ha espressamente affermato che la concorrenza non di prezzo è rovinosa e che, attraverso la concentrazione essa sarebbe evitata. Ha, inoltre, affermato che l'acquisizione produce effetti positivi perchè essa permetterà loro, piuttosto che il mercato, di decidere sul livello ottimale di servizi umani e tecnologici disponibili in ospedale per i pazienti di Augusta.

E', inoltre, importante che la Corte sembra accettare che si può ritenere che le *NPO* agiscono più in consonanza con l'interesse pubblico di quanto non facciano gli enti *for profit*. Si può dedurre che la ridotta concorrenza permetterà agli amministratori di indirizzare le attività dell'ospedale nei modi che esso sceglie, piuttosto che siano costretti dalle forze di mercato. In effetti, si ha ragione di essere scettici. Infatti, la concorrenza ha spinto gli ospedali a divenire più sensibili ai desideri del consumatore.

A dispetto di una sostanziale minaccia alla concorrenza, tuttavia, l'operazione fu autorizzata. Comunque, una Corte d'appello riformulò la decisione della Corte distrettuale, ordinando una *preliminary injunction*.

Nel caso *Rockford*, la Corte affermò:

"Noi siamo consapevoli di non avere nessuna prova, e i convenuti non ne presentano nessuna, che i fornitori *non profit* di beni e servizi sono più portati a concorrere vigorosamente di quanto siano i fornitori produttori di profitto. Alla maggior parte della gente non piace competere e cercheranno modi per eliminare la concorrenza attraverso accordi, taciti o espliciti, dipendendo naturalmente dal costo dell'accordo. L'ideologia dell'impresa *non profit* è cooperativa piuttosto che concorrenziale. Se è vero che i *manager* delle imprese *non profit* sono meno indotti a sforzarsi per incrementare il loro profitto, possono essere meno inclini a impegnarsi in una collusione per massimizzare il profitto, ma allo stesso tempo meno pronti a impegnarsi per la concorrenza nel profitto.

Da quanto precede sembra proprio che lo status di *Non Profit Organization* non sembra ridurre la minaccia alla concorrenza che proviene dalle fusioni tra ospedali. In particolare, il potere di contrattare dei grandi acquirenti sarebbe sostanzialmente ridotto se cresce il livello di concentrazione.

II.3. Cenni alla situazione italiana

Le osservazioni relative alla rilevanza concorrenziale data dalla Corte di Giustizia alle *NPO*, ovviamente, incidono sull'inquadramento che queste ultime hanno all'interno del nostro ordinamento. In base all'individuazione del soggetto impresa d'anzì operata non è più all'organizzazione interna che occorre fare riferimento, bensì all'esistenza di un mercato sul quale attualmente o potenzialmente può

¹¹¹ *Adventist Health System/West and Ukiah Adventist Hospital*.

¹¹² *University Health Inc. et al. and St. Joseph Hospital Augusta Inc. et al., FTC v. (1991c), Brief of the FTC before the U.S. Court of Appeals for the Eleventh Circuit. File No.91 - 8308, April 24.*

operare un soggetto privato. Non sembra, pertanto, che *a priori* possa essere operata un'esclusione assoluta dell'ente *non profit* dalla categoria dell'impresa rilevante per il diritto della concorrenza.

Il problema dell'applicazione delle disposizioni per la tutela della concorrenza si presenta particolarmente stimolante in Italia, dove la legge quadro sul volontariato, 11 agosto 1991, n.226, disciplinando le organizzazioni di volontariato all'art.3, comma 2, dispone che esse "possono assumere la forma giuridica che ritengono più adeguata ai loro fini, salvo il limite di compatibilità con lo scopo solidaristico". In questo caso si affrontano da una parte i principi della solidarietà, dall'altra quelli dell'incidenza di tali attività su settori nei quali esercitano la propria attività entità riconducibili alla categoria dell'impresa e come tali operanti in regime di libero mercato.

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, con segnalazione del 13 luglio 1995, ha rappresentato al Parlamento ed al Governo la necessità di adeguare la normativa in materia di formazione professionale per quanto riguarda gli enti *non profit*, ai principi della concorrenza. In particolare, essa ha affermato che "in linea di principio, le organizzazioni *non profit* risultano soggetti idonei a garantire un più elevato standard qualitativo del servizio offerto e costi più contenuti. La riserva prevista a loro favore dalle leggi regionali oggetto della segnalazione sarebbe, pertanto, giustificata e non costituirebbe una violazione della legge n.287/90.

Tuttavia, l'assenza di una definizione rigorosa di ente senza scopo di lucro consente di partecipare alle convenzioni previste dalla normativa in esame a soggetti i cui comportamenti risultano del tutto analoghi a quelli delle imprese con scopo di lucro. Spesso le stesse imprese con scopo di lucro si dotano di fondazioni ed organizzazioni *non profit* al fine di accedere ai finanziamenti pubblici previsti per la promozione della formazione professionale. Pertanto, la realtà dei fatti mostra come la riserva ai soli enti senza scopo di lucro dei finanziamenti previsti dalle menzionate leggi regionali rischi di produrre ingiustificate restrizioni della concorrenza".

Più recentemente, l'Autorità garante ha avuto modo di esprimere la propria posizione su una delle più controverse categorie di ente *NP*, quella delle fondazioni bancarie.

Con la segnalazione del 10 dicembre 1998 relativa al d.d.l. recante "Delega al Governo per il riordino della disciplina civilistica e fiscale degli enti conferenti, di cui all'articolo 11, comma 1, del decreto legislativo 20 novembre 1990, n.356, e della disciplina fiscale delle operazioni di ristrutturazione bancaria" (A.C. 3194-B/XIII legislatura) ha affrontato la rilevanza concorrenziale di due profili essenziali delle *NPO*: i limiti dello *status* di ente non commerciale e la possibilità per le fondazioni di mantenere partecipazioni in imprese bancarie¹¹³.

L'Autorità ha rilevato che "l'assenza di una chiara separazione tra i due tipi di attività può comportare effetti negativi sull'assetto concorrenziale dei mercati sia in considerazione del favorevole trattamento fiscale riservato alle fondazioni, sia per gli effetti che la presenza delle fondazioni in imprese bancarie e non bancarie può esplicare sugli assetti proprietari delle imprese e sull'accesso al credito delle imprese non bancarie. (...) Le agevolazioni fiscali previste in capo alle fondazioni, una volta attribuite alle stesse la possibilità di permanere quali azionisti di riferimento nelle banche e anche in imprese attive in altri settori, potrebbero avere l'effetto di attribuire un indebito vantaggio competitivo alle imprese partecipate dalle fondazioni. Il vantaggio fiscale si può infatti tradurre in una maggiore capacità delle fondazioni, rispetto agli azionisti privati, di sostenere finanziariamente le imprese da esse partecipate con l'ovvio effetto di falsare la dinamica concorrenziale avvantaggiando alcune imprese a scapito di altre.

La presenza di imprese direttamente partecipate in forma massiccia da fondazioni nei settori più diversi può provocare, inoltre, un'ingiustificata rigidità negli assetti proprietari delle imprese interessate, a causa della diversa contendibilità che caratterizza i diritti di proprietà detenuti da azionisti privati rispetto a quelli in possesso delle fondazioni. Tale fenomeno può condurre, anche per effetto della particolare natura delle fondazioni e degli interessi che esse esprimono, ad una sostanziale irresponsabilità nella gestione di un importante insieme di imprese con un inevitabile indebolimento delle normali dinamiche economiche e concorrenziali dei mercati interessati.

Concludendo, l'Autorità ha affermato di ritenere più conforme "alle esigenze di tutela del corretto assetto concorrenziale dei mercati che la nozione di controllo sia ricondotta ad un'accezione più ampia, quale quella contenuta nell'art.23 del T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia, e in ogni caso che le partecipazioni azionarie detenute dalle fondazioni, in settori non compresi tra quelli di utilità sociale, siano affidate a gestori professionali. Tale ultima indicazione sarebbe sufficiente a scindere ogni legame di impresa fra le fondazioni e le società partecipate, atteso che l'affidamento dei pacchetti azionari a

¹¹³ Bollettino, n.48/98.

gestori professionali priverebbe le fondazioni bancarie della capacità di indirizzo sulle imprese partecipate operanti in settori non di utilità sociale. Peraltro, le fondazioni otterrebbero, per questa via, di massimizzare i proventi derivanti dal patrimonio azionario da dedicare alla promozione delle proprie specifiche finalità di utilità sociale".

Con una segnalazione successiva, resa qualche mese dopo sempre sul medesimo schema di d.d.l., l'Autorità prende atto degli elementi nuovi contenuti nell'atto risultante dal dibattito parlamentare in relazione ai punti sollevati nella precedente segnalazione¹¹⁴.

In particolare, in merito "alla questione relativa alla disciplina degli scopi delle fondazioni, il decreto legislativo prevede, all'art.3, comma 1, che le stesse possano "esercitare imprese solo se direttamente strumentali ai fini statutari ed esclusivamente nei settori rilevanti". Questi sono definiti all'art.1, comma 1, lett.d) come i settori della ricerca scientifica, dell'istruzione, dell'arte, della conservazione e valorizzazione dei beni ambientali, della sanità e dell'assistenza alle categorie sociali deboli". La formulazione della norma appare idonea a circoscrivere l'esercizio di impresa da parte delle fondazioni ai soli casi in cui si tratti di imprese strumentali e comunque attive esclusivamente in settori di utilità sociale. In tal modo viene espressamente escluso che tali enti svolgano attività di impresa in settori estranei alle finalità tipicamente riconducibili alle organizzazioni *non profit*, evitando quindi, che gli stessi possano operare al fianco ed in concorrenza con soggetti la cui natura commerciale imponga vincoli diversi."

A fronte di tale elemento positivo, tuttavia, l'Autorità ha rilevato che la ridefinizione degli ambiti di attività delle fondazioni bancarie rischia di essere vanificata dall'accezione della nozione di controllo prevista dal decreto legislativo. Una nozione eccessivamente ristretta può consentire in concreto una significativa permanenza delle fondazioni, talvolta nelle forme di un mero controllo di fatto, in imprese operanti in settori diversi.

Sul punto, l'Autorità ha rilevato che "l'attuale formulazione della norma in esame potrebbe in definitiva, consentire alle fondazioni il mantenimento, oltre il periodo transitorio, di importanti partecipazioni azionarie in società bancarie e non, partecipazioni che possono, per la loro rilevanza, facilmente risolversi in ipotesi di controllo di fatto. Tale situazione può determinare consistenti distorsioni del corretto assetto concorrenziale dei mercati, in quanto può comportare il perpetuarsi della presenza nel sistema economico italiano, al fianco dei normali operatori di mercato, di soggetti caratterizzati da rilevanti peculiarità nel trattamento fiscale e nel grado di responsabilità nei confronti della gestione delle imprese partecipate. Siffatte peculiarità possono nuocere all'efficienza dell'intero sistema e alle capacità competitive di altri operatori. In tali condizioni, l'Autorità ritiene che la nozione di controllo adottata dal decreto legislativo, che richiama solo parzialmente l'art.23 del T.U. bancario, incide in misura significativa sull'effettivo perseguimento dell'obiettivo della riforma ed è suscettibile, al contempo, di comportare rilevanti distorsioni dell'assetto concorrenziale".

III] Il vantaggio competitivo

Al fine di risolvere il quesito *supra* posto, relativo alla compatibilità con i principi della concorrenza di eventuali agevolazioni fiscali a favore di soggetti NP, in primo luogo bisogna domandarsi se la leva fiscale, attraverso il regime di facilitazioni previste, possa essere utilizzata a piacimento del legislatore creando disparità di trattamento tra operatori sul mercato. In altri termini, occorre chiedersi se le facilitazioni di natura fiscale previste a favore di particolari categorie di soggetti in nome di fini sociali possano considerarsi in violazione dei principi della concorrenza o se, al contrario, gli obiettivi perseguiti possano giustificare una deroga al sistema.

III.1. Il rilievo costituzionale

Come è noto, nella Costituzione italiana non si trova alcuna traccia della libertà di concorrenza. Tuttavia, tanto il disposto dell'art.1 della legge n.287/90 che afferma esplicitamente che le disposizioni della citata legge sono in attuazione dell'art.41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica, che l'interpretazione data dalla dottrina giuridica, che il valore "costituzionale" che il Trattato dell'Unione Europea attribuisce al principio fanno propendere per qualificare tale libertà come

¹¹⁴ Bollettino n. 15/99.

avente carattere sovraordinato rispetto alla normativa ordinaria. La libertà di concorrenza intesa tanto sotto il profilo statico (pari condizioni di accesso e di svolgimento di attività economica sul mercato), che dinamico (mantenimento di condizioni tali da poter permettere il libero dispiegarsi della libertà di iniziativa economica) risulta, quindi, principio cardine della nostra Costituzione economica vivente.

In verità il richiamo non sembrerebbe riguardare il generico diritto all'iniziativa economica, bensì proprio il canone dell'utilità sociale richiamato dal secondo comma della disposizione, in applicazione del quale può comprendersi la natura della normativa *antitrust*, la quale non procede a nessuna valutazione aprioristica, ma che, al contrario, deve essere interpretata tenendo conto del complesso di elementi della fattispecie concreta. In quest'ottica, l'obiettivo da raggiungere non è, quindi, l'assetto concorrenziale in quanto tale, essendo la concorrenza un mero strumento funzionale al raggiungimento dell'utilità sociale, che può essere perseguita anche attraverso altri e diversi percorsi economici.

In altri termini, l'utilità sociale, mutuando una locuzione contenuta nell'art.41 della nostra Carta Costituzionale, può essere perseguita anche attraverso il ricorso ad assetti di mercato diversi da quello concorrenziale. Non vi è, dunque, un collegamento diretto tra iniziativa economica e concorrenza, bensì esiste un fine ultimo costituito dall'utilità sociale che è normalmente perseguibile in un mercato dall'assetto concorrenziale.

La risposta al nostro interrogativo va, dunque, cercata nell'utilità sociale perseguita dalle NPO oggetto di incentivi e facilitazioni fiscali. Solo ed esclusivamente il perseguimento di fini di utilità sociale particolarmente apprezzabili, infatti, può giustificare la creazione in capo a tali soggetti di un regime fiscale favorevole e discriminatorio nei confronti degli altri operatori presenti sul mercato che si pone in alternativa rispetto all'assetto di mercato concorrenziale.

Pertanto, come si è già accennato, diviene estremamente rilevante individuare non soltanto forme organizzative particolarmente selettive, ma anche funzioni tipiche all'interno di specifici settori. In altre e più semplici parole, incentivi fiscali discriminatori potranno certamente essere tollerati nei confronti di soggetti operanti nei settori della sanità, dell'educazione o in altri settori particolarmente sensibili, mentre difficilmente ciò potrà risultare compatibile con i principi che regolano la libertà di iniziativa economica per soggetti operanti in settori caratterizzati da una minore utilità sociale.

In quest'ottica, particolare attenzione dovrà essere riservata anche alla disciplina delle attività c.d. accessorie (*related*), ossia a quelle attività svolte dall'ente *non profit* in settori non caratterizzati da fini sociali, ma strettamente connesse a queste. In questi casi, evidentemente, non potrà essere tollerata alcuna forma di discriminazione fiscale se non in presenza di un forte e stringente legame tra le due forme di attività, quella *non profit* e quella accessoria, tale da renderle strettamente collegate¹¹⁵.

La dottrina usa distinguere tra attività correlate e non correlate, qualificando come attività correlate quelle integralmente e direttamente legate agli obiettivi programmatici e sostanziali della NPO, ritenendo attività non correlata quella non legata alle finalità istituzionali delle NPO. Generalmente la distinzione tra attività correlate e attività non correlate poggia su tre fattori: "1) un'attività non correlata è un'attività condotta per generare un profitto; 2) l'attività non correlata è regolare e non è un evento occasionale; 3) un'attività non correlata non è sostanzialmente legata alla finalità primaria della NPO che gode dell'esenzione fiscale"¹¹⁶.

Dunque, un regime fiscalmente favorevole a vantaggio delle attività accessorie potrà essere previsto solo laddove esse, alla stregua dei principi sopra enunciati, siano strettamente correlate.

III.2. Rapporto tra normativa fiscale e normativa antitrust

In linea di principio la normativa antitrust non dovrebbe poter sindacare le valutazioni che sottendono le scelte di natura fiscale.

Ai fini della normativa italiana, peraltro, tale possibilità, come già accennato, è limitata alla segnalazione da inoltrare a Parlamento e Governo (art.21 e 22 della legge n.287/90). La legge stabilisce che tale facoltà debba limitarsi ai casi in cui la norma oggetto di segnalazione non sia giustificata da esigenze di carattere generale. In linea di principio tutti i provvedimenti di natura fiscale hanno finalità di

¹¹⁵Cfr. *The Macaroni Monopoly: The Developing Concept of Unrelated Business Income of Exempt Organizations*, 81 *Harvard Law Review*, 1280 (1968).

¹¹⁶In questi termini, L.GANDULLIA, *La regolamentazione fiscale degli "enti non-profit"*, in *Gli enti non profit. Aspetti tributari*, Padova, 1996, 41.

interesse generale. Pertanto, un eventuale intervento da parte dell'Autorità in risposta ad un provvedimento di carattere fiscale non può essere giustificato che dalla eccezionale distorsività della concorrenza e/o inutilità fiscale del provvedimento in esame.

La valutazione che dovrà farsi è dunque una valutazione in chiave di efficienza generale del provvedimento a fronte del sistema generale.

La analisi che segue sarà quindi condotta su due piani, in primo luogo attraverso un esame della correttezza dei comportamenti si valuterà se è astrattamente lesivo del diritto di un concorrente un provvedimento fiscale che tratta in modo diseguale soggetti che operano sullo stesso mercato, laddove ciò sia, occorrerà svolgere una valutazione in chiave di efficienza generale per misurare l'impatto anticoncorrenziale. In questa prospettiva, è necessario svolgere alcune valutazioni di valenza generale.

III. 3. Per una promozione dell'impresa sociale in Italia

L'elaborazione di una nozione di impresa sociale all'interno di un ordinamento giuridico muove dalla necessità di individuare nuove materie e nuovi soggetti di diritto agevolando un processo di emersione di risorse da destinare al mercato. In altri termini, la valutazione di fondo secondo cui le dinamiche mercantili della domanda e dell'offerta costituiscono strumento ottimale per l'allocazione delle risorse deve spingere, attraverso opportuni incentivi, a liberare risorse e organizzarle convenientemente per il confronto concorrenziale.

A tal fine, in un'ottica prospettica di medio-lungo periodo, da una parte, bisogna individuare incentivi all'emersione di nuovi mercati, mediante un sostegno alla domanda, dall'altra, incentivi alla partecipazione al mercato di nuovi soggetti.

Evidentemente occorre che tale processo avvenga nel rispetto delle regole della concorrenza, evitando quindi di attribuire a una categoria di soggetti particolari vantaggi competitivi. O meglio, bisogna che eventuali differenze nella disciplina delle condizioni di accesso o di competizione sul mercato siano controbilanciate da altre previsioni o che tali agevolazioni trovino una giustificazione in esigenze di efficienza generale del sistema. In questa chiave e prospettiva, la sopraccennata nascita di nuovi mercati o prodotti e l'emersione di nuovi soggetti potrebbe consentire nel breve-medio periodo un trattamento differenziato dei nuovi attori presenti sui nuovi mercati, intervenendo a tali fini sia sul lato della domanda che su quello dell'offerta.

III.3.1. Incentivi dal lato della domanda

La necessità di creare nuovi mercati e, dunque, di individuare nuovi prodotti e servizi per la soddisfazione dei bisogni del consumatore implica l'opportunità di intervenire sotto il profilo della domanda. Tale opportunità potrebbe esser soddisfatta mediante contributi (*vouchers*) da distribuire ai consumatori per l'acquisto di beni e prodotti la cui diffusione si intenderebbe far aumentare. In tal modo si giungerebbe, da una parte, a un aumento degli scambi e dei fatturati relativi ai singoli nuovi mercati, dall'altra, si attribuirebbe al consumatore la possibilità di scegliere l'impresa che ritiene possa fornirgli il servizio più efficiente, a prescindere dalle sue modalità organizzative o di finanziamento. In questa maniera, indubbiamente, si creerebbe l'opportunità per uno sviluppo del mercato rimesso alla razionalità dei consumatori che deciderebbero sulla base del loro apprezzamento sulla qualità delle prestazioni che ciascuna impresa dovrebbe erogare.

Tale approccio certamente non altererebbe le dinamiche concorrenziali. Al contrario, esso ricondurrebbe nel solco della logica di mercato le prestazioni dei soggetti NP, rimettendo alla razionalità del consumatore, qualsiasi scelta circa la qualità del servizio prestato o del bene offerto, a nulla rilevando la circostanza che l'impresa che eroga la prestazione medesima sia un'impresa sociale o un'impresa *for profit*.

III.3.2. Incentivi dal lato dell'offerta

La premessa necessità di spingere per l'emersione di nuove risorse che si possano confrontare sul mercato con strutture caratterizzate da un'organizzazione di tipo tradizionale conduce all'opportunità di elaborare strumenti che possano garantire lo *starting-up* di nuovi settori dell'economia.

In questa chiave e prospettiva e alla luce dell'opportunità di garantire un sempre crescente numero di soggetti che operano sul mercato, si potrebbero prevedere incentivi anche di ordine fiscale volti a permettere a nuovi soggetti di operare sul mercato.

In tale chiave l'esperienza delle asimmetrie regolamentative volte a disciplinare in modo differente i soggetti nei mercati in via d'apertura, distinguendo le regole di condotta a seconda che si tratti di soggetti che abbiano operato su quei medesimi mercati in regime di monopolio o con diritti speciali o esclusivi ovvero si tratti di soggetti che intendono entrare su questi specifici mercati, può essere particolarmente utile. In altri termini, in chiave di agevolazione dello *start-up* di un dato mercato in condizioni di concorrenza, potrebbe rientrare in una generale *policy* di promozione della concorrenza stessa, il permettere a nuovi soggetti, caratterizzati, per esempio, da particolari caratteristiche proprietarie, come quelle proprie dell'impresa sociale, di avere condizioni di favore, magari anche sotto il profilo fiscale per un dato periodo di tempo.

III. 4. Un modello di analisi economica

Alla luce di quanto precede e considerando sempre le preminenti esigenze di efficienza generale del sistema, può essere opportuno verificare, applicando un modello di analisi economica elaborato da Susan Rose-Ackerman¹¹⁷, in quali ipotesi possa esistere in astratto una distorsione della concorrenza.

Coloro i quali sostengono il vantaggio competitivo che la leva fiscale può arrecare al soggetto *non profit* muovono da due ordini di considerazioni di equità orizzontale:

I) vengono comparate imprese che operano all'interno della stessa industria e si asserisce che è sleale per il sistema fiscale favorire un concorrente rispetto all'altro;

II) vengono comparate imprese *for profit* in differenti mercati - quelli con e quelli senza imprese *tax-favored* -. In questo caso si asserisce che è sleale per alcune imprese competere con imprese *tax-favored*, quando le imprese *for profit* in altri mercati competono solo con imprese tassate.

In ordine al primo dei rilievi sollevati è da ritenere che il giudizio circa la correttezza nella politica fiscale sarebbe basato sulla comparazione dell'imposizione rispetto ad imprese concorrenti. Tuttavia, come abbiamo cercato di argomentare *supra*, la questione appare mal posta. Il termine di riferimento non può essere, infatti, la tassazione delle imprese concorrenti, bensì l'imposizione differenziata in relazione ai diversi fattori umani e all'individuazione di differenti assetti proprietari.

Il secondo dei profili sollevati merita una ben diversa attenzione potendo fornirsi direttrici per una risposta solo a seguito di un'indagine empirica. A tal fine sarà necessario analizzare alcune questioni fattuali:

- i) la struttura del mercato dell'industria in questione;
- ii) l'informazione per l'impresa disponibile prima che essa entri sul mercato;
- iii) i costi di uscita;
- iv) l'efficienza del mercato dei capitali.

L'impatto sulle varie forme di mercato

Le imprese *for profit* (FP) sostengono due ordini principali di argomentazioni al fine di ritenere fondata una particolare protezione nei confronti della concorrenza che proviene dalle organizzazioni *non profit* (NPO).

I] Le imprese FP sostengono che le NPO abbasseranno i prezzi al di sotto del livello che le imprese tassate potranno praticare.

In un mercato concorrenziale, dove le imprese non sono in grado di incidere sui prezzi di mercato, l'entrata delle NPO potrebbe abbassare i prezzi al di sotto del livello che le imprese tassate possono praticare, spostando la curva dell'offerta dell'intera industria. Le NPO possono voler entrare dentro un'industria anche quando le imprese FP marginali sono al punto di *break-even*. Se le imprese FP non possono uscire facilmente, l'offerta sarà rappresentata da una più ampia gamma di produttori, i ricavi di questi ultimi saranno più bassi di quanto non siano in un mercato senza NPO.

In un mercato oligopolistico, dove le singole imprese sono *price-maker*, i prezzi di equilibrio potrebbero essere più bassi quando uno degli operatori è esente da tasse, anche se nessuno fissa i prezzi al di sotto dei costi.

II] Le imprese FP sostengono che le NPO cresceranno più velocemente delle imprese FP e saranno meno vulnerabili al fallimento in quanto hanno la possibilità di accumulare guadagni più velocemente.

¹¹⁷S. ROSE-ACKERMAN, *Unfair Competition and Corporate Income Taxation*, 34 *Stanford Law Review* 1017-1039 (1982).

Tale assunto dovrà essere verificato soprattutto tenendo conto dell'efficienza del mercato dei capitali.

Concorrenza

A. Concorrenza anticipata da parte delle NPO

Se un mercato fosse perfettamente concorrenziale con facilità di entrata e di uscita e con completa informazione anticipata circa la possibilità di entrare sul mercato da parte di imprese che vi operano con forme di organizzazione differenziata (per esempio NPO), le preoccupazioni in relazione all'alterazione della concorrenza non sarebbero fondate.

In altre e più banali parole, se le *FP* avessero potuto prevedere la concorrenza delle *NPO* al tempo del loro ingresso in quel mercato, avrebbero tenuto conto di tale circostanza nella valutazione dei ricavi previsti e avrebbero preso le loro decisioni di investimento in funzione di ciò. Esse non avrebbero investito meno di quello che si aspettavano di lucrare rispetto al loro investimento alternativo.

Nel caso di completa e anticipata informazione circa le regole fiscali che gravano sugli operatori presenti sul mercato, non può ammettersi la fondatezza di nessuna preoccupazione di alterazione della concorrenza. Tale conclusione esula da qualsiasi valutazione circa la condotta delle NPO sul mercato.

B. Concorrenza non anticipata

Ricorre l'ipotesi della concorrenza non anticipata nel caso in cui un'impresa *FP* decide di entrare in un dato mercato, prevedendo, erroneamente, che tutti i concorrenti tanto al momento attuale, che in futuro, siano imprese *FP*. E' evidente che le decisioni di investimento muteranno nel momento in cui sul mercato di riferimento entreranno soggetti che hanno un trattamento fiscale diverso. Cosa succederà ai fini della nostra analisi?

Prospettiamo l'ipotesi che sul mercato entrino numerose *NPO* e che, a causa del loro favorevole trattamento fiscale e dei costi di uscita dal mercato stesso, le imprese *FP* lucrino ricavi lordi più bassi di quanto si aspettassero *ex ante*. Assumiamo, inoltre, che le *NPO* abbiano eccesso di contanti da investire e che il ritorno che possono ottenere prestando il loro danaro sul mercato dei titoli sia più basso del tasso di ritorno sugli interessi imprenditoriali attivi. Supponiamo da ultimo che l'attività imprenditiva *NP* è trascurabile rispetto al complesso dell'economia e che è tutta concentrata in un singolo mercato.

Le *NPO* continueranno ad entrare sul mercato, finché le *NPO* marginali sono indifferenti tra gli investimenti attivi e passivi. E' da immaginare che le imprese *FP* marginali, il cui *break-even point* sarà localizzato ad un livello superiore rispetto a quello delle *NPO*, vorranno lasciare il mercato, in quanto i loro margini saranno subcompetitivi e quindi inferiori ai costi marginali.

L'importanza di queste conclusioni dipende:

- i) dalla concentrazione degli investimenti *NP* in particolari mercati;
- ii) dal numero di imprese marginali *FP* in ogni mercato che guadagnano solo ritorni competitivi;
- iii) dall'assunto che le *NPO* hanno eccesso di contante disponibile per gli investimenti.

Vediamo di prendere in considerazione ipotesi in cui le tre variabili incidono diversamente.

i) Se le attività produttive delle *NPO* fossero ampiamente diffuse, vi sarebbe un piccolo impatto sui profitti in ogni settore dell'economia. Dato che le *NPO* operano solo in pochi settori dell'economia, ci si potrebbe aspettare che la loro presenza sia idonea a spingere giù i ritorni molto al di sotto degli ordinari tassi di rendimento competitivi, rispetto a quanto accadrebbe se gli investimenti fossero uniformemente spalmati su tutta l'economia.

ii) Se la maggior parte delle imprese *FP* sono più che profittabili marginalmente, poche imprese vorranno uscire dall'industria nella quale entrano le *NPO*, sebbene tutti guadagneranno qualcosa di meno di quanto facessero prima dell'entrata delle *NPO*.

iii) Le *NPO* potrebbero subire tassi di interesse per il prestito di capitale superiori a quelli delle imprese *FP*, in quanto le banche hanno difficoltà a monitorare la condotta delle *NPO*. I *managers* delle *NPO* devono poi decidere se usare una combinazione di donazioni e prestiti per svolgere i loro affari. Minore è la disponibilità di fondi interni ad una *NPO*, più alto il tasso di interesse ad essa praticato, minore sarà la possibilità di un'entrata attiva da parte di una *NPO*. In verità, se il costo del prestito è alto abbastanza, entrare può interessare solo se la *NPO* è più efficiente di quanto non siano le imprese *FP*.

marginali. Ma, in questo caso, se alcune imprese *FP* fossero eventualmente condotte fuori dal mercato vi sarebbe un netto guadagno di efficienza.

In funzione delle tre variabili indicate, dunque, sarà una questione empirica verificare quale sarà l'incidenza dell'entrata delle NPO senza che in ordine ad essa vi sia una completa informazione a favore delle imprese FP.

C. Oligopolio

Occorre, adesso, verificare quale può essere l'impatto dell'attività delle imprese esentate sui loro concorrenti tassati se un mercato è in situazione oligopolistica, piuttosto che concorrenziale.

1. Effetto dello *status NP* sulla produzione

In un mercato oligopolistico, lo *status* di impresa tassata può incidere sulle sue scelte marginali e un'impresa esente da tasse può avere una maggiore produzione e un significativo effetto sul prezzo di mercato che la differenzia da un'impresa *FP* tassata.

Per capire che cosa può accadere, occorre considerare un semplice modello di duopolio, nel quale un'impresa *FP*, A, si trova di fronte ad un singolo concorrente, B, che può essere o un'impresa *NP* esente da tasse o un'impresa *FP* tassata.

Qualunque sia il suo *status* fiscale, l'impresa B produce la quantità che massimizza il profitto attraverso l'equazione tra il ricavo marginale guadagnato attraverso un incremento della produzione (dopo le tasse per le imprese *FP*) con la somma degli incrementi marginali nei costi operativi e nei costi capitale nella stessa crescita della produzione (di nuovo, dopo le tasse per le imprese *FP*). Dunque, la produzione che massimizza il profitto dell'impresa B dipenderà dal suo *status* fiscale se la tassa riguarda le sue decisioni marginali.

Tanto più alcuni dei suoi costi di capitale marginali aumentano attraverso un aumento dei saggi sullo *stock* di capitale, quanto più all'impresa *FP* costa espandere la produzione rispetto a quanto costa ad una *NPO* comparabile.

Pertanto, al livello di produzione che massimizza i profitti netti per l'impresa *FP*, i ricavi marginali eccederanno i costi marginali per le *NPO*. Inoltre, tanto più il ricavo marginale diminuirà con le crescite nella produzione ed il margine operativo e i costi di capitale rimarranno costanti, quanto più la *NPO* sceglierà un livello maggiore di produzione rispetto ad un'impresa *FP* similmente situata.

2. Impatto sui concorrenti *FP*

Occorre chiedersi a questo punto in che modo, in un mercato in oligopolio, l'impresa *FP*, A, è influenzata dallo *status* organizzativo e tributario del suo concorrente *NP*, B. Supponiamo che le imprese si comportino come oligopolisti di Cournot, cioè che ognuna di esse massimizzi i propri profitti assumendo che la produzione del suo rivale rimane costante. Tracciamo allora le funzioni di reazione A et B che mostrano come le imprese A et B, rispettivamente risponderanno alle scelte di produzione delle altre imprese. Allora A mostra la produzione massimizzante il profitto scelto da A, data la sua opinione circa la scelta di produzione di B.

Da quanto precede emerge che A sta chiaramente peggio quando il suo concorrente è un'impresa *NP* esente.

3. Importanza del rischio di fallimento

Tranne il caso in cui le *NPO* siano molto ben sussidiate, esse devono finanziare la loro attività con il debito. Il rischio di fallimento può essere più basso per le imprese *FP* visto che esse possono essere finanziate anche da investimenti di *equity*. In altri termini, le imprese *FP* possono avere un accesso ai capitali più agevole. In funzione di ciò A, impresa *FP*, può dunque preferire di affrontare un concorrente *NP*.

Tuttavia, le imprese *FP* si lamentano che le *NPO* meno probabilmente sono soggetti al fallimento di quanto non siano le stesse imprese *FP*. Tale denuncia poggia sulla considerazione che le *NPO* non

devono redistribuire gli utili e sono esenti dalla tassazione sul reddito delle società e che dunque possono accumulare maggiori capitali di quanto non facciano le imprese *FP* tali da poter coprire le perdite degli anni successivi.

Tali considerazioni, però, possono essere facilmente confutate se si considera che le leggi tributarie rendono possibile il riporto della perdita di gestione agli esercizi successivi. In funzione di tale previsione, infatti, quando i profitti oscillano nel tempo dal positivo al negativo, un'impresa tassata è trattata quasi come un'impresa esente sui guadagni che sono bilanciati dalle perdite in altri anni.

Il più basso rischio di fallimento delle *NPO* è stato, dunque, sovraenfattizzato dalle imprese concorrenti *FP*. Il diritto tributario tratta, infatti, le due forme organizzative quanto agli effetti della tassazione in modo analogo.

In conclusione, un oligopolista FP preferirebbe competere con un altro FP se le NPO non hanno particolari difficoltà ad ottenere capitale e le leggi tributarie non permettono il riporto delle perdite ad altri esercizi. L'impresa FP preferirà, invece, un concorrente NP se le NPO hanno difficoltà a raccogliere capitali e, dunque, sono concorrenti piccoli ed inefficienti. Ancora una volta, la capacità dell'impresa NP di alterare il quadro competitivo si fonderà su elementi di fatto che occorre verificare in concreto, quali per esempio il funzionamento del mercato dei capitali o singole previsioni delle leggi tributarie.

IV) Conclusioni

Le considerazioni che precedono ci permettono di giungere ad alcune conclusioni in termini di tutela e promozione della concorrenza:

- a) le *NPO* si confrontano con le imprese *FP* sul mercato;
- b) alle *NPO* si applicano tanto nell'Unione Europea che negli Stati Uniti d'America, le disposizioni per la tutela della concorrenza volte a reprimere intese anticoncorrenziali, abusi di posizione dominante e operazioni di concentrazione allo stesso modo di quanto accada per le imprese *FP*;
- c) l'organizzazione e l'attività delle *NPO* può essere destinataria di una normativa specifica a condizione che soddisfi l'utilità sociale indicata dall'art.41 della Costituzione;
- d) l'elaborazione della nozione di impresa sociale implica la nascita di nuovi mercati e nuovi soggetti, destinando al mercato risorse che altrimenti rimarrebbero immobilizzate, promuovendo la concorrenza tra i nuovi soggetti;
- e) al fine di promuovere la nascita di nuovi mercati, occorre intervenire con incentivi dal lato della domanda, in termini di contributi ai consumatori per l'acquisto di determinati beni e servizi che possono essere spesi tanto nei confronti dei soggetti *FP*, che di quelli *NP*;
- f) analogamente, al fine di agevolare l'emersione di nuovi soggetti, sotto il profilo dell'offerta, si potrebbero prevedere incentivi anche di ordine fiscale volti a permettere a nuovi soggetti di operare sul mercato, che nella fase di *start-up* potrebbero essere giustificati anche in chiave di promozione della concorrenza;
- g) il modello di analisi economica di Susan Rose-Ackerman dimostra come tanto nel caso di concorrenza, che in quello di oligopolio, l'esistenza di tassazione differenziata a favore delle *NPO* produce particolari vantaggi competitivi solo in presenza di variabili fattuali difficilmente valutabili *a priori*, la cui individuazione è rimessa a un'analisi empirica.

Quanto discende dall'analisi così sintetizzata è, dunque, l'opportunità di modulare una disciplina degli enti *non profit* idonea a permettere loro di dedicarsi ad attività economica nell'ambito della logica di mercato. In questo *framework* concettuale, da una parte occorre prevedere che sia promosso il sorgere di nuovi soggetti che possano confrontarsi secondo logiche concorrenziali, dall'altra, che gli stessi soggetti trovino un opportuno limite alle loro condotte nelle norme poste a tutela della libertà di concorrenza sul mercato.

CAPITOLO V

Impresa sociale e statuto dell'impresa**Sommario.****Premessa**

1. L'attività degli enti giuridici: comunanza dell'attività e criterio funzionale
 2. L'ente non profit e l'attività d'impresa
 3. L'ente non profit imprenditore
 4. L'ente non profit holding
 5. Il fallimento dell'ente non profit insolvente
 - 5.1 Falliscono i membri illimitatamente responsabili di un ente non profit?
 6. L'ente non profit e l'attività d'impresa nell'ordinamento comunitario
- Conclusioni**

Premessa

La recente presa di coscienza che la finalità del profitto non conduce necessariamente all'efficienza economica, come risulta immediatamente dimostrato dal caso dell'impresa monopolistica, o dalla produzione di beni pubblici, permette di considerare quelle organizzazioni che perseguono finalità diverse dal lucro, da tempo presenti nel sistema economico, non più come semplici eccezioni volontaristiche alla legge dell'economia (c.d. fenomeni extraeconomici) ma come una risposta economicamente adeguata a specifiche esigenze, cui né lo Stato né il mercato sono in grado di dare una risposta efficiente.

Si afferma, così, la convinzione che nei moderni sistemi economici, basati sulla distribuzione di diverse categorie di beni, il metodo di produzione capitalistico non è sempre il più efficiente.

La teoria economica dà alcune spiegazioni convincenti della superiorità delle imprese *non profit* sulle imprese *profit* 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.

La differenza tra azienda *profit* e *non profit* non si basa più, pertanto, sulla natura dell'attività esercitata, ma piuttosto sulla natura dei fini perseguiti: ove prevalga l'attenzione a quelli di carattere economico, si potrà parlare di azienda *profit*; se invece a prevalere è la tensione al raggiungimento di obiettivi di carattere sociale, ci si trova di fronte ad un'azienda *non profit*.

Gli elementi, dunque, che sicuramente contraddistinguono e caratterizzano in maniera specifica le imprese c.d. sociali riguardano la carica ideale e motivazionale di coloro che danno vita all'iniziativa, con la capacità di simili organizzazioni di mobilitare risorse e attivare l'impegno di volontari, così come di farsi carico, sovente, dei problemi di persone svantaggiate che avrebbero grandi difficoltà a collocarsi nel mercato del lavoro.

Gli interrogativi principali che, sul piano giuridico, si pongono in seguito a suddetta modificazione del ruolo economico svolto dalle organizzazioni non lucrative attengono principalmente alla compatibilità tra la causa lucrativa che apparentemente sembra connotare la nozione tipica di imprenditore individuale o collettivo e la natura ideale degli scopi perseguibili dagli enti non di profitto.

Più precisamente, ci si chiede se lo scopo di lucro costituisca effettivamente uno degli elementi essenziali che concorrono a determinare la nozione tipica di imprenditore o non sia piuttosto sufficiente l'esercizio di un'attività secondo criteri di efficienza economica anche a prescindere dall'esistenza di un profitto.

Qualora si ritenga di dover optare a favore di quest'ultima impostazione sarà necessario, allora, verificare se lo statuto dell'imprenditore, e quindi lo statuto dell'imprenditore commerciale, trovi o meno applicazione alla struttura organizzativa della quale l'ente non profit si avvale, e più specificamente, se esso sia applicabile integralmente o solo parzialmente.

In altri termini, si tratta di chiedersi se nei confronti degli enti non profit debba trovare applicazione la disciplina generale in tema di impresa o sia necessario, piuttosto, prevedere un trattamento giuridico differenziato.

A tale proposito, anticipando quelle che saranno le conclusioni della presente trattazione, riteniamo di dover affermare che se l'utilità sociale rappresenta quella che appare la motivazione più fondata che può offrirsi dell'esistenza degli enti senza scopo di lucro ciò a maggior ragione non giustifica un trattamento giuridico più favorevole rispetto a quello riservato ad una attività produttiva esercitata da un ente lucrativo.

Come ha chiaramente scritto Zoppini: se tali organizzazioni non profit esistono dal momento che "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."

1 *L'attività degli enti giuridici: comunanza dell'attività e criterio funzionale*

Un lavoro che si propone di indagare sulle problematiche attinenti all'attività economica delle organizzazioni non profit richiede una preliminare, seppur sintetica, disamina del concetto di attività comune che può essere sinteticamente intesa come l'attività giuridicamente rilevante posta in essere da un ente giuridico.

Premesso che la comunanza dell'attività deve realizzarsi in sede di esecuzione o attuazione del rapporto associativo in senso lato, e non già in sede di formazione della fattispecie associativa, una parte della dottrina ritiene che l'attività sia comune quando siano "programmate in comune le operazioni sociali" [AULETTA, *Attività*, in *Enc. del dir.*, III, Milano, 1958, 981; DALMARTELLO, *La concezione unitaria della società attraverso i suoi aspetti di contratto atto complesso e di persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1933, 256; FERRI, *Delle società*, in *Comm. del cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, libro V, del lavoro, Bologna - Roma, 1968, 33. Si instaura, in questo modo, un legame necessario tra attività comune e organizzazione dell'attività, sicché la presenza dell'una implica quella dell'altra.

Un'altra parte della dottrina, al contrario, ritiene che tale accennata corrispondenza non possa essere riconosciuta, "perché un'organizzazione, come ordinamento della programmazione comune delle operazioni sociali, non è essenziale ad ogni manifestazione associativa fornita di rilievo reale; e perché viceversa un'organizzazione, sempre nel senso di previsione di figure di decisione comune, non solo può ricorrere, ma è talora essenziale a schemi negoziali non preordinati alla produzione di attività comune" [SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1974, 140].

A sostegno di questa seconda osservazione, si adduce la disciplina del contratto di consorzio per il coordinamento della produzione e degli scambi (art. 2602 c.c.) - alla cui identità funzionale sembra necessario un momento organizzativo - sottolineando come tale struttura non sia destinata alla programmazione in comune di un'attività, ma piuttosto alla produzione di regole che investono l'azione degli imprenditori partecipanti (*uti singuli*) al consorzio.

L'ultima dottrina richiamata, nel disconoscere rilevanza al momento organizzativo quale indice rivelatore di un'attività comune, rinviene il connotato peculiare delle figure associative nella possibilità di un'unitaria azione negoziale nell'interesse di più persone, nel senso che "i partecipanti compromettono l'esercizio dei loro diritti e doveri ad un'organizzazione [...] e si escludono da questo esercizio" [BURCKHARDT, *Die Organization der Rechtsgemeinschaft*, 295].

In altre parole, si avrebbe attività comune quando il "contratto realizza una figura unitaria di produzione giuridica nella cui azione sia consentito riconoscere il gruppo come produttore di diritto comune; ciò che sarebbe possibile attraverso l'utilizzo della tecnica della spendita del nome sociale"

[SPADA, *La tipicità delle società*, cit., 146]. Dalla considerazione che tutto ciò comporta una deroga al principio di imputazione di diritto comune, consistente nella coincidenza tra produttore dell'atto e destinatario delle relative conseguenze giuridiche, si fa discendere che tale deroga non può essere realizzata che in virtù di un precetto normativo. Scriveva Holder "Io posso nell'ambito della mia sfera giuridica privata costituire le più svariate figure organizzative quel che non posso fare è renderle rilevanti per i terzi".

Sono numerose le formazioni sociali che svolgono attività negoziali destinate ad incidere sulla sfera giuridica di soggetti terzi rispetto al rapporto contrattuale che le ha originate, con conseguente deroga al principio generale della relatività del contratto previsto dall'art. 1372 c.c.. La vicenda del sindacato e del contratto collettivo è esemplare sotto tale riguardo. Tale riportata incidenza dell'attività dei gruppi su sfere giuridiche "terze" rende necessaria l'esatta individuazione delle tipologie di attività consentite dall'ordinamento giuridico a ciascuna formazione sociale.

Per compiere siffatta individuazione si potrebbe ricorrere al concetto di funzione.

Posto, infatti, che l'attività giuridica può essere definita quale "insieme di atti di diritto privato coordinati e unificati sul piano funzionale dall'unicità dello scopo" [AULETTA, *Attività*, in *Enc. del dir.*, cit.] si potrebbe estendere all'attività dell'ente l'accezione tecnica di "funzione". Che il concetto di "funzione" sia connaturale alla sfera privatistica oltre che a quella pubblicistica emerge dallo stesso dettato letterale dell'art. 42 Cost., che attribuisce carattere funzionale perfino all'istituto privatistico più tradizionale, la proprietà. Il significato del termine funzione corrisponde a quello di "attività rivolta al raggiungimento di un risultato" e poiché nulla vieta di pensare lo scopo come un "risultato idealmente anticipato" [MENGONI, *L'oggetto della obbligazione*, in *Jus*, 1952, 156], è appunto lo scopo del gruppo ad unificare i vari atti che compongono l'attività comune.

Che tale processo di funzionalizzazione coinvolga l'attività e non i singoli atti, si coglie chiaramente nel caso dell'associazione altruistica, con riguardo alla quale gli effetti giuridici dei singoli atti saranno imputati all'associazione medesima, mentre il risultato dell'attività sarà imputato ai terzi. La qualificazione dell'attività comune come funzione permette di valutare le molteplici azioni che il gruppo, tramite le persone fisiche che agiscono per suo nome e per suo conto, compie in termini di congruenza o incongruenza rispetto al fine. Un'eventuale, accertata incongruenza provocherà conseguenze giuridiche che sono state designate come "vizi estrinseci dell'atto", per sottolineare che l'atto non è invalido, nel senso cioè di difforme dal modello legale, ma piuttosto privo della sua dimensione funzionale.

Il tradursi del vizio della funzione in un vizio dell'atto, se è indubbiamente la base concettuale, in ambito amministrativistico, della teoria dell'eccesso di potere [v. per tutti, M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, II, Milano, 1993, 319], è tuttavia fenomeno presente anche nell'alveo privatistico. Considerato infatti che l'art. 1711 c.c. prevede che "il mandatario non può eccedere i limiti fissati dal mandato. L'atto che esorbita dal mandato resta a carico del mandatario se il mandante non lo ratifica.", si constata come la mancata produzione di effetti dell'atto compiuto dal mandatario nella sfera giuridica del mandante non derivi da una condizione di invalidità dell'atto, ma piuttosto da una non ascrivibilità dell'atto medesimo all'attività funzionale del mandatario, richiesta dal contratto di mandato. In altre parole, il contratto di mandato traccia i confini e i limiti dell'attività del mandatario e dunque la funzionalizza [SPADA, *La tipicità delle società*, cit., 159]. Atteso che, a parere di una parte della dottrina civilistica [GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in *Comm. del cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, libro II, delle persone e della famiglia, Bologna - Roma, 1976, 61; ID., *Delle persone giuridiche*, in *Comm. del cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, libro II, delle persone e della famiglia, Bologna - Roma, 1969, 185], gli enti del primo libro del codice civile dovrebbero perseguire scopi di ordine ideale, potrebbe porsi il problema di individuare quali comportamenti e quali atti siano coerenti con questi scopi e quali eventualmente non lo siano. La natura funzionale dell'attività, cioè il suo essere volta verso la realizzazione di uno scopo, e il suo carattere di attività comune, che comporta una deroga all'operare del principio di imputazione di diritto comune, comporta che la sorte giuridica degli atti che esorbitano dalla funzione non sarà quella di essere invalidi, ma di essere inadeguati a produrre i propri effetti giuridici in capo al gruppo in quanto tale, con conseguente loro imputazione in capo alla persona fisica che ha posto in essere l'atto (in conformità al principio di diritto comune).

2 L'ente non profit e l'attività d'impresa

Si tratta a questo punto di individuare quali siano le tipologie di attività conformi alla funzione attribuita all'ente non profit dall'ordinamento giuridico.

Tale tematica è venuta assumendo connotati di particolare interesse a fronte della crescente diffusione del fenomeno, un tempo decisamente marginale, dello svolgimento di attività economiche di significativo rilievo ad opera di tali organizzazioni non lucrative.

L'attività d'impresa, che costituisce una specifica forma di attività economica, è definita dall'art. 2082 c.c. come "attività economica organizzata al fine della produzione e dello scambio di beni o servizi" [nel senso che tale norma, nel definire colui che è imprenditore finisca col dare una definizione dell'attività d'impresa v. OPPO, *Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano*, in *Diritto dell'impresa. Scritti giuridici*, I, Padova, 1992].

Nell'esame delle norme codicistiche ed extracodicistiche che disciplinano i vari aspetti dell'attività imprenditoriale emerge come all'esercizio di tale attività siano connesse molteplici deroghe alla disciplina di diritto comune [per una disamina delle problematiche attinenti al concetto di attività e in particolare dell'attività d'impresa v. ALCARO, *La categoria dell'attività: profili ricostruttivi (Atti ed attività. L'attività d'impresa)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 417]. Laddove si faccia riferimento alla disciplina prevista per i singoli atti secondo la loro identità tipologica si riscontra come la normativa generale sia a volte influenzata e derogata da regole specificamente dettate sul presupposto della loro inerenza all'esercizio di un'impresa; il che significa che l'attività d'impresa non si risolve nei singoli atti che la compongono ma è invece portatrice di una specifica valenza che si ripercuote sui singoli atti medesimi. Alcuni esempi di tale "influenza" dell'attività d'impresa si riscontrano in tema di formazione del contratto, con riguardo all'influenza della sopravvenuta morte o incapacità del proponente imprenditore (art. 1330 c.c.); delle pratiche interpretative (art. 1366 c.c.); nella consegna della cosa nel luogo in cui il venditore ha la sede dell'impresa (art. 1510 c.c.).

La presenza di una disciplina giuridica "speciale" che si applica a causa dell'inerenza di singoli atti giuridici all'esercizio di attività d'impresa, pone il problema di individuare specificamente il profilo soggettivo di tale attività e cioè quali soggetti giuridici possano porla in essere.

Mentre alle società commerciali è imposto, quale oggetto sociale, l'esercizio di un'attività economica (art. 2247 c.c.), con riguardo alle associazioni e alle fondazioni, l'art. 16 c.c. non prevede l'oggetto tra i requisiti essenziali dell'atto costitutivo. L'oggetto (e dunque l'attività) è qui individuato dallo scopo; gli organi della associazione o della fondazione possono intraprendere qualsiasi attività che sia di per sé idonea al raggiungimento dello scopo indicato nell'atto costitutivo.

Si pone, allora, un duplice ordine di problemi: in primo luogo, si tratta di verificare se, aderendo a quell'orientamento della dottrina civilistica che ritiene che gli enti del primo libro debbono perseguire scopi di carattere ideale [GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, cit., 61; ID., *Delle persone giuridiche*, cit., 185], un'associazione o una fondazione possano avere ad oggetto l'esercizio di attività economiche; e si tratta, in secondo luogo, di accertare se l'attività economica svolta da un ente non profit possa assumere caratteri che, a norma dell'art. 2082 c.c. valgano a qualificarla come attività d'impresa.

Si intende che ritenere eventualmente l'esercizio di attività economica eccedente la funzione dell'ente non di profitto non significa dover qualificare come invalidi gli atti, componenti l'attività, posti in essere dall'ente medesimo. Piuttosto, il problema è, da un lato, di qualificazione dell'atto costitutivo e, dall'altro di individuazione del criterio di imputazione concretamente operante. Nel nostro ordinamento giuridico, per ragioni già accennate, non sono ammessi enti giuridici atipici, con la conseguenza che ogni organizzazione giuridica presente nella realtà sociale deve essere necessariamente ricondotta a un determinato tipo legale. L'ordinamento nel tipizzare qualunque istituto giuridico non si limita ad individuarne gli elementi qualificanti ma va oltre, attribuendo ad esso una specifica funzione. Ne discende che l'atto costitutivo di un ente giuridico sorto come appartenente ad un determinato tipo legale, ma che pone in essere degli atti giuridici eccedenti la sua funzione tipica, dovrà necessariamente essere riqualficato così da ricondurre l'ente a quel determinato tipo legale la cui funzione è realizzata dagli atti concretamente posti in essere dall'ente medesimo. Gli effetti giuridici degli atti eccedenti la funzione tipica dell'ente non potranno essere imputati al gruppo in quanto tale ma ricadranno sulle persone fisiche che li hanno posti in essere. Ciò perché la deroga all'operare del principio di imputazione di diritto comune, in base al quale gli effetti giuridici dell'atto cadono sulla persona fisica che lo ha posto in essere, ha luogo esclusivamente rispetto a quegli atti che "rientrano" nella funzione che l'ordinamento giuridico ha attribuito a quel determinato ente.

La motivazione addotta, in dottrina e in giurisprudenza per sostenere l'inaammissibilità di un'associazione con oggetto economico è che l'unica forma di esercizio collettivo d'impresa prevista nel

nostro ordinamento è quella societaria [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]. Ne consegue, a parere di tale dottrina, l'inevitabile trasformazione di un ente non profit che svolga attività economica in società di fatto. Per giungere ad una tale conclusione si è sostenuto che l'elemento causale caratterizzante il contratto di società, espresso all'art. 2247 c.c., andrebbe ravvisato unicamente nell'esercizio comune di un'attività economica e non anche nello scopo di dividere gli utili conseguenti, scopo anch'esso previsto nella definizione codicistica del contratto di società [FALZEA, *Brevi note sui caratteri differenziali tra società e associazione*, cit., 992]. Quest'ultimo infatti, rivestirebbe il ruolo di "semplice motivo" poiché la divisione degli utili rappresenterebbe la ragione che determina le parti a "volere la costituzione dell'organismo sociale" e pertanto assumerebbe "giuridico valore" solo quando sia stato tradotto in "contenuto del negozio" dalle parti [FALZEA, *Brevi note sui caratteri differenziali tra società e associazione*, cit., 992]. Di conseguenza, avendo il legislatore riservato l'esercizio collettivo di attività economica esclusivamente alle società, non sarebbe ammissibile l'esercizio di attività d'impresa da parte degli enti del primo libro del codice civile. Tale tesi appare tuttavia in insanabile contrasto con il dettato letterale dell'art. 2247 c.c., dal quale emerge chiaramente che "la causa sociale è costituita, nella definizione legislativa, non dal semplice esercizio dell'impresa, o meglio dell'attività economica, ma da questo esercizio allo scopo di dividerne gli utili; il primo anzi in funzione strumentale rispetto al secondo" [OPPO, *L'essenza della società cooperativa e gli studi recenti*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, 385]. La dottrina dominante e la giurisprudenza sono favorevoli all'ammissibilità dell'esercizio di attività economica da parte degli enti non di profitto e ciò perché si individua nello scopo e non nell'attività il carattere distintivo tra enti economici e enti non economici [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; RESCIGNO, voce "Fondazione" in *Enc. dir.* XVII, Milano, 1968, 812; ZOPPINI, *Le fondazioni della tipicità alle tipologie*, Roma, 1992; FARENGA, *Esercizio di impresa commerciale da parte di enti privati diversi dalle società e fallimento*, *Dir. fall.*, 1981, I, 218; in *giurisprudenza*; Cass. 18 settembre 1993, n. 9589 in *Fallimento*, 1994, 151; App. Palermo, 7 aprile 1989 in *Giur. comm.* 1992, II, 61; Cass. 17 gennaio 1983 n. 341 in *Banca, Borsa, tit. cred.* II, 165; Cass. 9 novembre 1979 n. 5770 in *Foro it.*, 1980, I, 358; App. Firenze 14 maggio 1974, in *Dir. fall.* 1974, II, 1145; Trib. Savona, 18 gennaio 1982, in *Foro it.*, 1982, I, 832].

3 L'ente non profit imprenditore

L'attività d'impresa è una specifica forma di attività economica definita, nei testi legislativi, dall'art. 2082 c.c. secondo il quale "E' imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi". Si pone pertanto il problema se gli enti non profit possano, a causa dell'attività economica esercitata, assumere la qualità di imprenditore a norma del citato art. 2082 c.c. e, in tal modo, essere sottoposte a tutte le conseguenze giuridiche che l'ordinamento ricollega a tale qualità. L'esercizio di un'attività definibile come economica, pur se condizione necessaria, non è però condizione sufficiente ai fini dell'assunzione della qualità di imprenditore. Occorre, infatti, che l'attività economica sia esercitata professionalmente.

Secondo l'interpretazione più restrittiva, è professionalmente esercitata solo l'attività economica svolta a scopo di lucro [ASCARELLI, *Lezioni di diritto commerciale, introduzione*, Milano, 1955, 127; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1957, 321; FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1993, 52; in *giurisprudenza*: Cass. 9 dicembre, 1976, n. 4577, in *Giur. Comm.*, 1977, II, 628; Trib. Torino, 10 luglio 1975, in *Dir. eccl.*, 1979, II, 441]. Una tale ricostruzione della nozione d'impresa, anche se può apparire in insanabile contrasto con la natura ideale degli scopi perseguibili dagli enti del primo libro, non comporta però l'inconfigurabilità di un ente non profit imprenditore. E ciò perché tale contrasto è stato superato in dottrina distinguendo gli scopi ultimi dagli

scopi intermedi e precisando che solo i primi devono avere natura ideale [BIGIAMI, *La professionalità dell'imprenditore*, cit., 89]. Ciò significa che si avrà ente *non profit* e non società laddove venga statutariamente perseguito, mediante l'esercizio di attività economica (scopo intermedio), uno scopo di natura ideale (scopo ultimo). E' questa stessa dottrina che propone di considerare necessario, ai fini dell'attribuzione della qualità di imprenditore, non più l'effettivo perseguimento di uno scopo di lucro, ma il semplice esercizio di un'attività astrattamente lucrativa, cioè di un'attività che può procurare lucro, di guisa che tale astratto carattere lucrativo dell'attività è compatibile con il perseguimento in concreto di qualsiasi ordine di scopi.

Anche tale ricostruzione presenta, però, dei limiti, non risultando idonea a spiegare la natura imprenditoriale di tutte le attività legislativamente qualificate come attività d'impresa. E', soprattutto, a spiegare l'attribuzione agli enti pubblici economici (art. 2093, 2201 c.c.) della qualità di imprenditore.

Atteso che la nozione d'impresa ha la "caratteristica di essere nozione di diritto comune - o secondo altra terminologia un superconcetto, riferibile tanto al diritto civile come a quello amministrativo" [CASSESE, voce *Ente pubblico economico*, in *Noviss. Dig. It.*, 210ss] e che "gli enti pubblici non si propongono di regola, con la loro azione intenti speculativi bensì finalità di interesse sociale" [CASANOVA, *Impresa e Azienda*, Torino, 1974, 201] o, che è lo stesso, il perseguimento di scopi altruistici, si coglie come neanche il carattere dell'astratta lucratività dell'attività possa essere, alla luce del diritto positivo, ritenuto insito al concetto di professionalità. E' proprio la dottrina pubblicistica ad aver interpretato per prima il concetto di *professionalità* nel senso oggi quasi unanimemente accolto, anche presso la dottrina e la giurisprudenza civilistiche [GALGANO, *Le società per azioni in mano pubblica*, in *Politica del diritto*, 1972, 704; FLORIDIA, *L'economicità della gestione come principio di correttezza*, in *Quadrimestre*, 1989, 13; in giurisprudenza, Cass 22 maggio 1991, n. 5787, in *Foro It.*, 1992, I, 2205].

Scriveva Ottaviano che "lo svolgimento professionale di attività economica importa che chi la compie ritragga, almeno tendenzialmente, dalla cessione dei beni e dei servizi prodotti quanto occorre per compensare i fattori produttivi impiegati" [OTTAVIANO, voce *Ente pubblico*, in *Enc. del dir.*, 970]: non rileva dunque, l'astratta idoneità a procurare un lucro, ma l'obiettivo economicità, intesa come tendenziale e almeno programmato equilibrio tra costi e ricavi.

Il principio di economicità della gestione si applica non solo all'impresa privata ma anche all'impresa pubblica. La Corte di Cassazione ha più volte affermato che l'obbligo di attenersi a criteri di economicità riguarda ogni ente pubblico che gestisca attività commerciale [Cass 22 maggio 1991, n° 5787, in *Foro It.*, 1992, I, 2205 dove la S.C., decidendo in materia di concorrenza sleale, ha affermato che uno strumento per valutare la correttezza dell'ente pubblico nell'esercizio di attività d'impresa è quello dell'economicità della gestione, per mezzo della quale si può valutare il compimento di atti contrari alla norma contenuta nell'art. 2598 c.c.).

In dottrina, nell'interrogarsi sulle ragioni di tale obbligo, si è rilevato che il principio di economicità "ha il compito di dare attuazione al dettato costituzionale e, in particolare, di sviluppare le indicazioni espresse dall'art. 41, terzo comma, in armonia con i principi generali della Costituzione, dal principio di uguaglianza enunciato dall'art. 3 alla libertà di iniziativa economica privata riconosciuta dal primo comma dell'art. 41" [FLORIDIA, *L'economicità della gestione come principio di correttezza*, cit., 13]. Si è altresì osservato che "i criteri di economicità sono imposti (agli enti pubblici) dal rispetto delle leggi di mercato. Non un'esigenza interna all'ente pubblico, dunque, ma un'esigenza esterna ad esso e propria del mercato o, se si preferisce, del sistema economico all'interno del quale l'ente pubblico è destinato ad operare: un'esigenza di salvaguardia delle leggi proprie di questo sistema; un'esigenza riferibile, perciò, alla classe imprenditoriale privata: l'esigenza che l'intervento pubblico, per quanto destinato a ridurre gli spazi della produzione privata, non modificherà il modo di produzione, il quale resterà, pur sempre, anche se applicato da pubblici operatori, il modo di produzione capitalistico[.....] tendere alla remunerazione dei fattori produttivi significa osservare la suprema legge dell'economia capitalistica, quella della riproduzione del capitale" [GALGANO, *Le società per azioni in mano pubblica*, cit., 704].

Alle stesse esigenze di salvaguardia e di mantenimento del modo di produzione capitalistico risponde l'applicazione dell'obbligo di economicità della gestione a operatori economici che compongono l'ampio settore *non profit*.

In tal modo, sarà qualificabile come impresa ogni organizzazione non lucrativa che eserciti attività economica, purché non si atteggi a semplice azienda di erogazione. Anche in quest'ultima ipotesi,

comunque, vi è chi ritiene che possa ravvisarsi un'impresa c.d. per conto proprio qualora non sia esclusa l'economicità della gestione o comunque la potenziale remunerazione dei fattori produttivi.

In questi termini si è pronunciata la stessa Corte di Cassazione in un caso relativo all'attribuzione della qualifica di imprenditore ad un istituto religioso (Piccolo cottolengo di Don Orione) che svolgeva attività di assistenza ai bisognosi, ai fini dell'assoggettabilità dell'ente allo statuto dei lavoratori [Cass. 9 febbraio 1989, n. 819, in *Riv. It. dir. lav.*, 1989, 519 con nota di Poso].

Il ricorrere di tali presupposti comporterà l'applicabilità di tutte quelle norme di diritto positivo collegate all'esercizio di un'impresa senza ulteriore specificazione.

Una volta acquisita la piena ammissibilità all'interno del nostro ordinamento degli enti non lucrativi - imprenditori è opportuno rilevare che, in concreto, l'attività economica può assumere rispetto all'oggetto sociale dell'ente una posizione strumentale sia realizzare direttamente gli scopi dell'organizzazione non profit.

Quest'ultimo è il caso, oramai di scuola, della fondazione che, al fine di diffondere la cultura musicale, esaurisce la propria attività sociale nella gestione di un teatro che organizza imprenditorialmente attività concertistiche.

Tale tematica del coordinamento tra l'oggetto sociale e l'esercizio di attività economica è stata oggetto di attenzione anche da parte degli economisti i quali riconoscono "un diverso valore all'area dell'imprenditorialità che si sovrappone all'attività specificamente riferibile allo scopo, in raffronto a quella che invece è ad essa indifferente e in cui la strumentalità si realizza per il fatto del reimpiego degli utili. Nel primo caso si scorge una garanzia di efficienza, perché il venir meno della domanda sociale si riflette immediatamente sulla conseguibilità dello scopo e poi sull'esistenza dell'ente. Nell'altra si ha invece un finanziamento incrociato (cross subsidiation) che trasferisce un reddito efficientemente prodotto in favore di un'attività non remunerativa o comunque non remunerata; e in quest'ultima ipotesi si scorge il rischio dell'inefficienza allocativa, perché ciò consente la sopravvivenza anche di enti che servono scopi obsoleti o che non soddisfano più una domanda socialmente apprezzabile." [ZOPPINI, *Le Fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995, 170]

Non è sufficiente, invece, la qualificazione dell'ente non di profitto come imprenditore, ma è necessario qualificarlo come imprenditore *commerciale*, per ritenerlo soggetto all'obbligo di tenuta delle scritture contabili, e per assoggettarlo alle procedure concorsuali in caso di insolvenza. A tale proposito, in dottrina e in giurisprudenza vi è chi ritiene che perché un ente non profit sia qualificabile come imprenditore commerciale, non basti che l'attività imprenditoriale da esso svolta risulti riconducibile all'elenco di cui all'art. 2195 c.c. ma occorra, altresì, che detta attività si ponga, di fatto, come oggetto esclusivo o principale dell'ente [GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, cit., 103; in giurisprudenza, Cass. 9 novembre, 1979, n. 5770, in *Foro It.*, 1980, I, 358].

Ciò discenderebbe dall'applicazione analogica dell'art. 2201 c.c. in tema di esonero degli enti pubblici dall'obbligo di iscrizione nel registro delle imprese, il quale, ben al di là del suo contenuto testuale, esprimerebbe un principio (consistente nell'inapplicabilità dello statuto dell'imprenditore commerciale) valevole per ogni imprenditore collettivo non societario.

Suddetta tesi è però respinta dalla dottrina prevalente [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].

Si osserva che il disposto dell'art. 2201 c.c. non esprime un principio generale, ma si presenta come una norma di carattere eccezionale, la cui *ratio* si rinviene nell'opportunità di esentare dall'obbligo di registrazione quegli enti pubblici che esercitano attività commerciale in modo marginale, risultando già essi sottoposti a controlli e a forme pubblicitarie di carattere amministrativo. Tale *ratio* non ricorrerebbe nel caso di un ente *non profit* rispetto al quale, al contrario, emerge l'esigenza di tutela dei terzi che con esso vengono in contatto. Si aggiunge poi che, pur volendo ammettere l'applicabilità in via analogica dell'art. 2201 c.c. agli enti del primo libro del codice civile, non sarebbe corretto farne discendere la completa inapplicabilità dell'intero statuto dell'imprenditore commerciale.

D'altra parte la sottrazione della maggior parte degli enti non profit dall'applicazione della disciplina commerciale finirebbe con il garantire ad essi un regime di immunità nel campo dell'iniziativa economica incoerente con le principali esigenze di efficienza economica del settore.

4 L'ente non profit holding

Le considerazioni sinora svolte e le conclusioni in base ad esse raggiunte si fondono sul presupposto che l'attività d'impresa venga direttamente esercitata dall'ente non profit. Nella pratica, tuttavia, frequentemente avviene che gli enti *non profit*, soprattutto al fine di tenere distinta la gestione dell'attività economica da quella afferente alle altre attività non economiche dell'ente, anziché esercitare in proprio attività d'impresa si avvalgano di specifiche società *a latere*, le cui azioni sono detenute, in tutto o in parte, dall'organizzazione non lucrativa medesima. Si tratta allora di verificare se l'ente non profit holding assuma o meno la qualità di imprenditore commerciale.

Risposta negativa a tale interrogativo viene data da una parte della dottrina sulla base della considerazione che requisito indispensabile per l'imputazione dell'attività d'impresa sia la spendita del nome [FERRARA JR. e CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1992, 45ss.; PROVINCIALI e RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1988, 65; RESCIGNO, voce *Fondazione*(diritto civile), cit].

Ne consegue che, essendo l'attività economica esercitata dalla società *a latere* in nome proprio, solo a quest'ultima sarebbe applicabile lo statuto dell'imprenditore commerciale.

Nel panorama giurisprudenziale un leading case di tale indirizzo interpretativo è rappresentato dal c.d. caso "Fondazione Pitagora".

Si trattava di un'associazione non riconosciuta (impropriamente definita fondazione) che si avvaleva per il conseguimento dei suoi scopi di un istituto di istruzione, s.r.l. Pitagora, dichiarato fallito.

La Suprema Corte chiamata a pronunciarsi su tale fattispecie ha affermato che: "per vero perché un soggetto possa acquistare lo status di imprenditore commerciale, occorre che l'attività oggettivamente economico commerciale sia a lui direttamente imputabile, e, a tal fine non è sufficiente la connessione anche se stretta o il collegamento con altro soggetto effettivamente imprenditore, ovvero, l'utilizzazione dell'attività formalmente imputabile a questo soggetto per il conseguimento dei propri scopi, quando questa utilizzazione non si realizza attraverso un'attività intrinsecamente imprenditoriale.

Pertanto un'associazione non diventa imprenditore commerciale ove, per raggiungere i propri scopi altruistici, si limiti ad utilizzare i proventi dell'attività imprenditoriale di un soggetto soggettivamente distinto, anche se collegato o collaterale; perché ciò avvenga, invece, occorre che ai fini dell'utilizzazione svolga in via esclusiva o prevalente, un'attività oggettivamente imprenditoriale, e ad essa imputabile anche formalmente" [Cass. 18 settembre 1993, n. 9589 in *Foro It.*, 1993, I, 3503 con nota di Patané]. In dottrina, vi è però chi critica tale impostazione, ritenendo che essa, sostanzialmente, disconosca la rilevanza giuridica dell'unità del gruppo riconosciuta invece sia dal legislatore del '42, che dettò norme sui controlli azionari nella piena consapevolezza del fenomeno dei gruppi, sia soprattutto dalla miniriforma della disciplina delle società per azioni del 1974 (l. del 1974 n. 216). Quest'ultima legge introduceva il concetto di gruppo, con la previsione, per le società quotate in borsa e su prescrizione della CONSOB, dei bilanci consolidati di gruppo (art. 3 lett. a).

La risposta affermativa al quesito se l'ente holding sia o meno qualificabile come imprenditore commerciale è basata in dottrina e in giurisprudenza su due diverse impostazioni.

Secondo una prima impostazione "l'ente holding costituisce di per sé un'impresa commerciale risolvendosi nella produzione di servizi [...] riconducibili nella categoria delle imprese ausiliarie ex art. 2195c.c. n. 5, nella quale, in correlazione con la definizione data dall'art. 2082c.c., sono comprese tutte quelle operazioni non industriali e non intermedie che, in quanto suscettibili di organizzazione in modo autonomo come impresa siano dirette obiettivamente ad agevolare l'esercizio delle attività principali nella loro tipica funzionalità" [Trib. Roma, 3 luglio 1982, in *Foro It.*, 1982, I, 1913].

In tal modo l'ente holding viene considerato un'impresa satellite che esercita un'attività ausiliaria, ai sensi dell'art. 2195 n. 5 c.c. [LIBONATI, *Holding e investment trust*, Milano, 1959, 73].

Una seconda impostazione ritiene che l'art. 2082c.c. debba essere letto tenendo conto del fatto che l'attività economica può essere esercitata oltre che in modo immediato e diretto anche nei modi mediati e indiretti che sono propri dell'ente holding [GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 1994, 50ss.]. Si aggiunge che la stessa Corte di Cassazione ha ritenuto che la società del gruppo che agisce nell'interesse di una società del medesimo gruppo realizza un proprio interesse sia pure mediato e indiretto [Cass. 14 settembre 1976, n. 3150 in *Riv. dir. comm.*, 1978, II, 220, con nota di Ferri, in cui la S.C. ha ritenuto legittima, perché atto gratuito "preordinato ad un interesse economico mediato e indiretto della società" la fideiussione prestata da una società per debiti di altra società del medesimo gruppo].

Si sostiene, inoltre, che questo modo indiretto e mediato di realizzare l'interesse sociale altro non è, a ben guardare, se non un modo di attuare l'oggetto sociale. A norma dell'art. 2361 c.c., in tema di società per azioni, "l'assunzione di partecipazioni in altre imprese, anche se previsto genericamente nell'atto costitutivo, non è consentita, se per la misura e per l'oggetto della partecipazione ne risulta sostanzialmente modificato l'oggetto sociale determinato dall'atto costitutivo". Il che significa che una data attività di produzione o di scambio può essere dedotta quale oggetto sociale secondo una duplice modalità: come oggetto immediato (società operante) e inoltre, come oggetto solo mediato (società *holding*) [GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., 52]. Quest'ultima prospettiva è stata adottata dalla Corte di Appello di Palermo con riferimento allo stesso caso "Pitagora" sopra citato.

In tale pronuncia i giudici di merito hanno riconosciuto l'importanza fondamentale dello stretto collegamento tra l'associazione Pitagora e la s.r.l. con lo stesso nome: "non sempre il fenomeno (consistente nell'esercizio di un'impresa da parte di un ente morale) si manifesta nei termini di una strumentale attività lucrativa <<direttamente>> esercitata dall'associazione: spesso l'impresa fa capo ad un ente soggettivamente distinto dall'associazione e costituito in forma di società, della quale l'associazione o fiduciari di essa sono soci. Nei casi ora descritti l'attività economica svolta dall'associazione si pone in rapporto soltanto <<indirettamente>> con i fini da questa perseguiti: essa presenta caratteri di <<strumentalità>> rispetto allo svolgimento di un'attività ulteriore che, sola, realizza gli scopi dell'associazione." [App Palermo, 7 aprile 1989 in *Giur. Comm.*, 1992, II, 61 con nota di Perrino]

Una posizione intermedia tra questi due orientamenti interpretativi riportati è stata assunta in dottrina da un Autore il quale sostiene che "la qualità di imprenditore deve essere negata quando l'associazione si limiti ad una gestione puramente conservativa dei pacchetti azionari di controllo; si limiti cioè ad esercitare i relativi diritti amministrativi e patrimoniali nelle singole società, senza ingerirsi nelle scelte operative di competenza dell'organo amministrativo.

Deve invece essere riconosciuta quando in fatto risulta che, in modo sistematico e con metodo economico, l'associazione indirizza, coordina ed eventualmente finanzia, secondo una direzione unitaria, l'attività delle società partecipate." [CAMPOBASSO, *Associazioni e attività d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, II, 589]

5 Il fallimento dell'ente non profit insolvente

Ammissa la possibilità che l'ente *non profit* acquisti la qualità di imprenditore commerciale, relativamente agevole è la risposta in senso affermativo al quesito concernente l'assoggettabilità a fallimento dell'ente che sia venuto a trovarsi in stato di insolvenza. Non può, infatti, trarsi argomento contrario dalla circostanza che non è presente nel nostro ordinamento giuridico una norma che specificamente preveda e disciplini il fallimento degli enti giuridici diversi dalle società. Non sarebbe corretto, sostenere che l'art. 1 della legge fallimentare ai sensi del quale "Sono soggetti alle disposizioni sul fallimento, sul concordato preventivo e sull'amministrazione controllata gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale esclusi gli enti pubblici e i piccoli imprenditori" abbia esclusivo riguardo agli imprenditori individuali, rimanendo il fallimento degli imprenditori collettivi disciplinato dalle disposizioni degli artt. 146 e ss. legge fallimentare, concernenti le sole società. Una tale lettura risulterebbe immediatamente smentita dallo stesso contenuto letterale dell'art. 1 legge fallimentare, il quale, escludendo al primo comma, l'assoggettabilità a fallimento degli enti pubblici, lascia intendere come la nozione di "imprenditore che esercita un'attività commerciale" abbracci, in realtà, ogni forma individuale o collettiva di esercizio d'impresa commerciale. Né potrebbe con fondamento sostenersi che agli enti *non profit* debbano analogicamente applicarsi l'art. 2221 c.c. e l'art. 1 legge fallimentare, che prevedono l'esclusione da tale procedura concorsuale per gli enti pubblici, immediata essendo l'obiezione che tale trattamento rintraccia le proprie motivazioni negli interessi generali connessi all'attività degli enti pubblici e nell'esistenza di particolari rimedi di natura pubblicistica per il caso di loro insolvenza; di guisa che l'estensione di tale regime di favore alle organizzazioni non lucrative si risolverebbe in un ingiustificato privilegio.

Resta ferma, in ogni modo, la necessità di verificare che l'attività commerciale esercitata dall'ente *non profit* superi i limiti dimensionali della piccola impresa, non risultando applicabile agli enti in questione l'art. 1 secondo comma legge fallimentare lì dove nega che sia attribuibile alle società commerciali la qualità di piccolo imprenditore.

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.* 1957, 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 [BIGIARI, *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 rinvengono 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./I.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 L 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'inesistibilità 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

BIGIARI, *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, 1, 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

PAGINA BIANCA

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 lucrativi 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 fundation, 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"

[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 i connessi doveri in capo agli amministratori rinvia 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 alle 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 attengono 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 inidonei 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'adeguata 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 delle 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 vantano 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 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

PAGINA BIANCA

PARTE QUINTA

La tutela degli *stakeholders*

PAGINA BIANCA

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, si 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].

E 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, vieppiù appesantite nei tempi e nelle modalità di erogazione: ben diversa è invece l'immezzabile 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

scontrarsi con il rischio di un elevato tasso di litigiosità, solo in parte mitigato dai correttivi suggeriti (la titolarità di un interesse differenziato dal *quavis de populo* per l'accesso alle informazioni di secondo livello).

Più opportuna pare quindi la configurazione di tale diritto all'informazione nelle forme di una *richiesta* alla costituenda *Authority*, che potrebbe così mediare tra le pressioni del pubblico dei beneficiari (o, comunque, degli interessati) e la necessità di evitare un'ingerenza troppo invasiva negli affari dell'ente, che inevitabilmente può limitarne l'efficienza e rallentare l'operato.

Condivisibile è invece l'esigenza, prospettata in relazione alla formazione di un codice di autodisciplina, di un *organo indipendente*, dotato di poteri (anche sanzionatori) tali da assicurare il rispetto delle regole in modo più adeguato di quanto non possa l'apparato rimediale tradizionale attraverso la minaccia di sanzioni civilistiche (risarcitorie e/o restitutorie) o, eventualmente, mediante l'intervento dell'autorità di vigilanza. In particolare, si potrebbero avere:

a) una tutela da *invalidazione*, da limitare ai casi di violazioni più gravi;

b) delle sanzioni *reputazionali* (richiamo, censura, sospensione dalla carica) previste dal codice di autoregolamentazione per gli amministratori che abbiano violato le relazioni fiduciarie dell'ente, quale *complemento* (e non, si badi, alternativa) dell'*eteroregolamentazione* rappresentata dal controllo pubblico.

La relazione tra l'autodisciplina e il controllo esterno, anche per la diversità delle esigenze dalle quali scaturiscono, non va quindi posta in termini di competizione, ma di *integrazione* tra una pluralità di sistemi regolamentari e sanzionatori, ove le sanzioni irrogate possono assolvere a funzioni diverse (ed essere anche cumulabili): il codice etico, infatti, configurandosi quale disciplina che comunque proviene da una categoria di soggetti interessati, sebbene mossi dall'esigenza di creare per sé e per l'intera categoria una reputazione e un'affidabilità significativa, non può candidarsi a coprire "l'intero spazio della regolamentazione amministrativa e del controllo pubblico, finalizzato essenzialmente alla tutela degli interessi generali ed in particolare di quelli dei potenziali beneficiari" [F. CAFAGGI, *op. cit.*].

Ove, però, si riuscisse a raccogliere un elevato numero di adesioni attorno a un codice etico che disciplini sia i rapporti interni all'organizzazione che le relazioni tra ente e terzi, si potrebbero individuare sistemi di composizione delle liti alternativi alla tutela giurisdizionale o a quella amministrativa, magari attraverso la previsione, anche *all'interno* degli statuti, del ricorso a procedimenti di carattere *arbitrale*.

L'articolazione dei controlli non può infatti prescindere dall'adozione di regole di organizzazione funzionali (non solo a una corretta ripartizione delle competenze tra gli organi, ma anche) alla tutela dei beneficiari: la definizione di un modello di *governance* allargato alle relazioni dell'ente con i terzi appare quindi essenziale alla formulazione di un sistema efficace di responsabilità per le deviazioni dagli scopi istituzionali.

3. Forme di controllo esterne all'impresa sociale: il potere di azione dei beneficiari.

3.1. Il modello americano.

Il problema della possibilità, da parte dei beneficiari, di esperire un'azione nei confronti del *management* dell'ente non lucrativo è stato variamente affrontato (e risolto) dalla giurisprudenza americana, che tuttavia, applicando in via analogica la disciplina dei *charitable trusts* ad ogni categoria di ente *non profit*, ha tradizionalmente ammesso la legittimazione della sola *pubblica accusa* in caso di inadempimento dei doveri fiduciari da parte degli amministratori.

Tale linea giurisprudenziale, che negava ingresso alle pretese degli obblatori e dei beneficiari degli enti (in ciò supportata dalla dottrina prevalente, che sottolineava i rischi impliciti in una estensione della legittimazione) è stata tuttavia superata, almeno per quanto riguarda i secondi [si pensi già a *San Diego County Council, B.S.A. v. City of Escondido*, in 92 *Cal. Rep.*, 186 (1971), ove si riconosce al Council of Boy Scouts legittimazione ad agire nell'interesse dei propri soci per l'adempimento del vincolo imposto ad un fondo, che si voleva destinato ai membri dell'associazione, o *Jones v. Grant*, in 344 *South. Rep.*, 1210 (Ala. Sup. Ct. 1977), in cui si afferma che i "beneficiaries with a sufficient special interest in the enforcement of a charitable trust can institute a suit to that trust", nonché *Stern v. Lucy Webb Hayes Natl Training School for Deaconesses and Missionaries*, 367 *F. Supp.* 536 (D.D.C. 1973), ove un gruppo di pazienti aveva citato in giudizio (risultando poi vittorioso) gli amministratori di un ospedale *non profit* per cattiva gestione].

Alle limitate aperture delle Corti, progressivamente estese, fa poi riscontro un atteggiamento nettamente favorevole della migliore dottrina [H. HANSMANN, *Reforming Nonprofit Corporation Law*, in *Un. Penn. L. Rev.*, 497 (1981)], che nel giustificare la necessità di una legittimazione dei *patrons* sulla base di una motivazione di carattere *contrattualistico* (gli oblatori sarebbero legati agli amministratori dell'ente da una sorta di contratto implicito, secondo il quale essi assicurano all'organizzazione fondi e ai gestori un ragionevole compenso per l'attività svolta, mentre gli amministratori si impegnano a destinare i fondi allo scopo: sarebbe quindi l'inadempimento di quest'ultima obbligazione a giustificare l'azione), ricorda che nessun inconveniente lamentato dagli autori contrari a una tale soluzione (eccessiva proliferazione delle liti, indebite ingerenze nell'amministrazione degli enti, pretese infondate, etc.) si è verificato negli Stati (come, ad es., il Wisconsin fino al 1969) ove la legislazione offriva spazio al controllo giudiziale su iniziativa dei *patrons*.

Resta comunque il problema di una possibile esplosione di domande giudiziali, e non sempre i correttivi di carattere processuale suggeriti negli U.S.A. per scoraggiarla appaiono facilmente esportabili nel nostro sistema [è il caso, ad esempio, della proposta di imporre cauzioni in caso di domande infondate in sede di *preliminary hearing*: sono state però ipotizzate anche altre forme di limitazione, quali la necessità che il destinatario del risarcimento sia lente de quo e non l'attore, ovvero il divieto di transazioni che attribuiscono a chi agisce (o minaccia di) agire in giudizio un risarcimento superiore alle spese sostenute. Altri rimedi sono poi suggeriti da KARST, *The Efficiency of the Charitable Dollar: An Unfulfilled State Responsibility*, 73 *Harv. L. Rev.*, 433 (1960)].

Nell'ottica appena accennata, ove l'ente *non profit* (segnatamente, le *donative non profit organizations*) è visto quale sorta di intermediario tra oblatori e beneficiari, il rispetto del *non distribution constraint* è posto a presidio degli interessi dei *patrons* più che degli assistiti, i quali comunque traggono (come è ovvio) vantaggio dalla mancata distrazione dei fondi e talora sono in una posizione migliore rispetto ai primi per giudicare il corretto svolgimento dell'attività.

Netta è comunque la preferenza degli studiosi americani per un controllo esercitato dai *patrons* dell'ente, come è evidente:

1) nelle tesi che individuano nell'affermazione del terzo settore una forma di soluzione a un problema di *agency*, accostando la situazione degli oblatori a quella del mandante (*principal*) che non è in grado di esercitare un controllo efficace sull'attività del mandatario (*agent*), si da vedersi costretto ad incanalare il rapporto in una rete di obblighi contrattuali [definita *governance structure* da O. WILLIAMSON, *Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations*, 22 *Journ. of L. and Economics*, 233 (1979)] al fine di ridurre gli incentivi a comportamenti opportunistici dell'*agent*;

2) con forza ancor maggiore, in quelle teorie [v. per tutti H. HANSMANN, *Economic Theories of Nonprofit Organization*, in W. POWELL (a cura di), *The Nonprofit Sector: A Research Handbook*, New Haven, 1986] che assimilano il rapporto tra *patrons* e *donative non profit organizations* a quello esistente tra azionisti e *management* di una *public company*. Chi acquista, infatti, un pacchetto azionario di una grande società quotata, così come chi dona una somma a un'organizzazione non lucrativa, non solo è impossibilitato a verificare direttamente l'utilizzazione dei fondi da parte degli amministratori, ma soprattutto non è in grado di accertare l'uso che venga fatto del suo marginale contributo, poiché l'ammontare versato, unitamente al restante patrimonio dell'ente, è messo a disposizione degli amministratori, la cui discrezionalità è vincolata solo dalla necessità del perseguimento dell'utile e dal limite (prefissato) al compenso per l'attività svolta: negli enti *non profit* il primo vincolo è sostituito dalla destinazione dei fondi allo scopo, ma le larghe maglie degli statuti, relativamente all'oggetto dell'attività sociale da un lato e agli scopi di beneficenza dall'altro, fanno sì che il *reale* limite alla gestione sia rappresentato, in entrambi i casi, dal *non distribution constraint*, ovvero dal divieto posto agli amministratori di appropriarsi degli introiti dell'ente (al di là dei compensi loro dovuti).

La vera differenza starebbe, quindi, nei beneficiari di tale limite invalicabile, ovvero:

- i) gli azionisti nel caso delle *public companies*;
- ii) i *patrons* negli enti senza fini di lucro.

Mancando però per questi quella forma indiretta di controllo rappresentato dalla contendibilità sul mercato delle posizioni di dominio, ovvero dalla possibilità di scalate ostili al *management* in carica da parte di terzi, che possono far leva sul malcontento di azionisti insoddisfatti da gestioni inefficienti (pronti ad accettare l'offerta di acquisto e quindi ad aprire la strada a nuove gestioni, potenzialmente più efficienti), si rende ancor più necessaria la possibilità per gli oblatori di verificare il rispetto del *non distribution constraint* attraverso forme di tutela giurisdizionale (almeno nel caso dei *donative nonprofit*,

poiché nei *mutual nonprofit* comunque il diritto di voto già fornisce una qualche forma di garanzia delle aspettative dei *patrons*).

3) Ulteriore giustificazione è fornita dalla ricostruzione in termini economici del modello *principal/agent*, applicato al *non profit* come risposta a situazioni di *contract failure*. Secondo questa visione [v. D. EASLEY e M. O'HARA, *The Economic Role of the Nonprofit Firm*, in 14 *Bell J. of Econ.*, 531 (1983)] nei casi di *contract failure* l'amministratore dell'impresa sociale (*l'agent*) ha una esclusiva conoscenza del livello di prodotto, della funzione dei costi e del livello d'impegno del *management*, mentre il cliente (cui, nella già esaminata ottica contrattualistica, è assimilato l'oblatore degli enti non lucrativi) può soltanto verificare che l'amministratore abbia speso un livello minimo d'impegno: poiché un'impresa *for profit* si pone nei confronti del cliente in termini di prezzo e prodotto, essa in tal caso non produrrà un *output* apprezzabile, dal momento che l'impossibilità di verifica da parte del cliente favorisce condotte opportunistiche dei gestori, che tenderanno, operando con il minimo sforzo, a impossessarsi del ricavato dell'attività senza coprire con esso i costi di produzione (giungendo così a risultati assolutamente inefficienti).

Un'impresa *non profit* nella medesima condizione è in grado invece di conseguire apprezzabili livelli di *output*, perché strutturata in modo tale da specificare il corrispettivo dell'attività degli amministratori e la destinazione degli utili, in via primaria, alla copertura degli altri costi di produzione: qualora l'attività del *management* si svolga a livelli di impegno di (almeno) media diligenza l'ente non lucrativo si mostrerà comparativamente più efficiente, ove però (è questo il punto nodale) il cliente, ovvero il finanziatore che "acquista" (anche se non per sé) i servizi della *Non Profit Organization* sia posto in grado di verificare il rispetto di tali assunti, e in particolare di controllare le modalità di svolgimento dell'attività gestoria.

3.2. L'elaborazione nel sistema italiano attraverso il modello dell'interesse legittimo di diritto privato.

Il problema della tutela dei beneficiari si è invece posto in Italia principalmente in relazione alle fondazioni c.d. di erogazione, per le quali l'eterodestinazione del risultato dell'attività assurge a momento qualificante dell'ente, condizionandone anche il concreto atteggiarsi nei rapporti esterni.

Merita particolare considerazione l'accostamento tra la posizione dei beneficiari della fondazione e quella dei destinatari della *promessa al pubblico*, che consente di reperire nella disciplina dell'art. 1989 c.c. le coordinate definitorie di uno schema comune. In entrambi i casi, infatti, si realizza:

- a) la concentrazione della prestazione all'interno della categoria dei potenziali beneficiari;
- b) una situazione di estraneità dei beneficiari stessi al processo di erogazione fondato su un'imputazione altruistica del risultato.

Al di là delle resistenze che tuttora incontra tale ricostruzione [per una esauriente riaffermazione della tesi v. A. ZOPPINI, *op. cit.*, 184 ss.], ove si ravvisi nella promessa al pubblico lo schema generale dell'attività della fondazione (non soltanto, si badi, di quella di erogazione), importanti appaiono le ricadute normative in tema di tutela dei beneficiari, che è precipuo merito della dottrina italiana aver individuato in due momenti:

1) mettendo in evidenza il vincolo dell'ente a porre in essere prestazioni *preliminari* alla destinazione del risultato (attivando i presupposti materiali dell'esecuzione del programma: ad esempio, la valutazione del possesso, da parte dei destinatari, dei requisiti richiesti);

2) ammettendo che i potenziali beneficiari possano esperire un'azione volta ad invalidare le scelte eccentriche rispetto all'area soggettiva individuata dallo statuto, che si risolvono sostanzialmente in un'alterazione, in eccesso o in difetto, della cerchia dei destinatari (e quindi, se la prestazione cade all'esterno, la scelta sarà radicalmente nulla; ove invece alcuni dei destinatari vengano pretermessi, la selezione sarà soltanto annullabile).

Diversa da quella italiana è invece la posizione della dottrina e della giurisprudenza francesi, che escludono qualunque diritto dei potenziali beneficiari nei confronti della fondazione, nonché delle più recenti teorie tedesche, che riconoscono ai beneficiari diritto d'azione soltanto ove questo sia fissato dallo statuto: anche fra gli autori italiani, tuttavia, emergono alcune differenze, poiché, contrariamente a chi ravvisa nella situazione soggettiva dei potenziali beneficiari un *interesse legittimo* di diritto privato [posizione coerentemente sviluppata in più occasioni da P. RESCIGNO, da ultimo in *Gli interessi legittimi nel diritto privato*, in *Raccolta di scritti in memoria di A. Lener*, a cura di B. Carpino, Napoli,

1989] v'è chi sostiene che nella posizione degli interessati ad una *electio* rituale nel caso di promessa al pubblico debba essere individuato piuttosto un diritto soggettivo, poiché nella scelta (assolutamente libera) del terzo sarebbe assente ogni elemento di discrezionalità, intesa nel senso di potere vincolato nell'*an* e nel *quomodo* dall'incidenza di un interesse contrario [è la posizione espressa da L. BIGLIAZZI GERI: cfr., da ultimo, la voce *Interesse legittimo: diritto privato*, in *Dig. civ.*, vol. IX, Torino, 1993, 527 ss.].

In realtà la natura di diritto soggettivo si riscontra piuttosto nella posizione dei soggetti che, possedendo i requisiti del beneficiario, rivendicano *per sé* il diritto alla prestazione, mentre nel caso dell'interesse legittimo chi agisce mira (non tanto ad rivendicare *per sé* la prestazione, quanto) a provocare l'annullamento della scelta viziata e ad una nuova *electio*, conforme ai criteri oggettivamente predeterminati: emerge così l'importanza dell'appartenenza al gruppo (più o meno occasionale), al contempo presupposto e limite dell'azione del singolo, che soltanto indirettamente si avvantaggia del beneficio richiesto.

Ora, è vero che la nozione di interesse legittimo fornisce un contributo decisivo alla risoluzione dei casi di erogazione della prestazione in favore di soggetti estranei alla classe dei potenziali beneficiari, ma, come è stato giustamente sottolineato [A. ZOPPINI, *op. cit.*, 200] in termini concreti non è questa la più significativa delle alterazioni funzionali del programma fondazionale ed anzi, ove il contenuto della prestazione non sia individualizzato o sia - come di frequente avviene - estremamente ampio il fine statutario, l'eventuale annullamento della scelta eccentrica è destinato a perdere di significato: appare quindi opportuna una trasposizione su un piano più generale del controllo sull'attività degli enti *non profit*, che si traduca in una verifica della rispondenza al programma (e alla sua corretta attuazione) già degli atti *strumentali* alla produzione del risultato, in quanto l'uso improprio delle risorse dell'ente importa costi superiori (o qualità inferiore) dell'*output*, determinando conseguenze inefficienti.

E' proprio lo schema della promessa al pubblico (fattispecie a formazione progressiva che vincola il promittente al compimento di una serie di atti prodromici) che consente di meglio delineare l'interesse, che sorge in capo ai destinatari dell'attività dell'ente, ad essere prescelti quali beneficiari: attraverso siffatto inquadramento tale situazione soggettiva raggiunge una determinatezza sufficiente a legittimarli all'azione per l'esatto adempimento degli atti necessari al perfezionamento della fattispecie, secondo schemi non ignoti al nostro sistema privatistico (si vedano ad es. gli artt. 648 e 793 c.c., che attribuiscono a qualsiasi interessato legittimazione ad agire per l'adempimento del *modus* apposto ad una disposizione testamentaria o donativa).

Si verrebbe così a dispiegare un efficace controllo su tutti gli atti aventi rilievo funzionale nella sequenza *produzione-destinazione del risultato*, che può tradursi:

- i) nell'annullamento dell'erogazione viziata;
- ii) nella possibilità di una condanna degli amministratori al risarcimento dei danni causati all'ente;
- iii) in azioni positive (come, ad es., informazioni ai potenziali beneficiari).

In proposito vengono poi prospettati i possibili vantaggi di un ulteriore *ampliamento* del potere di azione, che potrebbe essere realizzato sganciando la legittimazione ad agire dalla necessità di un interesse attuale all'adempimento dell'obbligazione: si sostiene infatti che "per quanto specificamente attiene agli enti senza scopo di lucro ... dare spazio all'altruistic *litigant* - proprio perché propone un'azione sganciata dall'interesse ad ottenere un beneficio personale e, dunque, insuscettibile di composizione - favorisce essenzialmente un controllo sul corretto funzionamento del meccanismo produttivo dell'ente" [A. ZOPPINI, *op. cit.*, 203].

3.3 La possibilità di affidare la tutela alle *Class actions*: il giusto rimedio?

Quella appena illustrata può apparire come la migliore soluzione al problema del controllo degli enti *non profit*, perché:

- a) i beneficiari dell'attività sembrano i soggetti più adatti a verificare la conformità della gestione allo scopo;
- b) viene così a realizzarsi una sostanziale anticipazione della soglia di tutela rispetto al momento dell'erogazione.

Chi agisce, infatti, non punta al soddisfacimento diretto di un interesse personale, ma persegue un risultato di vantaggio per il *gruppo* dei beneficiari come tale (per questo è indubbiamente adatta la configurazione in termini sostanziali della situazione dell'attore quale *interesse legittimo*, volendo con ciò significare una posizione di interesse personale non egoistico), realizzando così da un punto di vista pratico quello scopo che, tra mille difficoltà di carattere dogmatico, non è così sicuramente raggiungibile con l'introduzione (pure da molti auspicata) di istituti analoghi alle *class actions*.

Queste infatti rappresentano uno strumento dalla polivalente funzionalità, ben noto e radicato nell'esperienza giuridica nordamericana, ma di difficile esportabilità all'interno delle categorie proprie del nostro ordinamento. Il loro impiego presenta indubbi vantaggi, quali:

- 1) l'economia dei giudizi (e di conseguenza delle spese dei procedimenti);
- 2) la rapida soluzione delle questioni;
- 3) l'estensione degli effetti a tutti gli appartenenti al gruppo,

ma al contempo innegabili limiti:

i) la duttilità del mezzo, che si traduce nella rispondenza a finalità assai diverse, importa altresì che queste si pongano talvolta in reciproca *contraddizione* (si pensi, ad esempio, alle finalità di economia processuale, che spesso si pongono in radicale contrasto con i valori dell'autonomia individuale e con l'aspirazione dei singoli ad intervenire nella risoluzione delle questioni oggetto di decisione);

ii) l'azione rappresentativa si pone, almeno in apparenza, in netto contrasto con i principi processuali propri dei sistemi di *Civil Law* (anche se sono almeno due gli ordinamenti di *Civil Law* - Québec e Brasile - in cui si sono introdotte riforme che, pur con vari adattamenti, esplicitamente si ispirano al modello americano delle *class actions*).

Numerosi sono gli accorgimenti che la stessa legislazione americana utilizza al fine di assicurare che gli interessi fatti valere attraverso una *class action* siano sufficientemente omogenei tra loro e con quelli propri dei singoli appartenenti al gruppo, nonché impedire che la proposizione di una azione collettiva si sovrapponga, con eventuale contraddittorietà di giudicati, ad azioni individuali dei membri del gruppo ovvero ne pregiudichi la stessa possibilità di esercizio [per un efficace sintesi v. G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Bari 1999, 408; un'ampia trattazione in A. GIUSSANI, *Studi sulle class actions*, Padova 1996]: è indubbio che un'accorta trasposizione di tale regolamentazione consentirebbe di superare, almeno *de iure condendo*, molti degli ostacoli che impediscono l'introduzione delle *class actions* in Italia, ma le esigenze che sono alla base dell'istituto, i suoi campi elettivi di applicazione e l'effetto principale della sua utilizzazione (l'efficacia *ultra partes* del giudicato nei confronti di tutti i membri del gruppo che non abbiano optato per una rinuncia agli effetti del procedimento) non depongono per una sua utilizzazione in sede di riforma del terzo settore.

Finora, infatti, la soluzione prediletta dal nostro ordinamento per la tutela di interessi collettivi è stata quella del conferimento ad *associazioni rappresentative* della legittimazione a richiedere pronunce di tipo inibitorio (in ultimo, nella disciplina delle clausole abusive). Vero è che, come è stato correttamente sottolineato [A. GIUSSANI, *op. cit.*], tale opzione non risolve il problema delle concorrenti situazioni soggettive individuali, ovvero il risarcimento dei danni eventualmente subiti dai singoli: tale critica, però, non può essere estesa al caso in esame, in quanto l'introduzione del rimedio in questione a tutela dei beneficiari degli enti non lucrativi dovrebbe, in ipotesi, far sì che l'azione sia intrapresa *nell'interesse* dell'ente stesso, tanto che l'eventuale risarcimento, in caso di accoglimento della domanda, andrebbe a beneficiare quest'ultimo, e non gli attori.

Al di là di questo, comunque, il rischio principale delle azioni collettive appare quello di una *crescita incontrollata del contenzioso*, a frenare il quale, data la forte visibilità sociale del *non profit*, può non essere sufficiente l'attribuzione della legittimazione ad enti esponenziali.

Questi, infatti, attraverso un indubbio effetto aggregativo, potrebbero addirittura, con la loro presenza, *favorire* la litigiosità e i tentativi (più o meno velati) di ingerenza nelle strategie gestionali degli enti, senza che l'introduzione di correttivi di carattere processuale (l'imposizione di cauzioni, una più severa disciplina del risarcimento per i costi generati da liti pretestuose, etc.) valga a frenare le externalità negative generate da tale opzione.

E' quindi più opportuno, ferme restando le considerazioni in tema di controllo da parte dei beneficiari, che questo sia "mediato", traducendosi:

- a) in un *potere di denuncia* all'autorità di vigilanza;

b) nell'azione degli *organi di controllo interno*, che, ove fosse svolta in stretta connessione con quella dell'Authority, potrebbe evitare qualunque tentazione di condizionamento amministrativo, lesivo dell'autonomia degli enti. A tal fine, però, il ruolo degli organi di controllo interno andrebbe potenziato:

i) in termini di monitoraggio sul perseguimento dei fini statutari (senza, ovviamente, tradursi in una valutazione del merito delle scelte operate dagli organi amministrativi);

ii) nei poteri (e, anzitutto, nella possibilità effettiva) di verifica del grado di tutela dei beneficiari, attuali o potenziali, dell'attività erogativa;

c) in adeguati meccanismi di *autodisciplina*, idonei ad adeguare l'azione degli operatori del settore a criteri di efficienza, trasparenza ed equità, riservando all'autorità di vigilanza, in un'ottica di costante relazione tra organi di controllo esterni ed interni, un ruolo residuale.

4. Il (possibile) ruolo dell'Authority.

Nel delineare alcune prospettive di riforma del *non profit* non si può prescindere dagli interventi, pur parziali, già realizzati dal legislatore. In particolare, la creazione di un'autorità di vigilanza delle organizzazioni non lucrative in ultimo delineata con la l. 139/1999 può essere fatta oggetto di ogni possibile critica, a partire da quella, certo non nuova (ma neppure infondata) che si appunta sulla recente proliferazione di autorità amministrative indipendenti: non può però essere sottaciuto che l'opzione prescelta sembra rivestire gli "scomodi" panni del fatto compiuto. E' quindi opportuno che l'interprete, preso atto della scelta del legislatore, si rapporti ad essa con atteggiamento costruttivo, cercando magari di riempire di contenuti la scatola vuota rappresentata dall'ormai abusata etichetta *Authority*, la quale, ove non rimanga una novità isolata, può tradursi in un arretramento (piuttosto che in un'estensione) della vigilanza pubblicistica: è proprio questo lo scopo cui mira un sistema di controlli "integrato", ove all'autorità di vigilanza siano sì riservati compiti istituzionali di controllo, ma in funzione *accessoria* rispetto all'autodisciplina dei soggetti controllati.

Bisogna quindi muovere dalla definizione legislativa dell'"organismo di controllo degli enti non commerciali e delle ONLUS" fornita dalla l. 662/1996 (art. 3, co. 191, così come sostituito dalla citata l. 139/1999), ove si trova affermato che tale organo, il quale opera sotto la vigilanza del Presidente del Consiglio e del Ministro delle Finanze,

i) garantisce, anche con emissione di pareri obbligatori e vincolanti, l'uniforme applicazione della normativa sui requisiti soggettivi e sull'ambito di operatività rilevante per le ONLUS;

ii) è tenuto a presentare al Parlamento apposita relazione annuale;

iii) è investito dei più ampi poteri di indirizzo, promozione e ispezione per la corretta osservanza della disciplina legislativa e regolamentare in materia di terzo settore;

iv) può formulare proposte di modifica della normativa vigente ed adottare provvedimenti di irrogazione di sanzioni di cui all'art. 28 del d.lgs. 460/1997 (che prevede diversi tipi di provvedimenti in danno degli amministratori delle ONLUS, tra i quali quelli relativi alla violazione del divieto di distribuzione degli utili).

Le linee ispiratrici dell'intervento normativo sono riconducibili con chiarezza a primari (ma non esclusivi) intenti di carattere fiscale, dimostrati se non altro dalla sottoposizione dell'autorità alla vigilanza del Ministro delle Finanze e dalle caratteristiche delle sanzioni irrogabili, che attengono essenzialmente a violazioni delle disposizioni tributarie di agevolazione: tuttavia questa settorialità, evidente portato della disciplina in cui si inquadra il neonato organo di controllo (il d.lgs. 460/1997, che ha definito le ONLUS, è infatti indirizzato al riordino della disciplina *tributaria* degli enti non commerciali) non ne costituisce, a ben vedere, una limitazione.

A dimostrazione dell'assunto sarebbe sufficiente accennare al fatto, fin troppo noto, che il successo del terzo settore negli U.S.A. si fonda in larga parte su una regolamentazione fiscale agevolativa, che ne ha definito le attività, l'organizzazione e gli scopi: si può tuttavia notare, per rifarsi ad esperienze consolidate del continente europeo cui si è apertamente ispirato il legislatore italiano, che anche nel Regno Unito l'attribuzione dello *status* di organizzazione di pubblica utilità (*Charity*) è finalizzato alla concessione di una serie di vantaggi di natura fiscale, eppure si connota ad un articolato sistema di controlli incentrato su un organo (la *Charity Commission for England and Wales*) che col tempo ha assunto le caratteristiche di una autorità di vigilanza per l'intero settore del *non profit*, dotata di vaste competenze e di una marcata indipendenza rispetto al potere politico [un'ampia analisi sul punto, con

particolare attenzione ai profili pubblicistici, è svolta da A. MALTONI, *L'autorità di vigilanza sulle fondazioni di origine bancaria e sugli enti senza scopo di lucro: un'autorità indipendente sul modello della Charity Commission for England and Wales?*, in *Non profit*, 1999, 1].

La nuova autorità, inoltre, si troverà verosimilmente ad esercitare poteri di vigilanza anche in relazione alle fondazioni di origine bancaria, dal momento che le funzioni ora attribuite al Ministero del Tesoro sono espressamente definite come transitorie (quando le fondazioni saranno completamente estranee a qualunque forma, diretta o indiretta, di controllo sulle società bancarie tale ruolo verrà infatti svolto dalla "autorità di controllo sulle persone giuridiche di cui al titolo II del primo libro del codice civile": art. 2, co. 1, lett. i), l. 461/1998); infine, non bisogna dimenticare che l'organismo di controllo ha, altresì, il compito di assicurare la tutela da abusi da parte di enti che svolgono attività di *raccolta di fondi* e di *sollecitazione della fede pubblica* attraverso l'impiego di mezzi di comunicazione (art. 3, co. 192, l. 662/1996), funzione che ai fini della tutela dei beneficiari assume un'importanza notevolissima.

La natura delle autorità amministrative indipendenti [per un'analisi delle caratteristiche delle *Authorities* nell'ordinamento italiano v. almeno A. MASSERA, *Autonomia e indipendenza nell'Amministrazione dello Stato*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, III, 1988; C. FRANCHINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1988; F. BASSI e P. MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993; S. CASSESE e C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996] è tale che alla scelta del legislatore di delegare funzioni di controllo e di valutazione di interessi pubblici ad organismi siffatti si connette un'implicita *autolimitazione* dell'intervento statale, il quale sostanzialmente si arresta alla definizione dei *principi* cui la vigilanza deve essere informata: risulta così confermata la prospettiva di un possibile rafforzamento della autodisciplina del settore all'interno di un quadro di *regolamentazione* fornito dall'autorità di controllo (un esempio importante in tal senso può essere fornito dagli interventi della CONSOB nei mercati finanziari), che appare come la soluzione più efficace per assicurare il rispetto dei fini propri del *non profit* e, di conseguenza, consentire una migliore tutela dei beneficiari.

Nell'ambito delle plurime finalità cui la vigilanza dell'Authority è (già) orientata, possono essere ottenuti buoni frutti sul versante della tutela, coniugando:

- a) il compito (appena citato) di controllo della raccolta di fondi;
- b) i poteri *ispettivi*, che la l. 662 sembra assicurare assieme a quelli di promozione e consultivi, i quali andrebbero ampliati e definiti attraverso un'adeguata previsione di poteri di accesso, di acquisizione di documentazione e di altre notizie rilevanti (magari avvalendosi del supporto di altri organismi della P.A.);
- c) l'attribuzione di poteri di *verifica* di reclami, istanze e segnalazioni presentate da terzi dotati di un interesse qualificato (potenziali beneficiari, finanziatori, etc.), da introdurre per contemperare (come si è visto) le giuste esigenze di trasparenza nella gestione con un necessario vaglio delle pretese infondate e strumentali a tentativi di ingerenza nell'amministrazione degli enti.

5. Il controllo interno: la governance dell'impresa sociale.

Nell'ambito dei possibili modelli di governo degli enti senza scopo di lucro non attengono propriamente alla tutela dei beneficiari tutti i profili della loro organizzazione interna, ma soltanto le ripercussioni che l'adozione di determinate soluzioni organizzative determina in ordine al rispetto dei fini istituzionali dell'ente. Si è già fatto cenno, infatti, alla necessità di un potenziamento dell'*autodisciplina* del settore come fattore di regolamentazione interna, rispettosa dell'autonomia degli enti e, al contempo, efficace: tale opzione, tuttavia, si fonda anche su una corretta ripartizione dei ruoli e delle funzioni propri degli organi, al fine di ridurre il rischio di abusi e il conseguente intervento esterno a tutela dei terzi.

In via assai generale, il modello organizzativo di una *Non Profit Organization* può articolarsi secondo una struttura:

- i) *bipartita*,
- ii) *tripartita*.

Nel primo caso si avrà la presenza di un organo di gestione e di uno di controllo, nel secondo si aggiungerà un organo di *indirizzo*, deputato alla definizione delle linee programmatiche dell'attività dell'ente e alla sua organizzazione.

Le funzioni svolte dalle altre due strutture non richiedono soverchie spiegazioni, spettando all'organo amministrativo l'attuazione a livello operativo delle linee gestionali, a quello di controllo la verifica del funzionamento dell'organizzazione e della conformità dell'operato degli altri organi allo statuto e alla legge: appare invece necessario qualche accenno alle giustificazioni della preferibilità, in sede di riforma del terzo settore, del modello incentrato sulla presenza di tre organi.

I motivi che fanno propendere per la *separazione* della funzione di indirizzo da quella gestionale possono essere individuati:

i) nella produzione di una dialettica altrimenti assente in una struttura bipartita [E.F. FAMA e M.C. JENSEN, *The Separation of Ownership and Control*, in 26 *Journ. of L. and Econ.* (1983), 301];

ii) nel fatto che la presenza di soli due organi impone di affidare integralmente all'esterno (beneficiari, autorità di vigilanza) il controllo sull'operato dell'ente, riproducendo quei costi di informazione la cui presenza, in termini di asimmetria informativa, era vista come giustificazione dell'esistenza stessa di organizzazioni *non profit*.

Alla separazione *funzionale* deve, però, come è ovvio, corrispondere una separazione *personale*, al fine di impedire all'organo di gestione possa in qualunque modo contribuire alla formazione dell'organo di indirizzo e, ancor più, di quello di controllo.

Nell'ottica di questa *tripartizione* delle funzioni, adottata dal legislatore per le fondazioni di origine bancaria, è opportuno discostarsi dalla proposta [F. CAFAGGI e P. IAMICELI, *Modelli di governo e regole di responsabilità*, cit.] di far partecipare rappresentanti dei beneficiari all'interno dell'organizzazione, al fine di dotare di adeguata rappresentatività gli interessi tutelati: è vero che, si dice, le nomine dovrebbero essere effettuate da soggetti che rappresentino "interessi di settore sufficientemente generali, mai coincidenti con quelli di potenziali beneficiari determinati o determinabili", ma poiché si suggerisce poi di identificare tali soggetti negli "enti territoriali o in enti di secondo livello rappresentativi di altre organizzazioni non lucrative", non si vede dove sarebbe la differenza in termini di potenziali *conflitti d'interesse* (il rischio d'altronde è ben presente agli attenti autori, che si intrattengono a lungo sulle tecniche di prevenzione dei conflitti stessi e, inoltre, escludono l'opportunità di estendere il modello incentrato sulla partecipazione dei *patrons* alle fondazioni che svolgano attività erogativa a titolo gratuito).

Si correrebbe così il rischio, a nostro avviso, di una commistione tra meccanismi politici ed economici, con un'eccessiva burocratizzazione dell'apparato decisionale che inevitabilmente avrebbe conseguenze deleterie in termini di appesantimento dell'attività: appare infatti più efficace un raccordo tra il ruolo svolto dall'*Authority* e quello dell'*organo di controllo interno*, al quale andrebbe affidata:

a) la sorveglianza sulla correttezza dell'amministrazione;

b) la verifica della tutela degli interessi dei soggetti coinvolti nell'attività dell'ente [così, per le fondazioni bancarie, F. VELLA, *Il modello di vigilanza sulle fondazioni di origine bancaria tra controlli pubblici ed autodisciplina*, in AA.VV., *Le fondazioni bancarie*, cit.].

Il progressivo ampliamento delle funzioni dell'organo di controllo interno si inserirebbe così nella scia della valorizzazione del collegio sindacale attuata nel settore *for profit* con la recente riforma delle società quotate, dalla quale, tra l'altro, emerge la necessità che i sindaci tengano presenti nello svolgimento della loro attività una molteplicità di interessi, non solo interni all'organizzazione sociale [cfr. F. CORSI, *Il collegio sindacale*, in AA.VV. *La riforma delle società quotate*, Milano, 1998].

Nel nostro caso l'organo di controllo, privo di poteri decisionali e possibilità di diretta incidenza sulle scelte gestionali, dovrebbe comunque essere dotato di strumenti idonei a garantire la conformità dell'amministrazione ai *fini istituzionali*, nel rispetto del vincolo di eterodestinazione e non distribuzione degli utili: poiché in tal modo esso verrebbe ad operare soprattutto a tutela dei beneficiari, ovvero di soggetti *esterni* all'ente, ancora maggiore è però l'esigenza di evitare possibili collusioni (e financo convergenze di interesse) con l'organo amministrativo.

All'uopo, sarebbe opportuno:

a) fissare precisi requisiti di *onorabilità e professionalità*;

b) prevedere un rigido sistema di *incompatibilità*, evitando tuttavia l'affidamento delle nomine a soggetti diversi dall'organo di indirizzo (anche escludendo la sussistenza di vincoli di mandato resterebbe infatti una forma indiretta di incidenza del nominante che potrebbe veicolare conflitti di interesse, moltiplicati ove tale potere di nomina fosse attribuito ai beneficiari o a loro rappresentanti).

La soluzione più praticabile, anche per garantire una certa continuità di indirizzi nell'amministrazione degli enti, può appunto essere fornita dall'affidamento delle nomine all'*organo di*

indirizzo, nel rigoroso rispetto dei criteri indicati: per impedire, comunque, che tale scelta determini una significativa rinuncia d'indipendenza dell'organo di controllo interno, è necessario che il mandato sia irrevocabile e non reiterabile, si da evitare in radice qualunque forma di sudditanza, anche indiretta.

Il controllo operato da questo collegio, per essere effettivo, dovrebbe naturalmente essere supportato da un agevole *accesso alle informazioni* relative all'attività, realizzabile attraverso:

- 1) la previsione di un obbligo di partecipare alle riunioni degli organi amministrativi;
- 2) un dovere di questi di fornire dati rilevanti, almeno in occasione di operazioni importanti o rischiose in termini di potenziali conflitti di interesse;
- 3) la possibilità per l'organo di controllo di sollecitare interventi esterni (da parte dell'autorità di vigilanza o, nei casi più gravi, della magistratura ordinaria) secondo meccanismi analoghi a quelli previsti dall'art. 2409 cod. civ.

Essenziale è poi, nella definizione di un modello di *governance* improntato all'efficienza degli enti e alla tutela degli interessi dei beneficiari, l'imposizione agli *amministratori* di un complesso di doveri di diligenza che, pur instaurando un sistema di responsabilità necessariamente più rigoroso di quello previsto per il settore *for profit* [H. HANSMANN, *The Ownership of the Enterprise*, Cambridge (Ma.), 1996], non si traduca nell'adozione di *standard* comportamentali così rigidi da tradursi in un forte disincentivo all'assunzione di cariche nelle organizzazioni non lucrative: si possono quindi prospettare diversi tipi di sanzioni per le violazioni dei doveri fiduciari, ma sembrano comunque da evitare quelle che importino forti ingerenze esterne nell'autonomia degli enti (è il caso, ad es. della *rimozione* dell'amministratore infedele, che andrebbe riservata ai casi gravissimi di dolosa violazione dei doveri).

Una migliore soluzione sembra essere rappresentata dalla combinazione di rimedi *risarcitori* e *restitutori* (particolarmente adatti, ad es., alla restituzione dell'indebito arricchimento in caso di conflitto d'interessi), riservando la legittimazione all'organo di indirizzo e all'autorità di vigilanza, nonché, per gli aspetti di competenza, agli organi di autodisciplina: in casi particolari il medesimo organo di indirizzo potrebbe essere ammesso alla *revoca* degli amministratori, anche se sembra opportuno evitare forme di *rimozione ad mutum* e stabilire la necessità di una giusta causa, verificabile in sede giurisdizionale [nello stesso senso, per le fondazioni di origine bancaria, F. CAFAGGI e P. IAMICELI, *op. ult. cit.*].

Regole particolari, infine, si impongono per l'adozione, da parte degli amministratori, di deliberare in *conflitto di interessi*, per la quale la soluzione migliore è forse offerta dalla disciplina prevista dal codice civile per gli amministratori delle S.p.A. (art. 2391), ovvero:

i) obbligo di *comunicazione* agli altri amministratori e all'organo di controllo interno a carico dell'amministratore che, per conto proprio o di terzi, abbia in una determinata operazione (e, *a fortiori*, nei casi di erogazione) un interesse in conflitto con quello dell'ente;

ii) *astensione* dalla partecipazione alle deliberazioni riguardanti l'operazione.

Ove l'interessato venga meno a tali doveri, le conseguenze saranno diverse, e cioè:

- a) *sanzioni disciplinari*, per la violazione degli obblighi di comunicazione;
- b) *invalidità della delibera*, in caso di possibile pregiudizio all'ente (se, attraverso una prova di resistenza, si accerti che la partecipazione del soggetto in conflitto d'interessi sia stata decisiva);
- c) *responsabilità*, per i danni che siano derivati dalla violazione dei doveri di comunicazione e astensione.

E' giusto sottolineare l'importanza di entrambi i profili indicati, ovvero la necessità di un'informazione (che, per forza di cose, dovrà essere veritiera e corretta) sul conflitto e la conseguente *astensione*: appare però opportuno aggiungere, come del resto è stato altrove suggerito per gli enti *for profit* (cfr., ad es., i *Principles of Corporate Governance* adottati dall'*American Law Institute*, Washington D.C., 1992, par. 5.02), che in caso di mancato adempimento dei doveri prefissati si ponga a carico dell'attore soltanto la prova della violazione delle regole di comunicazione e/o di astensione, facendo gravare sull'amministratore convenuto l'onere di dimostrare la correttezza dell'operazione nei confronti dell'ente. Sarebbe altrimenti "un'evidente contraddizione richiedere che chi impugna la delibera, lamentando di non essere stato informato sull'esistenza e sulla natura del conflitto, debba poi provare l'idoneità della delibera a pregiudicare le ragioni dell'ente, prova questa che presuppone la conoscenza o la conoscibilità dei termini del conflitto e delle caratteristiche dell'operazione deliberata" [F. CAFAGGI e P. IAMICELI, *op. ult. cit.*].

Sia pure in modo sintetico, si è cercato così di tratteggiare un possibile modello di tutela dei destinatari dell'attività delle *Non Profit Organizations*, bilanciato tra controlli:

a) di tipo *interno*, affidati a un organo di sorveglianza potenziato;

b) *esterni*, fondati su:

i) costanti flussi informativi e trasparenza dell'azione;

ii) autoregolamentazione;

iii) vigilanza residuale dell'Authority di settore, cui dovrebbero essere indirizzate denunce e sollecitazioni da parte di terzi interessati.

Sarebbe poi compito precipuo di tale autorità, anche in funzione di "cornice" per l'auspicato avvento di un diffuso codice di autodisciplina, la fissazione di norme regolamentari per l'intero settore, in rapporto al quale (secondo linee già seguite nella riforma del mercato finanziario) è quantomai opportuno evitare eccessi di legificazione, spesso pletorici e quasi sempre inadatti a cogliere i multiformi sviluppi di una realtà sociale in continua trasformazione.

BIBLIOGRAFIA

- ALPA, G., *Il diritto dei consumatori*, Bari, 1999;
- BARCA, L. e CAFAGGI, F. (a cura di), *Le fondazioni bancarie. Un patrimonio alla ricerca di uno scopo*, Roma, 1999;
- BIGLIAZZI GERI, L., *Interesse legittimo: diritto privato*, in *Dig. Civ.*, vol. IX, Torino, 1993;
- CORSI, F., *Il collegio sindacale*, in AA.VV., *La riforma delle società quotate*, Milano, 1998;
- COSTI, R., *La riforma delle fondazioni bancarie*, in *Banca, Impresa e Società*, 1997;
- EASLEY, D. e O'HARA, M., *The Economic Role of the Nonprofit Firm*, 14 *Bell J. Of Econ.* (1983);
- ELLMAN, I., *Another Theory of Nonprofit Corporations*, 80 *Mich. L. Rev.* (1982);
- FAMA, E.F. e JENSEN, M.C., *The Separation of Ownership and Control*, 26 *Journ. of L. and Econ.* (1983);
- GALGANO, F., *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in *Commentario del codice civile a cura di A. Scialoja e G. Biondi*, Bologna e Roma, 1967;
- GIUSSANI, A., *Studi sulle class actions*, Padova, 1996;
- HANSMANN, H., *The Role of Nonprofit Enterprise*, 89 *Yale L.J.* (1980);
- HANSMANN, H., *Reforming Nonprofit Corporation Law*, *Un. Penn. L. Rev.* (1981);
- HANSMANN, H., *The Ownership of the Enterprise*, Cambridge (Ma), 1996;
- KARST, *The Efficiency of the Charitable Dollar: An Unfulfilled State Responsibility*, 73 *Harv. L. Rev.* (1960);
- MALTONI, A., *L'autorità di vigilanza sulle fondazioni di origine bancaria e sugli enti collettivi senza scopo di lucro: un'autorità indipendente sul modello della Charity Commission for England and Wales?*, in *Non Profit*, 1999, 1;
- POWELL, W. (a cura di), *The Nonprofit Sector: A Research Handbook*, New Haven, 1986;
- RESCIGNO, P., *Gli interessi legittimi in diritto privato*, in *Raccolta di scritti in onore di A. Lener*, a cura di B. Carpino, Napoli, 1989;
- WEISBROD, B., *Nonprofit Economy*, Cambridge (Ma), 1988;
- WILLIAMSON, O., *Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations*, 22 *Journ. of L. and Econ.*, (1979);
- ZOPPINI, A., *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995.

PARERE DEL PROF. CARLO BORZAGA

Nel lavoro viene considerata quasi esclusivamente una tipologia di enti nonprofit, quelli le cui entrate sono composte quasi esclusivamente da donazioni, o una tantum (lasciti testamentari) o periodiche. Tra questi inoltre sembrano privilegiati quelli erogativi. Ne consegue che l'ente nonprofit tende a coincidere con la fondazione (o con l'associazione che fa raccolta fondi).
In questo caso l'ente ha una duplice categoria di beneficiari:

- a. i donatori;
- b. gli utenti dell'attività (erogativa o produttiva) dell'ente, presumibilmente diversi dai donatori.

Nell'impostazione adottata sono però i primi i più importanti (in quanto è da essi che dipende la sopravvivenza e l'attività dell'ente) e quelli più soggetti ad essere colpiti da eventuali comportamenti opportunistici degli amministratori, avendo limitate possibilità di controllo.

Un caso particolare, e che terrei separato, è invece quello delle fondazioni di origine bancaria, che non hanno avuto di fatto un fondatore che ne definisse le finalità (e neppure la legislazione recente lo fa, limitandosi ad indicare le aree, peraltro ampie, entro cui possono operare), nè, per ora, sono finanziate da donazioni. In questo caso è difficile definire sia i beneficiari, sia il "cosa" debba essere oggetto di controllo (non meramente formale). Condivido l'idea della difficoltà a far partecipare i beneficiari agli organi di controllo, anche se faccio presente che problemi gravi di conflitto di interesse si possono riscontrare anche nella composizione dell'organo di indirizzo (i rappresentanti degli enti locali, benchè senza vincoli di mandato, veramente non presentano conflitti di interesse?) e probabilmente (staremo a vedere) in quelli di governo. Avendo seguito il dibattito, ho l'impressione che il problema del conflitto di interessi sia stato sollevato soprattutto contro ogni proposta che andasse nella direzione di far partecipare in organi di controllo e/o di governo i gruppi più deboli della società civile.

Nel rispondere alle domande non farò tuttavia più riferimento alle Fondazioni di origine bancaria, ritenendo che per esse sia necessaria una normativa ad hoc anche in relazione alla tutela dei beneficiari, stanti le loro specifiche peculiarità.

Tornando all'argomento principale, a me pare che, se togliamo di mezzo le fondazioni di origine bancaria, nel sistema italiano assumono oggi particolare rilevanza (anche a seguito dello sviluppo registrato in questi ultimi 20 anni) non gli enti non profit sostenuti da donazioni, ma quelli che finanziano la propria attività attraverso l'erogazione di servizi, a prezzi inferiori o rapportati ai costi, pagati o direttamente da privati (nella minoranza dei casi) o dalla pubblica amministrazione, o in forma mista.

In questi casi i beneficiari vengono a coincidere con gli utenti del servizio, a cui si aggiunge, come beneficiario indiretto, la pubblica amministrazione.

Inoltre in questi enti:

- a. i problemi creati ai beneficiari da informazione imperfetta o asimmetrica risultano ridimensionati perchè spesso si tratta di servizi caratterizzati da acquisti ripetuti e con costi di uscita limitati;
- b. la pubblica amministrazione, quando paga del tutto o in parte i servizi, può esercitare forme di controllo dirette sulla corretta allocazione e sulla qualità degli stessi.

Una politica di tutela dei beneficiari non può non tener conto di queste peculiarità della situazione italiana.

Ciò detto e tenendo conto di ciò rispondo brevemente alle domande.

1) E' possibile utilizzare i poteri dell'Authority di settore a tutela dei beneficiari?

Dipende da come è configurata l'Authority. Se ci si riferisce all'organismo di controllo previsto dalle norme sulle ONLUS la mia risposta è negativa.

L'organismo ha infatti soprattutto finalità di carattere fiscale e l'estensione dei poteri prevista dalla legge 139/99 è troppo generica per lasciarne intravedere un utilizzo a tutela dei beneficiari. Diverso sarebbe invece il discorso se l'Authority fosse configurata come una vera Authority di settore (sull'esempio inglese), con poteri di intervento ben delineati.

Anche in questo caso tuttavia credo che la tutela dei beneficiari-utenti dei servizi delle organizzazioni sottoposte a vigilanza non potrebbe che essere indiretta, cioè effettuata attraverso il controllo dell'effettivo rispetto delle leggi laddove esse obbligano alla non distribuzione (o alla limitata distribuzione) di utili, alla tutela delle minoranze, e alla gestione democratica (che è un modo attraverso cui si possono tutelare i beneficiari), nonchè del rispetto dello Statuto. Mi sembra tuttavia impossibile che una singola Authority possa controllare migliaia di piccole organizzazioni. Uno strumento alternativo e molto più efficace, mi

sembra invece quello della vigilanza, secondo il modello previsto per le cooperative e soprattutto per le cooperative sociali (obbligo di revisione annuale). Esso infatti (anche allo stato attuale, con tutti i limiti dovuti ad una sua gestione corporativa) potrebbe costituire uno strumento potente di controllo. Pensiamo a cosa succederebbe se negli appalti per la gestione di servizi sociali si ponesse come condizione alla partecipazione quella di aver effettuato la revisione, con esito positivo.

2) Il modello delle class actions può fornire una valida risposta alle esigenze di tutela dei beneficiari? Se tra le class actions facciamo rientrare anche le azioni che possono essere esercitate da organizzazioni di tutela e di advocacy nei confronti di organizzazioni di terzo settore con finalità produttive, credo che alla domanda si possa rispondere in modo affermativo. In altri termini, è possibile prevedere che le organizzazioni di terzo settore che, come quelle di volontariato, si preoccupano soprattutto di dar voce ai bisogni e di tutelare i diritti delle categorie svantaggiate, possano costituire delle forme di controllo e di stimolo per migliorare la qualità dei servizi e per garantire le pari opportunità di accesso. Oggi lo possono già fare (anche se ancora lo fanno poco) agendo sulla reputazione delle organizzazioni impegnate nella produzione di servizi, ma non escluderei che siano proprio queste, in futuro, a poter chiamare in causa, in caso di inadempienze o cattiva gestione, l'Authority, oltre che la pubblica amministrazione e, al limite, anche la magistratura ordinaria.

3) E' opportuno far partecipare direttamente all'organizzazione rappresentanti dei beneficiari (o dei lavoratori)?

E' proprio nel rispondere a questa domanda che è necessario far riferimento a quanto ho indicato in premessa, distinguendo tra le nonprofit dove i beneficiari sono anche (o soprattutto) i donatori e quelli i cui beneficiari principali o esclusivi sono coloro che usufruiscono dei servizi erogati. Nel primo caso la partecipazione dei beneficiari agli organi di governo o di controllo può essere utile, ma non mi pare necessaria. E' sufficiente il vincolo alla distribuzione di utili e il controllo dello stesso, e del rispetto dello statuto, da parte di terzi soggetti (uffici fiscali e magistratura). Quando si tratta di enti di erogazione la partecipazione dei beneficiari può risultare complessa e si corre il rischio che i rappresentanti si comportino in modo opportunistico, perseguendo propri obiettivi (problema del conflitto di interessi). Nel caso invece in cui i beneficiari sono soltanto (o prevalentemente) costituiti dagli utenti dei servizi, la partecipazione agli organi di governo (o di controllo) assume un significato diverso: quello del controllo sulla qualità dei servizi erogati, sull'aderenza alla domanda e alle previsioni statutarie, sull'efficienza della gestione. Lo stesso discorso vale per la partecipazione dei lavoratori: il coinvolgimento nella gestione agevola la selezione di lavoratori motivati e può contribuire a ridurre i costi di monitoraggio con vantaggi in termini di qualità dei servizi e di efficienza. In questo senso va interpretato, a mio parere, l'obbligo imposto dal legislatore sia alle organizzazioni di volontariato che alle ONLUS (oltre, ovviamente, alle cooperative sociali) di assumere forme organizzative ad elevata rappresentanza degli stakeholders e a gestione democratica. In questi casi inoltre il problema del conflitto di interessi e del comportamento opportunistico dei rappresentanti risulta notevolmente ridotto (anche se non è automaticamente eliminato).

4) La diffusione dell'autodisciplina è un utile strumento per coniugare l'autonomia degli enti con l'esigenza di tutela dei beneficiari?

In linea di massima credo di sì, anche se l'esperienza insegna che i codici di autodisciplina sono difficili da definire e da implementare quando si ha a che fare con organizzazioni che producono servizi. Le variabili che influenzano la qualità dei servizi e l'efficienza (e quindi la tutela dei beneficiari) sono così numerose, che risulta assai difficile individuare quelle veramente necessarie. Si corre il rischio di dar vita a codici di autodisciplina molto complessi e il cui rispetto risulta difficilmente controllabile. In ogni caso essi sono efficaci solo se si individua, da subito, un organo deputato al controllo sistematico del loro rispetto. Nel caso delle cooperative sociali, ad esempio, il codice di autodisciplina ha senso se viene dato mandato all'organo di vigilanza di controllarne l'applicazione. Altrimenti diventa poco più di un marchio, utile, ma non di grande interesse per i beneficiari.

CAPITOLO VIII

Il rapporto di lavoro nell'impresa sociale

Sommario:

1. *Tipologie negoziali nelle "imprese non profit"*
2. *Il lavoro nell'organizzazione di volontariato*
 - 2.1. L'attività di volontariato: ambito oggettivo di riferimento
 - 2.2. Il lavoro gratuito
 - 2.3. La legge-quadro sul volontariato: tipologie di rapporti lavorativi nelle organizzazioni di volontariato
 - 2.3.1. L'attività di volontariato: definizione per caratteri
 - 2.3.2. La qualificazione giuridica del rapporto di volontariato
 - 2.3.3. Le agevolazioni per il volontario lavoratore
3. *Il lavoro nelle cooperative sociali*
 - 3.1. Il lavoro associato: cenni
 - 3.2. Il lavoro nelle cooperative sociali
4. *Considerazioni finali e prospettive per la disciplina dell'impresa sociale*
- *Bibliografia*

1. *Tipologie negoziali nelle "imprese non profit"*

L'analisi dei rapporti di lavoro instaurati all'interno delle "imprese non profit" richiede l'esatta identificazione di quest'ultime, essendo il c.d. Terzo Settore "comprensivo di una pluralità di forme giuridiche, dalle associazioni, riconosciute e non riconosciute, alle fondazioni, ai comitati, alle cooperative sociali, agli enti morali e religiosi, alle organizzazioni di volontariato, alle organizzazioni non governative, alle associazioni di fatto. Suo tratto distintivo e tipico è e rimane lo scopo non lucrativo dell'attività svolta, sia essa di natura economica o non economica", essendo pertanto irrilevante "ai fini della configurazione di una organizzazione *non for profit*, l'assunzione da parte di quest'ultima della veste imprenditoriale e quindi della presenza di un'organizzazione preordinata alla produzione o allo scambio di beni o servizi patrimonialmente valutabili, dovendosi esclusivamente accertare la ricorrenza del criterio del *non distribution constraint*, ossia la mancata distribuzione, diretta o indiretta, degli utili" (CARINCI, 1999, 5). L'ente non profit può, dunque, assumere una delle forme giuridiche riconosciute nel libro primo del codice civile: né, del resto, i numerosi interventi legislativi che, a partire dai primissimi anni '90, hanno interessato il settore non profit, hanno "intaccato le figure associative codicistiche del libro primo, associando ad un certo profilo funzionale determinati effetti derogatori a livello tributario e innestando così una sorta di scollamento fra profilo strutturale, utile ai fini di inquadramento civilistico, e profilo funzionale intercategoriale, emergente a livello tributario" (PIZZOFERRATO, 1999, 107)¹¹⁸.

All'analisi della natura giuridica degli enti non profit, degli scopi da essi perseguiti e delle agevolazioni tributarie per essi riconosciute dal nostro ordinamento sono già stati dedicati specifici contributi all'interno della ricerca. Obiettivo di questo saggio è, invece, l'analisi delle diverse tipologie negoziali entro le quali si colloca e viene disciplinata la prestazione lavorativa resa all'interno di tali

¹¹⁸ Le stesse organizzazioni di volontariato, ai sensi dell'art. 3 della legge n. 266/91, "possono assumere la forma giuridica che ritengono più adeguata, salvo il limite di compatibilità con lo scopo solidaristico".

organizzazioni¹¹⁹. Ed infatti, "la presenza di un'attività spontanea e gratuita da parte di una certa percentuale di associati non esclude che possano concorrere all'attività solidaristica e ideale di cui si fa carico l'ente, od a quelle accessorie e residuali di carattere prettamente imprenditoriale, anche prestatori di lavoro subordinato e collaboratori coordinati e continuativi ai sensi dell'art. 409, comma terzo, c.p.c., assoggettati al regime fiscale e previdenziale proprio del relativo tipo contrattuale" (PIZZOFERRATO, 1999, 108).

Accanto alla "tradizionale" bipartizione tra lavoro subordinato e lavoro autonomo assume poi particolare rilievo, soprattutto nel settore oggetto della presente ricerca, quella tra lavoro retribuito e lavoro gratuito. Ed infatti, l'assenza di una tipizzazione contrattuale di quest'ultimo (su cui ci si soffermerà *infra*) ha portato la dottrina e la giurisprudenza ad intraprendere un faticoso percorso argomentativo, finalizzato alla seppure parziale estensione - per via analogica - di alcune delle tutele protettive proprie del lavoro subordinato, quali quelle sulla sicurezza, sulla tutela dei diritti della personalità del lavoratore e sull'orario di lavoro.

Ancora, la configurazione giuridica di tipo associazionistico, assunta sovente dall'ente non profit, ci condurrà ad esaminare l'assetto del rapporto di lavoro con la società cooperativa, con particolare riferimento alle cooperative sociali di cui alla l. n. 381 del 1991 ove, accanto alla figura del socio ordinario, emerge quella del socio lavoratore e del socio volontario.

9. Il lavoro nell'organizzazione di volontariato

Nei lunghi anni di dibattito circa l'opportunità e le modalità di disciplina legislativa del volontariato si erano raggiunti alcuni punti fermi:

- la consapevolezza di non poter intervenire in maniera diretta su stili di presenza, modalità di rapporto, forme di correlazione tra il singolo e la collettività, che si sottraggono naturalmente ad ogni intervento regolamentare;
- l'esigenza di evitare che nella prospettiva di provvidenze pubbliche e vantaggi fiscali, il rapporto volontario venisse arbitrariamente utilizzato come meccanismo di elusione ed abuso¹²⁰;
- la convinzione che il volontariato singolo disponga di "armi spuntate" nei confronti del settore pubblico e delle forze sociali e, per certi versi, possibilità limitate circa la risposta ai bisogni¹²¹.

Date queste premesse, la l. n. 266 del 1991 - potremmo dire, inevitabilmente - ha scelto di disciplinare solo il volontariato associato (peraltro non in tutte le sue forme¹²²) e non certo quello individuale.

Alle pratiche volontaristiche individuali, slegate da ogni adesione o collegamento a qualsiasi struttura aggregativa - che inevitabilmente presenta alcuni dei caratteri colà considerati¹²³ e cui è comunque da riconoscere un alto valore sociale - si è tutt'al più voluto riferire l'enunciazione di principio contenuta nella prima parte del 1° comma dell'art. 1 della l. 266, secondo cui: "La Repubblica italiana riconosce il valore sociale e la funzione dell'attività di volontariato come espressione di partecipazione, solidarietà e pluralismo, ne promuove lo sviluppo salvaguardandone l'autonomia e ne favorisce l'apporto originale per il conseguimento delle finalità di carattere sociale, civile e culturale"¹²⁴. Per il resto la legge-

¹¹⁹ Recenti dati statistici evidenziano come il Terzo Settore occupi, all'interno del nostro Paese, una rilevante forza lavoro, pari a oltre 400.000 lavoratori dipendenti (1,8% dell'intera forza lavoro) e 900.000 lavoratori volontari (a tempo pieno e parziale). Tali addetti sono poi distribuiti diversamente a seconda delle organizzazioni considerate: il quelle di volontariato "i dipendenti sono scarsi e concentrati nelle poche realtà organizzative che non siano di dimensioni modeste e autogestite, come è la regola; mentre nelle cooperative sociali, viceversa, sono i soci volontari ad essere minoritari rispetto ai soci ordinari o ai lavoratori occupati, con una percentuale oscillante sul 7 per cento" (CARINCI, 1999, 9).

¹²⁰ Su queste ragioni v. LIPARI, 1997, 21; ampi richiami sulla tradizionale diffidenza a regolare normativamente le espressioni della società civile in ROSSI, 1992, 2360.

¹²¹ Per questo rilievo MENGHINI, 1989, 121.

¹²² L'art. 13 della l. 266 precisa infatti che: "È fatta salva la normativa vigente per le attività di volontariato non contemplate nella presente legge, con particolare riferimento alle attività di cooperazione internazionale allo sviluppo, di protezione civile e a quelle connesse con il servizio civile sostitutivo di cui alla legge 15 dicembre 1972, n. 772"; su queste limitazioni v. specificamente GORGONI, "Art. 13", in BRUSCUGLIA (a cura di), 1993, 891 ss.

¹²³ Si ritiene infatti che requisiti quali la spontaneità, la gratuità, l'assenza di fini di lucro, l'esclusivo scopo di solidarietà non possano non valere per qualsiasi tipo di volontariato (cfr. ANGELONI, 1994 307).

¹²⁴ In tal senso v. CEI, "Art. 1", in BRUSCUGLIA (a cura di), 1993, 779 s. Non mancano, peraltro, interpretazioni più rigorose, tendenti ad escludere che l'attività prestata in maniera individuale possa rientrare nella nozione di volontariato: cfr. ITALIA, 1992, 11 s.

quadro non vuole né può far riferimento a questo ingovernabile fenomeno sociale di carattere individuale, che peraltro ha ricevuto "schizofrenici" riconoscimenti positivi¹²⁵.

La legge n. 266 costruisce tutta la sua struttura sulle organizzazioni di volontariato, ponendole come perno del sistema attorno al quale ruotano tutte le altre componenti (Stato, volontari, beneficiari). A ben vedere, anzi la sistematica della legge-quadro è fondata non tanto sulle organizzazioni *tout court*, ma sulle organizzazioni *iscritte* ai registri (regionali e provinciali) di volontariato, essendo tale iscrizione configurata come "condizione necessaria per accedere ai contributi pubblici nonché per stipulare le convenzioni e per beneficiare delle agevolazioni fiscali" (art. 6, 2° comma)¹²⁶.

Prima di esaminare *funditus* il peculiare rapporto che lega il volontario all'organizzazione di volontariato appare, quindi, opportuno spendere qualche considerazione sulla struttura di queste organizzazioni, che svolgono — in buona sostanza — il ruolo di "datore di lavoro" dei singoli volontari.

L'art. 3, 1° comma, della l. 266 definisce le organizzazioni di volontariato *per relationem*, come "ogni organismo liberamente costituito al fine di svolgere l'attività di cui all'art. 2 [cioè, l'attività di volontariato], che si avvalga in modo determinante e prevalente delle prestazioni personali, volontarie e gratuite dei propri aderenti".

L'apparente libertà di forme giuridiche delineata in questo primo comma viene specificata e limitata dal comma successivo, ove si precisa che "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"¹²⁷. La compatibilità con lo scopo solidaristico — non riducibile alla mera mancanza di scopo di lucro¹²⁸, ma da intendersi piuttosto come divieto di spartizione degli utili tra gli associati con obbligo di eterodestinazione dei risultati¹²⁹ — porta ad escludere la legittima costituibilità di un ente di volontariato sotto forma di società lucrativa¹³⁰ (salva l'ammissibilità di "attività commerciali e produttive marginali"¹³¹), ed anche sotto forma di società cooperativa¹³², malgrado qualche contrario indirizzo giurisprudenziale¹³³: ciò trova piena conferma nella circolare del Ministero delle Finanze 5-2-1992, n. 3, ove si rileva che "la compatibilità con lo scopo solidaristico, la previsione di criteri di escludibilità degli aderenti, e, soprattutto, la necessità dell'assenza di fini di lucro, rende impossibile per le organizzazioni di volontariato ... la costituzione in forma societaria, considerata in particolare il disposto dell'art. 2247 c.c. che prevede come finalità essenziale del contratto di società "l'esercizio in comune di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili". Sono escluse pertanto anche le società cooperative, dalla partecipazione alle quali i soci traggono comunque una utilità diretta, incompatibile con le finalità solidaristiche della l. n. 266".

Ne discende che la forma giuridica delle organizzazioni di volontariato va rinvenuta nell'ambito delle tradizionali categorie civilistiche di persone giuridiche di cui al libro I del codice civile (associazioni riconosciute e non, fondazioni e comitati)¹³⁴.

¹²⁵ L'attività di volontariato prestata a livello individuale viene — ad es. — espressamente riconosciuta dall'art. 9, 2° comma, lett. b, della l. 104/92, in tema di assistenza alle persone handicappate (in proposito, ANGELONI, 1994, 321 s.) e, in termini ancora più ampi, dall'art. 2, 1° comma, della l. reg. Calabria 19-4-1995, n. 18.

¹²⁶ In senso critico sulla scelta legislativa di privilegiare solo le organizzazioni di volontariato iscritte nei registri, PANICO e PICCIOTTO, 1992, 77 s.

¹²⁷ Peraltro, già prima della legge-quadro, la Corte costituzionale non aveva mancato di porre in evidenza l'ampia libertà organizzativa delle organizzazioni di volontariato (cfr. sent. 6-7-1987, n. 243, *cit.*, specie 2030).

¹²⁸ Cfr. PONZANELLI, 1996, 193, che pone in rilievo come lo scopo di solidarietà esprime un concetto più ampio della mancanza di scopo di lucro, "poiché rappresenta il superamento degli egoismi individuali ed intesse un rapporto tra uomo e società che esprime anzitutto libertà, e va oltre i doveri pubblici o i comandi della pubblica autorità"; più diffusamente, GORGONI, "Art. 3", in BRUSCUGLIA (a cura di), 1993, 796 ss.

¹²⁹ Sul punto, per tutti, RIGANO, 1995, 66.

¹³⁰ Per tutti, GORGONI, *op. ult. cit.*, 798 s.

¹³¹ Previste dall'art. 5, 1° comma, lett. g. l. 266 tra le possibili risorse economiche delle organizzazioni di volontariato; sui criteri per l'individuazione di tali attività v. d.m. Finanze 25-5-1995, analizzato specificamente da PETTINATO, 1995, 57 ss. e da COLOMBO, 1996, 497 ss.

¹³² Data l'incompatibilità con lo scopo di solidarietà dello scopo mutualistico, che comunque mira ad un lucro, per quanto indiretto, in proposito, *ex pluribus*, BONFANTE, 1991, 1603, ITALIA, 1992, 133 ss., PANUCCIO, 1993, 1087.

¹³³ Cfr. T.A.R. Lombardia, sez. Brescia, 30-11-1992, n. 1285, GCo, 1993, II, 642, con nota di RICCARDELLI, "Cooperative" di volontariato e libertà di forme nella legge quadro sul volontariato; a commento v. anche SANTUARI, *Organizzazioni di volontariato e loro forma giuridica. La l. n. 266/91: difficoltà o semplificazioni?*, in *Non profit*, 1995, 122 ss.

¹³⁴ Ricostruttivamente sul problema dell'inserimento di tali organismi nelle categorie civilistiche, non ha tutti i convalidi, v. PONZANELLI, 1996, 194 ss.

La giurisprudenza appare invece oscillante sulla possibilità che le associazioni pubbliche di assistenza o beneficenza possano iscriversi al registro delle organizzazioni di volontariato in senso favorevole, T.A.R. Lombardia, Brescia, 16 maggio 1995, n. 495,

A questa precisazione di carattere generale, la l. n. 266/1991 fa seguire tutta una serie di limitazioni e condizioni, ritenute - in linea di principio - compatibili con l'ampiezza con cui l'art. 18 Cost. garantisce la libertà di associazione, in quanto lette come oneri per l'accesso alle agevolazioni previste dalla stessa legge¹³⁵. Tra esse assumono particolare rilievo gli elementi che l'art. 3, 3° comma, richiede siano espressamente previsti negli accordi degli aderenti, nell'atto costitutivo o nello statuto, ad integrazione della disciplina civilistica, e cioè "l'assenza di fini di lucro, la democraticità della struttura, l'elettività e la gratuità delle cariche associative nonché la gratuità delle prestazioni fornite dagli aderenti, i criteri di ammissione e di esclusione di questi ultimi, i loro obblighi e diritti ... l'obbligo di formazione del bilancio, dal quale devono risultare i beni, i contributi o i lasciti ricevuti, nonché le modalità di approvazione dello stesso da parte dell'assemblea degli aderenti"¹³⁶.

In questa elencazione colpisce il riferimento alla "democraticità della struttura", requisito di cui non è rinvenibile traccia nella disciplina civilistica delle persone giuridiche, e che invece è richiamato in Costituzione per i sindacati (art. 39, 3° comma: "ordinamento interno a base democratica" sancito negli statuti) e per i partiti politici (art. 49: "Tutti i cittadini hanno diritto di associarsi liberamente in partiti per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale")¹³⁷. Questo carattere - suscettibile di una pluralità di interpretazioni, che possono andare dalla mera esigenza di rispettare la parità di trattamento e di posizione tra i componenti del gruppo alla più ambiziosa necessità di escludere forme organizzative di tipo oligarchico, privilegiando invece il principio maggioritario ed il metodo collegiale¹³⁸ - non sembra possa essere inteso come impositivo di un onere per le organizzazioni di volontariato di assumere una struttura interna a base democratica¹³⁹; ma assume piuttosto significatività da un punto di vista finalistico, indicando la strumentalità della struttura per il raggiungimento dei valori che l'organizzazione si prefigge¹⁴⁰, così da ribadire ancora la preordinazione dell'organizzazione a fini altruistici.

In quest'ottica tale requisito viene letto anche come strumento per prevenire possibili abusi dello schema del volontariato, consentendo di "controllare" strutture con gestione verticistica e non trasparente¹⁴¹.

2.1 L'attività di volontariato: ambito oggettivo di riferimento

Dedicate alcune brevi osservazioni alla struttura delle organizzazioni di volontariato, resta ora da qualificare adeguatamente l'attività del volontario, come definita e limitata dalla l. n. 266/91. Quest'ultima, come detto, disciplina solo una "porzione" del mondo del volontariato, ovvero quello prestato mediante un'organizzazione, e quindi lascia "impregiudicata la questione dell'ammissibilità, identificazione e regolamentazione di forme di attività volontaria gratuite prive di esplicita previsione legislativa, e facendo comunque salve le norme stabilite in materia da altre fonti (art. 13)" della stessa l. 266¹⁴².

Il presente studio, pertanto, è allora dedicato essenzialmente all'esame della qualificazione giuridica dell'attività di volontariato prestata attraverso le organizzazioni cui il volontario aderisce ai sensi della l. n. 266/91, restando quindi escluse le relazioni che intercorrono direttamente tra il singolo volontario ed il beneficiario della sua attività, nonché quelle intercorrenti tra il volontario individuale ed organizzazioni non di volontariato.

TAR, 1995, I, 2964 ss.; *contra* Cons. Stato, sez. I, 25 maggio 1994, n. 739, CS, 1995, I, 1621 rilevando che la l. 266 prende in considerazione solo le associazioni e le formazioni sociali private.

¹³⁵ Cfr. RIGANO, 1993, 127 s. e OLIVETTI, 1994, 2.

¹³⁶ La giurisprudenza appare particolarmente rigorosa nel richiedere l'espressa previsione di tali requisiti negli atti formali che costituiscono l'organizzazione, al fine di consentire l'iscrizione nei registri regionali; v. - ad es. - con riferimento al requisito della gratuità, C. Giust. Amm. Sic., 5-5-1997, n. 73, CS, 1997, I, 882 ss. e Id., 8-5-1997, n. 91, *ivi*, 1997, I, 891 ss., ritenendo di conseguenza legittimo il provvedimento di diniego di iscrizione; in relazione al principio di elettività delle cariche sociali, T.A.R. Liguria, sez. II, 27-9-1994, n. 348, TAR, 1994, I, 4050 ss.

¹³⁷ In proposito i problemi interpretativi hanno riguardato soprattutto i partiti politici, anche in ragione dell'inattuazione del sistema di registrazione previsto dall'art. 39 Cost.; sul punto v., per tutti, RIDOLA, 1982, 109 ss., PINELLI, 1983; ROSSANO, 1990, 4.

¹³⁸ Su queste possibili accezioni, GORGONI, "Art. 3", cit., 804.

¹³⁹ Cfr. CAPUTI JAMBRENGHI, 1997, 106 s., la quale pone in rilievo l'eccessiva discrezionalità che verrebbe attribuita alla P.A. in sede di controllo di siffatto requisito; in senso più problematico, RIGANO, 1995, 315 ss.

¹⁴⁰ In tal senso PANICO e PICCIOTTO, 1992, 70 s.

¹⁴¹ Per questo spunto MENGHINI, 1992, 73.

¹⁴² PIZZOFERRATO, 1995, 450. Per ipotesi di applicazione dei benefici legislativi al volontariato individuale, cfr. *supra*, 125.

2.2 Il lavoro gratuito

E' indubbio che con l'art. 2, della legge n. 266/91 il legislatore ha operato un riconoscimento legale delle attività svolte - all'interno di determinate strutture organizzative - in maniera gratuita e rivolte al perseguimento di finalità esclusivamente solidaristiche. Per comprendere la portata innovativa di tale disposizione, appare preliminarmente necessario dedicare alcuni cenni all'esame della configurazione giuridica del lavoro gratuito all'interno del nostro ordinamento, soffermando la nostra attenzione all'attività di volontariato *in quanto tale*, ovvero svolta in assenza di un panorama normativo di riferimento, sia quindi - indistintamente - in forma individuale che organizzata.

La dottrina ha dibattuto a lungo circa la configurabilità generale di rapporti di lavoro a titolo gratuito, soprattutto con riferimento alla loro riconducibilità o meno all'interno dello schema negoziale di cui all'art. 2094 c.c., ovvero alla deducibilità dello stesso in un contratto atipico, di donazione o di comodato¹⁴³. Non essendo questa la sede per esaminare le articolate argomentazioni interpretative addotte dalla dottrina nel corso degli anni, è sufficiente ricordare come l'opinione prevalente si sia oramai orientata nel senso dell'ammissibilità di un rapporto di lavoro atipico gratuito, riconducibile al principio della libertà dei tipi contrattuali sancita dall'art. 1322, 2° comma, c.c.¹⁴⁴. Con particolare riferimento al lavoro volontario, in assenza di una legge che regolasse direttamente i rapporti interni alle associazioni di volontariato, esso - qualificato talora anche nei termini della liberalità d'uso, ai sensi dell'art. 770, 2° comma, c.c.¹⁴⁵ - è stato ricondotto dalla dottrina prevalente¹⁴⁶ alla *tipologia dei contratti innominati*, ammissibili - come è noto - se e in quanto diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico: ed infatti, nel suo nucleo puro, "il volontariato si caratterizza per la dimensione o mediazione collettiva (che oltre al ruolo culturale ha quello di vaglio e garanzia della spontaneità della scelta), e per la diretta destinazione a realizzare interessi certamente meritevoli di tutela in misura non inferiore a quello della retribuzione. Interessi condivisi da entrambe le parti, anzi scelti e sentiti come propri dallo stesso prestatore, e perciò idonei a caratterizzare il negozio e a sottrarlo alla *vis attractiva* dello schema di cui all'art. 2094 cod. civ."¹⁴⁷.

Sotto il profilo giudiziario, tale ricostruzione dogmatica ha però incontrato notevoli difficoltà applicative.

La giurisprudenza di legittimità ha infatti costantemente affermato che - qualora una determinata attività risulti eseguita *affectionis vel benevolentiae causa* o in omaggio a principi di ordine morale o religioso o in vista di vantaggi che si traggono o si spera di trarre dall'esercizio dell'attività stessa¹⁴⁸, e questa sia svolta perciò a titolo gratuito - non è configurabile la fattispecie tipica del rapporto di lavoro subordinato: inoltre, attesa la normale onerosità del rapporto di lavoro subordinato, "la gratuità di una prestazione obiettivamente lavorativa deve essere ricavata da specifici elementi oggettivi e soggettivi (quali il tipo e le concrete modalità del rapporto, la qualità e la condizione economico-sociale dei soggetti nonché le relazioni personali fra di essi) e non può essere presunta, tranne che nel caso di convivenze familiari, giacché in tale ambito, in base all'*id quod plerumque accidit*, le prestazioni oggettivamente lavorative debbono, salva la prova contraria, presumersi svolte al di fuori di qualsiasi incontro di volontà

¹⁴³ Il dibattito è attentamente ricostruito da MENGHINI, 1989, I ss. Più di recente, v. PIZZOFERRATO, 1995, 430 ss.

¹⁴⁴ V. già TREU, 1968, 18 ss. e spec. 27, secondo il quale - se è pur vero che "ogni negozio specificamente disciplinato dall'ordinamento è caratterizzato da una serie di connotati strutturali che lo identificano" - ciò non esclude che un regolamento negoziale che modifichi alcuni di questi requisiti "sia possibile in base al principio generale dell'art. 1322, 2° comma"; MAGRINI, 1973, 388; CHECCINI, 1977, 178; GHERA, 1996, 66-67, il quale ammette che la prestazione gratuita "può dare ingresso a forti sospetti di frode alla legge (art. 1344 c.c.)"; GHEZZI-ROMAGNOLI, 1980, 111.

¹⁴⁵ MENGHINI, 1989, 155.

¹⁴⁶ V. gli autori citati alla precedente nota 144.

¹⁴⁷ DELL'OLIO, 1986, 7.

¹⁴⁸ V., sul punto, Cass. 30-10-1991, n. 11559, *Riv. Giur. Lav.*, 1992, II, 474 (con nota di PRASCA, *Lavoro gratuito, semigratuito e oneroso: i difficili percorsi del lavoro familiare e caritatevole*), secondo cui "il fatto delle "ricompense future" può rappresentare la giustificazione causale di una prestazione a titolo gratuito in quanto priva del corrispettivo della retribuzione soltanto qualora venga accertata la sua concreta probabilità di accadimento e non si profili esclusivamente come "vaga promessa"; altrimenti, il rapporto di affetto e lo spirito caritatevole come circostanze soggettive non giustificano pienamente l'eccezione alla normale onerosità del rapporto".

contrattuale e sotto il solo stimolo di principi ed impulsi morali ed affettivi, senza subordinazione e senza prospettiva di retribuzione¹⁴⁹.

Ammissa la sussistenza della presunzione di gratuità del lavoro esclusivamente nei casi di prestazioni lavorative svolte nell'ambito della famiglia o di comunità familiari (rese tra persone conviventi legate da vincoli di parentela, di affinità o di coniugio o tra conviventi *more uxorio*)¹⁵⁰, nonché rese tra persone conviventi legate da vincolo di affettuosa ospitalità o conviventi in comunità religiose¹⁵¹, la Suprema Corte ha poi precisato che - in presenza di attività oggettivamente configurabile come prestazione di lavoro subordinato - la sussistenza di elementi e situazioni giustificativi dell'eccezione alla normale onerosità dell'attività lavorativa richiede un preciso riscontro, alla stregua delle concrete modalità di svolgimento dell'attività stessa. L'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato a titolo gratuito non può, quindi, fondarsi né "sulla inerzia del lavoratore nel richiedere il compenso"¹⁵², né sulla modesta entità quantitativa delle prestazioni predette, che può incidere solo sulla determinazione del relativo compenso¹⁵³, né, infine, sul *nomen juris* "aprioristicamente" attribuito al rapporto dalle parti¹⁵⁴, dovendo la gratuità essere desunta - oltre che dall'analisi del concreto svolgimento del rapporto - anche dall' "originaria volontà delle parti", manifestatasi nella fase iniziale del rapporto lavorativo¹⁵⁵. Tale valutazione si è in sostanza incentrata sull'analisi dell'*animus* con cui il preteso lavoratore subordinato aveva inteso offrire la sua collaborazione nel momento genetico del rapporto, così operandosi attraverso un ampio ricorso alle presunzioni.

Muovendo da tali premesse, appare evidente come assai incerto si sia rivelato il contenzioso giurisprudenziale in materia di qualificazione del rapporto di lavoro dei volontari, generalmente promosso da soggetti che, dopo molti anni di collaborazione, rivendicavano la qualificazione (e il relativo trattamento) di lavoratori subordinati. Tali incertezze appaiono ancora più marcate ove si consideri che, in alcune pronunce, la Cassazione ha escluso la rilevanza giuridica delle prestazioni di volontariato, riconducendole - in buona sostanza - a prestazioni di mera cortesia¹⁵⁶. La "timidezza della Cassazione a costruire la categoria del "rapporto volontario", visto che essa si limita ad utilizzare lo schema indistinto, e nella specie certamente riduttivo, delle "prestazioni di cortesia"¹⁵⁷, ha quindi condotto il legislatore alla individuazione di criteri idonei a consentire una (quanto più) chiara distinzione tra rapporto volontario e lavoro subordinato.

¹⁴⁹ Rientrando nel novero delle suddette convivenze a carattere familiare, oltre la famiglia in senso etico-giuridico, anche le comunità religiose: Cass. civ., 13-5-1982, n. 2987, *Gh. It.*, 1983, I, 1, 1944 ss.

¹⁵⁰ La presunzione di gratuità dell'attività svolta nell'ambito della famiglia è stata peraltro sottoposta a revisione - soprattutto da parte della dottrina - a seguito dell'entrata in vigore della l. n. 151 del 1975 (*Riforma del diritto di famiglia*) e, in particolare, della disposizione di cui all'art. 230 *bis* c.c.: cfr., per tutti, BALESTRA, 1996.

¹⁵¹ Sulla presunzione di gratuità delle prestazioni svolte "*religionis causa*", v. anche Cass. 8-1-1991, n. 69, *GC*, 1991, I, 2100 ss.; e, più di recente, Pret. Roma, 12-8-1996, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1997, II, 472.

¹⁵² Cass. 11-4-1981, n. 2123, *Foro It.*, 1982, I, c. 208; Cass. 19-1-1983, n. 527, in *GC*, 1983, 3376 ss.; Cass. civ., 12-6-1987, n. 5182, in *Mass.*, 1987.

¹⁵³ Cass. civ., 16-6-1989, n. 2915, in *Mass.*, 1989.

¹⁵⁴ Sulla irrilevanza della qualificazione data dalle parti come "volontariato gratuito" ad un rapporto che - per le concrete modalità di svolgimento - deve invece considerarsi di tipo subordinato (a carattere oneroso), v. Cass. 2123/1981, *cit.* Più in generale, sulla necessaria rispondenza tra l'originaria denominazione del rapporto e l'effettiva modalità di svolgimento dello stesso, v. - tra le più recenti pronunce - Cass. 20-1-1995, n. 649, in *Mass.*, 1995; Cass. 17-6-1996, n. 5532, in *Mass.*, 1996. La giurisprudenza non ha mancato di ritenere "superabile" anche la qualificazione legislativa del rapporto: v. ad esempio, con riferimento alla qualificazione del servizio di volontariato civile regolato dalla l. 26-2-1987, n. 49 (su cui v. CASSESE e FRANCHINI, 1989, 333 ss.) - peraltro non riconducibile al volontariato di cui alla l. n. 266/91 - Corte cost., 21-6-1996, n. 211, in *GC*, 1996, 1867 ss., sul carattere subordinato di tale attività, malgrado la qualificazione legislativa in termini di lavoro autonomo.

¹⁵⁵ Cfr., *ex plurimis*, Cass. 527/1983, *cit.*; Cass. 5182/1987, *cit.*; Cass. 12-11-1985, n. 5550, *NGL*, 1986, 135; Cass., 29-8-1987, n. 7148, in *Mass.*, 1987; Cass. 21-1-1988, n. 447, in *Mass.*, 1988; Cass., 16-2-1993, n. 1895, in *Mass.*, 1993.

¹⁵⁶ Cass. 13-12-1983, n. 7363, a quanto consta inedita, secondo cui il carattere volontario dell'attività lavorativa prestata dal soggetto nell'ambito di un'organizzazione di volontariato "esclude che l'attività medesima possa considerarsi come dovuta, e quindi come oggetto di un apporto associativo o di un rapporto di lavoro subordinato"; v. anche Cass. 10-6-1986, n. 3846, in *Mass.*, 1986, secondo cui l'offerta spontanea della prestazione per il raggiungimento di fini istituzionali dell'associazione non fa sorgere alcun vincolo giuridico a carico dell'aderente, sicché la relazione intercorsa tra quest'ultimo ed il beneficiario delle prestazioni "non potendo costituire fonte di di alcun rapporto giuridico obbligatorio, è da collocare fuori dal terreno giuridico". Il testo integrale delle due pronunce è riportato in ANGELONI, 1994, 290 ss., note 115 e 116. In dottrina, riconduce l'attività del volontario al rapporto di cortesia PANUCCIO, 1987, 59.

¹⁵⁷ LIPARI, 1997, 21, spec. nota 62.

2.3 La legge-quadro sul volontariato: tipologie di rapporti lavorativi nelle organizzazioni di volontariato

L'art. 3, comma 1, della legge n. 266 del 1991, nel definire l'organizzazione di volontariato *per relationem* - attraverso cioè il rinvio alla definizione di attività di volontariato di cui al precedente art. 2 - specifica altresì che la stessa deve avvalersi "in modo determinante e prevalente delle prestazioni personali, volontarie e gratuite dei propri aderenti". Tale disposizione necessita, a sua volta, di essere letta in connessione con quanto disposto dal comma 4 del medesimo articolo, in cui si consente l'assunzione di lavoratori dipendenti o il ricorso a lavoratori autonomi "esclusivamente nei limiti necessari al loro regolare funzionamento oppure occorrenti a qualificare o specializzare l'attività da esse svolta". È stato correttamente osservato come quest'ultima previsione contenga un ampio margine di indeterminatezza¹⁵⁸, data l'impossibilità del legislatore di operare attraverso la specificazione di precise percentuali numeriche¹⁵⁹. Di contro, appare evidente che il rapporto intercorrente tra il lavoratore subordinato o autonomo e l'organizzazione di volontariato (intesa come datore di lavoro/committente) risulterà regolato sulla base della generale disciplina privatistica, di volta in volta ritenuta applicabile.

La legge n. 266/91 dispone, inoltre, l'assoluta incompatibilità tra la qualità di volontario e qualsiasi forma di lavoro subordinato od autonomo e con ogni altro rapporto di contenuto patrimoniale con l'organizzazione di cui fa parte¹⁶⁰. Tale incompatibilità dovrebbe impedire quel cumulo di rapporti che costituisce il "terreno più fertile per gli inquinamenti e le zone grigie"¹⁶¹, essendosi correttamente osservato che "la causa del contratto costitutivo di un'organizzazione di volontariato deve essere pura", non essendo ammesse "contaminazioni giuridiche" che determinino una causa mista del contratto medesimo¹⁶².

2.3.1 L'attività di volontariato: definizione per caratteri

L'art. 2, comma 1, della l. 11 agosto 1991, n. 266 qualifica come attività di volontariato "quella prestata in modo personale, spontaneo e gratuito, tramite l'organizzazione di cui il volontario fa parte, senza fini di lucro anche indiretto ed esclusivamente per fini di solidarietà". Come si è già avuto modo di ricordare, si tratta di una definizione operata attraverso l'individuazione dei caratteri necessariamente richiesti per contraddistinguere la stessa attività.

Un primo dubbio è stato sollevato circa la portata estensiva della predetta definizione, interrogandosi la dottrina sulla possibilità di estendere i predetti requisiti a qualunque attività di volontariato oggettivamente considerata. Si è al riguardo correttamente osservato come in realtà gran parte dei predetti requisiti - quali la spontaneità, la gratuità, l'assenza di fini di lucro e lo scopo esclusivo di solidarietà - "valgono per qualunque tipo di attività di volontariato"¹⁶³; e che in mancanza di taluno dei predetti requisiti, l'attività prestata è pur sempre di volontariato, seppure svolta al di fuori della legge quadro: con la conseguente impossibilità di estendere, neanche in via analogica, la disciplina della l. n. 266/91¹⁶⁴.

Muovendo da tale generale premessa, appare evidente come, tra i requisiti elencati dalla disposizione in esame al fine della esatta individuazione dell'attività di volontariato, quelli che assumono una effettiva portata novativa risultano essere lo svolgimento della predetta attività "tramite l'organizzazione" cui si aderisce; la gratuità, come integrata dalla necessaria assenza di fine di lucro anche indiretto, nonché l'esclusivo fine solidaristico perseguito.

¹⁵⁸ PANUCCIO, 1993, 1089.

¹⁵⁹ ITALIA, 1992, 12-13, il quale evidenzia come il criterio della prevalenza risulti "proporzionato e correlato alle varie organizzazioni di volontariato", non potendo quindi l'eventuale percentuale numerica risultare aprioristicamente determinata.

¹⁶⁰ Ma v. la legge reg. n. 18/1995 per la Calabria che, nel confermare l'incompatibilità della qualità di volontariato con le altre forme lavorative, riconosce espressamente la compatibilità "con la qualità di dipendente pubblico, quando le prestazioni hanno luogo fuori dall'orario di lavoro in servizi pubblici e privati diversi da quelli prestati come dipendente" (art. 2, comma 5).

¹⁶¹ MENGHINI, 1992, 73; v. già ID., 1989, 162 ss. e spec. 169, ove si afferma che "la previsione di una incompatibilità assoluta evita proprio quelle forme ibride di semivolontariato che più danno luogo a rischi di sfruttamento e di assenza di tutele dovuti al "patriottismo associazionistico".

¹⁶² ANGELONI, 1994, 316-317.

¹⁶³ ANGELONI, 1994, 307.

¹⁶⁴ PANICO e PICCIOTTO, 1992, 36, spec. nota 7. La posizione sembra condivisa anche da PIZZOFERRATO, 1995, 450, il quale - soffermando l'attenzione al requisito dell'assenza di fine di lucro anche indiretto - sostiene che "l'attività volontaria gratuita che persegue in via mediata vantaggi patrimoniali è... ugualmente ammissibile, ma fuoriesce dall'ambito applicativo della normativa in oggetto".

Con riferimento, *in primis*, al requisito della *personalità*, esso è stato concordemente interpretato nel senso della infungibilità della prestazione resa dal volontario rispetto all'obbligo dallo stesso assunto¹⁶⁵. Maggiori contrasti interpretativi sono sorti, invece, con riferimento al requisito della *spontaneità*, ora interpretato semplicemente nel senso di assunzione dell'impegno a svolgere la prestazione, in assenza di obblighi derivanti da doveri pubblicistici¹⁶⁶, ora nel senso che l'attività posta in essere "non deve essere attuata...in adempimento di obblighi giuridici o giuridicamente rilevanti", essendo assente nella legge-quadro "qualsiasi riferimento ad un obbligo di continuità della attività una volta iniziata"¹⁶⁷: in ultima analisi, il tutto resta affidato alla "sensibilità del volontario, senza alcuna sanzione nell'ipotesi di abbandono ingiustificato dell'attività"¹⁶⁸.

L'interpretazione della spontaneità nel senso della sottrazione a specifici obblighi e doveri giuridici derivanti dall'attività svolta apre, *invero*, delicatissime problematiche - soprattutto in relazione al già ricordato requisito dell'incompatibilità dell'attività di volontariato con ogni "rapporto di contenuto patrimoniale con l'organizzazione di cui fa parte" - concernenti lo stesso inquadramento dogmatico dell'attività di volontariato, in quanto attività prestata o meno in base ad un vincolo giuridico contrattuale o negoziale.

Accanto ad un orientamento minoritario, secondo il quale il volontariato non costituirebbe un rapporto giuridico patrimoniale, trattandosi piuttosto di "un negozio giuridico bilaterale, *non contrattuale*"¹⁶⁹, l'opinione prevalente riconduce il lavoro volontario nella categoria della contrattualità, assumendo il volontario a favore dell'organizzazione una vera e propria obbligazione contrattuale, "avente ad oggetto una prestazione a carattere patrimoniale, suscettibile di valutazione economica, e corrispondente ad un interesse, anche non patrimoniale, del creditore (art. 1174 c.c.)"¹⁷⁰. Riconosciuta la forma contrattuale del volontariato, tale dottrina si è poi interrogata sulla "fonte" dell'obbligazione lavorativa, potendosi discutere se essa "nasca necessariamente dall'adesione all'organizzazione (contratto associativo) oppure trovi causa nella convenzione od ancora in un autonomo e specifico tipo negoziale"¹⁷¹. A fronte di siffatte posizioni dubitative, non è mancato peraltro chi, attraverso un attento esame dell'intera normativa contenuta nella l. n. 266 del 1991, ha "in modo inequivoco" inquadrato la relazione intercorrente tra il volontario e l'organizzazione in un "rapporto giuridico associativo contrattuale, costituito mediante un contratto di associazione", "con la sua tipica causa consistente nel perseguimento di finalità di carattere ideale o non economico"¹⁷². Tale ricostruzione si articola, in sostanza, sulla base della distinzione tra la qualificazione dell'attività di volontariato in quanto tale e quella del "contratto fonte della struttura" che eroga la predetta attività: gli aderenti risultano "legati" all'organizzazione di volontariato da un vero e proprio vincolo associativo, con natura contrattuale, e prestano quindi la propria attività nell'ambito dell'organizzazione, in esecuzione del predetto contratto associativo; quest'ultima poi provvederà ad indirizzare verso i beneficiari l'attività di volontariato, sulla base delle varie configurazioni giuridiche che questa può, a seconda dei casi e delle circostanze, assumere (donazioni, contratti gratuiti tipici ovvero prestazioni di cortesia)¹⁷³.

Altro requisito indispensabile per la realizzazione dello scopo solidaristico e quello della *gratuità* della prestazione resa dal volontario, con ciò intendendosi la rinuncia, da parte di quest'ultimo, a ricevere una qualsiasi controprestazione economica in relazione all'attività svolta presso l'organizzazione cui aderisce; il che non esclude, peraltro, che quest'ultima possa ricevere un corrispettivo per i servizi prestati (sotto forma di contributo, donazione o lascito testamentario). Alle osservazioni già svolte sul punto nel precedente paragrafo deve aggiungersi come - ad ulteriore rafforzamento del necessario carattere della

¹⁶⁵ OLIVELLI, 1991, 203 ss.; CANAVESI, 1991, 212 ss.; MARIANI, 1993, 784 ss.; PANICO e PICCIOTTO, 1992, 38. Sull'infungibilità della prestazione lavorativa v. le ulteriori considerazioni di MENGHINI, 1992, 70.

¹⁶⁶ RIGANO, 1995, 65; MENGHINI, 1992, 71.

¹⁶⁷ V. però la legge regionale della Lombardia 24-7-1993, n. 22, che - tra i requisiti caratterizzanti l'attività di volontariato - espressamente fa riferimento al servizio reso dai cittadini "in modo continuativo" (art. 2, comma 1).

¹⁶⁸ Tutte le citazioni sono di PANICO e PICCIOTTO, 1992, 36-37.

¹⁶⁹ MARIANI, 1993, 794.

¹⁷⁰ PIZZOFERRATO, 1995, 453, secondo il quale, ferma restando la necessaria indagine sulla relazione negoziale che in concreto verrà a costituirsi, l'esistenza di un rapporto giuridico patrimoniale tra volontario ed organizzazione consente di individuare in capo al primo una "responsabilità per mancato o inesatto adempimento degli obblighi assunti, per i danni causati all'organizzazione".

¹⁷¹ CANAVESI, 1991, 212 ss.

¹⁷² ANGELONI, 1994, rispettivamente 318 e 316.

¹⁷³ *Contra* MENGHINI, 1989, 134, secondo il quale l'attività del volontario non può essere configurata come adempimento del contratto di associazione, essendo simili previsioni non ricorrenti negli statuti e, seppure rinvenibili, "non potrebbero determinare a priori il lavoro cui è chiamato ogni singolo".

gratuità della prestazione resa dal volontario - è poi espressamente richiesta l'assenza di fine di lucro, anche indiretto, nonché l'impossibilità per il volontario di ricevere compensi "in alcun modo nemmeno dal beneficiario" della sua attività, potendo essere rimborsate soltanto le spese "effettivamente sostenute per l'attività prestata", ovvero quelle documentate con la presentazione di fatture o conti (c.d. rimborso a piè di lista)¹⁷⁴. Ad ulteriore garanzia di controllo e contenimento dei rimborsi, viene poi demandato al prudente apprezzamento dell'organizzazione fissare in limiti oggettivi l'importo del predetto rimborso, "affinché non si attui, sotto le sue sembianze, una qualsiasi remunerazione per il volontario"¹⁷⁵. Per completezza sul punto, si ricorda inoltre che l'art. 2, comma 3, del d.lgs. 1 dicembre 1997, n. 468 ("Revisione della disciplina sui lavori socialmente utili, a norma dell'articolo 22 della legge 24 giugno 1997, n. 196") nel consentire - ai fini di una più efficace attuazione di alcuni progetti di lavori di pubblica utilità¹⁷⁶ - ai soggetti utilizzabili nei lavori socialmente utili¹⁷⁷ di essere affiancati da volontari anziani appartenenti alle associazioni di cui alla legge 11 agosto 1991, n. 266, prevede la possibilità di corrispondere agli stessi "un rimborso spese a carico degli enti utilizzatori".

La previsione della necessaria assenza dello scopo lucrativo, anche indiretto, assume particolare valenza soprattutto alla luce degli indirizzi giurisprudenziali, nettamente orientati in senso opposto¹⁷⁸: essa, peraltro, non esclude che l'attività di volontariato, soprattutto se svolta dai giovani, possa rappresentare un'occasione di formazione professionale, traendosi di ciò conferma indiretta dal disposto dell'art. 10, lett. f) della l. n. 266/91, che - tra le competenze delle regioni e delle province autonome - prevede la predisposizione di corsi di formazione, qualificazione ed aggiornamento professionale.

All'esclusione di ogni fine lucrativo, anche indiretto, si accompagna la contestuale necessità dell'esclusivo fine di solidarietà. Non soffermandoci sull'alto valore del principio solidaristico, già esaminato in precedenza (cfr. *supra*, par. 3), si evidenzia in questa sede come, accanto a chi ha rinvenuto la causa dell'attività di volontariato proprio nello "scambio fra prestazione lavorativa e realizzazione della finalità di solidarietà"¹⁷⁹, altri hanno negato in maniera risoluta che lo scopo di solidarietà, anche dopo l'emanazione della normativa di cui alla l. 266/91, possa costituire un'autonoma causa contrattuale o negoziale, ora sostenendosi l'impossibilità di sottoporre a valutazione economica la valutazione degli scopi solidaristici¹⁸⁰; ora ritenendosi che la "scarna" disciplina dell'attività di volontariato fornita dai commi 2 e 3 dell'art. 2 consiste, sostanzialmente, "in prescrizioni di carattere meramente negativo" e, quindi, "non può costituire una causa tipica, se tale è la causa dei contratti (o dei negozi) 'previsti e regolati dalla legge', aventi cioè 'una disciplina particolare' ai sensi dell'art. 1323 c.c."¹⁸¹.

Infine, pur non sussistendo una diretta relazione giuridica tra i volontari ed i beneficiari della prestazione da questi resa, si pone per i primi il problema della responsabilità per i danni eventualmente cagionati nello svolgimento della propria attività: la difficoltà dell'estensione analogica dell'art. 2094 c.c.¹⁸² ha reso obbligatoria in capo all'associazione l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie connesse allo svolgimento dell'attività stessa, nonché contro la responsabilità civile verso terzi, attraverso polizze stipulate anche in forma numerica o collettiva¹⁸³.

2.3.2 La qualificazione giuridica del rapporto di volontariato

L'indicazione legislativa dei requisiti caratterizzanti l'attività di volontariato ha riproposto in sede dottrinale la questione della individuazione della natura giuridica del rapporto di volontariato e, in

¹⁷⁴ Sul punto v. MARIANI, 1993, 786. Sulla incompatibilità di ogni forma di compenso con la natura stessa della prestazione resa dal volontario, di modo che il rimborso delle spese risulta ammissibile "solo entro limiti estremamente rigorosi e purché siano assicurate idonee garanzie di trasparenza", v. T.A.R. Puglia, sez. II Lecce, 7 giugno 1996, n. 440, TAR, 1996, I, 3465.

¹⁷⁵ PANICO e PICCIOTTO, 1992, 40.

¹⁷⁶ Ovvero quelli attivati nei settori della cura della persona, dell'ambiente, del territorio e della natura, dello sviluppo rurale, montano e dell'acquacoltura, del recupero e della riqualificazione degli spazi urbani e dei beni culturali, con particolare riguardo alla "cura e assistenza all'infanzia, all'adolescenza, agli anziani; riabilitazione e recupero di tossicodipendenti, di portatori di handicap e di persone detenute, nonché interventi mirati nei confronti di soggetti in condizioni di particolare disagio e emarginazione sociale" (art. 2, commi 1, lett. a).

¹⁷⁷ Espressamente individuati nell'art. 4, comma 1, del medesimo decreto.

¹⁷⁸ V. *supra* nota 148.

¹⁷⁹ OLIVELLI, 1991, 206-208; in senso conforme, v. anche CANAVESI, 1991, 214 e 221.

¹⁸⁰ MENGHINI, 1992, 72 e, seppure attraverso una diversa ricostruzione interpretativa, MARIANI, 1993, 794.

¹⁸¹ Così ANGELONI, 1994, 282, che richiama GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Vol. II, t. I, Padova, 1990, 180.

¹⁸² LIPARI, PREPOLI, TAVAZZA, 1980, 130.

¹⁸³ Sulla configurazione delle polizze assicurative, nonché sugli adempimenti delle organizzazioni di volontariato e sulle modalità di controllo, v. il d.m. 14 febbraio 1992, come modificato dal Decreto 16 novembre 1992 del Min. dell'Industria.

particolare, della sussistenza o meno di una nuova fattispecie negoziale, avente ad oggetto l'esplicazione dell'attività di volontariato, così elevandola al rango di contratto o negozio tipico.

Sotto il primo profilo, si è già avuto modo di ricordare come siano state elaborate, già prima della legge-quadro, diverse ipotesi di qualificazione del rapporto intercorrente tra il singolo e l'associazione cui questo aderisce. Accanto a posizioni orientate ora nel senso della qualificazione come adempimento di obbligazione naturale, con ciò intendendosi, ai sensi dell'art. 2034 c.c., "quanto è stato spontaneamente prestato in esecuzione di doveri morali o sociali"¹⁸⁴, ora in termini di promesse di liberalità d'uso, "poi attuate mediante la prestazione di lavoro subordinato, dopo l'accettazione dell'ente"¹⁸⁵, vi è chi ha ricondotto tale relazione ad un vero e proprio rapporto giuridico contrattuale, originato da un contratto di associazione, in esecuzione del quale risulta svolta l'attività prestata dal volontario, "come tale assistita da una valida giustificazione giuridica che preclude al volontario l'esperimento dell'azione di ingiustificato arricchimento"¹⁸⁶. Ed invero, sul riconoscimento della fonte contrattuale del rapporto di volontariato appare - seppur sulla base di diversificate prospettazioni, come si è già avuto modo di evidenziare nel precedente paragrafo - oramai concorde la dottrina prevalente¹⁸⁷, che correttamente rinvia la qualificazione giuridica del rapporto alla concreta configurazione che, di fatto, può assumere il lavoro del volontario¹⁸⁸.

Del pari, non ci sembra rinvenibile nella legge n. 266 del 1991 la volontà di configurare un "nuovo tipo contrattuale" - da identificarsi nel lavoro volontario - sostenuta da chi, nell'impossibilità di ricondurre tale attività nello schema del lavoro subordinato, autonomo, o in "qualsivoglia altro ambito regolativo tipico", ritiene che "l'unica qualificazione possibile e residuale appare quella che si limita a riconoscere e a "tipizzare" la "specie", come autonoma e separata, in ragione della finalità solidaristica della prestazione eseguita all'interno di una "speciale" organizzazione"¹⁸⁹. Al di là del fatto che le norme della legge-quadro risultano dotate di una portata circoscritta al campo di applicazione della legge stessa¹⁹⁰, sembra maggiormente convincente la posizione di chi ritiene che con questa legge il legislatore, più che arricchire la tipologia dei rapporti di lavoro subordinato, ha tentato di "collocare al di fuori della logica giuslavoristica relazioni intersoggettive in cui il lavoro di un soggetto in un'organizzazione non propria è pur sempre un dato di fatto incontrovertibile"¹⁹¹.

Ci sembra, infine, che la definizione legale dell'attività di volontariato fornita dalla legge-quadro consenta di superare le incertezze connesse alla qualificazione del rapporto di lavoro del volontario - derivanti dalla confusione tra lavoro volontario e lavoro subordinato - operando in favore delle organizzazioni di volontariato, nel senso di limitare notevolmente le rivendicazioni "postume" dei volontari, con tutte le conseguenze relative a pretese retributive ed applicabilità integrale della disciplina propria del lavoro subordinato¹⁹², risultato che appare sostanzialmente raggiunto "mediante la (implicita)

¹⁸⁴ L'assimilazione della predetta attività ad un'obbligazione naturale è prospettata da GHERA, 1996, 68, secondo il quale "l'adempimento di tali doveri non produce altri effetti, ma comporta solo l'esclusione della ripetizione di ciò che è stato spontaneamente pagato". *Contra*, v. ANGELONI, 1994, 297 ss. il quale non individua nell'esplicazione dell'attività del volontario il raggiungimento di quei "doveri della morale collettiva" - ovvero "sentiti in modo particolarmente intenso dalla coscienza sociale di una determinata società in un determinato momento storico, la cui inosservanza comporta riprovazione sociale" - in cui devono necessariamente consistere i "doveri morali e sociali" di cui all'art. 2034 c.c.

¹⁸⁵ MENGHINI, 1989, 155 e, in senso più problematico, *Id.*, 1992, 73.

¹⁸⁶ ANGELONI, 1994, 307 ss. e spec. 316. V. anche PANUCCIO, 1993, 1090-1091, secondo il quale poi la difficoltà derivante dall'esclusione - attraverso tale ricostruzione - della forma giuridica della fondazione potrebbe essere superata ricorrendo o "alla costituzione di un tipo associativo, strumentale alla realizzazione degli scopi della fondazione", o "a collegamenti fra associazioni e fondazioni, con cause miste".

¹⁸⁷ Agli autori richiamati *supra* nelle note 170 ss., *adde* GAROFALO, 1992, 54, spec. 388, secondo cui con la legge n. 266/91 "il contratto di lavoro gratuito...cessa di essere un contratto innominato e trova un suo riconoscimento", con la conseguenza che risulta "confermata la tesi di chi ammetteva il riconoscimento ex art. 1322, comma 2, cod. civ., di un simile contratto, distinguendone la fattispecie da quelle nelle quali la prestazione di lavoro viene dedotta in un contratto oneroso...sulla base della mancanza del fine di lucro nel programma contrattuale". *Contra*, v. la già ricordata posizione di MARIANI, 1993, 794, sulla base dell'asserita negazione della configurabilità del volontariato come rapporto giuridico patrimoniale.

¹⁸⁸ ANGELONI, 1994, 318 e, in senso conforme, PIZZOFERRATO, 1995, 453.

¹⁸⁹ MONTUSCHI, 1993, 1, spec. 34. La nascita di un nuovo tipo contrattuale è sostenuta anche da OLIVELLI, 1991, 206; GAROFALO, 1992, 388; e LASSANDARI, 1997, 1, 361.

¹⁹⁰ *Contra*, GAROFALO, 1992, 388.

¹⁹¹ RUSCIANO, 1992, 425-426. Nega la tipizzazione dell'attività di cui all'art. 2, comma 1, l. n. 266/91 anche ANGELONI, 1994, 282; MENGHINI, 1992, 72; CARINCI, 1999, 15; PIZZOFERRATO, 1999, 111.

¹⁹² Così LIPARI, 1997, 21, secondo il quale la legge-quadro sul volontariato ha "un ruolo all'un tempo più incidente e più limitato di quanto non sia apparso. Più incidente perché ... può essere assunta a sintomo di una realtà diffusa e capillare ... più limitato, perché non giuridicizza fatti prima affidati ad una dimensione metagiuridica, ma si limita ... ad evitare i rischi di una possibile confusione del rapporto volontario con quello di lavoro subordinato".

previsione di una presunzione di gratuità dell'attività esercitata a favore e nell'ambito delle organizzazioni individuate nel testo normativo, che va ad aggiungersi alle presunzioni semplici di gratuità, elaborate dalla giurisprudenza in materia di lavoro familiare e religioso¹⁹³.

Una conferma di questa ricostruzione può cogliersi negli orientamenti della più recente giurisprudenza, tesa a contrastare i rischi di "abuso" del volontariato¹⁹⁴. Appare infatti assai emblematico che, in sede giudiziaria, ove rilevato un uso fraudolento dello schema dell'attività di volontariato, si sia andato a colpire non tanto il "rapporto di lavoro" - riconoscendone il carattere della subordinazione - ma piuttosto l'organizzazione di volontariato, disponendone la cancellazione dai registri regionali e, quindi, la decadenza dal sistema dei benefici legislativi. Così ad esempio, a fronte della rilevata assenza del requisito della gratuità delle prestazioni rese nello svolgimento dell'ordinaria attività, si è ritenuto legittimo il provvedimento di cancellazione dal registro generale delle organizzazioni di volontariato, rilevandosi che "il divieto di remunerazione dell'attività di volontariato che l'art. 2 l. 11 agosto 1991 n. 266 pone come condizione per l'iscrizione delle istituzioni private di volontariato nell'apposito registro e per la conseguenziale fruizione dei contributi pubblici e delle agevolazioni fiscali riguarda, non solo il singolo aderente, ma in primo luogo l'ente nel quale questo opera"¹⁹⁵. D'altra parte, ancor più significativamente, si è ritenuto inapplicabile il diritto alla giusta retribuzione ai sensi dell'art. 2126 c.c. al volontario che abbia prestato - nell'ambito di attività associative - la propria attività con modalità riconducibili allo schema della subordinazione¹⁹⁶; ritenendosi addirittura che "le attività svolte ... a favore di un'associazione di volontariato in linea con lo scopo statutario e finalizzate alla realizzazione dello stesso si qualificano come prestazioni volontariamente gratuite estranee allo schema della subordinazione", anche se si esplicano nello svolgimento di attività incentivate con modeste somme di denaro¹⁹⁷.

2.3.3. Le agevolazioni per il volontario lavoratore

Il legislatore del 1991 si è infine preoccupato di tutelare lo svolgimento dell'attività di volontariato anche nell'ambito del rapporto lavorativo, sia privato che pubblico. Sotto il primo profilo, al lavoratore impegnato nelle organizzazioni di volontariato viene riconosciuto il diritto di "usufruire delle forme di flessibilità di orario di lavoro o delle turnazioni previste dai contratti o accordi collettivi, compatibilmente con l'organizzazione aziendale" (art. 17, comma 1, l. n. 266/91). E' stato correttamente osservato come la formulazione della norma risulti, sul punto, scarsamente incisiva, andando sostanzialmente incontro ad una duplice limitazione: da una parte, infatti, le parti collettive restano libere di prevedere o meno le predette agevolazioni¹⁹⁸; e, dall'altra, l'eventuale fruizione delle stesse - laddove previste - risulta possibile pur sempre *nel limite della compatibilità con le esigenze aziendali*.

Con riferimento ai lavoratori dipendenti dalle pubbliche amministrazioni, l'art. 17, comma 2, della l. n. 266/91 aveva provveduto ad aggiungere un comma all'art. 3 della l. 29 marzo 1983, n. 93, ove si demandava agli accordi sindacali la disciplina dei criteri "per consentire ai lavoratori, che prestino

¹⁹³ PIZZOFERRATO, 1995, 449; e già MARIANI, 1993, 791, secondo il quale - peraltro - appare sempre necessaria un'indagine sull'*animus* del volontario, effettuabile solo caso per caso; in termini RIGANO, 1995, 64, nota 171, e MENGHINI, 1992, 73, spec. nota 140. Sull'esclusione - ai fini della qualificazione giuridica del rapporto di volontariato svolto presso l'organizzazione cui il volontario aderisce - di siffatta indagine, v. CANAVESI, 1991; e PANUCCIO, 1987.

¹⁹⁴ Già prima della legge n. 266 del 1991 si era evidenziato in dottrina il rischio di una duplice strumentalizzazione dell'attività di volontariato, nel senso del suo possibile utilizzo sia per coprire fenomeni di sottoretribuzione, sia per la "canalizzazione" di finanziamenti pubblici: DELL'OLIO, 1986, 7.

¹⁹⁵ Così T.A.R. Puglia, sez. II Bari, 21-10-1995, n. 963, TAR, 1995, I, 4989 ss.; e anche ID., sez. II Lecce, 7-6-1996, n. 440, *ivi*, 1996, I, 3465 ss.

¹⁹⁶ Cons. Stato, Sez. VI, 30-6-1997, n. 1012, FA, 1997, 1703, rispetto ad un'ipotesi di attività di volontariato svolta presso un centro trasfusionale ospedaliero.

¹⁹⁷ Trib. Firenze, 15-5-1996, n. 194, in *Toscana lavoro giurisprudenza*, 1996, 4, 1102, che - nel pronunciarsi sulla qualificazione giuridica dell'attività lavorativa svolta presso organizzazioni di volontariato - sembra aver posto peculiare rilievo sia sulla "scontata" certezza dell'intento delle parti di rapportarsi su un piano di gratuito volontariato, sia sull'attenta ricostruzione dello scopo sociale dell'associazione e dei relativi obblighi operativi finalizzati alla realizzazione dello stesso. La ricostruzione del rapporto intercorrente tra i ricorrenti e l'associazione di volontariato è operata anche da Pret. Bergamo, 18-8-1995, n. 450, in *Ibf. prev.*, 1995, II, 1249, il quale - muovendo dalla constatata inesistenza del rapporto associativo e dalla presenza, invece, di modalità concrete di svolgimento dell'attività lavorativa tipiche della subordinazione, - ha riconosciuto il carattere subordinato dell'attività lavorativa (nella specie, assista) prestata dai ricorrenti.

¹⁹⁸ Cfr. MARIANI, 1993b, 906, il quale parla, al riguardo, di "una sorta di invito a contrattare, privo di qualunque portata giuridica (*id est*: cogente) vera e propria". Sulla possibile configurazione, in capo alle parti, di un obbligo a contrarre, nonché sulle conseguenze derivanti dalla sua violazione, si interroga GAROFALO, 1992, 389.

nell'ambito del comune di abituale dimora la loro opera volontaria e gratuita in favore di organizzazioni di volontariato riconosciute idonee dalla normativa in materia, di usufruire di particolari forme di flessibilità degli orari di lavoro e di turnazioni, compatibilmente con l'organizzazione dell'amministrazione di appartenenza". Ferme restando - in ragione dell'analoga formulazione utilizzata nei due commi - anche per il settore pubblico le medesime considerazioni già svolte per il settore privato, questa seconda disposizione appariva in realtà ulteriormente limitativa rispetto alla prima, prevedendosi il riconoscimento delle suddette agevolazioni esclusivamente ai lavoratori che svolgevano l'attività di volontariato "nell'ambito del comune di abituale dimora". I dubbi interpretativi sollevati sul punto¹⁹⁹ possono ritenersi in realtà oramai superati in seguito alla esplicita abrogazione dell'art. 3 della l. n. 93 del 1983 ad opera dell'art. 74, comma 1, d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29. Il principio del sostegno all'attività del volontariato svolta dal pubblico dipendente risulta oggi rinvenibile nell'art. 7, comma 3, del medesimo decreto legislativo (come sostituito dall'art. 5 del d.lgs. 23 dicembre 1993, n. 546), ove viene riconosciuto alle amministrazioni pubbliche il compito di individuare "criteri certi di priorità nell'impiego flessibile del personale, purché compatibile con l'organizzazione degli uffici e del lavoro, a favore dei dipendenti...impegnati in attività di volontariato ai sensi della legge 11 agosto 1991, n. 266".

Venuto meno il limite "territoriale" di esplicazione dell'attività del volontario²⁰⁰, la stessa rimane subordinata - anche nell'attuale formulazione - non solo alla compatibilità con l'organizzazione interna, ma anche al necessario intervento di una ulteriore fonte applicativa delle predette previsioni, che da bilaterale (accordi sindacali), diviene ora unilaterale (la pubblica amministrazione), rientrando quindi tale materia nei poteri gestionali del dirigente di cui agli artt. 16 e 17 del decreto legislativo n. 29/93²⁰¹. Invero, anche in alcuni dei contratti collettivi nazionali di comparto appaiono ribadite - generalmente attraverso il ricorso a formulazioni di principio, meramente ripetitive del disposto legislativo - le previsioni di *favore* verso la partecipazione del personale alle attività delle associazioni di volontariato di cui alla legge-quadro n. 266/91: si pensi al riconoscimento, anche a favore dei suddetti dipendenti²⁰², della priorità nel ricorso a forme di impiego flessibile²⁰³, "anche nei casi in cui lo stesso orario non venga adottato dall'ufficio di appartenenza"²⁰⁴. Ed invero, la particolare sensibilità delle parti sociali verso il coinvolgimento del dipendente in attività extra-lavorative di interesse sociale sembra emergere soprattutto dall'inserimento - all'interno delle disposizioni concernenti i *permessi retribuiti* - di previsioni che riconoscono agli enti la possibilità (pur sempre, quindi, legata ad un atto discrezionale della pubblica amministrazione) di favorire "la partecipazione del personale alle attività delle Associazioni di volontariato mediante idonea articolazione degli orari di lavoro"²⁰⁵.

1. Il lavoro nelle cooperative sociali

a. Il lavoro associato: cenni

Il rapporto di lavoro subordinato delineato dall'art. 2094 del codice civile è pacificamente considerato un rapporto di scambio, articolato intorno a due obbligazioni principali: da un lato, l'attività lavorativa, dall'altro, la retribuzione. Accanto ad esso sono poi rinvenibili altri rapporti che presentano una forte analogia con il lavoro subordinato, sotto il profilo della sottoprotezione economico-sociale di uno dei due contraenti. E' questo il caso dei rapporti a carattere associativo, che si fondano, invece, sull'interesse comune al buon andamento di un'attività economica, da cui dipende la soddisfazione di ciascun associato (VALLEBONA, 1999, 17), nonché sul possesso comuni dei mezzi di produzione e sulla

¹⁹⁹ V. ancora MARIANI, 1993b, 908.

²⁰⁰ Ferme restando, peraltro, la possibilità per le amministrazioni pubbliche di individuare altri criteri volti a delimitare l'ambito (anche territoriale) di svolgimento dell'attività di volontariato da parte dei propri dipendenti.

²⁰¹ Così PAOLUCCI, 1995, 335.

²⁰² Oltre a coloro che si trovano "in situazioni di svantaggio personale, sociale e familiare".

²⁰³ Art. 17, comma 4, lett. e), CCNL delle Regioni e Autonomie locali, 15-3-1995; art. 17, comma 3, lett. d), CCNL degli Enti pubblici non economici, 28 marzo 1995; art. 18, comma 2, lett. e), CCNL della Sanità, 26-7-1995; art. 20, comma 3, lett. e), CCNL delle Università, 6-3-1996; art. 5, comma 3, lett. d), CCNL degli Enti di ricerca, 17-5-1996.

²⁰⁴ V. art. 3, comma 2, dell'Accordo stipulato il 14-11-1995, per il completamento degli istituti relativi all'orario di lavoro, ai sensi dell'art. 19, comma 5, del CCNL del comparto dei Ministeri, già sottoscritto il 16-5-1995.

²⁰⁵ Art. 19, comma 10, CCNL delle Regioni e Autonomie locali, cit.; art. 19, comma 10, CCNL degli Enti pubblici non economici, cit.; art. 21, comma 8, CCNL della Sanità, cit.; art. 23, comma 10, CCNL dell'Università, cit.; art. 9, comma 10, CCNL degli Enti di ricerca, cit. Per un'analisi delle previsioni contenute nei contratti collettivi del settore privato, v. BENTIVOGLI, 1994.

partecipazione democratica alle decisioni dell'impresa. Nell'ambito di tale tipologia di rapporti, la figura più importante è indubbiamente quella del lavoro in cooperativa, svolto dai soci di società cooperative in vista del perseguimento di uno scopo mutualistico che, per le cooperative di produzione e lavoro, consiste nel fornire direttamente occasioni di lavoro ai soci.

Sotto il profilo lavoristico, una delle questioni maggiormente dibattute dalla dottrina e dalla giurisprudenza concerne la cumulabilità, in capo al socio di cooperativa, della posizione di lavoratore subordinato o autonomo. Fin dai primi anni '60 la giurisprudenza ha al riguardo ritenuto che le società cooperative di produzione e lavoro - per lo scopo mutualistico che caratterizza il contratto sociale e che si realizza mediante l'utilizzazione delle prestazioni lavorative dei soci - non hanno finalità di lucro e non si pongono quindi, rispetto ai soci-lavoratori nella posizione tipica del datore di lavoro, salva la possibilità di coesistenza nello stesso soggetto della qualità di socio e di lavoratore subordinato allorché sia prestata attività lavorativa diversa ed estranea rispetto a quella che il socio lavoratore sia obbligato a conferire in base al contratto sociale. Da ciò consegue che il rapporto intercorrente con il socio lavoratore - avente per oggetto prestazioni rivolte al conseguimento dei fini istituzionali della cooperativa - non ha natura di rapporto di lavoro subordinato, bensì è espressione del persistente rapporto societario, non ostando che detto socio sia tenuto all'osservanza dell'orario di lavoro e dei turni di servizio, né che percepisca un compenso commisurato alle giornate di effettivo lavoro e che sia soggetto alle assicurazioni sociali²⁰⁶. In tali ipotesi non viene, quindi, fatta operare la presunzione di lavoro subordinato, operando piuttosto la presunzione contraria: il giudice tende cioè a ritenere che qualsiasi prestazione di lavoro - data la mancanza di due distinti ed antagonisti centri di interesse - sia fornita alla stregua del principio mutualistico ed in adempimento del contratto sociale, e non costituisca quindi oggetto di un rapporto di lavoro subordinato o autonomo o di prestazione coordinata e continuativa; la coesistenza di un rapporto associativo-cooperativistico e di un rapporto di lavoro subordinato è ammessa solo "qualora l'attività lavorativa svolta dal socio sia diversa ed estranea all'oggetto specifico dell'esercizio dell'impresa sociale"²⁰⁷.

Dalla generale non configurabilità, in capo al socio lavoratore, di un rapporto di lavoro subordinato discendono numerose conseguenze concernenti la disciplina applicabile all'attività da questi prestata. Si è così affermato che i compensi percepiti dal socio lavoratore non costituiscono retribuzione corrispettiva del lavoro, ma semplice ripartizione dei ricavi sociali²⁰⁸; ad essi non trovano quindi applicazione i principi di cui all'art. 36 Cost., ma la disciplina prevista dall'art. 45 Cost. a tutela della cooperazione²⁰⁹.

Ancora, al lavoro in cooperativa si applicano le tutele proprie del lavoro subordinato solo se ad esso espressamente estese dal legislatore, come è avvenuto in materia di orario di lavoro, riposi, prospettati paga, maternità, licenziamento collettivo e CIGS, previdenza, fondo di garanzia per il t.f.r. e le ultime retribuzioni^{210 211}.

Estremamente dibattuta è poi l'applicabilità del rito del lavoro alle controversie tra il socio e la società cooperativa. In contrasto con un prevalente orientamento giurisprudenziale che negava la competenza del giudice del lavoro - non attenendo tali controversie né ad un rapporto di lavoro

²⁰⁶ Cfr., *ex plurimis*, Cass. 22 agosto 1966, n. 2269, in *Foro It.*, 1966, I, 1294; Cass., 26 ottobre 1977, n. 4611, 1978, I, 414; Cass., 4 maggio 1983, n. 3068, *Iv.*, 1983, I, 814; Cass., 17 giugno 1988, n. 4145, in *Riv. Giur. Lav.*, 1989, II, 94; Cass. 18 aprile 1995, n. 4324, in *Mass. Giur. Lav.*, 1995, suppl., 29.

²⁰⁷ Cass. 28 maggio 1980, n. 3527, in *Riv. Giur. Lav.*, 1980, II, 1172; Cass. 8 settembre 1988, n. 5095, in *Notiz. Giur. Lav.*, 1988, 436; Cass. S.U., 29 marzo 1989, n. 1530, in *Foro It.*, 1989, I, 2181; Cass. S.U. 28 dicembre 1989, n. 5813, in *Giur. Cost.*, 1990, I, 1537, con nota di FERRONI; in *Società*, 1989, 692, con nota di PROTETTI; Cass. 30 dicembre 1994, n. 11328, in *Dir. Prat. Lav.*, 1995, 18, 1283; Cass. 13 gennaio 1996, n. 221, *Iv.*, 1996, 17, 1184.

²⁰⁸ Cass. 4 maggio 1983, n. 3068, *cit.*; Cass. 17 giugno 1988, n. 4145, *cit.*; Cass. 21 febbraio 1989, n. 992, in *Rep. Foro It.*, 1989, voce *Lavoro (rapporto)*, 607.

²⁰⁹ Cass. 17 giugno 1988, n. 4145, *cit.*; Cass. 12 dicembre 1986, n. 7434; Cass. 25 marzo 1986, n. 2126; Cass. 16 ottobre 1985, n. 5090, in *Giust. Civ.*, 1986, I, 66; Cass. 11 aprile 1985, n. 2390. In dottrina, l'inapplicabilità dell'art. 36 Cost. è sostenuta da VALLEBONA, 1991, 296; *contra*, ANDREONI, 1999, 80.

²¹⁰ Sul processo, sia legislativo che giurisprudenziale, di progressiva estensione ai soci lavoratori di tali tutele, v. ZOLI, 1996, 106; LASSANDARI, 1998, 62 ss.; MARIANI, 1997, 459.

²¹¹ Non si applica, invece, la normativa di limitazione del potere di licenziamento, dal momento che l'esclusione del socio non è equiparabile al licenziamento del dipendente: Cass. 26 ottobre 1977, n. 4611, in *Foro It.*, 1978, I, 414; Cass. 9 ottobre 1979, n. 5214, in *Rep. Foro It.*, voce *Lavoro (rapporto)*, 308; Cass. 14 gennaio 1985, n. 56, in *Riv. Giur. Lav.*, 1985, II, 381; Cass. 24 dicembre n. 13030, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1998, II, 837. Parimenti, non si applicano le garanzie formali del contraddittorio sancite dall'art. 7 dello Statuto dei lavoratori per le sanzioni disciplinari irrogate dal datore di lavoro al lavoratore: Cass. 4 aprile 1997, n. 2941, in *Mass.*, 1997.

subordinato (art. 409, n. 1, c.p.c.) né ad un rapporto di lavoro autonomo parasubordinato (art. 409, n. 3, c.p.c.), dei quali manca la tipica causa di scambio corrispettivo²¹² - si è posta da ultimo la Cassazione a Sezioni Unite secondo la quale "La controversia fra il socio e la cooperativa di produzione e lavoro, attinente a prestazioni lavorative comprese fra quelle che il patto sociale pone a carico dei soci per il conseguimento dei fini istituzionali, rientra nella competenza del giudice del lavoro, in quanto il rapporto da cui trae origine, pur da qualificare come associativo invece che di lavoro subordinato, è comunque equiparabile - al pari di quelli relativi all'impresa familiare - ai vari rapporti previsti dall'art. 409 cod. proc. civ. in considerazione della progressiva estensione operata dal legislatore di istituti e discipline propri dei lavoratori subordinati (da ultimo ai fini della procedura dell'intervento straordinario di integrazione salariale e di quella di mobilità ex art. 8 D.L. 20 maggio 1993 n. 148, convertito in legge 19 luglio 1993 n. 236), dovendo alla graduale applicazione al socio cooperatore della tutela sostanziale propria del lavoratore subordinato corrispondere un'analoga estensione della tutela processuale"²¹³.

Ed in effetti, appare oramai innegabile come il legislatore abbia di recente, in più occasioni, esteso al socio lavoratore tutele tipiche del rapporto di lavoro subordinato. Basti qui ricordare l'equiparazione del socio lavoratore di cooperativa al lavoratore subordinato - prevista dal d.lgs. n. 626/94 - ai fini della individuazione dell'ambito soggettivo di applicazione della nuova normativa sulla salute e sicurezza dei lavoratori; l'estensione della disciplina in materia di licenziamenti collettivi e mobilità (art. 8, co. 2, del d. l. n. 148/93, conv. in l. n. 236/93)²¹⁴, nonché di indennità di disoccupazione e del fondo di garanzia per il t.f.r. (art. 24, l. n. 196/97); e ancora, da ultimo, quella concernente lo sgravio contributivo, in misura totale, per i nuovi assunti in aree del Mezzogiorno, che viene riconosciuto "anche alle società cooperative di lavoro, relativamente ai nuovi soci lavoratori con i quali venga instaurato un rapporto di lavoro assimilabile a quello di lavoratori dipendenti" (art. 3, l. 448/98).

Affiora, nel contempo, un nuovo orientamento della giurisprudenza di legittimità che - nell'accogliere una tesi dottrinale oramai maggioritaria²¹⁵ - si mostra incline a riconoscere l'insussistenza, in linea di principio, di "alcuna insanabile contraddizione o incompatibilità tra la qualità di socio di cooperativa e la prestazione di lavoro subordinato, ancorché quest'ultima sia coincidente con le finalità sociali". "In un campo ancora dominato dal principio dell'autonomia privata resta pur sempre indispensabile accertare quale e' stata la comune intenzione delle parti all'atto della stipulazione del contratto e con quali modalità e comportamenti il rapporto si sia venuto svolgendo nel tempo. In questo, come in altri settori, la qualificazione, in termini di autonomia o di subordinazione, del rapporto di lavoro, va pur sempre ricollegata, non già alla omogeneità o eterogeneità rispetto alle finalità sociali dell'attività prestata, bensì alla presenza o meno di quegli elementi che, secondo la dottrina e la giurisprudenza, tradizionalmente valgono ad individuare il lavoro subordinato e a differenziarlo da quello autonomo: in particolare, al fine di verificare la sussistenza di un rapporto di lavoro associativo ovvero di lavoro subordinato, occorre accertare se il corrispettivo dell'attività lavorativa escluda o meno un apprezzabile rischio, se colui che la esplica sia assoggettato al potere disciplinare e gerarchico della persona o

²¹² Cfr., tra le molte, Cass. 18 giugno 1985, n. 3671, in *Foro It.*, 1986, I, 1004; Cass. S.U. 28 dicembre 1989, n. 5813, cit.; Cass. 22 ottobre 1994, n. 8687, in *Mass. Giur. Lav.*, 1995, suppl., 2; Cass. 25 marzo 1997, n. 2635, in *Rep. Foro It.*, 1997, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, 60; Cass. 4 aprile 1997, n. 2941, *ivi*, 59. *Contra*, sulla base di una interpretazione dell'art. 409, n. 3, c.p.c. che prescinde dalla causa del contratto, v. Cass. 17 gennaio 1989, n. 191, in *Rep. Foro It.*, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, 72; Cass. 14 giugno 1990, n. 5780, in *Mass. Giur. Lav.*, 1990, suppl., 96; Cass. 26 maggio 1997, n. 4662, in *Mass. Giur. Lav.*, 1997, 940.

²¹³ Cass. S.U., 30 ottobre 1998, n. 10906, in *Mass. Giur. Lav.*, 1999, 2, 192, con nota di BOGHETTICH, *Socio di società cooperativa di produzione e lavoro: qualificazione del rapporto e giudice competente*; in *Le Società*, 1999, 305, con nota di BONFANTE, *Lavoro in cooperativa e competenza del giudice del lavoro: il nuovo orientamento della Cassazione*; in *Oriente Giur. Lav.*, 1998, I, 1069; in *Giust. civ.*, 1999, I, 62, con nota di GIACALONE, *Cooperative di produzione e lavoro e competenza del giudice del lavoro*; in *Riv. Giur. Lav.*, 1999, II, 349, con nota di MADERA, *Le sezioni unite e la nuova figura del socio lavoratore "cotimprenditore": regolamento di competenza e primi commenti al disegno di legge sulle nuove norme in tema di cooperazione (11 settembre 1998, n. 3512. In senso critico v., in dottrina, VALLEBONA, 1999, 19-20.*

²¹⁴ Sull'estensione di questi istituti alle cooperative di lavoro si sofferma MARIANI, 1997, 460, secondo il quale tale equiparazione "pare destinata ad incidere anche sulla qualificazione della fattispecie", dal momento che soprattutto l'estensione della CIGS "smentisce la partecipazione del socio al rischio d'impresa, che, viceversa, dovrebbe costituire l'inevitabile corollario dell'assunto giusta il quale il socio medesimo sarebbe 'imprenditore di se stesso'".

²¹⁵ BIAGI, 1983, spec. 75 ss., il quale sottolinea la condizione di affinità tra la posizione del socio di una cooperativa di lavoro (specie se medio-grande) e le condizioni del lavoratore subordinato, tentando così di configurare, accanto al rapporto mutualistico, un vero e proprio rapporto di lavoro subordinato. V. anche GALGANO, 1976; e BONFANTE, 1997.

dell'organo che assume le scelte di fondo nell'organizzazione delle persone e dei beni e, ancora, se il prestatore abbia un potere di controllo sulla gestione economica dell'impresa"²¹⁶.

3.2. Il lavoro nelle cooperative sociali

All'interno dell'ampio panorama associativo si colloca e riveste, ai fini della presente ricerca, un'importanza del tutto peculiare la l. 8 agosto 1991, n. 381²¹⁷, concernente la "Disciplina delle cooperative sociali".

Tale legge si ricollega idealmente alla normativa prevista dalla legge quadro sul volontariato, dal momento che prevede la presenza, accanto agli eventuali lavoratori subordinati alle dirette dipendenze della cooperativa sociale, ai soci ordinari ed a quelli svantaggiati, di soci volontari: il già ricordato carattere della prevalenza di lavoratori volontari, richiesto ai fini della costituzione dell'organizzazione di volontariato, consente però di operare una netta differenziazione rispetto alla composizione delle cooperative sociali. Queste ultime, costituite - ai sensi dell'art. 1, comma 1, della l. n. 381 del 1991 - al fine di perseguire l'"interesse generale della comunità alla promozione umana e all'integrazione sociale dei cittadini", possono avere ad oggetto, da una parte, "la gestione dei servizi socio-sanitari ed educativi" (lettera a); dall'altra, lo svolgimento di attività diverse - agricole, industriali, commerciali o di servizi - finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate (lettera b)²¹⁸. La portata innovativa della legge in esame è stata correttamente rinvenuta nel "riconoscimento di una particolare ed inedita attività di impresa, qualificata proprio dal fine di solidarietà" (RIGANO, 1995, 58): e del resto lo stesso giudice delle leggi è giunto ad affermare che la cooperazione sociale rappresenta un "paradigma di azione collettiva", andando ricomprese sotto il nome di cooperativa sociale le "attività di promozione umana e di integrazione sociale dei cittadini, e in particolare di quelli svantaggiati, riconducibili al principio di solidarietà sociale solennemente proclamato dall'art. 2 della Costituzione, il cui sviluppo ed il cui sostegno rappresentano un compito che coinvolge l'intera comunità nazionale..."²¹⁹. Anche per le

²¹⁶ Cass. 3 marzo 1998, n. 2315, in *Società*, 1998, 1035, con nota di BONFANTE, *Mutualità e lavoro subordinato: fine di un'incompatibilità?*; in *Mass. Giur. Lav.*, 1998, 416, con nota di DE ROBERTIS, *Il socio di cooperativa di produzione e lavoro è davvero un lavoratore subordinato?*; in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1998, II, 486, con nota di NOGLER, *Nuove incertezze sulla qualificazione della prestazione lavorativa del socio della cooperativa*; nel medesimo senso, v. già Cass. 2 marzo 1989, n. 1170, in *Società*, 1989, n. 7, 692, con nota di PROTETTI; Cass. 22 luglio 1992, n. 8836, in *Mass.*, 1992; Cass. 29 luglio 1994, n. 7109, in *Giur. It.*, 1995, I, 1, 553; Cass. 21 marzo 1995, n. 3250, in *Società*, 1995, n. 7, 914; Cass. 20 novembre 1995, n. 12009. Al riguardo, devono però qui ricordarsi le considerazioni svolte dal giudice delle leggi (sent. 12 febbraio 1996, n. 30, ma già anche in sent. 20 luglio 1995, n. 334) che - nel dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, co. 1, della l. 29 maggio 1982, n. 297, nella parte in cui non prevede la tutela del Fondo di garanzia per il trattamento di fine rapporto anche in favore dei soci delle cooperative di produzione e lavoro, ai quali il diritto a tale trattamento sia attribuito dall'atto costitutivo della società o da una delibera successiva di modificazione del medesimo - ha ribadito la prevalente concezione societaria del lavoro in cooperativa, precisando che, allo stato attuale del nostro ordinamento, risulta ancora incompiuto il "processo legislativo di detipizzazione del contratto di lavoro, nel senso di collegare la tutela del lavoratore subordinato alla prestazione in sé considerata, indipendentemente dal tipo di contratto in cui è dedotta". Per l'applicazione degli aspetti della tutela del lavoro concernenti la retribuzione, "assume rilievo non tanto lo svolgimento di fatto di un'attività di lavoro connotata da elementi di subordinazione, quanto il tipo di interessi cui l'attività è funzionalizzata e il corrispondente assetto di situazioni giuridiche in cui è inserita. Devono cioè concorrere tutte le condizioni che definiscono la subordinazione in senso stretto, peculiare del rapporto di lavoro, la quale è un concetto più pregnante e insieme qualitativamente diverso dalla subordinazione riscontrabile in altri contratti coinvolgenti la capacità di lavoro di una delle parti. La differenza è determinata dal concorso di due condizioni che negli altri casi non si trovano mai congiunte: l'alienità (nel senso di destinazione esclusiva ad altri) del risultato per il cui conseguimento la prestazione di lavoro è utilizzata, e l'alienità dell'organizzazione produttiva in cui la prestazione si inserisce. Quando è integrata da queste due condizioni, la subordinazione non è semplicemente un modo di essere della prestazione dedotta in contratto, ma è una qualificazione della prestazione derivante dal tipo di regolamento di interessi prescelto dalle parti con la stipulazione di un contratto di lavoro, comportante l'incorporazione della prestazione di lavoro in una organizzazione produttiva sulla quale il lavoratore non ha alcun potere di controllo, essendo costituita per uno scopo in ordine al quale egli non ha alcun interesse (individuale) giuridicamente tutelato. A differenza del prestatore di lavoro definito dall'art. 2094 c.c., il socio lavoratore di una cooperativa di lavoro è vincolato da un contratto che, se da un lato lo obbliga a una prestazione continuativa di lavoro in stato di subordinazione rispetto alla società, dall'altro lo rende partecipe dello scopo dell'impresa collettiva e corrispondentemente gli attribuisce poteri e diritti di concorrere alla formazione della volontà della società, di controllo sulla gestione sociale e infine il diritto ad una quota degli utili".

²¹⁷ Come modificata dalla l. 6 febbraio 1996, n. 52.

²¹⁸ Per un esame complessivo della l. n. 381/91, v. MARIANI, 1992, I, 209 ss., il quale ricorda come, nei lavori preparatori, si rinveniva talora l'utilizzo di due diverse denominazioni, rispettivamente di "cooperative di solidarietà sociale" e di "cooperative di produzione e lavoro integrate". L'analisi del lavoro svolto nelle cooperative sociali si rinviene in DONDÌ, 1999, 547 e PIZZOFERRATO, 1999, 115 ss.; alcuni spunti anche in BIAGI, 1991, 3289.

²¹⁹ Corte cost. 28-4-1992, n. 202, *GiC*, 1992, 1838.

cooperative sociali il legislatore ha previsto - quale componente qualificante dell'attività di solidarietà - la gratuità delle prestazioni rese da alcuni aderenti: l'art. 2 della legge n. 381/91 riconosce infatti agli statuti la possibilità di prevedere la presenza di soci volontari - in numero non superiore alla metà del numero complessivo dei soci della cooperativa stessa - che prestano la loro attività gratuitamente e ai quali può essere corrisposto "soltanto il rimborso delle spese effettivamente sostenute e documentate sulla base di parametri stabiliti dalla cooperativa sociale per la totalità dei soci". A ben vedere, peraltro, la presenza dei soci volontari nelle cooperative sociali è non solo parziale, ma anche eventuale, a differenza delle organizzazioni di volontariato di cui alla l. n. 266/91, che si avvalgono "in modo determinante e prevalente" delle prestazioni dei propri aderenti.

Obbligatoria risulta, invece, la presenza dei soci svantaggiati²²⁰, nella misura minima del 30 per cento dell'insieme dei lavoratori della cooperativa sociale, ma solo con riguardo a quelle di inserimento lavorativo di cui alla lett. b) dell'art. 1, co. 1, l. n. 381/91²²¹; per essi risultano inoltre azzerate le aliquote contributive previdenziali (art. 4, co. 3).

Con riferimento alla disciplina della prestazione lavorativa svolta all'interno della cooperativa sociale, di particolare rilievo appaiono i contenuti del contratto collettivo nazionale per le cooperative sociali, siglato il 1° aprile 1992 e rinnovato il 27 maggio 1997, per il periodo 1° aprile 1995-31 dicembre 1997, con clausola di rinnovo tacito annuale²²². Fermo restando che il rapporto del socio volontario con la società cooperativa rimane regolato dalla l. n. 381 e dalle clausole degli atti costitutivi delle singole cooperative sociali (art. 2, co. 3, l. n. 381²²³), il CCNL offusca "l'elemento di strutturale diversità fra i concorrenti paradigmi negoziali, rinvenibile in particolare nella partecipazione alla gestione dei mezzi di produzione ed ai risultati economici" (PIZZOFERRATO, 1999, 117): i lavoratori subordinati²²⁴, i soci ordinari lavoratori ed i soci svantaggiati vengono infatti equiparati quanto al trattamento economico complessivo, da assicurarsi nella misura minima prevista dal contratto a tutte e tre le tipologie di prestatori di lavoro. Alla parificazione sotto il profilo retributivo non corrisponde, però, quella del trattamento normativo, la cui sfera di applicazione risulta limitata ai lavoratori subordinati ed ai soci svantaggiati: in relazione alla loro particolare condizione soggettiva, a questi ultimi vengono poi riconosciute specifiche garanzie aggiuntive (corsi di formazione mirati, riduzione dell'orario di lavoro, permessi, ecc...).

1. Considerazioni finali e prospettive de iure condendo

Il tentativo, condotto all'interno del presente lavoro, di operare una tipizzazione dei profili giuslavoristici del settore non profit consente di delineare brevemente alcuni possibili scenari futuri per una più organica disciplina delle prestazioni lavorative svolte all'interno del settore.

Sotto il profilo della regolamentazione collettiva del lavoro, è emerso come manchi, a tutt'oggi, una contrattazione collettiva unitaria del settore non profit, "sicché si applica solo quella siglata dalla associazione datoriale cui aderisca l'organizzazione non profit, indipendentemente dalla natura dell'attività svolta (con palese divaricazione dei trattamenti minimi retributivi)" (CARINCI, 1999, 9). Nel settore delle cooperative sociali, peraltro, la contrattazione collettiva - come si è già avuto modo di evidenziare - ha di fatto equiparato il trattamento economico-normativo riconosciuto al socio ordinario, al socio svantaggiato e al lavoratore dipendente, anticipando in qualche modo i contenuti del disegno di legge presentato dall'ex Ministro del Lavoro Treu, ove - discostandosi nettamente dal prevalente

²²⁰ Ai sensi dell'art. 4, co. 1, della l. n. 381 rientrano in tale categoria gli invalidi fisici, psichici e sensoriali, gli ex degenti di istituti psichiatrici, i soggetti in trattamento psichiatrico, i tossicodipendenti, gli alcolisti, i minori in età lavorativa in situazioni di difficoltà familiare, i condannati ammessi alle misure alternative alla detenzione.

²²¹ Per tale tipologia di cooperative sociali, la dottrina ha rilevato come esse - diversamente dall'altro modello di cooperativa sociale, in cui lo scopo mutualistico prevalente è quello esterno, di soddisfare l'interesse di una collettività di possibili fruitori a ricevere un servizio a costi inferiori rispetto a quelli di mercato, grazie alle agevolazioni previste dalla l. n. 381 - si caratterizzano per il perseguimento dello "scopo mutualistico interno" di favorire l'accesso al lavoro di soggetti portatori d'handicap ovvero in posizione di particolare debolezza contrattuale. La finalità sociale consiste in questo caso nell'offrire a tali persone l'occasione di svolgere un'attività lavorativa remunerata, seppure alle condizioni e secondo le modalità previste per i soci delle cooperative di produzione e lavoro": PIZZOFERRATO, 1999, 116 (corsivo nostro).

²²² Per una dettagliata analisi dei contenuti del CCNL, v. NOGLER, 1999, 125 ss., il quale si sofferma a lungo anche sui profili connessi alla invero scarsa applicazione di tale regolamentazione collettiva.

²²³ Ai sensi del quale "ai soci volontari non si applicano i contratti collettivi e le norme di legge in materia di lavoro subordinato ed autonomo, a eccezione delle norme in materia di assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali".

²²⁴ Solo con riferimento ad essi è poi consentita la possibilità di optare per un trattamento economico normativo differenziato, essendo possibile applicare le previsioni contenute nel CCNL corrispondente al settore merceologico di attività svolta dell'impresa.

orientamento giurisprudenziale, che nega la doppia titolarità dei rapporti giuridici (societario/lavoristico) in capo al socio lavoratore - viene ammessa la configurazione di un rapporto di lavoro nell'ambito di uno schema negoziale di scambio ulteriore rispetto al contratto sociale. In tale ipotesi, risulterebbe ammessa - anche nel caso in cui il lavoro svolto rientri nell'oggetto sociale e nei fini istituzionali della cooperativa - l'analisi, caso per caso, delle modalità concrete di svolgimento dell'attività lavorativa, con la contestuale applicazione di discipline appartenenti a diversi tipi contrattuali²²⁵.

L'esigenza di una necessaria revisione normativa generale della materia risulta oramai sempre più richiesta non solo dalle strutture sindacali, ma anche dallo stesso mondo cooperativo, per i quali l'uso degenerato dello strumento cooperativo è considerato uno dei più gravi limiti alla concreta possibilità di tutelare strati sempre più ampi di lavoratori (soprattutto giovani, disoccupati, immigrati), nonché la concorrenza leale tra le imprese (ANDREONI, 1999, 78). Si tratta allora di valutare quale linea ricostruttiva seguire: se configurare il socio lavoratore alla stregua di un vero lavoratore subordinato, di modo che il socio prima concorre a creare una impresa per la quale lavorare, e con essa poi instaura un normale rapporto di lavoro (che verrebbe a costituire, quindi, una vicenda contrattuale ulteriore rispetto al vincolo sociale)²²⁶; oppure se considerare la prestazione lavorativa come adempimento del contratto sociale (configurazione, quest'ultima, cara al movimento cooperativo), riconoscendo però al socio lavoratore, nel contempo, l'estensione di alcune delle tutele proprie del lavoro subordinato.

Con riferimento al c.d. lavoro gratuito, le osservazioni fin qui svolte portano a concludere nel senso della necessaria verifica, di volta in volta, della autenticità delle scelte del prestatore, soprattutto se esse comportano un impegno totale da parte di quest'ultimo: a tal fine, potrà tenersi conto del carattere non profit dell'organizzazione beneficiaria dell'attività, ovvero del comportamento complessivo del lavoratore, dal quale sia possibile evincere una concezione della vita coerente con una scelta forte di gratuità (MENGHINI, 1989, 159). E' però necessario evitare il proliferare di forme di c.d. semivolontariato, attuato mediante la corresponsione di somme inferiori di quelle proprie di una normale retribuzione: il lavoro dipendente semigratuito non può, infatti, essere ammesso, non potendo l'ispirazione solidaristica della prestazione giustificare l'abbassamento delle garanzie proprie del lavoro subordinato (MENGHINI, 1998, 96).

In un'ottica di più ampio respiro, deve infine ricordarsi la prospettazione della *reductio ad unitatem* del paradigma contrattuale descrittivo del lavoro subordinato gratuito attraverso una revisione della fattispecie legale tipica di cui all'art. 2094 c.c.²²⁷. La questione si inserisce all'interno di un ben più ampio e vivace dibattito dottrinale, concernente la riorganizzazione normativa del complessivo regime protettivo lavoristico, e sfociato nella elaborazione di una pluralità di ricostruzioni applicative, delle quali non è consentito - per evidenti ragioni - dar conto in questa sede. Può qui solo ricordarsi come, aderendo all'impostazione ricostruttiva che muove dall'abbassamento delle soglie minimali di tutela riferibili al modello generale di subordinazione (art. 2094 c.c.) e dal contestuale loro "incremento progressivo in relazione alla sussistenza di peculiari connotati descrittivi addizionali, rivelatori di più intense esigenze protettive" (PIZZOFERRATO, 1999, 458), potrebbe ipotizzarsi la ricomprensione, all'interno del tipo legale, della "fattispecie del lavoro eseguito *ex contractu* senza fine di lucro diretto, secondo determinate modalità attuative. Il modello di riferimento si colorirebbe così di una variante gratuita liberamente fruibile dalle parti interessate, senza temere il rischio di una invalidazione dell'autonomia contrattuale *ex post*, in seguito al riscontro negativo di meritevolezza *ex art.* 1322, comma secondo, c.c." (ID., 461).

BIBLIOGRAFIA

²²⁵ Siffatta conclusione è stata già avallata, in sede giurisprudenziale, dalla ricordata pronuncia della Cass. 3 marzo 1998, n. 2315.

²²⁶ Rileva peraltro ANDREONI, 1999, 79 come, perseguendo tale soluzione, "nulla impedisce che quelle positive caratteristiche differenziali derivanti dall'essere socio, si riflettano sul rapporto di lavoro atteggiandolo come rapporto di lavoro speciale"; tale specialità consentirebbe di mantenere tratti differenziali giustificati dall'essere il lavoratore partecipe di un'impresa esercitata in comune (quali, ad es., la flessibilizzazione delle norme in materia di qualifiche, mansioni, orari, trasferimenti, salari).

²²⁷ PIZZOFERRATO, 1995, 455 ss.

- ANDREONI (1998), *Il socio lavoratore delle cooperative di produzione e lavoro: la configurazione attuale e le prospettive di riforma*, in *Riv. Giur. Lav.*, I.
- ANGELONI (1994) *Liberalità e solidarietà*, Padova.
- BALESTRA (1996), *L'impresa familiare*, Milano.
- BENTIVOGLI (1994), *La solidarietà nei contratti di lavoro*, in *Riv. del volontariato, Documenti*, suppl. n. 11.
- BIAGI (1983), *Cooperative e rapporti di lavoro*, Angeli, Milano.
- BIAGI (1991), *Il socio e la cooperativa di lavoro*, in *Dir. Prat. Lav.*, n. 50.
- BONFANTE (1991), *Legge sul volontariato e cooperative di solidarietà sociale*, in *Società*.
- BONFANTE (1997), *Cooperative di lavoro e trattamento del socio: quale mutualità*, in AA.VV., *Il lavoro e l'impresa cooperativa*, Roma, Ed. cooperative.
- BRUSCUGLIA (a cura di) (1993), *Commentario alla l. 11 agosto 1991, n° 266*, in NLCC.
- CANAVESI (1991), *Brevi note sul lavoro di volontariato*, in *Dir. Lav. Marche*.
- CAPUTI JAMBRENGHI M.T.P. (1997), *Profili dell'organizzazione pubblica del volontariato*, Milano.
- CARINCI (1999), *Il non profit. Itinerari giuridico istituzionali*, in Carinci (a cura di), *Non profit e volontariato*, Milano.
- CASAGNI (1996), *La qualità di "persona svantaggiata": prime interpretazioni in tema di cooperative sociali*, in *Riv. Critica Dir. Lav.*
- CASSESE e FRANCHINI (1989), *La nuova disciplina della cooperazione dell'Italia con i paesi in via di sviluppo: il quadro generale*, DS.
- CHECCHINI (1977), *Rapporti non vincolanti e regola di correttezza*, Padova.
- COLOMBO (1996), *Aspetti fiscali della legge-quadro sul volontariato*, RDoC.
- DELL'OLIO (1986), *Retribuzione e tipo di rapporto: lavoro in cooperativa, impresa familiare, volontariato*, *Dir. Lav.*, 1986, I.
- DONDI (1999), *Sul lavoro nelle cooperative sociali*, in *Riv. Giur. Lav.*
- GALGANO (1976), *Le società per azioni. Le altre società di capitali. Le cooperative*, Bologna.
- GAROFALO (1992), *Legislazione e contrattazione collettiva nel 1991*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 54.
- GHERA (1996), *Diritto del lavoro*, Bari, 1996.
- GHEZZI-ROMAGNOLI (1980), *Il rapporto di lavoro*, Bologna.
- GRASSO (1996), *Sulla negata qualità di "lavoratore subordinato" al socio di cooperative di produzione e lavoro*, in *Dir. Lav.*, I.
- ITALIA (1992), *Il volontariato*, Milano.
- LASSANDARI (1997), *Tecniche di tutela e soggetti deboli nel mercato del lavoro*, in *Riv. Giur. Lav.*, I.
- LASSANDARI (1998), *Lavoro e associazione*, in AA.VV., *Diritto del lavoro*, Commentario diretto da Carinci, Torino, vol. II.
- LIPARI (1997), *"Spirito di liberalità" e "spirito di solidarietà"*, RTDPC.
- LIPARI, PIEPOLI, TAVAZZA (1980), *Volontariato e pubblici poteri: la legislazione nazionale e regionale e le convenzioni con gli enti pubblici*, in *Volontariato, società e pubblici poteri*, Bologna.
- MAGRINI (1973), voce "Lavoro (Contratto individuale)", in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano.
- MARIANI (1992), *La legge 8 novembre 1991, n. 381 sulle cooperative sociali*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, I.
- MARIANI (1993), *Sub art. 2, in Legge-quadro sul volontariato. Commentario a cura di Bruscutiglia, NLCC.*
- MARIANI (1993b), *Sub art. 17, in Legge-quadro sul volontariato. Commentario a cura di Bruscutiglia, NLCC.*
- MARIANI (1997), *Cooperativa di lavoro (voce)*, Enciclopedia del diritto, Aggiornamento - Vol. I., Milano, 451.
- MARIANI (1997), *Soci di cooperative licenziate e indennità di mobilità*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, II.
- MENGHINI (1989), *Nuovi valori costituzionali e volontariato*, Milano.
- MENGHINI (1992), *Il lavoro nella legge-quadro sul volontariato*, RGL, I.
- MENGHINI (1998), *Lavoro gratuito e volontariato*, in AA.VV., *Diritto del lavoro*, Commentario diretto da Carinci, Torino, vol. II.
- MONTUSCHI (1993), *Il contratto di lavoro fra pregiudizio e orgoglio giuslavoristico*, in *Lavoro e diritto*.
- NOGLER (1998), *Nuove incertezze sulla qualificazione della prestazione lavorativa del socio di cooperativa*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, II.
- NOGLER (1999), *Il lavoro nel settore non profit: profili collettivi*, in Carinci (a cura di), *Non profit e volontariato*, Milano.

- OLIVELLI (1991), *Volontariato e sicurezza sociale*, in *Dir. Lav. Marche*.
- OLIVETTI (1994), *Volontariato*, in *Enc. Giur.*, XXXII, Roma.
- PANICO e PICCIOTTO (1992), *La legge quadro sul volontariato*, Napoli.
- PANUCCIO (1987), *La natura giuridica del rapporto di volontariato*, in *Promozione e formazione del volontariato*, Bologna.
- PANUCCIO (1993), *Volontariato*, in *Enc. Dir.*, XLVI.
- PAOLUCCI (1995), *Principi in materia di organizzazione e gestione del personale*, in CARINCI (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Dal D.lgs. n. 29/1993 alla Finanziaria 1995*, Milano.
- PARISELLA (1998), *Cooperative di lavoro e previdenza sociale*, Milano.
- PETTINATO (1995), *Nozione e regime di "attività commerciali marginali" ai fini del trattamento tributario degli enti di volontariato*, in *Non profit*, 1995.
- PINELLI (1983), *Discipline e controlli sulla "democrazia interna" dei partiti*, Padova.
- PIZZOFERRATO (1995), *Gratuità e lavoro subordinato*, in *Lavoro e Diritto*.
- PIZZOFERRATO (1999), *Il lavoro nel settore non profit: profili individuali*, in Carinci (a cura di), *Non profit e volontariato*, Milano.
- PONZANELLI (1996) *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, Torino.
- RIGANO (1993), *L'attuazione dei principi della legge sul volontariato: l'istituzione dei registri regionali*, Re.
- RIGANO (1995), *La libertà assistita. Associazionismo privato e sostegno pubblico nel sistema costituzionale*, Padova.
- RIDOLA (1982), *Partiti politici*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano.
- ROSSANO (1990), *Partiti politici*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma.
- ROSSI (1992), *Principio di solidarietà e legge-quadro sul volontariato*, GiC.
- RUSCIANO (1992), *Universalità vs. specialità degli statuti giuridici del lavoro dipendente*, in *Lavoro e diritto*.
- SANLORENZO (1996), *Cooperative di lavoro e tutela del socio lavoratore*, in *Riv. Critica Dir. Lav.*
- TREU (1968), *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*, Milano.
- VALLEBONA (1991), *Il lavoro in cooperativa*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, I.
- VALLEBONA (1999), *Istituzioni di diritto del lavoro. II - Il rapporto di lavoro*, Torino.
- ZOLI (1996), *Cooperativa di lavoro e tutela del socio*, in *Lav. Giur.*

PAGINA BIANCA

Parte Sesta

Il finanziamento dell'impresa sociale

PAGINA BIANCA

Capitolo IX

Proposte in tema di finanziamento dell'impresa sociale.

Sommario.

- 1. I problemi: sottocapitalizzazione e inefficienza.**
 - 1.1. Difficoltà nell'accesso al capitale e rigidità delle *NPO*.
 - 1.2. I modelli alternativi.
 - 1.2.1. *Supply side*. Proposte inerenti il capitale di rischio e il capitale di debito.
 - 1.2.2. *Demand side*. I buoni e i titoli.
- 2. Le risposte.**
 - 2.1. Elementi desumibili dal modello del socio sovventore nelle cooperative.
 - 2.2. L'impossibilità del socio sovventore nelle *NPO*.
- 3. La proposta: la sottoscrizione di un capitale di debito "forte" da parte di finanziatori esterni.**
 - 3.1. Debito e partecipazione all'ente.
 - 3.2. I poteri di controllo del finanziatore.
 - 3.2.1. La remunerazione del capitale.
 - 3.2.2. Incompatibilità tra la qualità di socio e quella di finanziatore.
 - 3.2.3. Estraneità del finanziatore alla gestione.
 - 3.2.4. Il controllo dell'investitore.
 - 3.2.5. Meccanismi di tutela e circolazione dell'investimento.

1. I problemi: sottocapitalizzazione e inefficienza.

1.1. Difficoltà nell'accesso al capitale e rigidità delle *NPO*.

Se si vuole dotare l'impresa sociale di caratteristiche competitive con le forme giuridiche societarie, si pone con urgenza il problema del *finanziamento* degli enti non lucrativi: essi infatti, a paragone delle corrispondenti organizzazioni *for profit*, presentano alcuni connotati tipici che indubbiamente appaiono penalizzanti.

In particolare:

- i) sono fisiologicamente sottocapitalizzati, in quanto possono fare appello in maniera molto limitata al *capitale di rischio*;
- ii) hanno accesso al *capitale di debito* a condizioni più onerose e problematiche rispetto agli enti a scopo di lucro;
- iii) hanno ridotti stimoli al contenimento dei costi di gestione e all'innovazione tecnologica;
- iv) sono privi di adeguati strumenti di diversificazione del rischio.

Questi limiti si riflettono in modo pesante sull'assetto finanziario delle *Non Profit Organizations*, le quali presentano una forte *rigidità* strutturale, con notevoli difficoltà a modificare il livello degli investimenti. L'incapacità di reagire con prontezza alle variazioni del mercato si traduce nella difficoltà:

- a) di accumulare capitali in presenza di una domanda crescente;
- b) di ridurre gli investimenti in caso di diminuzione della domanda.

In sostanza, anche producendo servizi a costi minimi, gli enti *non profit* possono trovarsi a produrne in quantità eccessiva, o, viceversa, troppo ridotta [H. HANSMANN, *The Ownership of the Enterprise*, Cambridge (Ma), 1996, 240]: quali sono le *cause* di questi fenomeni?

a) In caso di improvviso *aumento* della domanda di servizi in un settore ove siano presenti enti *non profit* e strutture di tipo *lucrativo* (ad es., la sanità negli U.S.A.), si può notare che i primi, sia in termini di ingresso di nuove imprese sul mercato che di crescita di quelle esistenti, si espandono in misura molto minore delle altre [v. H. HANSMANN, *The Effect of Tax Exemption and Other Factors on the Market Share of Nonprofit versus For Profit Firms*, 15 *Nat'l Tax J.* 71 (1987)]; ciò è dovuto proprio alla necessità delle *Non Profit Organizations* di finanziarsi attraverso il debito, le donazioni e gli utili non distribuiti, fonti di capitale sicuramente meno flessibili, in termini di risposta agli stimoli del mercato, rispetto al capitale di rischio;

b) in caso di *diminuzione* della domanda le imprese gestite da enti non *lucrativi*, proprio perché non devono retribuire il capitale netto di cui dispongono (ovvero, quello acquisito attraverso gli utili trattenuti e le oblazioni, al netto della restituzione dei finanziamenti), hanno incentivi a ridurre gli investimenti di gran lunga inferiori rispetto alle corrispondenti attività *for profit*: anche in assenza di sussidi diretti o indiretti (quali, ad es., vantaggi fiscali), quindi, un'impresa *non profit* può operare sulla scala corrente, almeno finché avrà entrate tali da compensare la svalutazione del capitale, mentre qualunque entrata che superi tale soglia, anche se *inferiore* al ritorno ottenibile dagli investimenti sul mercato finanziario, consentirà addirittura di espandere l'attività.

A ciò bisogna aggiungere che gli amministratori degli enti non *lucrativi*, i quali:

- i) non hanno interessi proprietari nell'ente;
- ii) non rispondono ad azionisti interessati ai mancati guadagni;
- iii) possono anche condividere (e spesso, in effetti, condividono) personalmente la finalità altruistica perseguita dall'ente con l'esercizio dell'attività,

hanno forti incentivi a *evitare* la liquidazione, in tutto o in parte, dell'impresa ed anzi tendono a mantenerla su un livello di investimenti che è il più alto possibile, indipendentemente dagli utili prodotti.

Il risultato è che le dinamiche concorrenziali che normalmente operano sulle imprese inefficienti, determinandone il ridimensionamento o il fallimento, esercitano invece un'azione assai modesta sulle imprese *non profit*, le quali, nei casi in cui un'impresa *lucrativa* deve ridurre la scala della produzione o uscire dal mercato, possono invece sopravvivere e perfino espandersi [numerosi sono gli esempi in tal senso che vengono dagli Stati Uniti: cfr. H. HANSMANN, *The Ownership of the Enterprise*, cit., 241]: in pratica, anche il capitale investito nelle imprese *non profit* sembra subire un effetto di "lock-in".

Altri elementi di inefficienza sono dati:

a) dalla scarsa propensione al *rischio*, che spinge le imprese non *lucrativa*, in assenza di particolari sussidi, a essere presenti quasi esclusivamente in settori ove il rischio imprenditoriale si presenta in forme molto attenuate (ad es., l'educazione, o l'assistenza sanitaria). Anche in questo caso le ragioni sono molteplici:

- i) l'assenza di *capitale di rischio*, che impedisce da un lato di puntare su progetti d'investimento potenzialmente assai redditizi, ma meno sicuri di altri, dall'altro di diversificare il rischio sul mercato finanziario;
- ii) il fatto che, come si è visto, le fluttuazioni del mercato colpiscono solo marginalmente l'impresa non *lucrativa*;
- iii) l'inusuale (rispetto alle società *lucrativa*) autonomia del *management*, già di per sé portatore di una logica di scarsa propensione al rischio, che qui è addirittura favorita dall'assenza di una classe di azionisti cui rendere conto;

b) dalla possibilità che, attraverso fenomeni di *cross-subsidization*, un reddito efficientemente prodotto attraverso l'attività imprenditoriale venga poi impiegato per finalità obsolete o inefficienti. Ciò può avvenire, ad es., quando un'impresa *non profit* che valuta diversamente, in termini di utilità, le quantità dei diversi prodotti o servizi ceduti sul mercato, determina il prezzo e la quantità totale dell'*output* secondo criteri di massimizzazione (non del profitto, ma appunto) dell'utilità rispetto alle finalità perseguite.

Alcune risposte a tali fenomeni, che pure emergono dalla recente disciplina, tendono ad agire piuttosto sugli *effetti* che non invece sulle *cause* che li determinano: tuttavia, una proposta che non tenesse

in debita considerazione gli aspetti menzionati rischierebbe di accentuare le patologie tipiche del terzo settore.

Esemplarmente, l'introduzione di un regime fiscale di favore può forse contribuire a risolvere i problemi di capitalizzazione, ma certamente determina significativi effetti distorsivi, in quanto:

- i) l'impresa *non profit* si avvantaggia ingiustificatamente del beneficio fiscale nella competizione con l'impresa *profit*;
- ii) vengono ad essere ulteriormente depressi gli stimoli all'efficienza nella gestione.

La premessa da cui bisogna muovere è, invece, che una situazione di concorrenza tra enti lucrativi e non lucrativi debba avere come presupposto il fatto che le regole che disciplinano l'impresa siano le medesime.

In questa prospettiva, una prima proposta è quella di uniformare le regole che si rivolgono all'impresa, nel senso di non distinguere tra casi in cui il centro di imputazione è un ente *profit* dai casi in cui, invece, è un ente *non profit*.

Si è ritenuto quindi opportuno concentrare l'attenzione su due diversi modelli, che mirano a favorire, rispettivamente sul piano della *domanda* e su quello dell'*offerta*, la *capitalizzazione* dell'impresa e al contempo ad incrementare l'*efficienza* nella gestione degli enti senza scopo di lucro.

1.2. I modelli alternativi.

1.2.1. *Supply side*. Proposte inerenti il capitale di rischio e il capitale di debito.

a) Attraverso un modello di finanziamento "partecipativo" può divenire possibile investire nell'impresa sociale nella forma del *capitale di rischio* e ottenere un ritorno propriamente economico. L'ente senza scopo di lucro dovrà in questo caso essere "appetibile", ovvero in grado di assicurare (almeno in prospettiva) un'adeguata remunerazione; al tempo stesso, la tutela dell'investitore verrebbe affidata prevalentemente alla titolarità di diritti di *controllo* sulla gestione, correlati a corrispondenti *doveri fiduciari* gravanti sugli amministratori a presidio delle aspettative creditorie.

Per evitare fenomeni distorsivi è comunque possibile ipotizzare:

- i) che i sovventori possano a loro volta essere esclusivamente *non profit*, impedendo così la nascita di gruppi "misti", ove siano reciprocamente collegati enti dalle finalità diverse. Il rischio di inquinamento delle finalità non lucrative è infatti tale che negli U.S.A. si è addirittura sostenuta [B.A. WEISBROD, *The Nonprofit Economy*, Cambridge (Ma), 1988, 164] la necessità di proibire per legge fenomeni di "*interlocking directorate*" (ovvero, di sottoposizione di enti altruistici e società *for profit* al medesimo *management*), che renderebbero troppo facile la possibilità di abuso della forma non lucrativa;
- ii) che la partecipazione dell'investitore all'organizzazione si limiti, appunto, a un *controllo*, che potrà eventualmente anche essere *diretto* (ad es., attraverso l'elezione di rappresentanti negli organi di controllo o in quello amministrativo), ma senza mai arrivare alla diretta partecipazione all'ente dei finanziatori in qualità di "soci di capitale".

b) Sul piano del *capitale di debito*, è invece possibile immaginare che l'ente *non profit* venda sul mercato titoli che assicurino un determinato rendimento, eventualmente compensando l'eventuale scarto rispetto al tasso di rendimento degli investimenti speculativi con il connotato "etico" dell'operazione: in proposito non sono mancate, negli U.S.A., ricerche di mercato dalle quali è emerso che un considerevole numero di persone sarebbe disposto ad accettare tassi di interesse inferiori a quelli di mercato nel caso che i finanziamenti venissero utilizzati per scopi altruistici [B.A. WEISBROD, *op. cit.*, 90].

Ove si volesse, tuttavia, ricorrere alla disciplina dettata dal codice civile in tema di obbligazioni societarie, si porrebbero gravi problemi di compatibilità, in termini ancora più rilevanti di quanto già non avvenga per le *società cooperative*, da ultimo ammesse (con l'art. 58 della l. 1998/448, modificato dall'art. 36 d.lgs. 1999/342) alla raccolta di titoli obbligazionari.

La difficoltà di adattare al fenomeno mutualistico le disposizioni dettate dagli artt. 2410 ss. c.c. induceva infatti in passato la maggioranza degli interpreti a negare la liceità di emissioni obbligazionarie da parte di cooperative, e tuttora (in virtù del richiamo alle disposizioni degli artt. 2411 ss. "in quanto compatibili") suggerisce una verifica analitica dell'applicabilità della relativa disciplina [G. MARTINA,

L'emissione di obbligazioni da parte delle società cooperative, in *Riv. dir. civ.*, 1999, 511], soprattutto in ordine:

- i) all'intrinseca variabilità del capitale sociale nelle cooperative;
- ii) al fenomeno delle obbligazioni convertibili (e al connesso diritto di opzione per i soci).

Se per le cooperative, che condividono in larga parte la struttura delle società di capitali, sembra però sufficiente un adattamento la disciplina codicistica, la peculiarità dell'assetto organizzativo delle *Non Profit Organizations* richiede invece di affrontare le questioni poste da un'eventuale emissione di obbligazioni con un approccio radicalmente diverso, che:

- i) escluda qualunque forma di convertibilità dei titoli in partecipazioni al capitale (o, comunque, all'organizzazione degli enti *non profit*), garantendo tuttavia la tutela delle aspettative creditorie [la soluzione che si propone è illustrata nel par. 3, spec. sub lett. b) e d)];
- ii) consenta, senza pregiudicare il perseguimento delle finalità proprie dell'ente, di fornire adeguate garanzie agli investitori. L'operazione di emissione potrebbe, in ipotesi, essere garantita non dall'immobilizzazione nel patrimonio dell'emittente, ma da soggetti terzi (quali, ad es., i fondi per il volontariato o altri enti *non profit*), eventualmente realizzando un'*asta* tra gli interessati.

1.2.2. *Demand side. I buoni e i titoli.*

a) Una prima ipotesi è rappresentata dall'attribuzione, attraverso la mano pubblica, di "buoni" (*vouchers*) che i soggetti meritevoli o bisognosi possano spendere presso enti determinati (ad es., associazioni di volontariato, Onlus).

b) La seconda ipotesi è rappresentata dalla possibilità che l'ente *non profit* venda titoli rappresentativi di prestazioni ai consumatori (ma anche a soggetti pubblici, quali i fondi per il volontariato), che in questo caso "scommettono" sulla qualità delle future prestazioni dell'ente. L'acquisto delle obbligazioni dovrebbe essere reso fiscalmente deducibile da parte dei soggetti meritevoli o bisognosi.

2. *Le risposte.*

2.1. *Elementi desumibili dal modello del socio sovventore nelle cooperative.*

L'esperienza del socio sovventore nelle cooperative rappresenta un punto di riferimento estremamente utile e significativo, anche perché ha rappresentato una risposta a problemi per molti aspetti analoghi a quelli appena evidenziati: a questo riguardo, tuttavia, possono derivarsi sia motivi di adesione sia ragioni per rigettare quel modello.

Analizziamo le ragioni che inducono a ritenere non immediatamente esportabile questa esperienza agli enti senza scopo di lucro.

Intanto, il modello cooperativo, primaria espressione del fenomeno della *mutualità*, definisce fondamentalmente un sistema di *integrazione economica*, da cui derivano significative conseguenze che ne distinguono in maniera evidente la disciplina da quella degli enti senza scopo di lucro:

- i) *gestione di servizio*, ovvero una reciprocità di prestazioni tra i soci che, esprimendosi nella formazione di rapporti giuridici distinti da quello sociale, consente a ciascuno l'acquisizione di utilità strumentali alla soddisfazione di identici bisogni;
- ii) struttura organizzativa *comune*, ma finalizzata alla soddisfazione di scopi *egoistici*.

Il connotato dell'integrazione economica sembra accomunare anche il socio cooperatore e il socio sovventore, rendendo i loro interessi sostanzialmente convergenti, come potrebbe apparire dal fatto che:

- a) la remunerazione del socio sovventore si determina in relazione alla remunerazione del socio cooperatore;

b) non esiste una distinzione nitida tra socio sovventore e socio cooperatore in termini di identità soggettiva.

In realtà, nonostante le molte resistenze sviluppate in dottrina, è necessario sottolineare che il socio cooperatore e il sovventore perseguono interessi *diversi*, poiché il secondo ha esclusive finalità di carattere *capitalistico-lucrativo*: non si può infatti, come è stato fatto in relazione alle mutue assicuratrici [A. GAMBINO, *Le mutue assicuratrici*, in *Giur. comm.*, 1991, I], diluire la distinzione tra capitale vero e proprio e fondi di garanzia alla cui formazione sono destinati i contributi dei sovventori, configurando quindi questi ultimi quali soci che effettuano conferimenti da utilizzare per la creazione di un capitale sociale fisso.

E' invece opportuno ricondurre il rapporto di sovvenzione a un *finanziamento* piuttosto che a un conferimento, ricordando che:

a) l'applicazione di talune norme del diritto societario è imposta (non dalla sostanza del rapporto stesso, ma) da una norma di rinvio [la cui presenza, anzi, rende palese la diversità di posizioni tra le due categorie di soci: nello stesso senso, A. BASSI, *Le società cooperative*, Torino, 1995];

b) che, altrimenti, bisognerebbe arrivare a riconsiderare la tradizionale qualificazione della cooperativa quale contratto con *comunione di scopo* (non a caso, alcuni sono stati indotti dalla presenza di questa particolare categoria di soci a definire come "mista" la causa propria del contratto cooperativo).

Questa soluzione, sebbene autorevolmente criticata [G. OPPO, *Finalità mutualistiche e carattere lucrativo nelle società cooperative*, in AA.VV., *La nuova disciplina delle società cooperative*, Padova, 1993], consente di intendere le somme cui il socio sovventore ha periodicamente diritto come *remunerazione*, la quale, pur prelevata dagli utili netti, non assume quindi la natura di dividendo, ma di interesse (e, non a caso, non è sottoposta, a differenza dei dividendi azionari, alla discrezionalità dell'assemblea). Anche la liquidazione delle quote o delle azioni dei sovventori (art. 4, co. 6, l. 59/92) va così interpretata come *rimborso*, e non come liquidazione in senso tecnico, che è postergato rispetto ai crediti societari, ma può precedere la liquidazione degli altri soci.

2.2. L'impossibilità del socio sovventore nelle NPO.

Nel caso fosse prevista una figura analoga al socio sovventore nell'ente senza scopo di lucro, questo si troverebbe quindi in una situazione di istituzionale *conflitto di interessi* con il socio ordinario, in quanto portatore di una filosofia radicalmente diversa:

a) l'associato vuole infatti massimizzare l'*output* o il livello qualitativo delle prestazioni, atteso che non ha aspettative di un ritorno economico;

b) il finanziatore vuole (quantomeno) preservare la possibilità di restituzione del proprio capitale, per quanto rinviata al momento dello scioglimento.

Infine, il regime dell'imputazione del *risultato* nella cooperativa e nell'ente *non profit* è diverso: nella prima si riflette immediatamente nel patrimonio del singolo, per effetto di un'asimmetria rispetto ai valori di mercato; nel secondo, l'imputazione del risultato avviene a livello collettivo ed è paradigmaticamente esclusa qualsiasi remunerazione del conferimento.

La differenza ha una serie di ricadute rappresentabili in questi termini:

a) il conflitto *agent/principal* si manifesta in modo radicalmente diverso nelle cooperative e negli enti senza scopo di lucro.

Mentre nelle cooperative, infatti, il controllo della gestione viene attuato in modo del tutto simile alle società di capitali (è affidato, cioè, ai proprietari-soci), il *non profit* si sviluppa proprio nei casi in cui i costi necessari per un efficace controllo del *management* risultano eccessivi per l'unica classe di *patrons* cui potrebbe essere assegnata la proprietà dell'impresa, ovvero coloro i quali, in virtù della presenza di asimmetrie informative, scontrerebbero altrimenti costi di contrattazione proibitivi: essi preferiscono quindi affidarsi a un'impresa "senza proprietari", ove il controllo sugli amministratori sia sostituito dal rispetto del *non distribution constraint* e dei correlati doveri fiduciari.

b) le figure dei soci, del *management* e dei creditori sono portatori di interessi che si atteggiavano diversamente.

L'affermazione, di per sé evidente ove i *patrons* rimangano estranei alla gestione dell'ente (è il caso, ad es., del tradizionale modello della fondazione), può apparire contraddittoria nel caso delle c.d. "mutual NPO", nelle quali essi, eleggendo gli amministratori, detengono un potere effettivo di controllo che sembra avvicinare la loro posizione a quella dei soci di una cooperativa.

In questi casi, tuttavia, la distinzione tra i due modelli permane, anche se va ricercata in altri elementi, e precisamente [cfr. H. HANSMANN, *op. ult. cit.*, 242]:

i) nella presenza del vincolo di non distribuzione degli utili (che nelle cooperative, attraverso diverse modalità, vengono invece di fatto imputati al patrimonio dei soci);

ii) nell'essere il modello non lucrativo teso ad ovviare possibili carenze di qualità dell'*output* (altrimenti non verificabili dai *patrons*, i quali scontano la sussistenza di asimmetrie informative), mentre la scelta della cooperativa vuole essere un rimedio al prezzo eccessivo del prodotto sul mercato;

iii) nella natura eterogenea dei *patrons* di un ente *non profit*, non tanto in termini di servizi ricevuti dall'impresa, quanto di pagamento dei servizi stessi (gli enti non lucrativi, infatti, attuano di norma politiche più o meno volontarie di discriminazione dei prezzi tra i finanziatori, che in assenza del *non distribution constraint* aprirebbero enormi spazi di conflitti per l'acquisizione del controllo dell'ente).

L'esame di tali differenze impone quindi di verificare se e in che termini la presenza di un socio sovventore in un ente non lucrativo (anche in presenza di regole che, come avviene nelle cooperative, ne limitino il ruolo e l'incidenza) alteri la fisionomia degli enti non lucrativi, nei quali, almeno tendenzialmente, ciascuno modula liberamente la propria presenza e partecipazione (diversamente da quei contesti, qual è la cooperativa, in cui i soci sono interessati ad un ritorno *egoistico*).

L'ente *non profit*, per il fatto stesso di avere un connotato non lucrativo, comunica all'esterno che la qualità e la quantità dell'*output* non sono sacrificate alla remunerazione del conferimento.

Proprio perché colma in questo modo un'asimmetria informativa, l'ente *non profit* si finanzia:

i) attraverso nuove adesioni;

ii) raccogliendo donazioni (il donante si affida perché non sa e non può controllare la destinazione della somma che versa);

iii) commercializzando prodotti che hanno una particolare vocazione sociale (si è disposti a pagare di più le prestazioni in quanto si sa che il ricavato andrà alle finalità statutarie dell'ente).

L'introduzione di un "socio finanziatore" (come detto, in conflitto di interessi con i soci) può avere un effetto negativo in termini di comunicazione con i terzi: come è noto, la caratteristica primaria del *non profit* (il *non distribution constraint*) non consiste infatti nell'assenza di profitti *tout court*, bensì nel divieto di distribuirli a chi controlla l'organizzazione.

E' indubbio che sia possibile tentare di risolvere taluni dei problemi accennati in termini di disciplina imperativa (regolando il conflitto di interessi, la misura della partecipazione, etc.); resta comunque il fatto che una partecipazione al capitale di rischio *debole* rischia di essere estremamente rigida, in quanto tale rigidità rappresenta una condizione necessaria per non trasmettere un'immagine negativa all'esterno (ad es., per iscriversi ad un'associazione pacifista nella quale c'è quale socio sovventore un produttore di armi bisogna essere sufficientemente certi che quest'ultimo abbia un'influenza limitata nell'assunzione di decisioni collettive).

Fermo restando che la premessa su cui si lavora è la *credibilità* della partecipazione del sovventore, si deve ritenere che, per le ragioni esposte, essa vada inoltre fisiologicamente subordinata al *gradimento*, come peraltro può essere previsto anche nelle cooperative.

La presenza di tutti questi vincoli finirebbe tuttavia, in ultima analisi, col costituire una ragione di scarsa "appetibilità" dell'investimento, specie ove si consideri che il contesto degli enti *non profit* è estremamente eterogeneo.

Per di più, questo modello, in particolare se si accompagna a benefici fiscali, autorizza le richieste di compartecipazione decisionale dei *lavoratori* (ipotesi anch'essa patologica, nel senso che si tratta di soggetti in conflitto di interessi con la causa non lucrativa dell'ente, in quanto interessati a massimizzare la remunerazione).

L'indicazione più significativa dell'esperienza cooperativa può quindi essere sintetizzata nel senso che la risposta al problema del finanziamento dell'impresa non lucrativa deve essere adeguata:

- a) all'assetto finanziario dell'ente;
- b) alla funzione e alla specifica vocazione dell'ente;
- c) deve essere soprattutto pensata come una scommessa in positivo sulla capacità reddituale dell'ente.

3. La proposta: la sottoscrizione di un capitale di debito "forte" da parte di finanziatori esterni.

3.1. Debito e partecipazione all'ente.

Alla luce delle considerazioni svolte, una proposta coerente può derivare dalla considerazione degli strumenti c.d. ibridi debito-capitale, che sono stati studiati in particolare negli Stati Uniti e in Germania.

In particolare, negli U.S.A. si è negato che i conferimenti degli azionisti differiscano, almeno dal punto di vista sostanziale, da veri e propri prestiti, se non per il fatto che il tasso di interesse fisso sul capitale investito sia convenzionalmente fissato a zero [così, ad es., H. HANSMANN, *op. cit.*, 14]: tali impostazioni, indubbiamente innovative, si fondano su un'elaborazione teorica molto affinata dei rapporti tra debito e capitale nelle società, incentrata sulla presenza di tre fondamentali teorie [W. BRATTON, *Corporate Debt Relationships: Legal Theory in a Time of Restructuring*, 92 *Duke L. J.*, 92 (1989)]:

- 1) una concezione *tradizionale* del debito, che applica ai rapporti tra società e creditori le regole proprie dei normali rapporti obbligatori;
- 2) la teoria che vede i creditori della società quali *investitori*;
- 3) la concezione dell'*agency*, attraverso la quale si guarda al debito come *titolo*, applicando gli assunti dell'economia finanziaria.

1) Nella prima di fatto si restringono le possibilità di tutela dei creditori: in quest'ottica, infatti, l'azionista investe capitale di rischio e possiede la società, mentre il creditore è legato all'ente da una mera relazione *contrattuale*, che strutturalmente lo esclude dalle dinamiche gestionali dell'impresa.

Gli azionisti scelgono il *management* e si dividono gli utili, mentre il pagamento dei creditori figura quale costo, al pari di quelli sostenuti per l'impiego dei fattori della produzione: è quindi deducibile dal punto di vista fiscale ed incide negativamente sul profitto, mentre i pagamenti periodici fatti agli azionisti vengono, dagli utili e non sono trattati come costi d'esercizio. La principale conseguenza di tale visione è l'*esclusione* dei debitori dal rapporto fiduciario che lega gli azionisti agli amministratori.

2) Nella seconda concezione, che enfatizza le caratteristiche comuni dell'investimento azionario e del finanziamento, l'archetipo non è rappresentato da una semplice relazione debitoria, bensì dall'offerta di obbligazioni a lungo termine da parte di società di capitale: il creditore diviene così un *investitore*, che non attua un mero finanziamento dell'impresa, ma, per così dire, "scommette" sulla sua riuscita e sulle capacità del *management*, cui è legato da un'implicita unità d'intenti (tale "condivisione" delle finalità dell'impresa finanziata diviene palese nel caso delle obbligazioni *convertibili*, ove si rinuncia alla restituzione dell'investimento per una partecipazione diretta alla società emittente).

Anche in questo caso, tuttavia, il creditore resta *estraneo* alla gestione, e i limitati poteri di tutela che sono ad esso forniti dalla legge o dal contratto non si traducono certo in un controllo sull'amministrazione, ma si limitano all'approvazione delle scelte più rilevanti per la vita dell'impresa.

3) Anche nella teoria dell'*agency* il creditore attua un investimento, rimanendo estraneo alla gestione effettiva dell'impresa finanziata, ma quello che nell'ottica precedente viene visto come investimento a lungo termine, capace di "legare" il finanziatore alle sorti del debitore, diviene un titolo commerciabile, idoneo a consentire un immediato disinvestimento attraverso la cessione sul mercato del credito.

Secondo questa concezione gli amministratori sono "agenti" degli investitori, che puntando alla massimizzazione del profitto realizzano un interesse proprio anche dei loro "mandanti", ma al contempo godono di una certa libertà di azione, attraverso la quale gli interessi degli investitori possono anche

essere pregiudicati, per favorire quelli del *management* stesso o degli azionisti di maggioranza, che esprimono interessi parzialmente divergenti da quelli dei creditori: la presenza di asimmetrie informative non consente di ovviare a tali inconvenienti attraverso il libero dispiegarsi del mercato, e questo "fallimento" dà luogo ad "agency costs", cui si rimedia incardinando il rapporto di finanziamento in complesse relazioni contrattuali, che mirano proprio alla riduzione di quei costi.

Tali posizioni, nella loro diversità, confermano che la premessa da cui bisogna muovere, comunque, è che nel sistema finanziario delle società (e parimenti negli enti senza scopo di lucro) non è sempre facile e immediato tracciare una linea distintiva tra capitale di rischio e capitale di debito, in quanto vi possono essere apporti finanziari che partecipano dell'una e dell'altra caratteristica.

In questa prospettiva, il *Gesellschaft* non solo non esaurisce la categoria degli ibridi, ma soprattutto non propone una soluzione ai problemi affrontati, rappresentando tipicamente un modello di partecipazione standardizzata di massa.

Si tratta pertanto di definire un modello flessibile di partecipazione al capitale di debito *forte*, in quanto (fermo restando che si regola essenzialmente la partecipazione di un finanziatore e non di un socio) vengono conferiti all'investitore alcuni poteri sociali per garantire l'investimento, con l'ulteriore effetto di sanare o contenere le patologie tipiche degli enti *non profit*.

Tale soluzione dovrebbe altresì consentire un *bilanciamento* tra le due opzioni di tutela degli investitori nei confronti di comportamenti opportunistici attuati dal *management* dell'impresa finanziata, le quali, per così dire, fanno leva rispettivamente sull'*exit* e sulla *voice*:

1) nel primo caso, infatti, si fa esclusivo affidamento sul mercato, notando:

i) che un'impresa che voglia attirare futuri investitori non può ledere le aspettative di quelli attuali, pena una notevole difficoltà nell'ottenere futuri finanziamenti [M.W. McDANIEL, *Bondholders and Corporate Governance*, 41 *Bus. Law.*, 435 (1986)];

ii) che un efficiente mercato obbligazionario permette ai detentori dei titoli di vendere, senza sostenere costi eccessivi, ove ritengano che l'investimento stia diventando troppo rischioso (è tuttavia sin troppo facile rilevare che tale opzione fornisce protezione in caso di *graduale* deterioramento delle condizioni finanziarie di un'impresa, ma non nell'eventualità di scelte *improvvisate* che alterino il rischio degli investitori);

2) nel secondo, invece, si cerca di attribuire potere di voto ai detentori di titoli obbligazionari, facendo loro eleggere parte degli amministratori. Tale posizione è in realtà minoritaria fra gli studiosi nordamericani, che preferiscono:

i) mettere in luce i possibili conflitti d'interesse cui darebbe luogo la "doppia" fedeltà degli amministratori così eletti, i quali dovrebbero al contempo servire gli interessi dell'impresa e quelli dei loro "mandanti" [DOUGLAS-HAMILTON, *Creditor Liabilities Resulting from Improper Interference with the Management of a Financially Troubled Debtor*, 31 *Bus. Law.* 343 (1975)];

ii) sottolineare la diversità di posizioni tra gli azionisti, il cui investimento non è garantito in modo specifico, e i creditori, con i quali invece l'impresa contrae un debito di lungo termine, assistito da precise garanzie [WILLIAMSON, *Corporate Governance*, 93 *Yale L.J.*, 1197 (1984): si può tuttavia notare che tale affermazione non vale certo nel caso di pubblica sottoscrizione di titoli, ove, anzi, la posizione dei detentori di obbligazioni è assai simile a quella degli azionisti].

3.2. I poteri di controllo del finanziatore.

Vediamo ora le caratteristiche del modello di finanziamento partecipativo cui si è pensato.

3.2.1. La remunerazione del capitale.

La sottoscrizione del finanziamento partecipativo consente di definire un *rendimento* che si capitalizza ed è liquidato solo al momento dello scioglimento dell'ente e postergato ai creditori sociali.

In proposito, è necessario:

i) valutare, *a priori*, la possibilità per un ente *non profit* di retribuire i finanziamenti;

ii) definire le condizioni e le garanzie che assistono il prestito, verificando se sia possibile prevedere la restituzione in relazione al raggiungimento di un obiettivo significativo determinato.

i) Il primo problema è spesso originato da una confusione terminologica: poiché per "profitto" si intende normalmente un reddito da capitale, si è talora pensato che la retribuzione delle somme investite in un ente non lucrativo si traduca in una violazione del *non distribution constraint*.

In realtà, non v'è motivo per cui una *NPO* non possa pagare un ragionevole interesse sui finanziamenti ricevuti, così come paga salari per il lavoro o corrispettivi per le merci: il capitale, come gli altri fattori della produzione, è necessario per l'attività dell'impresa sociale e mancando sufficienti contribuzioni volontarie potrà (e dovrà) essere retribuito [così, con chiarezza *tranchant*, H. HANSMANN, *Reforming Nonprofit Corporation Law*, 129 *U. Penn. L. Rev.*, 497 (1981)], senza che per consentire tale remunerazione si renda necessario uno specifico intervento legislativo.

La vera questione risiede invece nel bisogno di assicurare che tale retribuzione non vada oltre la soglia necessaria ad attrarre investitori: solo in apparenza tale problema coincide con quelli eventualmente connessi al pagamento di salari o prezzi eccessivi, perché in realtà è proprio attraverso operazioni sul capitale che vengono spesso mascherati gli abusi della forma non lucrativa (il pagamento di salari o prezzi "gonfiati" sarebbe infatti un espediente troppo grossolano).

Bisogna inoltre distinguere tra finanziamenti provenienti da soggetti che controllano (o hanno la possibilità di controllare) l'ente e investimenti esterni. Le questioni poste dai possibili conflitti d'interesse innescati dalla prima opzione verranno esaminati in seguito [cfr. par. 3.2.2]: analizzeremo ora i finanziamenti provenienti da soggetti *esterni* all'organizzazione, che appaiono indubbiamente la soluzione preferibile al problema della cronica sottocapitalizzazione degli enti *non profit*.

Al debito derivante dall'investimento potrebbe, in astratto, essere associato un saggio d'interesse *fisso* o *variabile* (come avviene con le c.d. "*subventions*", previste ad es. dal *Not-For-Profit Corporation Law* dello stato di New York, le quali danno diritto ad un rendimento massimo, che però è dovuto dall'organizzazione solo se compatibile con le esigenze di bilancio). In entrambi i casi non si porrebbero questioni particolari, attesa l'assenza di motivazioni tali da spingere gli amministratori a promettere interessi superiori al necessario (o meglio, l'eventuale rinuncia, dovuta a negligenza, alla possibilità di spuntare un interesse più favorevole è da considerarsi un portato dei minori incentivi che in generale si connettono al *non distribution constraint*): neppure l'ipotesi, da taluni prospettata [H. HANSMANN, *op. ult. cit.*, 565], del collocamento di titoli che diano diritto a un interesse così alto da non poter essere ragionevolmente corrisposto con gli utili dell'organizzazione appare in quest'ottica un rischio plausibile, perché se è vero che la possibilità di approfittamento degli investitori sarebbe favorita dall'assenza di un effettivo controllo sull'operato del *management*, tuttavia la conseguente perdita di credibilità dell'ente, associata agli altri meccanismi di controllo che si propone di introdurre [v. par. 3.2.4], può costituire un deterrente sufficiente.

Il vero problema sarebbe però rappresentato, anche in presenza di vincoli e controlli tesi ad evitare il rischio di inquinamento del *non distribution constraint*, dalla concreta possibilità che una remunerazione del capitale attuata sotto forma di *dividendi*, da distribuirsi a scadenze annuali (o inferiori), permetta l'affermazione di logiche speculative, del tutto estranee all'idea di un finanziamento "partecipativo" a lungo termine (auspicabilmente anche caratterizzato, almeno nella maggior parte dei casi, da una condivisione degli scopi dell'impresa sociale nella quale si investe): sembra quindi maggiormente rispondente alle finalità proprie delle *NPO* una retribuzione dell'investimento che, come accennato in precedenza, sia corrisposta quale *capital gain* in sede di *liquidazione* dell'ente, assistita magari da incentivi di tipo fiscale.

Non appare invece opportuno, al fine di sottolineare la natura complementare e accessoria rispetto alla causa non lucrativa, introdurre *limiti* di carattere *quantitativo* agli investimenti, stabilendo *a priori* quale soglia di capitale sia possibile investire in un ente *non profit* (ovvero la percentuale di patrimonio ascrivibile a finanziamenti rispetto, poniamo, a quella derivante da donazioni): il rispetto delle finalità *non profit* viene garantito in modo assai migliore con l'*esclusione* degli investitori dalla partecipazione organica all'ente, evitando di imporre nuovamente, in via surrettizia, proprio quei fattori di rigidità cui si intende ovviare.

ii) il modello che si propone è quello di un prestito *irredimibile* e *postergato* al pagamento degli altri creditori sociali: per evitare, tuttavia, che a tali condizioni l'investimento possa divenire motivo di comportamenti opportunistici a danno degli investitori, nonché scarsamente appetibile sul mercato

finanziario, sarà opportuno assicurare adeguati meccanismi di tutela dei creditori e, se del caso, agganciare ad esso meccanismi di *finanziamento pubblico*, prevedendo che un ammontare pari (o la metà, o un terzo) di quanto sottoscritto da un soggetto privato sia dato dai fondi pubblici (ad es., per i fondi del volontariato). Tale investimento pubblico, per impedire collusioni tra il *management* e l'investitore privato, sarà rimborsato alle medesime condizioni ma *anteriamente* al capitale sottoscritto dal finanziatore.

Sempre al fine di conciliare l'esigenza di creare un modello *flessibile* con quella, imprescindibile, di preservare le caratteristiche "altruistiche" del modello non lucrativo si potrebbero introdurre limiti impliciti alla remunerazione del finanziamento, attraverso la fissazione di un compenso "disincentivante" (che sia, ad es., di uno o due punti inferiore alla percentuale di rendimento dei titoli di Stato): per le stesse ragioni, invece, non è consigliabile stabilire forme di compenso "incentivanti" all'atto della liquidazione dell'ente, ad es. attribuendo all'investitore una percentuale del valore dell'azienda.

Si eviterà così di causare un'accumulazione di capitale eccessiva, che per di più, essendo determinata da finalità estranee a quelle statutarie, mette a rischio la possibilità di un efficiente svolgimento dell'attività altruistica e prepara il terreno a facili abusi: deve essere senza dubbio il mercato a stabilire l'appetibilità dell'investimento, innescando così meccanismi di competitività fra le imprese *non profit*, ma non si può andare oltre il dovuto, esponendosi alla possibilità di snaturamento del settore.

3.2.2. Incompatibilità tra la qualità di socio e quella di finanziatore.

La qualità di socio e finanziatore sono tra loro incompatibili.

Tale opzione è strutturalmente connessa con la natura delle *Non Profit Organizations*, la cui caratteristica primaria è appunto quella di essere imprese "senza proprietari", all'interno delle quali chi detiene il controllo dell'ente non può appropriarsi degli utili prodotti con l'esercizio dell'attività.

La spiegazione di tale peculiarità è rintracciabile [H. HANSMANN, *The Ownership of Enterprise*, cit., 228] nella particolare posizione degli "utenti" dell'impresa *non profit*, ovvero dei *patrons*, che si avvalgono dell'ente non lucrativo, attraverso contributi di vario genere, quale strumento per realizzare determinati fini "altruistici". Essi:

i) non sono in grado di determinare, con costi e sforzi ragionevoli, la qualità o la quantità dei servizi che ricevono, in quanto, nella maggior parte dei casi, "acquistano" servizi che vengono resi a terzi (i beneficiari) con i quali non hanno contatti diretti;

ii) dovrebbero, per esercitare un controllo effettivo, affrontare costi eccessivi, almeno in relazione all'entità dei rapporti che intrattengono con l'ente: i donatori sono infatti così numerosi (e i loro contributi, in genere, saltuari e non rilevanti) che una loro organizzazione risulta praticamente impossibile.

Di conseguenza:

i) attribuire la proprietà dell'ente a soggetti diversi dai *patrons* determinerebbe, in presenza di tali asimmetrie informative, notevoli incentivi ad approfittare della loro posizione deteriore;

ii) al contempo, tuttavia, risulta economicamente inefficiente affidare direttamente la gestione agli "utenti" stessi: la soluzione ottimale risulta quindi quella di creare un'impresa "senza proprietari", che viene gestita fiduciariamente dal *management* non solo a vantaggio dei beneficiari, ma anche dei *patrons*.

In quest'ottica, inserire all'interno dell'organizzazione soggetti (i finanziatori) i cui rapporti con l'ente si incentrano invece su un investimento a carattere lucrativo determina conseguenze di non poco momento, che vanno attentamente valutate.

1) Da un lato, verrebbero indubbiamente ad essere risolti alcuni dei più gravi problemi connessi con il reperimento di capitale di debito [H. HANSMANN, *op. cit.*, 54], riassumibili nella presenza di:

i) *asimmetrie informative*. I proprietari (nel caso degli enti *non profit*, gli amministratori) di un'impresa che si finanzia attraverso il ricorso ad investitori esterni possono ledere le aspettative dei creditori in modo *diretto* (ad es., utilizzando i fondi destinati alla restituzione del debito per fini personali) o, più spesso, *indiretto* (ad es., riversando interamente sui creditori il rischio di politiche gestionali rischiose: in caso di successo, non sarà loro dovuto nulla in più della somma concordata, in caso di fallimento dell'impresa, perderanno il capitale): non sempre, tuttavia, si può ovviare in via contrattuale a tali comportamenti opportunistici, sia per gli alti costi transattivi prodotti dalla difficile prevedibilità *ex*

ante dei comportamenti lesivi, sia per non rendere eccessivamente rigida la gestione dell'impresa finanziata;

ii) effetto "lock-in". Se gli investitori potessero ritirare i capitali a loro piacimento, la possibilità di condotte opportunistiche da parte del debitore sarebbe assai scarsa. Non appena venisse a conoscenza della possibile insolvenza dell'impresa, infatti, ogni creditore sarebbe naturalmente portato a chiedere la restituzione del capitale o un consistente aumento degli interessi: al contempo, tuttavia, il medesimo incentivo (in misura accentuata dalla diminuzione dei fondi a disposizione dell'impresa) si produrrebbe per gli altri investitori, determinando con ogni probabilità una "fuga" di capitali verso impieghi più sicuri (in buona sostanza, una versione collettiva del "dilemma del prigioniero"). Sorge quindi la necessità di rendere tendenzialmente uguali la durata del finanziamento e quella degli investimenti dell'impresa sostenuti dal debito, di fatto però legando ("lock-in") i creditori alle sorti dell'ente finanziato e accrescendo, in definitiva, le possibilità di condotte opportunistiche poste in essere a loro danno dai proprietari dell'impresa.

La soluzione più diffusa per ovviare a tali costi è quella di rendere i finanziatori stessi (o almeno, quelli tra i finanziatori che non abbiano la forza contrattuale necessaria ad ottenere specifiche garanzie, reali o personali, per la restituzione del debito) *proprietari* dell'impresa, ovvero di far finanziare l'impresa stessa da chi la possiede: è questa la ragione per cui i proprietari dell'impresa (coloro che hanno diritto agli utili) generalmente rappresentano anche i maggiori fornitori di capitale [v. A. ALCHIAN, R. CRAWFORD, B. KLEIN, *Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process*, 21 *Journ. of L. and Econ.*, 297 (1978)].

2) D'altro canto, tuttavia, l'assetto delle *Non Profit Organizations*, calibrato per l'ottimale raggiungimento delle finalità altruistiche perseguite dai *patrons*, risulterebbe completamente sconvolto dalla diretta partecipazione degli investitori agli assetti proprietari: è quindi opportuno, al fine di superare i problemi appena visti, trovare forme di tutela diverse degli interessi dei finanziatori.

3.2.3. Estraneità del finanziatore alla gestione.

Il finanziatore *non* partecipa alla formazione della volontà sociale (quindi, ad es., non gli competono diritti quali il voto in assemblea o l'impugnativa delle delibere assembleari). In questo modo, le scelte e la filosofia dell'ente non lucrativo rimangono *esclusivamente* in capo all'organo di indirizzo.

Se infatti si intende il *controllo* come potere di determinare quegli aspetti della politica d'impresa che, in virtù degli alti costi transattivi, non sono determinabili *ex ante* per contratto, ma devono essere rimessi alla discrezionalità di coloro ai quali tale potere è conferito [H. HANSMANN, *cit.*, 12], ammettere che agli investitori, portatori di una logica indubbiamente divergente da quella propria del *non profit*, siano attribuiti poteri tali da incidere *direttamente* sulla gestione dell'attività produrrebbe, quale naturale conseguenza:

i) nella peggiore delle ipotesi, l'abbandono delle finalità altruistiche da parte dell'ente: secondo alcuni autori, infatti, l'essenza del *non profit* risiede nel fatto che l'ente non lucrativo non possa distribuire profitti non solo ai suoi proprietari, ma addirittura a chi sia *comunque* associato all'organizzazione [B.A. WEISBROD, *The Nonprofit Economy*, *cit.*, 1]

ii) in ogni caso, una crescita esponenziale del costo dei processi decisionali, che non sembra essere sufficientemente considerata da chi sostiene che ogni gruppo interessato alle scelte gestionali di un'impresa - i c.d. *stakeholders* - dovrebbe essere rappresentato all'interno dell'organizzazione [cfr. AA.VV., *Special Issue on the Corporate Stakeholder Debate: The Classical Theory and its Critics*, 43 *U. of Toronto L.J.*, 297 (1993)].

3.2.4. Il controllo dell'investitore.

Possono però commettersi alla partecipazione finanziaria altri poteri, che, senza snaturare le caratteristiche delle *Non Profit Organizations*, tuttavia consentano un *controllo* molto intenso dell'attività sociale:

... 1) *indiretto* (ad es., diritto all'informazione sociale, l'azione sociale di responsabilità);

2) *diretto* (ad es., il diritto di nominare consiglieri di amministrazione o uno o più membri dell'organo di controllo).

E' infatti indubbio che, in presenza di una finalità non lucrativa, siano minori per gli amministratori gli incentivi a comportamenti opportunistici, ma è comunque da tener presente il rischio di una indebita lesione delle aspettative economiche di coloro che, attraverso il finanziamento, hanno scelto di "scommettere" sull'impresa *non profit*: in mancanza di adeguati meccanismi di tutela, la possibilità di subire passivamente le conseguenze di un eventuale *mismanagement* potrebbe perciò riflettersi in modo esiziale sull'offerta di capitali, stroncando sul nascere un mercato ancora in formazione.

Problemi simili emergono di frequente in relazione ai detentori di obbligazioni convertibili: la giurisprudenza americana, in alcuni casi di questo tipo, ha risolto il conflitto tra obbligazionisti e amministratori in senso sfavorevole ai secondi, condannandoli per:

- i) violazione dei doveri fiduciari [v. *Broad v. Rockwell Int'l Corp.*, 642 F. 2d 929 (5th Cir.), *cert. denied*, 454 U.S. 965 (1981)];
- ii) violazione degli obblighi impliciti di buona fede e diligenza [v. *Pittsburgh Terminal Corp. v. Baltimore & Ohio R.R. Co.*, 680 F. 2d 933, 941 (3d Cir.), (1982)];
- iii) dolo [v. *Harff v. Kerkorian*, 347 A.2d 133 (Del. 1975)];
- iv) arricchimento senza causa [v. *Van Gemert v. Boeing Co.*, 520 F. 2d 1373 (2d Cir.), *cert. denied*, 423 U.S. 947 (1975)].

Alcuni studiosi hanno contestato tali posizioni, sottolineando:

- i) che un'eccessiva protezione degli obbligazionisti rischia di far trascurare l'obiettivo primario della massimizzazione del profitto, tanto più che assai frequentemente gli interessi degli azionisti e quelli dei creditori divergono [COFFEE & SCHWARTZ, *The Survival of the Derivative Suit: An Evaluation and a Proposal for Legislative Reform*, 81 Colum. L. Rev., 261 (1981)];
- ii) che finché la società emittente resta solvente, gli interessi degli obbligazionisti non ricevono lesioni tali da giustificare un intervento giudiziale a loro tutela [W.W. BRATTON, *The Economics and Jurisprudence of Convertible Bonds*, 1984 Wis. L. Rev., 667].

In contrario, tuttavia, è facile dimostrare:

- i) che, di norma, gli amministratori di una società già devono tener conto di una *molteplicità di interessi*: quelli espressi dagli azionisti di minoranza e di maggioranza, anzitutto, ma eventualmente anche quelli esistenti tra diversi gruppi di azioni (la divergenza di interessi tra azionisti ordinari e azionisti di risparmio non differisce granché da quella tra azionisti e detentori di obbligazioni);
- ii) che gli obbligazionisti possono essere danneggiati anche *indipendentemente* dall'insolvenza della società emittente, in quanto la modificazione del rischio connesso al debito si riflette immediatamente sul *prezzo* di mercato del titolo.

In tali risposte si possono cogliere spunti di notevole interesse per il modello che si propone, nel quale si presentano problemi non dissimili da quelli propri delle società di capitali: l'attribuzione a chi finanzia l'ente non lucrativo di un potere, sia esso diretto o indiretto, di *controllo* implica necessariamente, infatti, che gli investitori assumano un ruolo di rilievo nelle *Non Profit Organizations*, pur nutrendo aspettative che (almeno in apparenza) contrastano nettamente con il *non distribution constraint*.

Come riuscire, quindi, ad imporre la coesistenza di logiche confliggenti nella gestione dell'impresa sociale, senza snaturarne la finalità non lucrativa?

A ciò si aggiunga che il modello associativo, che allo stato rappresenta la forma giuridica d'elezione per l'impresa *non profit*, è viziato da una scarsa idoneità al controllo degli amministratori, in virtù dei problemi di *agency* connessi all'assenza di:

- i) indici di *performance* autoevidenti;
- ii) efficienti strutture di monitoraggio.

Appare quindi necessario, in sede di riforma del settore:

- 1) in generale, l'imposizione agli amministratori di *doveri fiduciari* che non si riducano al divieto di condotte contrarie alla legge o all'atto costitutivo, ma neppure si traducano in fattispecie rigide e

strutturalmente definite. In via esemplificativa, si potrà rendere necessario un intervento dell'autorità giudiziaria in caso di:

- i) *mismanagement*;
- ii) *self-dealing*;
- iii) frustrazione delle aspettative giuridiche dei *patrons*;
- iv) manifesta incompatibilità, incompetenza o inadeguatezza degli amministratori.

Una sentenza che produca la mera invalidazione delle delibere contrastanti con i doveri fiduciari non rappresenterebbe, tuttavia, un efficace strumento di tutela contro le condotte opportunistiche dei gestori, atteso che non sempre esse si traducono in formali decisioni dell'organo amministrativo: al fine di implementare i doveri degli amministratori appare invece sicuramente più adeguata la previsione di *provvedimenti atipici*, eventualmente anche a contenuto positivo.

2) più specificamente, l'*esplicita* formulazione del dovere per i gestori degli enti di non ledere gli interessi degli investitori, la quale si rivela:

- i) da un lato, necessaria al fine di garantire i potenziali finanziatori sulla sicurezza del loro investimento, senza tuttavia importare l'abbandono della filosofia *non profit* (come invece potrebbe avvenire con più dirette forme di garanzia degli investitori, quali, ad es., il loro inserimento nella compagine sociale);
- ii) dall'altro, una valida alternativa ai prevedibili tentativi di imporre il medesimo obbligo in via contrattuale, traducendosi in un netto *risparmio* di costi transattivi [v. FISCHER, *The Corporate Governance Movement*, 35 *Vand. L. Rev.* 1259 (1982)].

L'introduzione di tale principio non deve essere valutata quale possibile elemento di rigidità nell'amministrazione dell'ente: poiché, infatti, l'eventuale aumento dei costi affrontati dai creditori per controllare il comportamento del debitore si ripercuote sul tasso d'interesse richiesto (tanto maggiore, quanto più gravoso è il monitoraggio dell'investimento), la disciplina dell'impresa (in generale, ma in particolare nel caso dell'impresa sociale) non può considerarsi efficiente ove consenta di massimizzare in via *alternativa* il livello di protezione offerto ai creditori o la libertà di gestione dell'attività, ma solo se riesce a *mediare* tra le due esigenze, rendendo minimi i costi di accesso al capitale di debito [cfr. R. POSNER, *The Rights of Creditors of Affiliated Corporations*, 43 *U. Chi. L. Rev.* 499 (1978)].

Ciò significa, in altri termini, che l'imposizione di doveri fiduciari nei confronti dei creditori-investitori dovrebbe consentire di coniugare, nell'amministrazione dell'impresa sociale, la ricerca di risultati ottimali e il rispetto delle aspettative degli investitori: una scelta gestionale, pertanto, potrà ritenersi *efficiente* solo ove permetta, sempre nell'ottica del perseguimento del fine "altruistico", di migliorare il rendimento dell'impresa senza peggiorare le condizioni dei creditori, incrementando così il valore dell'attività e, al contempo, l'appetibilità dell'investimento.

Gli amministratori di un ente *non profit* andranno quindi assoggettati, in caso di violazione dei doveri fiduciari, ad *azioni di responsabilità* da parte dei creditori: questa forma di tutela di carattere *personale* può così completare il quadro di controlli operati sulla gestione, rappresentando un indiretto, ma efficace strumento di garanzia degli investitori, affine alle "*derivative suits*" che negli U.S.A. possono essere esercitate dagli obbligazionisti verso gli amministratori delle società emittenti.

E' bene notare, tuttavia, che tali forme di difesa delle aspettative creditorie sono state fortemente criticate: si sostiene infatti che la mera possibilità di essere chiamati, in presenza di una società ancora solvente, a rispondere delle scelte gestionali potrebbe frenare negli amministratori la propensione ad investimenti *rischiosi*, ancorché particolarmente redditizi [COFFEE & SCHWARTZ, *cit.*].

Al contrario, va affermato che l'introduzione di tale rimedio a tutela degli interessi degli investitori negli enti non lucrativi si basa su solide motivazioni, non certo in quanto i gestori non debbano cercare la massimizzazione del *profitto* (il *non distribution constraint*; infatti, non va certo inteso quale assenza di lucro in senso oggettivo), ma perché:

- i) non si intende affatto con l'azione di responsabilità negare agli amministratori libertà d'azione, anche ove questa conduca all'assunzione di rischi ingenti: si vuole semplicemente evitare che le conseguenze, specie ove si traducano in insuccessi economici, ricadano esclusivamente sugli investitori [così M.W. Mac DANIEL, *cit.*];

ii) non si può sostenere che la protezione dei creditori si possa attuare attraverso le previsioni contrattuali: questo può essere vero, ad es., per un contratto di finanziamento con un istituto di credito, ma non certo per chi acquista sul mercato un titolo emesso dall'ente;

iii) gli stessi autori che negano l'utilità delle *derivative suits* da parte degli obbligazionisti sono poi costretti ad ammettere la legittimazione dei detentori di obbligazioni convertibili, in quanto in tal caso il debito "partecipa della natura del capitale": è evidente la pretestuosità di tale differenziazione, tra l'altro improponibile per gli enti *non profit*.

3.2.5. Meccanismi di tutela e circolazione dell'investimento.

Alle forme di tutela *personale* degli interessi degli investitori va aggiunta la possibilità di agganciare la partecipazione a forme e meccanismi *reali* di tutela (ad es. la risoluzione per inadempimento con restituzione del capitale), tali da differenziare ulteriormente la posizione di questi soggetti da quella del socio sovventore, ove la protezione è tutta affidata ai meccanismi interni.

Questa forma di tutela può essere necessaria in relazione:

- i) al *mismanagement*;
- ii) ai casi in cui l'ente decida di orientare diversamente la propria attività, pregiudicando l'investimento, o di modificare l'oggetto sociale.

E' infatti di particolare importanza fornire all'investitore la possibilità di sottrarsi ad eventuali lesioni delle proprie aspettative:

- i) per evidenti ragioni equitative;
- ii) per evitare che la possibilità di sottrarsi agevolmente all'obbligo di restituzione del capitale (o del pagamento del tasso d'interesse prefissato) si ripercuota, attraverso un'immediata maggiorazione dei costi, sulla facilità di accesso al capitale di debito [cfr. V. BRUDNEY, *Corporate Bondholders and Debtor Opportunism: In Bad Times and Good*, in 105 *Harv. L. Rev.*, 1821 (1992)]: in breve, se mi si offre la possibilità di investire con un previsto ritorno pari a 100, ma apprendo che per una serie di motivi posso essere costretto ad accettare la restituzione di una somma pari a 60, chiaramente sarò pronto ad investire solo in presenza di tassi d'interesse molto più elevati.

E' possibile, infine, prevedere la *circolazione* dell'investimento nella forma di un titolo di partecipazione (va in proposito ricordato che l'art. 29 del d.lgs. 460/1997 demanda a un successivo regolamento ministeriale la disciplina dei c.d. *titoli di solidarietà*). In questo caso una richiesta di esprimere il gradimento sarebbe meno giustificata, atteso che altro è consentire di scegliere chi intende cooperare per la realizzazione dello scopo sociale, altro è invece rivendicare il diritto a scegliere chi controlla che la sua attuazione avvenga in quadro gestionale improntato a criteri di trasparenza e efficienza.

Numerosi sono, in definitiva, i vantaggi del modello proposto, attraverso il quale la soluzione al problema rappresentato dalla fisiologica sottocapitalizzazione degli enti non lucrativi consente al contempo di ottenere altri obiettivi di non secondaria importanza, improntando la gestione dell'ente a criteri di:

a) *trasparenza*: chi finanzia l'ente investe *dichiaratamente* per ottenere un rendimento, ma al contempo vuole farlo realizzando/affermando una determinata filosofia produttiva, senza così determinare (in virtù dell'incompatibilità tra la qualità di socio e quella di investitore) un inquinamento della finalità altruistica;

b) *efficienza*. Il meccanismo sfrutta infatti l'interesse egoistico al controllo per correggere alcune delle patologie caratteristiche del *non profit*:

i) la mancanza di soggetti che abbiano diritto a beneficiare dei profitti costituisce uno dei principali motivi dell'assenza di incentivi, per il *management* delle organizzazioni non lucrative, a perseguire obiettivi di efficienza gestionale [B.A. WEISBROD, *cit.*, 14]: nel modello proposto, invece, sarà l'investitore stesso che avrà interesse ad agire a fronte delle ipotesi in cui vi è scarsa attenzione al contenimento dei costi di gestione;

ii) al tempo stesso, la presenza di un investitore può costituire un indice significativo per il mercato del *credito*, in ordine al monitoraggio dell'efficiente gestione, ovviando alla cronica difficoltà di

valutazione di attività delle quali è facile percepire l'utilità sociale, ma alquanto problematico fornire una precisa misurazione in termini di *performance*.

BIBLIOGRAFIA

- ALCHIAN, A., CRAWFORD, R., KLEIN, B., *Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process*, 21 *Journ. of L. and Econ.*, 297 (1978);
AA.VV., *Special Issue on the Corporate Stakeholder Debate: The Classical Theory and its Critics*, 43 *U. of Toronto L.J.*, 297 (1993);
AA.VV., *La nuova disciplina delle società cooperative*, Padova, 1993;
BASSI, A., *Le società cooperative*, Torino, 1995;
BRATTON, W.W., *The Economics and Jurisprudence of Convertible Bonds*, 1984 *Wis. L. Rev.*, 667;
BRATTON, W.W., *Corporate Debt Relationships: Legal Theory in a Time of Restructuring*, in *Duke L.J.*, 1989, 92;
BRUDNEY, V., *Corporate Bondholders and Debtor Opportunism: In Bad Times and Good*, in 105 *Harv. L. Rev.*, 1821 (1992);
CARLSON, D.G., *A Theory of Contractual Debt Subordination and Lien Priority*, 38 *Vanderbilt L. Rev.*, 975 (1985);
COFFEE & SCHWARTZ, *The Survival of the Derivative Suit: An Evaluation and a Proposal for Legislative Reform*, 81 *Colum. L. Rev.*, 261 (1981);
DOUGLAS-HAMILTON, *Creditor Liabilities Resulting from Improper Interference with the Management of a Financially Troubled Debtor*, 31 *Bus. Law*, 343, (1975);
FISCHEL, *The Corporate Governance Movement*, 35 *Vand. L. Rev.* 1259 (1982);
GAMBINO, A., *Le mutue assicuratrici*, in *Giur. comm.*, 1991, I;
HANSMANN, H., *The Role of Nonprofit Enterprise*, 89 *Yale L.J.*, 835 (1980);
HANSMANN, H., *Reforming Nonprofit Corporation Law*, 129 *U. Penn. L. Rev.*, 497 (1981);
HANSMANN, H., *The Effect of Tax Exemption and Other Factors on the Market Share of Nonprofit versus For Profit Firms*, 15 *Nat'l Tax J.* 71 (1987);
HANSMANN, H. *The Ownership of the Enterprise*, Cambridge (Ma), 1996;
MACEY, J.R., *Externalities, Firm-specific Capital Investments, and the Legal Treatment of Fundamental Corporate Changes*, in *Duke L.J.*, 1989, 173;
MARTINA, G., *L'emissione di obbligazioni da parte delle società cooperative*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, 511;
McDANIEL, M.W., *Bondholders and Corporate Governance*, in 41 *Bus. Law.*, 413 (1986);
POSNER, R., *The Rights of Creditors of Affiliated Corporations*, 43 *U. Chi. L. Rev.* 499 (1976);
WEISBROD, B.A., *The Nonprofit Economy*, Cambridge (Ma), 1988;
WILLIAMSON, O., *Corporate Governance*, 93 *Yale L.J.* 1197, (1984).

PARERE DEL PROF. UMBERTO TOMBARI

Quale possibile disciplina può essere pensata per il finanziamento partecipativo e in che modo può trarsi vantaggio dall'esperienza delle società?

Nel tentativo di individuare nuovi canali di finanziamento per l'attività d'impresa esercitata da enti non profit, si può prospettare l'impiego di strumenti ibridi di capitale-debito, ossia di strumenti che presentano caratteristiche intermedie tra i titoli rappresentativi di capitale di rischio ed i titoli rappresentativi di capitale di credito. In via esemplificativa e traendo spunto dall'esperienza italiana e straniera in materia di società, si possono ricordare strumenti come i prestiti subordinati, i prestiti irredimibili, i subordinated debentures o i c.d. "certificati di godimento" (*Genussscheine*) conosciuti nell'esperienza giuridica tedesca.

Si tratta in particolare di strumenti che, pur fondandosi su rapporti di natura obbligatoria con la società emittente, sono caratterizzati da un grado di partecipazione al rischio d'impresa - sia sotto il profilo della remunerazione che del rimborso dell'investimento - superiore a quello sopportato dalla normale tipologia di "creditore".

Ciò premesso, non sembrano sussistere ostacoli relativamente all'emissione da parte di enti non profit di titoli come quelli brevemente descritti.

In proposito, non sembra innanzitutto costituire un impedimento la disposizione contenuta nell'art. 11 del Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (d.lgs. n. 385 del 1993), secondo la quale la raccolta di capitale di credito tra il pubblico è riservata alle banche (art. 11, comma secondo) ed agli altri soggetti specificamente indicati dall'art. 11, comma quarto (così come modificato dall'art. 64 del d.lgs. n. 415 del 1996 e dall'art. 2 del d.lgs. n. 342 del 1999). Come noto, tra questi soggetti, se rientrano ad es. le società per azioni, in accomandita per azioni e le società cooperative per la raccolta effettuata mediante l'emissione di obbligazioni, non sono ricompresi gli enti non profit.

Ebbene, se in forza della proposizione normativa appena citata gli enti collettivi senza scopo di lucro non sono legittimati nel nostro ordinamento a raccogliere capitale di credito tra il pubblico in qualsiasi forma e quindi anche attraverso emissione di titoli obbligazionari, la natura ibrida degli strumenti sopra menzionati (prestiti subordinati, prestiti irredimibili e modelli stranieri analoghi) dovrebbe impedire una loro qualificazione come strumenti di "raccolta del risparmio" ai sensi dell'art. 11 del Testo unico bancario, con l'ulteriore corollario che verrebbe meno ogni limitazione "soggettiva" alla loro emissione. A ciò si aggiunga che nel caso degli enti non profit l'emissione di titoli ibridi non verrebbe probabilmente destinata "al pubblico", ma ad uno o più finanziatori determinati.

Si consideri, inoltre, che strumenti di finanziamento come i prestiti subordinati o irredimibili sono *rechtsformneutral*. Si tratta, in altri termini, di titoli che prescindono sostanzialmente dalla forma giuridica attraverso la quale viene esercitata l'impresa, con la conseguenza che potrebbero essere emessi anche dalle varie figure rientranti nella categoria degli enti non profit.

Sembra infine che un'eventuale partecipazione da parte del titolare di questi strumenti ibridi di finanziamento-investimento agli utili derivanti dall'attività economica, partecipazione che può rappresentare un contenuto del *Genussrecht*, non alteri i tratti caratterizzanti degli enti non profit, rimanendo esclusa ogni forma di "destinazione del risultato" ai componenti dell'ente.

E' di tutta evidenza, peraltro, che l'allargamento dei canali di finanziamento delle Non Profit Organizations attraverso l'emissione di titoli come quelli prospettati rischierebbe di essere concretamente vanificata, qualora gli strumenti in questione non risultassero appetibili per i potenziali investitori-finanziatori. Sotto questo profilo, risulta pertanto di decisiva importanza prevedere forme di tutela dell'investitore, finalizzate a proteggerlo da eventuali espropriazioni dell'investimento ad opera degli amministratori dell'ente non profit. A riguardo, un ruolo decisivo potrebbe essere svolto dal contratto di sottoscrizione stipulato tra l'investitore-finanziatore e l'emittente (nella specie l'ente non profit): in particolare, il contratto potrebbe attribuire al primo una serie di poteri di controllo (variamente articolati e strutturati) sull'attività gestionale ed imporre al secondo (e per esso ai suoi amministratori) un dovere fiduciario di gestire con diligenza l'impresa e dunque anche i finanziamenti a tal fine ricevuti. Per questa via gli investitori in strumenti ibridi non solo potrebbero essere informati opportunamente sulla gestione dell'impresa, ma, in caso di danni derivanti dalla violazione da parte degli amministratori del dovere fiduciario appena indicato, potrebbero agire in responsabilità contrattuale verso l'emittente.

La previsione di strumenti di tutela come quelli ipotizzati introdurrebbe inoltre la possibilità di forme di monitoraggio da parte di questa tipologia di investitori-finanziatori sull'attività gestionale delle Non Profit Organizations, contribuendo così a migliorarne l'efficienza imprenditoriale.

Parte Settima

Modelli di disciplina fiscale dell'impresa sociale

PAGINA BIANCA

CAPITOLO X**Modelli di disciplina fiscale dell'impresa sociale****Sommario.****Parte Prima**

- 1 Introduzione*
- 2 Le principali argomentazioni a sostegno degli enti non profit*
 - 2.1 Capacità degli enti non profit di attrarre finanziamenti
 - 2.2 La riduzione delle asimmetrie informative
 - 2.3 La bassa remunerazione del lavoro
- 3 Principali debolezze degli enti non profit*
 - 3.1 L'assenza di parametri di valutazione dell'efficienza
 - 3.2 La rigidità dell'offerta di servizi
 - 3.3 Il rischio di inefficienza del management
- 4 La sottocapitalizzazione degli enti non profit: possibili soluzioni*
 - 4.1 a) il project financing
 - 4.2 b) il ricorso al capitale di credito: il finanziamento partecipativo
 - 4.3 c) il capitale di rischio
 - 4.4 d) titoli rappresentativi di diritti a determinate prestazioni nei settori di intervento del non profit
- 5 La coesistenza tra soggetti non profit e for profit: il ruolo degli incentivi fiscali e la possibile introduzione di nuovi competitori*
 - 5.1 L'introduzione della figura dell'impresa sociale
- 6 Caratteristiche della politica fiscale per il settore non profit*
 - 6.1 La politica tributaria come strumento di finanziamento indiretto
 - 6.2 Destinatari e funzioni della politica fiscale per il settore non profit

Parte Seconda

- 7 Disciplina tributaria degli enti non commerciali*
 - 7.1 Il regime degli enti non commerciali e la loro riforma prevista dal d.lgs. 460/97
 - 7.2 Perdita della qualifica di ente non commerciale
 - 7.3 Imposte dirette
 - 7.4 Regimi speciali
 - 7.5 IVA
 - 7.6 INVIM
 - 7.7 Imposta sulle successioni e donazioni
 - 7.8 Incentivi fiscali al finanziamento
 - 7.9 Le altre modifiche alla disciplina degli enti non commerciali
 - 7.10 Attività non commerciali
 - 7.11 Trasferimento di beni patrimoniali
 - 7.12 Le fondazioni bancarie come enti non commerciali
- 8 La disciplina tributaria delle Organizzazioni non lucrative di utilità sociale (Onlus) 233*
 - 8.1 Requisiti soggettivi
 - 8.2 Individuazione di settori di intervento e requisiti statutari
 - 8.3 L'anagrafe delle Onlus
 - 8.4 Il regime fiscale delle Onlus e le agevolazioni
 - 8.5 Sanzioni e responsabilità

1. Introduzione

L'interesse per il settore non profit deriva, principalmente, dal fatto che una vasta platea di osservatori individua proprio nel suo sviluppo, la possibilità di ridurre il costo dei servizi per la collettività e/o di incrementarne la qualità e quantità a parità di costo. In effetti lo Stato sociale italiano si trova oggi di fronte ad una sfida molto difficile: da un lato le dinamiche demografiche e sociali determinano una tendenza ad un forte aumento della domanda di prestazioni di assistenza; d'altro canto, vincoli di bilancio molto stringenti impediscono allo Stato di aumentare le risorse destinate al "sociale". L'interesse del legislatore per il possibile contributo che il settore non profit può offrire per attenuare tale problema è testimoniato anche dalla recente approvazione del decreto legislativo 4 dicembre 1997 n. 460 sulla riforma degli enti non commerciali e sull'istituzione della nuova figura di Onlus (Organizzazione non lucrativa di utilità sociale).

E', pertanto, utile una breve premessa sulle motivazioni teoriche favorevoli alla tesi che il ricorso ad una produzione dei servizi di pubblica utilità da parte di organizzazioni private senza scopo di lucro possa determinare effetti positivi. Come è noto tali argomenti fanno in particolare riferimento alla possibilità per le organizzazioni non profit: a) di attrarre risorse aggiuntive dal settore privato sotto forma di donazioni; b) di ridurre asimmetrie informative per i consumatori; c) di utilizzare lavoro volontario e di remunerare il fattore lavoro meno rispetto al settore pubblico e privato orientato al profitto; d) di fornire incentivi ai lavoratori che migliorino l'efficienza organizzativa e produttiva. Al contrario, l'efficienza del settore non profit può trovare limiti significativi nella difficoltà di ricambio del gruppo dirigente, nella possibilità di abusi, nell'impossibilità di accedere in modo adeguato al mercato dei capitali. Interessante è inoltre analizzare le condizioni economiche che possono giustificare la coesistenza nel tempo di organismi *non profit* e *for profit*.

Date queste premesse l'obiettivo è quello di prefigurare una forma di impresa sociale che goda di particolari incentivi fiscali, tali però da non alterare il meccanismo della concorrenza, e che possa ovviare all'annoso problema della sottocapitalizzazione che affligge gli enti non profit.

La seconda parte del lavoro riguarda la disciplina fiscale vigente degli enti non profit, con particolare riferimento al ruolo della riforma degli enti non commerciali e delle Organizzazioni non lucrative di utilità sociale (Onlus).

2. Le principali argomentazioni a sostegno degli enti non profit

Data la diretta incidenza dei servizi sociali sulla qualità della vita dell'acquirente, la presenza di asimmetrie informative a vantaggio dell'erogatore, limitando il grado di "fiducia" dell'acquirente, condiziona in modo rilevante le possibilità di funzionamento del mercato; le non profit, invece, ispirano un maggior grado di fiducia, per la peculiarità della loro funzione-obiettivo e per le motivazioni comportamentali che ne derivano e sembrano quindi particolarmente adatte a fornire questo tipo di servizi.

Tuttavia gli enti non profit devono saper competere in un contesto di mercato. L'intervento pubblico non può concedere troppe agevolazioni a loro favore, ma deve creare le condizioni per un'adeguata concorrenza nel mercato sociale tra diversi tipi di imprese, all'interno della quale le non profit possano esprimere le loro potenzialità effettive; per altro verso, con riguardo al ruolo che esse possono svolgere nel migliorare il grado di affidabilità e quindi il funzionamento dei mercati; il potere pubblico è necessariamente portato a incentivare le non profit, collegando gli incentivi all'effettiva realizzazione dei loro scopi sociali. E' quello che fa, in buona parte, il decreto legislativo sulle Onlus, prevedendo l'esenzione dalle imposte dirette solo dei proventi derivanti dalle attività svolte in attuazione degli scopi istituzionali o in diretta connessione ad essi e la deducibilità fiscale delle erogazioni liberali a favore delle Onlus²²⁸.

L'importanza del contributo del settore non profit per l'offerta di servizi sociali risulta evidente alla luce del cd. "morbo di Baumol"²²⁹, ovvero al fatto che la produttività del lavoro cresce più

²²⁸ CER Un welfare su misura - Rapporto n. 4/1997, pag. 107.

²²⁹ W.J. BAUMOL - W.G. BOWEN, *Performing arts: the economic dilemma*, Cambridge, Mit Press 1966; si veda anche a questo proposito G. RUFFOLO, *Lo sviluppo dei limiti* Laterza, Roma Bari, 1994 e C. DE VINCENTI A. MONTEBUGNOLI *L'economia delle relazioni*, Laterza 1997.

rapidamente laddove la prestazione di lavoro ha carattere strumentale e può essere sostituita da macchine, via via che l'innovazione tecnologica procede. Pertanto, si ritiene che nel campo dei servizi di assistenza sarebbe possibile realizzare solo modesti incrementi di produttività dal momento che la quantità di lavoro non si può ridurre senza compromettere la qualità della prestazione resa. D'altra parte, le retribuzioni di coloro che lavorano nei settori a produttività stagnante crescono più o meno in linea con quelle dei settori che realizzano incrementi di produttività: diviene, dunque, necessario destinare sempre più risorse sociali per finanziare la produzione di tali servizi.

A fronte di queste tendenze negative diviene naturale interrogarsi sulle possibili modalità per conseguire un allargamento delle risorse disponibili e/o un aumento nell'efficienza nella produzione dei servizi. Come è noto, su questo tema sono state avanzate proposte disparate²³⁰; un elemento probabilmente comune alla larga maggioranza di esse consiste nella riduzione del ruolo dello Stato nella produzione dei servizi in questione e nell'estensione del ruolo di meccanismi di mercato all'interno dei quali soggetti *non profit* e *for profit* compongono una pluralità di erogatori di servizi.

Capacità degli enti non profit di attrarre finanziamenti

Soggetti privati senza scopo di lucro possono avere la capacità di attrarre donazioni da parte del settore privato dell'economia finalizzate alla prestazione di servizi di assistenza. La rilevanza quantitativa delle donazioni nel 1992 era piuttosto elevata negli USA (circa il 19% del totale delle entrate) ed in Gran Bretagna (12%), modesta in Italia (circa 4%)²³¹. Il dato italiano probabilmente risente dell'assenza di incentivi fiscali per tali donazioni quali quelli solo recentemente introdotti nel nostro paese con il d.lgs. n. 460/97.

Occorre, tuttavia, distinguere concettualmente tra la capacità di attrarre donazioni che un'istituzione ha in quanto soggetto *non profit*, dalla capacità di attrarre donazioni associata alla presenza di incentivi fiscali. Qualora i soggetti *non profit* presentino una peculiare attrattiva per i donatori, allora gli incentivi fiscali sulle donazioni si configurerebbero come strumento di mero potenziamento di tendenze comunque presenti. Il costo per lo Stato associato a tali incentivi troverebbe giustificazione nella loro capacità di generare un aumento delle risorse disponibili per servizi sociali di importo maggiore a quello degli incentivi stessi.

Posto che alcuni individui hanno un movente altruistico che li predispone a donare denaro e tempo, perché la natura *non profit* del soggetto ricevente può essere condizione necessaria affinché la donazione abbia luogo? Una possibile risposta fa riferimento alla possibilità che esistano dei costi per i donatori nel monitorare l'impiego che viene fatto dei soldi donati. In realtà, la possibilità di un uso improprio dei fondi donati esiste sia nel caso di soggetti *for profit*, sia nel caso di soggetti *non profit* (si pensi ad esempio ad eccessive retribuzioni dei *manager*). Ciò nonostante, è plausibile che i soggetti privati *non profit* grazie alla loro reputazione o alla presenza di controlli più mirati possano competere in modo più efficace rispetto a soggetti orientati al profitto nell'acquisizione delle donazioni di soggetti privati²³², ovviamente anche il perseguimento di finalità ideali può risultare più credibile per i soggetti *non profit*.

Rispetto poi al finanziamento spontaneo di attività assistenziali attuate dalla mano pubblica, è possibile che iniziative promosse da soggetti *non profit* siano più capaci di soddisfare le esigenze di donatori privati grazie alla più ampia pluralità di opzioni offerte.

La capacità dei soggetti *non profit* di ampliare la quantità di risorse disponibili per il settore sociale è anche dovuta al processo di auto-accumulazione legato al divieto di distribuzione degli utili: in presenza di un vantaggio competitivo che consenta ai soggetti del settore *non profit* di realizzare profitti significativi, il processo di reinvestimento automatico dell'utile nel processo produttivo può produrre effetti rilevanti. Tuttavia, questa accumulazione di capitale non necessariamente soddisfa esigenze di allocazione efficiente delle risorse a livello macroeconomico.

²³⁰ Si sono proposte privatizzazioni, lo sviluppo di "quasi mercati", forme di decentramento amministrativo, l'introduzione di tecniche di gestione privatistiche, fino a configurare anche una riduzione del grado di copertura dei bisogni.

²³¹ Vedi L.M. SALAMON e H.K. ANHEIL, *The emerging sector: the nonprofit sector in comparative perspective. An overview*. The John Hopkins Nonprofit Sector Series, Manchester Univ. Press 1996.

²³² Su questo punto si veda H. HANSMANN, *The Role of Non-Profit Enterprise*, Yale Law Journal, 1980, pp. 835-901.

Si noti che dietro al fenomeno delle donazioni si possono in realtà celare intenti e meccanismi socio-economici molto diversi tra loro²³³.

In primo luogo, le donazioni possono essere associate alla produzione privata di beni pubblici: per motivi che esulano dalla nostra analisi gli individui possono desiderare di finanziare privatamente la produzione di beni pubblici ignorando i noti problemi di *free riding*; in tal caso la donazione a soggetti non profit diviene strumento ideale²³⁴.

In secondo luogo, la donazione può consistere nella sostanza in una forma di discriminazione di prezzo volontaria: per esempio, nel settore delle manifestazioni artistiche risulta difficile coprire i costi con la sola emissione di biglietti anche a causa del fatto che la cedibilità dei biglietti limita l'efficacia di politiche di discriminazione nei prezzi. Un assiduo frequentatore di un museo che sia anche donatore verso l'istituzione di fatto decide di sottoporsi volontariamente ad una discriminazione di prezzo finalizzata alla sopravvivenza dell'istituzione in questione.

In terzo luogo, la donazione può inserirsi in un'istituzione sociale più complessa ed assumere di fatto la natura di rimborso di un "prestito" implicito: Hansmann fa a questo proposito l'esempio di una persona che riceve da giovane una borsa di studio che gli consente di accumulare un certo stock di capitale umano e che poi, in età matura, effettua volontariamente una donazione alla stessa istituzione universitaria allo scopo di consentire anche ad altri giovani di ricevere finanziamenti allo studio. Questo tipo di comportamenti, molto diffusi nel mondo anglosassone, si inquadra in effetti in comportamento sociale di tipo cooperativo al quale gli individui aderiscono spontaneamente, senza che intervenga il potere coercitivo della legge.

La riduzione delle asimmetrie informative

Un punto di forza dei soggetti non profit può derivare dalla presenza di asimmetrie informative che i consumatori hanno sul mercato dei beni e dei servizi²³⁵. In presenza di costi nell'accertare l'effettiva qualità dei servizi offerti o nell'impossibilità di accertare tale qualità se non dopo l'acquisto del servizio (*experience goods/services*), l'assenza di uno scopo di lucro può indurre i consumatori ad avere minori dubbi sulla qualità dei servizi resi.

Un'impresa che massimizza il profitto è spinta a sfruttare a proprio vantaggio l'asimmetria informativa, riducendo la qualità del servizio una volta stipulato il contratto²³⁶. Inoltre²³⁷ nel campo dell'assistenza e della sanità, i consumatori sono soggetti a costi molto elevati nel passaggio da un erogatore di servizi ad un altro²³⁸. La consapevolezza della presenza di siffatti incentivi e costi può indurre i consumatori a scegliere gli erogatori non profit anche qualora non ne condividano in pieno le finalità ideali. Naturalmente questo tipo di argomento induce a ritenere che anche gli erogatori pubblici di servizi di assistenza possano avere un vantaggio rispetto a quelli privati orientati al profitto. Dubbi circa l'efficienza produttiva del settore pubblico e l'eventuale possibilità per i consumatori di osservare meglio la qualità dei servizi resi da soggetti non profit²³⁹ può costituire un vantaggio per questi ultimi.

Interessante appare inoltre la possibilità che "la capacità di queste organizzazioni non profit di coinvolgere e motivare i lavoratori ne influenzi positivamente l'efficienza, contribuendo a spiegarne la crescita proprio nei settori dove particolarmente difficile e costoso è il controllo dei lavoratori"²⁴⁰. Sotto il profilo della teoria dell'organizzazione, l'efficienza delle imprese non profit potrebbe in effetti beneficiare di un sistema di incentivi più efficace che rende meno stringente l'esigenza di controlli e monitoraggi: la

²³³ Vedi H. HANSMANN, *The ownership of enterprise*, Harvard University Press, 1996, pp. 230-233.

²³⁴ H. HANSMANN *cit.*, 1996, cita a questo proposito l'esempio di stazioni radio-televisive finanziate da contributi volontari dei cittadini: il donatore ha la possibilità di verificare la qualità e la quantità delle trasmissioni effettuate ma ha difficoltà ad accertare la produzione marginale realizzata grazie alla propria donazione. Come si vedrà nella trattazione dei problemi associati ad asimmetrie informative svolta nel seguito, questo è un tipico caso in cui i soggetti non profit possono avere un vantaggio rispetto a quelli for profit.

²³⁵ Vedi S. ROSE-ACKERMAN, *Altruism, nonprofits and economic theory*, *The Journal of Economic Literature*, 1996, p. 716 ed i riferimenti bibliografici ivi contenuti.

²³⁶ C. BORZAGA, *cit.* 1994b, p. 8.

²³⁷ H. HANSMANN, *cit.* 1996, p. 234.

²³⁸ Si pensi all'assistenza domiciliare agli anziani: questi possono instaurare rapporti di fiducia con il personale che può a sua volta imparare a comprendere le esigenze particolari del disabile.

²³⁹ Questo è certamente il caso delle cooperative di consumo.

²⁴⁰ A. BACCIEGA E C. BORZAGA, *L'analisi economica delle organizzazioni nonprofit: limiti degli approcci tradizionali e possibili sviluppi*, mimeo, 1997, p. 2.

frequente presenza all'interno dell'organizzazione di persone che condizionano il loro impegno alla soddisfazione di determinati livelli di bisogno propri o di terzi riduce l'asimmetria informativa esistente sia tra fornitore e consumatore, sia tra *management* e operatori che erogano il servizio²⁴¹. Una maggiore efficienza delle organizzazioni non profit può, quindi, discendere dal maggior impegno che lavoratori fortemente motivati (che si identifichino nelle finalità ideali dell'organizzazione) possono mettere nello svolgimento delle loro mansioni. In senso più lato si può forse affermare che il settore non profit può creare punti di mediazione e di composizione tra interessi individuali ed interessi generali della società.

La bassa remunerazione del lavoro

La possibilità per le imprese non profit di remunerare il fattore lavoro meno delle altre forme organizzative può certamente costituire un importante elemento di vantaggio competitivo.

Tale possibilità può derivare dall'utilizzo di lavoro volontario²⁴² e dal fatto che la condivisione delle finalità ideali dell'organizzazione può indurre i lavoratori ad accettare livelli salariali più bassi. In particolare, è stato stimato²⁴³ che l'utilizzo di volontari consente al settore del non profit italiano nel suo complesso di risparmiare circa 10.000 miliardi²⁴⁴. Al contrario, come si vedrà, è tuttavia anche possibile che l'assenza di una struttura proprietaria orientata al profitto consenta ai *manager* di attribuirsi compensi superiori a quelli di mercato: ciò determinerebbe ovviamente un costo del lavoro più elevato.

In termini negativi, minori costi del lavoro per i soggetti non profit possono anche essere associati al fatto che tali organismi possono "aggirare" alcune forme di regolamentazione del mercato del lavoro (con eventuali forme di elusione contributiva). E' possibile che organismi non orientati al profitto siano soggetti a minori controlli sindacali per quanto riguarda l'uso di lavoro precario.

3. Principali debolezze degli enti non profit

L'assenza di parametri di valutazione dell'efficienza

Uno dei limiti degli organismi non profit consiste nell'assenza o debolezza dei meccanismi regolatori sull'organizzazione interna provenienti dal mercato. L'assenza dell'obiettivo di profitto fa perdere al profitto stesso un parametro oggettivo e soprattutto sintetico per valutare l'adeguatezza dei risultati conseguiti. La perdita di significato di tale parametro sintetico rende ovviamente più incerta la valutazione della *performance* dei *manager* (anche in rapporto a quella media di altri operatori concorrenti) e rende più difficile il controllo, la selezione ed il ricambio del gruppo dirigente²⁴⁵. La difficoltà ad individuare parametri alternativi al profitto utili al fine di informare circa il grado di efficienza e di capacità di realizzare gli obiettivi dell'organizzazione è certamente all'origine di "barriere all'uscita" nel settore del non profit.

Anche la possibile presenza di un flusso di risorse non condizionale all'effettiva capacità dell'organizzazione di realizzare in modo efficiente i propri obiettivi può portare ad escludere per i soggetti non profit la possibilità di fallire²⁴⁶.

²⁴¹C. BORZAGA, *cit.* 1994.

²⁴²In Italia risulta (nostre elaborazioni da Barbeta, 1996, tabb. 11 e 13), che all'inizio degli anni '90 nelle organizzazioni non profit impegnate nel settore "sanità" vi fossero circa 59.000 occupati e circa 39.000 volontari; nel settore "servizi sociali" vi erano circa 139.000 occupati e circa 101.000 volontari. Nell'intera economia, in unità di lavoro standard, il settore non profit dava lavoro a 418.000 occupati ed a 303.000 volontari (di cui 14.529 obiettori di coscienza e 15.560 lavoratori comandati) (*Ibidem*, Tab. 3).

²⁴³Barbeta, *cit.* 1996.

²⁴⁴Ciò si ottiene attribuendo ai volontari, agli obiettori di coscienza ed ai "comandati" un reddito pari a quello medio dei lavoratori stipendiati nello stesso gruppo di attività.

²⁴⁵H. HANSMANN, *cit.* 1996, E. MORLEY-FLEETHER *150 anni dopo Rochdale: spirito cooperativo e interrogativi del presente*, in "La Cooperazione Italiana", agosto-settembre 1993; *La proprietà cooperativa. Un commento al saggio di De Bonis, Manzoni, Trento*, in "Etica ed Economia", n. 2, marzo-aprile 1995; *Rapporto su: statualità, mercato e socialità nel welfare*, CNEL, 1996.

²⁴⁶Su questo punto vedi H. HANSMANN, *Too many non-profit organizations? Problems of entry and exit*, in "Le organizzazioni senza scopo di lucro" Fondazione Cassa di Risparmio delle Province Lombarde, Congresso internazionale Stresa, 26-27 ottobre 1995 e Hansmann, 1996.

La rigidità dell'offerta di servizi

Un ulteriore punto di debolezza del settore non profit riguarda la scarsa elasticità dell'offerta di servizi sociali da parte degli enti non profit alle variazioni della domanda; ciò viene ricondotto al fatto che i soggetti non profit - per definizione - non hanno accesso a capitale di rischio. In effetti le fonti di finanziamento del non profit (debiti²⁴⁷, donazioni, utili non distribuiti) consentono un aggiustamento dello stock di capitale molto più lento rispetto a quello realizzabile con il ricorso al mercato azionario²⁴⁸. Pertanto tali soggetti non sono in grado di espandere o contrarre tempestivamente la propria capacità produttiva in relazione all'andamento della domanda del mercato. Tale caratteristica presenta maggiori implicazioni negative nel caso di contrazione della domanda di particolari servizi: se il flusso delle risorse attratte sotto forma di donazioni non si riduce in proporzione alle ridotte esigenze, gli enti non profit possono manifestare la tendenza ad espandere eccessivamente le loro dimensioni. Questo ci riporta al problema appena visto: l'operare limitato di meccanismi di mercato (in particolare di segnali di prezzo) può far sì che tali organizzazioni, pur affrontando difficoltà iniziali nell'entrare in un mercato, difficilmente ne possano uscire in caso di risultati negativi o per il venire meno dei presupposti della loro presenza. In effetti, il fatto che i soggetti non profit possano sopravvivere con un tasso di rendimento netto sul capitale investito abbondantemente al di sotto di quello "normale" richiesti dai mercati finanziari, può comportare un'allocatione delle risorse complessivamente inefficiente a livello macroeconomico. In particolare, anche in assenza di incentivi fiscali, il management di soggetti non profit può essere incentivato a continuare l'attività (conservando il proprio posto di lavoro) anche in situazioni in cui il capitale utilizzato potrebbe più proficuamente essere dedicato ad altri scopi.

E' stato suggerito²⁴⁹ che uno strumento interessante al fine di introdurre elementi oggettivi per valutare la ragione di esistere di organizzazioni non profit (che beneficiano di incentivazioni fiscali) possa consistere nella certificazione da parte di agenzie autonome della qualità dei servizi prodotti.

Il rischio di inefficienza del management

L'obiettivo di limitare lo spazio per abusi dei manager potrebbe essere perseguito imponendo per legge ai manager dei modelli di comportamento più rigidi anche di quelli che guidano le organizzazioni *for profit*. Oppure si è fatto riferimento alla opportunità di reclutare i *manager* tra i dipendenti che abbiano un interesse forte e manifesto nel realizzare gli obiettivi dell'organizzazione, in modo che sia meno probabile un cattivo utilizzo dei fondi. Un'alternativa viene, infine, ritenuta essere la possibilità di investire della responsabilità di supervisione delle operazioni effettuate dall'organizzazione un consiglio i cui membri non abbiano legalmente la possibilità di ottenere un guadagno per il loro servizio e nei confronti del quale vi sia l'attesa che operi affinché gli interessi dei donatori siano perseguiti in modo efficiente. I grandi donatori sono degli ottimi candidati per tale "consiglio", perché hanno dimostrato un chiaro interesse personale al controllo sull'efficienza delle spese dei fondi dell'organizzazione. Anche personalità pubbliche molto conosciute potrebbero essere dei buoni candidati perché da loro ci si aspetta una capacità di fornire un controllo efficace, lontano da interessi personali ed un'attenzione a mantenere la propria reputazione che gli impedisce una cattiva condotta nel controllo dell'organizzazione²⁵⁰.

L'operare di soggetti non profit può essere associato ad un'allocatione del capitale inefficiente dal punto di vista macroeconomico anche sotto un altro profilo: l'impossibilità - come si è detto - di finanziarsi attraverso il mercato azionario priva i soggetti non profit della possibilità di usare il mercato azionario per diversificare il rischio²⁵¹. Ciò spiega perché di solito le organizzazioni non profit operino in settori - quali appunto quelli dell'assistenza, della sanità e dell'educazione nei quali i livelli di rischio sono bassi. Conseguentemente, un sovradimensionamento del settore non profit dell'economia può essere associato ad un'allocatione del capitale a livello macroeconomico che penalizza in modo inefficiente le attività rischiose (e innovative).

Anche se non sembra che vi siano ragioni di ordine generale per ritenere che le organizzazioni produttive non profit debbano essere "piccole", esse sono spesso tali nella realtà. Se così è, è possibile che un ulteriore punto di debolezza della organizzazione non profit consista nella loro incapacità di sfruttare al meglio eventuali "economie di scala".

²⁴⁷ La non rilevanza, dell'indicatore profitto e la non esistenza di un patrimonio aggredibile in caso di insolvenza possono inoltre comportare per i soggetti non profit una maggiore difficoltà ad indebitarsi per finanziare la loro attività.

²⁴⁸ H. HANSMANN, *cit.*, 1996, p. 240.

²⁴⁹ G. VITTADOU, *Il non profit dimezzato*, Etsalibri 1997.

²⁵⁰ P. MILGROM, J. ROBERTS (1994) *Economia, organizzazione e management*, Il Mulino Prentice Hall International Bologna.

²⁵¹ H. HANSMANN, *cit.* 1996, p. 242.

4. La sottocapitalizzazione degli enti non profit: possibili soluzioni

a) il project financing

In realtà la tesi secondo cui l'operatività delle organizzazioni non profit sia fortemente limitata dalla loro presunta difficoltà a raccogliere sufficienti risorse finanziarie può essere riduttiva. Tale idea si fonda sul fatto che i soggetti non profit non possano raccogliere capitale di rischio e spesso non possano offrire adeguate garanzie patrimoniali a fronte di prestiti bancari. In effetti, una nozione moderna di Stato sociale porta a superare l'idea che investimenti pubblici possano essere realizzati solo con soldi pubblici e che soggetti non profit possano attuare progetti di utilità sociale solo attraverso risorse proprie. Infatti, forme di innovazione finanziaria possono allentare significativamente tale vincolo configurando modalità di finanziamento di uno specifico progetto preso separatamente dal soggetto che lo realizza.

E' stato, infatti, da più parti autorevolmente suggerito che forme di *project financing* possano essere utilmente impiegate da organizzazioni non profit per realizzare i propri obiettivi. Il soggetto non profit individua un progetto specifico e redige un piano finanziario dal quale emergono i profili temporali dei costi e dei ricavi tali da consentire (sotto scenari plausibili) il rimborso del capitale ed il pagamento degli interessi sui prestiti ricevuti per realizzare l'iniziativa. L'implementazione del progetto (eventualmente delegata da una società per azioni appositamente creata) viene quindi finanziata da consorzi di banche.

La logica del *project financing* potrebbe avere anche un'altra applicazione positiva: infatti nella misura in cui essa sviluppa l'attitudine di enti pubblici e soggetti non profit a misurarsi con realistici piani finanziari e di fattibilità, può consentire forme di competizione tra progetti alternativi tali da guidare in modo trasparente le scelte di soggetti istituzionalmente chiamati a realizzare donazioni (in particolare le fondazioni bancarie).

b) il ricorso al capitale di credito: il finanziamento partecipativo

Una possibile proposta per ovviare alle difficoltà incontrate dagli enti non profit nella raccolta di risorse finanziarie può essere rappresentata dall'introduzione di forme di finanziamento partecipativo. Tale termine starebbe ad indicare una particolare tipologia di capitale di credito la cui remunerazione sarebbe corrisposta soltanto allo scioglimento dell'ente unitamente al rimborso del capitale. L'interesse maturato verrebbe dunque capitalizzato e liquidato in unica soluzione. A tutela dei propri diritti, al finanziatore potrebbero essere attribuiti poteri di controllo sulla gestione dell'impresa sociale (ad esempio sulle modalità di utilizzo delle risorse apportate), senza che questo comporti interferenze sulla formazione della volontà sociale e sugli indirizzi della gestione stessa. Una simile forma di finanziamento potrebbe essere incorporata in uno strumento negoziabile, in modo da rendere possibile lo smobilizzo dell'investimento mediante la cessione del titolo ed il realizzo della plusvalenza costituita dall'interesse accumulato. Tutto ciò presuppone lo sviluppo di un mercato per tali titoli, che ne favorirebbe la liquidità e la diffusione tra gli investitori, con ovvi vantaggi per le imprese sociali emittenti.

Dal punto di vista della tassazione, le plusvalenze realizzate mediante la cessione dei titoli sarebbero soggette alla vigente normativa fiscale in materia di *capital gain* con aliquota ordinaria del 12,50%. In alternativa si potrebbe ipotizzare una forma di prelievo analoga a quella attualmente applicata al risparmio gestito, in base alla quale verrebbe tassato - sempre con l'aliquota del 12,50% - l'interesse maturato periodicamente. In tal caso il versamento all'erario spetterebbe all'impresa sociale.

c) il capitale di rischio

Un'ulteriore ipotesi è quella di creare un mercato dove possano essere negoziati i titoli rappresentativi di quote di capitale di imprese sociali. La remunerazione dei soci finanziatori sarebbe ottenuta non per il tramite di una periodica distribuzione di dividendi - incompatibile con la natura stessa dell'ente - ma attraverso la plusvalenza realizzata con la cessione della partecipazione. Il reinvestimento degli utili prodotti dovrebbe, infatti, accrescere progressivamente il valore patrimoniale dell'impresa sociale e pertanto ogni singola quota di esso rappresentativa. La plusvalenza sarebbe assoggettata al regime di tassazione sul *capital gain*.

Il trattamento fiscale di favore, ossia l'assenza di tassazione sugli utili che non vengono distribuiti, contribuirebbe all'incremento di ricchezza dell'ente, consentendogli di meglio perseguire le

finalità istituzionali. Questo però presupporrebbe un severo controllo sull'attività effettivamente svolta, affinché queste agevolazioni fiscali non siano causa di distorsione della concorrenza e non si risolvano in un mancato introito per l'erario. Il capitale accumulato dovrebbe essere destinato allo sviluppo delle attività statutarie e istituzionali dell'ente.

Il rischio per l'intera collettività è che dietro l'impresa sociale si celi un'attività commerciale del tutto estranea agli scopi statutari, che goda quindi di vantaggi ingiustificati nei confronti di analoghe iniziative imprenditoriali. Inoltre, non è da escludere l'insana gestione delle risorse finanziarie da parte degli organi amministrativi di questi enti non profit; tale eventualità assume particolare rilievo in virtù del contributo alla creazione di tali risorse che lo Stato dovrebbe fornire per il tramite delle suddette agevolazioni fiscali. Onde evitare situazioni di cattiva gestione, si potrebbe, ad esempio, prevedere uno schema di mobilità per quei soggetti che ricoprono cariche amministrative.

Durante la sua vita, l'impresa sociale, accumula ricchezza anche grazie alle agevolazioni fiscali legate alla mancata distribuzione degli utili; tuttavia tali utili devono essere necessariamente reinvestiti in attività istituzionali o devoluti a fondi destinati comunque ad attività di utilità sociale.

Al fine di evitare un immobilizzo di risorse non destinate a scopi di utilità sociale, tali imprese sociali dovrebbero assicurare nel lungo periodo un'uguaglianza tra spese e ricavi complessivi.

E' possibile creare un mercato di titoli rappresentativi sia di quote di capitale sociale che di capitale di credito per ovviare al problema della scarsa capitalizzazione?

E' sufficientemente appetibile per tali titoli un sistema di remunerazione basata non sulla periodica corresponsione di interessi e dividendi - incompatibile quest'ultima con la natura stessa dell'ente - ma tramite una plusvalenza, costituita dagli importi accantonati periodicamente a titolo di interessi e dividendi, realizzata con la cessione del titolo?

Osservazioni del Prof. Bises

Non si vedono ostacoli economici alla formazione di un mercato in cui possano essere scambiati titoli rappresentativi del capitale sociale di organizzazioni non-profit o titoli obbligazionari da esse direttamente emessi o emessi da altre istituzioni (banche, ...) e specificamente indirizzati al loro finanziamento.

Le due proposte che vengono avanzate nel saggio suscitano però alcune perplessità sia sul piano della realizzabilità istituzionale che su quello dell'efficienza economica.

Sotto il primo profilo, con riferimento all'ipotesi di remunerazione dei sovventori di capitale tramite la realizzazione di plusvalori sui titoli di partecipazione, si deve osservare che la natura non-profit delle organizzazioni preclude la distribuzione di utili non solo direttamente come dividendi, ma anche indirettamente sotto forma di incrementi di valore patrimoniale dei titoli rappresentativi del capitale, in quanto derivanti dall'accumulazione di utili non distribuiti. Ed il vincolo di non distribuzione risulterebbe violato sia nel caso di realizzazione dei plusvalori sui titoli durante la vita dell'organizzazione (tramite scambi di mercato) che nel caso di restituzione del capitale originario incrementato della capitalizzazione degli utili non distribuiti al momento dello scioglimento.

Sotto il secondo profilo, con riferimento all'ipotesi di versamento della remunerazione ai fornitori di capitale di credito solo al momento dello scioglimento dell'organizzazione, non si vede perché questi finanziatori dovrebbero aspettare tale scioglimento (che può avvenire anche dopo molti anni) per ricevere gli interessi. Il vantaggio per l'organizzazione è praticamente nullo - al momento dello scioglimento si dovrebbero infatti restituire gli interessi capitalizzati - mentre il differimento del pagamento degli interessi non solo precluderebbe al finanziatore un loro impiego più redditizio, ma introdurrebbe un elemento aggiuntivo di rischio al finanziamento creditizio - concernente la capienza del capitale dell'organizzazione al momento dello scioglimento in relazione alla copertura non solo del capitale originario ma anche degli interessi capitalizzati.

Si può, inoltre, ritenere che nel caso l'una o l'altra delle due ipotesi venisse realizzata, potrebbero verificarsi pressioni da parte dei finanziatori ad abbreviare la vita dell'organizzazione (con la successiva eventuale costituzione di una nuova organizzazione) così da anticipare la realizzazione dei guadagni. Senza contare che i due sistemi si presterebbero ad abusi, come la costituzione di un'organizzazione (con il godimento del regime fiscale preferenziale) ed il suo scioglimento dopo breve tempo, permettendo la rapida realizzazione del frutto dell'investimento di capitale.

d) titoli rappresentativi di diritti a determinate prestazioni nei settori di intervento del non profit

In luogo di un titolo rappresentativo del capitale di rischio, si potrebbe ipotizzare una diversa forma di valore mobiliare, che sia, come tale, liberamente negoziabile e che incorpori il diritto a ricevere un servizio o una particolare prestazione per un determinato periodo di tempo.

Il valore del titolo potrebbe essere superiore al semplice costo della prestazione, qualora esso consentisse di avvalersi di prestazioni che, in condizioni normali, sarebbe più difficile ottenere. Ad esempio sottoscrivere tale titolo potrebbe significare avere diritto immediatamente a una prestazione come l'ingresso in una casa di cura che altrimenti richiederebbe una lunga attesa.

Il titolo in questione avrebbe quindi uno scarso contenuto patrimoniale, ma in termini socio-assistenziali rappresenterebbe per l'utente una valida opportunità.

I settori dove queste prestazioni dovrebbero essere svolte sono naturalmente quelli dei "servizi alla persona" e più in generale le aree di intervento tipiche del settore non profit.

La cessione del titolo comporterebbe il passaggio in capo al cessionario o all'acquirente del diritto alla prestazione del servizio che esso incorpora, rendendo in questo modo più appetibile il titolo stesso.

E' sufficientemente appetibile per tali titoli un sistema di remunerazione basata non sulla periodica corrispondenza di interessi e dividendi - incompatibile quest'ultima con la natura stessa dell'ente - ma tramite una plusvalenza, costituita dagli importi accantonati periodicamente a titolo di interessi e dividendi, realizzata con la cessione del titolo?

Osservazioni del Prof. Fedele

I titoli non avrebbero sufficiente appetibilità a meno che non si preveda una forma di remunerazione del capitale meglio definita nel tempo (magari protettata su un arco temporale più esteso, ossia pluriennale anziché annuale).

In ogni caso il motivo più valido che potrebbe spingere il finanziatore ad acquistare tali titoli è perché concorda sulle finalità che persegue l'ente, non perché spera di avere una remunerazione soddisfacente. Nell'ordinamento c'è già il caso della banca etica.

Se invece si legasse all'acquisto del titolo il diritto di ricevere particolari prestazioni fornite dall'ente (ad esempio poter usufruire dell'ingresso gratuitamente a parchi, mostre, spettacoli teatrali), avremmo già alcuni esempi nel nostro ordinamento, come il caso delle fondazioni teatrali.

1. La coesistenza tra soggetti non profit e for profit: il ruolo degli incentivi fiscali e la possibile introduzione di nuovi competitori

La forza competitiva del settore non profit varia da paese a paese e da settore a settore, in quanto deriva da un insieme di fattori istituzionali e storici: in particolare, sono rilevanti gli ordinamenti giuridici e fiscali, la struttura dei mercati del lavoro e dei capitali, la presenza di amministrazioni pubbliche favorevoli allo sviluppo di un settore non profit, nonché la forza di istituzioni religiose (come la Chiesa nel nostro paese) fortemente impegnate in campo sociale ed educativo. Si sostiene che è possibile avere una maggiore efficienza globale del welfare, qualora se ne affidino le funzioni al mercato²⁵². A questo proposito dovrebbero verificarsi due condizioni: in primo luogo deve trattarsi di un mercato aperto ad una molteplicità di soggetti autonomi, sia profit-oriented sia non profit, operanti tuttavia entro un tessuto di regole e controlli definiti pubblicamente, così da garantire accessibilità, trasparenza e qualità minima standard dei servizi offerti; in secondo luogo, la domanda di tutti gli utenti cittadini deve poter essere soddisfatta a costi concorrenziali. Vanno pertanto adottate modalità, quali ad esempio l'introduzione di vouchers, che lascino capacità di spesa nelle mani degli stessi utenti²⁵³.

Se il settore non profit ha alcuni significativi punti di forza, qual'è la ratio degli incentivi fiscali che vengono ovunque loro concessi? E se in alcuni settori economici i soggetti non profit hanno

²⁵² G. RUVOLO, *Lo sviluppo dei limiti*, Laterza, Roma-Bari 1994, in particolare il cap. 9 (*La disuguaglianza dal volto umano*); *Il mercato del benessere*, in "La Repubblica", 23 settembre 1994.

²⁵³ E. MORLEY-FLETCHER *Cooperative ed economia sociale...*, cit. Pag 183.

(eventualmente anche in forza di incentivi fiscali) un vantaggio competitivo rispetto ai soggetti *for profit*, come si spiega che le due tipologie di operatori possano coesistere nel tempo? In altre parole, com'è possibile che ciascun settore di attività non sia completamente dominato da organismi di un unico tipo (*profit* o non *profit*), che hanno uno specifico vantaggio competitivo? Dobbiamo considerare la coesistenza delle due tipologie di organizzazioni come fatto permanente o transitorio? Cosa spinge una persona a dare vita ad un'organizzazione non *profit* in un settore economico in cui è possibile fare profitti²⁵⁴?

Rose-Ackermann fornisce delle possibili risposte a questi quesiti²⁵⁵. In termini positivi la compresenza di soggetti *for profit* e non *profit* in un medesimo settore di attività economica può essere ricondotta al fatto che i soggetti non *profit* per loro natura non manifestano la tendenza ad aumentare i prezzi e/o ridurre la qualità dei servizi resi a fronte di un eccesso di domanda. In presenza di un'inelasticità nelle quantità offerte, si determina un razionamento del mercato che lascia spazi "di nicchia" a soggetti pubblici e *for profit*²⁵⁶. Questa spiegazione appare soddisfacente per il breve periodo: non si capisce infatti cosa impedisca al settore non *profit* di aggiustare nel medio-lungo periodo le quantità offerte. Le condizioni per una permanente compresenza di soggetti non *profit* e *for profit* possono derivare dal fatto che i soggetti non *profit* possono occupare nicchie di mercato nelle quali la fiducia reciproca e la limitazione di asimmetrie informative giocano un ruolo importante.

Un'altra spiegazione capace di giustificare coesistenza nel tempo delle due tipologie di soggetti fa riferimento alla natura degli incentivi che li caratterizzano: come è noto, i soggetti orientati al profitto si trovano permanentemente a dover affrontare una contrapposizione tra l'incentivo a comportamenti opportunistici (*una tantum*) capaci di massimizzare il profitto di breve periodo e comportamenti volti realizzare obiettivi di lungo periodo attraverso la soddisfazione del cliente. La consapevolezza dell'esistenza di questi incentivi contraddittori può indurre i consumatori a preferire i produttori di servizi non *profit*: questi ultimi dovrebbero essere, infatti, capaci di affermare in modo convincente la propria opzione per obiettivi di lungo termine e la rinuncia a comportamenti opportunistici ai danni dei consumatori.

Al contrario, coloro che hanno un atteggiamento scettico nei confronti del non *profit* sottolineano la possibilità che la sopravvivenza nel tempo di soggetti non orientati al profitto sia da attribuire alla presenza di incentivi fiscali ed al fatto che spesso le procedure di accreditamento presso gli enti pubblici prevedono requisiti meno stringenti per tali soggetti. Ovviamente la presenza di questi fattori distorsivi determinati dell'intervento pubblico può indurre alcuni soggetti orientati al profitto ad assumere in modo opportunistico la veste di soggetto non *profit*. È noto, infatti, che il vincolo della non distribuzione dei profitti può essere aggirato con atti fraudolenti di varia natura. L'incentivo ad adottare comportamenti opportunistici di questo tipo risulta evidentemente tanto più forte tanto più estesi sono gli incentivi fiscali e gli interventi di regolazione a favore del settore non *profit*.

Come si è detto, esiste anche la possibilità che l'esistenza di "barriere all'uscita" per i soggetti non *profit* determini un sovradimensionamento di tale settore rispetto a quanto socialmente desiderabile.

La possibilità di coesistenza tra organizzazioni non *profit* ed enti pubblici - erogatori di servizi - è stata esaminata da Weisbrod con la "teoria della fornitura dei beni pubblici"²⁵⁷. Gli enti non *profit* rappresenterebbero un'efficace risposta istituzionale al problema di una domanda insoddisfatta di beni pubblici; l'incapacità dell'offerta pubblica di soddisfare compiutamente le preferenze fiscali di tutti i cittadini spiegherebbe la ragione dell'offerta privata di beni collettivi. La fornitura di beni pubblici da parte del settore non *profit* rappresenta una soluzione ideale ai fallimenti del mercato; tuttavia essa è una soluzione di *second best*, non eliminando il problema del *free-rider* e non potendo venire facilmente a conoscenza delle curve di domanda di beni pubblici.

Le critiche espresse a tale teoria, provenienti soprattutto da Hansmann, sono innanzitutto rappresentate dal fatto che le non *profit* dovrebbero fornire solo beni pubblici, quando invece l'evidenza empirica mostra che l'insieme dei beni e servizi offerti dal settore non *profit* è assai più vasto. Inoltre, la teoria non spiega perché debba essere un'organizzazione senza fini di lucro e non un'impresa commerciale a soddisfare l'eccesso di domanda che non viene soddisfatta dall'offerta pubblica.

²⁵⁴ Se la persona è animata da spirito filantropico potrà sempre massimizzare il profitto e poi donarlo in beneficenza.

²⁵⁵ ROSE-ACKERMANN S., cit. 1996.

²⁵⁶ ROSE-ACKERMANN S., cit., 1986. Questa ipotesi trova conferma per gli USA nel fatto che le case di riposo non *profit* hanno tendenzialmente liste di attesa più lunghe rispetto a quelle *for profit*.

²⁵⁷ WEISBROD B.A. *Toward a theory of the voluntary non profit sector in a three-sector economy*, 1986; *The nonprofit Economy*, 1991.

La "teoria del fallimento del contratto", elaborata inizialmente da Coase²⁵⁸ e di cui Hansmann²⁵⁹ è stato uno dei propulsori, cerca di definire un confine tra imprese non profit e imprese for profit, prendendo come modelli di riferimento quelli dell'asimmetria informativa e del fallimento del contratto. Secondo questa teoria, le organizzazioni non profit sarebbero la risposta ad una particolare forma di fallimento del contratto, dato che in questa situazione l'impresa con fine di lucro non riesce a massimizzare il benessere sociale. Le organizzazioni non profit sarebbero presenti laddove l'acquirente non è in grado di valutare accuratamente la qualità dei beni e dei servizi acquistati, a causa delle particolari caratteristiche del bene o delle peculiarità del rapporto di fornitura. In questi casi è forte l'incentivo per l'impresa lucrativa a sfruttare a proprio favore l'asimmetrica distribuzione dell'informazione, diminuendo le quantità offerte o aumentandone il prezzo al solo fine di aumentare i profitti. Gli enti non profit, invece, non avrebbero nessun incentivo a sfruttare l'ignoranza del consumatore, in quanto il vincolo di non distribuzione dei profitti impedirebbe ai membri dell'organizzazione di trarre vantaggio da un livello più elevato di profitti. La presenza di tale vincolo rende, pertanto, l'organizzazione più degna di fiducia da parte di soggetti che acquistano beni o servizi dalla qualità difficile da valutare.

Sempre per Hansmann, una motivazione per il sostegno fiscale alle organizzazioni non profit può rinvenirsi nella necessità di compensare le difficoltà che queste incontrano nella raccolta di capitale, incentivandone l'autofinanziamento. Il sussidio fiscale consentirebbe di aumentare l'efficienza complessiva del sistema economico, quando viene impiegato in quei settori in cui le non profit operano più efficacemente delle for profit.

Alcune considerazioni portano a sostenere che i mezzi più idonei per favorire gli enti non profit sono rappresentati da sussidi indiretti di tipo fiscale, piuttosto che da sussidi diretti. Il sussidio indiretto, infatti, favorisce maggiormente le decisioni decentrate e quindi più rispondenti alle preferenze individuali e incoraggia il pluralismo, in linea con la natura e le finalità delle organizzazioni non profit²⁶⁰.

Sono state avanzate tuttavia proposte di sussidio diretto agli utenti di enti non profit (*vouchers*), che consentirebbero di eliminare alcune distorsioni legate agli strumenti di agevolazione fiscale, quali ad esempio il potere rilevante ed il controllo che i donatori assumono sulla non profit.

L'introduzione della figura dell'impresa sociale

L'elaborazione di una nozione di impresa sociale all'interno di un ordinamento giuridico sarebbe finalizzata a individuare nuovi soggetti di diritto che possano contribuire a far emergere risorse da destinare al mercato. A tale scopo si devono individuare incentivi alla partecipazione al mercato di nuovi soggetti nel rispetto delle regole della concorrenza, evitando di attribuire a una categoria di soggetti particolari vantaggi competitivi. Si potrebbero prevedere incentivi di ordine fiscale volti a permettere a nuovi soggetti di operare sul mercato, che nella fase iniziale potrebbero essere giustificati anche in chiave di promozione della concorrenza.

Le agevolazioni fiscali potrebbero alterare la concorrenza, soprattutto se dirette a imprese che svolgono attività commerciale. Il perseguimento di fini di utilità sociale particolarmente apprezzabili verrebbe a giustificare particolari trattamenti privilegiati in campo fiscale che porterebbero altrimenti a comportamenti discriminatori e a ingiustificate disparità nei confronti di altri operatori presenti sul mercato.

Osservazioni del Prof. Fedele

Qualunque sia lo scopo perseguito dall'ente, non si ravvisa la necessità di creare una nuova figura di impresa sociale. A seconda, infatti, delle finalità perseguite, si dispone di un'ampia scelta tra le forme giuridiche presenti nell'ordinamento vigente.

Il vincolo di non distribuzione degli utili, il rispetto degli scopi statutari, la necessaria previsione e determinazione dei settori di attività sono tutte caratteristiche già presenti nelle attuali figure soggettive. Si potrebbe pensare eventualmente a rivitalizzare la Società di Mutuo Soccorso.

²⁵⁸ Coase R.H. (1988), *The Firm the Market and the Law*, The University of Chicago Press, Chicago and London.

²⁵⁹ HANSMANN H. *The role of nonprofit enterprise in Yale Law Journal*, 1980, vol. 89: *The ownership of enterprise*, Harvard University Press 1996.

²⁶⁰ GANDULLIA L. (1996) *La regolamentazione fiscale degli enti non-profit*, in ARTONI *Gli enti non profit aspetti tributari* CEDAM, 1996

Un'ulteriore ipotesi è quella di spostare l'agevolazione dal lato dell'ente a quello del finanziatore, in modo da favorire la raccolta di fondi da parte dell'ente stesso. Ad esempio potrebbe essere consentito al finanziatore di scegliere il regime fiscale a lui più conveniente (quello della cedolare secca o della ritenuta d'acconto).

In termini di rapporto costi/benefici, l'introduzione di una nuova figura di impresa sociale, invece di stimolare la competizione con i soggetti for profit, rischia di creare un sistema dove vengono concesse ulteriori agevolazioni fiscali a troppi soggetti.

6. Caratteristiche della politica fiscale per il settore non profit

La politica tributaria come strumento di finanziamento indiretto

Il settore non profit non usufruisce dei consueti canali e strumenti di finanziamento. In particolare la natura "non proprietaria" degli enti non profit limita le possibilità di ricorso al capitale proprio.

La struttura finanziaria di un'organizzazione non profit si compone di una pluralità di fonti tra le quali sono prevalenti il finanziamento pubblico di tipo diretto (sussidi) e indiretto (politica tributaria preferenziale), le donazioni filantropiche, i proventi relativi alla vendita di beni e servizi istituzionali, i redditi relativi ad attività commerciali connesse alle attività istituzionali.

Il finanziamento delle organizzazioni non profit, infatti, è affidato anche allo svolgimento di attività economiche, che consentono l'ingresso delle stesse in settori propri di attività delle imprese lucrative, allargando il confine operativo del settore non profit al settore privato commerciale. Il perseguimento di fini di profitto non contrasta con la natura prevalentemente ideale o altruistica di tali enti, essendo lo status di non profit fondato sul divieto di distribuzione degli utili.

Destinatari e funzioni della politica fiscale per il settore non profit

Le scelte di politica fiscale riguardano principalmente la disciplina dei redditi prodotti e quella delle liberalità erogate, coinvolgendo pertanto tre categorie di soggetti: le organizzazioni non profit, i donatori e i beneficiari dei servizi offerti dalle stesse non profit.

Tali scelte possono influire in modo rilevante sull'esistenza e sullo sviluppo degli enti non profit. Le agevolazioni sulla tassazione del reddito prodotto e del patrimonio conferito comportano economie di imposta, favorendo un maggior autofinanziamento dell'ente. Le agevolazioni riguardanti la deducibilità o detraibilità delle donazioni effettuate in favore di organizzazioni non profit da parte di persone fisiche o giuridiche incentivano le donazioni stesse, riducendone il costo netto. Quelle riguardanti i beneficiari o utenti stimolano la domanda di prestazioni offerte da organizzazioni non profit.

Le motivazioni per una politica fiscale a favore degli enti non profit sono in linea generale le stesse che giustificano l'intervento pubblico: fallimento del mercato, offerta di beni pubblici, externalità, carenza di informazione, valutazione sociale dei servizi offerti come "beni meritori", redistribuzione del reddito.

In particolare alla politica tributaria per il settore non profit si assegnano quattro funzioni²⁶¹:

- a) *di supporto* - incoraggiare attraverso regimi fiscali preferenziali lo sviluppo e il consolidamento del settore non profit;
- b) *equitativa* - realizzare un grado accettabile di equalizzazione o redistribuzione di risorse ed opportunità, scoraggiando forme inaccettabili di disparità;
- c) *fiduciaria* - regolare attraverso strumenti fiscali il comportamento fiduciario dei managers di enti non profit;
- d) *di pattugliamento di confine* - regolare mediante strumenti fiscali le condizioni nelle quali le organizzazioni non profit possono operare nel settore commerciale o in quello pubblico, in competizione rispettivamente con imprese private o con agenzie pubbliche.

La definizione dei contenuti ottimali di una politica fiscale da riservare alle organizzazioni non profit incontra diversi ordini di difficoltà. Una prima difficoltà trae origine dall'elevata differenziazione dei soggetti appartenenti al settore non profit; inoltre non sussiste una teoria organica, che spieghi il

²⁶¹ GANDULLIA L. (1996) *cit*

comportamento delle organizzazioni senza scopo di lucro; infine non vi è affidabilità dei supporti empirici impiegabili, relativi agli effetti economici delle politiche tributarie, necessari per verificare le reali conseguenze di scelte agevolative di *tax policy*²⁶².

I contenuti di politica fiscale destinati al settore non profit si risolvono in gran parte nella forma di agevolazioni fiscali da destinarsi alle organizzazioni. Si deve sottolineare come la politica fiscale sia soltanto uno degli strumenti con i quali si dà attuazione alle scelte di politica pubblica.

L'assenza di tassazione degli utili non distribuiti può costituire una forma di distorsione del mercato e un mancato introito per l'erario?

Osservazioni del Prof. Fedele

Sì, senza dubbio. Ogni forma di agevolazione fiscale provoca un'alterazione del mercato. Tuttavia l'introduzione di misure fiscali agevolative deve essere accompagnata dal rispetto delle regole vigenti nell'ambito dei mercati dove si va a operare. Non c'è pertanto distorsione della concorrenza nel caso si rispettino i principi di ragionevolezza, razionalità, non incidenza ecc.

Rimane difficile controllare i soggetti agevolati in assenza di un mercato e di parametri adeguati per valutare la loro performance.

Per quanto riguarda la correttezza dei manager, queste forme permettono più di ogni altra la possibilità di raggiungere obiettivi al limite della liceità.

E' possibile ipotizzare una forma giuridica diversa dalla società di capitali per l'impresa sociale che si voglia finanziare attraverso l'emissione di valori mobiliari rappresentativi sia di capitale di rischio che di credito?

Osservazioni del Prof. Fedele

Sì, è possibile. E' stato già fatto in passato per gli enti pubblici economici. Si avrebbe un regime di circolazione particolare. Potrebbe essere opportuno mantenere il criterio della porta chiusa nel caso in cui i titoli siano negoziati sul mercato di capitali.

L'assenza di tassazione degli utili non distribuiti può costituire una forma di distorsione del mercato e un mancato introito per l'erario?

Non si rischia tramite le agevolazioni fiscali di favorire una inefficiente allocazione delle risorse finanziarie (ad es. accumulo di risorse finanziarie che risultino nel corso del tempo inutilizzate)?

Osservazioni del Prof. Bises

In base a quanto sopra chiarito riguardo alla non distribuibilità di utili da parte di organizzazioni non-profit, un unico trattamento fiscale sarebbe applicabile agli utili — tutti non distribuiti.

La mancata (o ridotta) tassazione di utili in capo ad un'organizzazione non-profit si può giustificare, sotto il profilo economico, sulla base della "meritorietà" delle attività svolte (produzione di benefici collettivi, conseguimento di finalità redistributive, ..) o delle difficoltà di raccolta sul mercato di mezzi finanziari da parte di questa tipologia di organizzazioni. La funzione economica delle agevolazioni fiscali è quindi quella di modificare l'allocazione delle risorse, al fine di ovviare a situazioni di inefficiente allocazione delle risorse sul mercato dei beni o su quello dei capitali, o di realizzare obiettivi distributivi.

Ma se le agevolazioni fiscali non rispondono alle citate motivazioni economiche, le modificazioni allocative che esse comportano implicano distorsioni nella concorrenza ed altre inefficienze allocative.

Adeguati controlli di efficienza andrebbero evidentemente previsti sull'impiego da parte delle organizzazioni non-profit delle risorse "liberate" dall'imposizione, o comunque ad esse pervenute grazie ad un trattamento fiscale agevolato.

²⁶² GANDULLIA L. (1996) cit.

7. Disciplina tributaria degli enti non commerciali

Il regime degli enti non commerciali e la loro riforma prevista dal d.lgs. 460/97

Sul piano fiscale gli enti senza scopo di lucro sono generalmente inquadrati tra gli enti non commerciali, in quanto non hanno per oggetto esclusivo e principale l'esercizio di attività commerciali.

Il Testo Unico sulle imposte dirette introduce, pertanto, un'altra prospettiva di classificazione, diversa rispetto a quella del codice civile, distinguendo gli *enti commerciali* dagli *enti non commerciali*. Tra gli enti commerciali si annoverano le società per azioni, le cooperative e le altre organizzazioni il cui scopo fondamentale è quello di gestire un'attività commerciale. Gli enti non commerciali, invece, includono sia le organizzazioni del settore pubblico, che le organizzazioni private il cui scopo è differente dalla gestione di attività commerciali, intendendosi per tale l'attività che determina reddito d'impresa ai sensi dell'art. 51 del TUIR.

Nessun rilievo assume, invece, ai fini della qualificazione dell'ente non commerciale la natura pubblica o privata del soggetto, la rilevanza sociale delle finalità perseguite, l'assenza del fine di lucro o la destinazione dei risultati.

Nella determinazione del soggetto passivo ai fini fiscali, l'assenza dello scopo di lucro dell'attività non comporta di per sé l'esclusione in capo all'ente della soggettività passiva del rapporto tributario: gli enti *non profit* in quanto tali non sono quindi destinatari di una disciplina agevolativa. Per la tassazione dei soggetti collettivi, infatti, ciò che rileva è la *natura commerciale o non commerciale dell'attività svolta dall'ente*, quale discriminante per la sottoposizione a particolari imposte (all'Iva, per esempio, nelle attività commerciali) e per la determinazione del metodo di calcolo del reddito imponibile.

Tra gli enti non commerciali si inseriscono senz'altro le organizzazioni *non profit*, intese come enti che istituzionalmente non possono svolgere in modo esclusivo o prevalente attività commerciali. Tuttavia qualora le *non profit* dovessero svolgere in misura non prevalente alle altre attività, anche attività di carattere commerciale, per quest'ultima l'organizzazione è soggetta agli obblighi propri di tutti gli imprenditori (tenuta delle scritture contabili e pagamento dell'imposta sul reddito d'impresa realizzato).

In via generale gli enti non commerciali hanno diritto a limitati benefici fiscali: ad esempio l'esenzione dall'imposta sul reddito non commerciale, da cui sono esclusi però i redditi di capitale, i redditi fondiari e i redditi derivanti dalla vendita di servizi ai soci. Le attività istituzionali poste in essere dagli enti di tipo associativo sono astrattamente e potenzialmente suscettibili di assumere rilevanza fiscale; sia ai fini delle imposte dirette che indirette.

Con il decreto legislativo 4 dicembre 1997, n. 460 sulla *disciplina tributaria degli enti non commerciali e delle organizzazioni non lucrative di utilità sociale (ONLUS)*, in attuazione della delega recata dall'art. 3, commi da 186 a 190 della legge 23 dicembre 1996, n. 662, la disciplina degli enti non commerciali viene sostanzialmente riformata.

Il menzionato decreto è strutturato in due parti, la prima riservata al riordino delle norme relative agli enti non commerciali, la seconda alla definizione e regolamentazione delle Onlus.

Le novità introdotte dal d.lgs. 460/97, per quanto riguarda l'individuazione dell'oggetto esclusivo o principale dell'attività non commerciale, sono costituite dalla sola previsione dell'atto costitutivo o dello statuto nella forma della scrittura privata registrata, in alternativa all'atto pubblico o alla scrittura provata autenticata, e dalla differenziazione dei criteri per l'individuazione dell'oggetto esclusivo o principale dell'attività dell'ente a seconda che esso sia o meno residente nel territorio dello Stato.

Tuttavia la previsione più innovativa e di maggiore rilievo rispetto alla precedente normativa è costituita dalla definizione dell'*oggetto principale* dell'attività, intendendo con tale termine l'attività essenziale per realizzare direttamente gli scopi primari dell'ente indicati dalla legge, dall'atto costitutivo o dallo statuto.

Perdita della qualifica di ente non commerciale

Può accadere, indipendentemente dalle previsioni statutarie, che l'ente perda la qualifica di ente non commerciale, qualora eserciti prevalentemente attività commerciale per un intero periodo d'imposta (al Testo Unico delle imposte sul reddito viene, quindi, inserito un nuovo articolo, il 111-bis). Il cambiamento di qualifica opera dal periodo d'imposta nel quale vengono meno le condizioni per usufruire delle agevolazioni tributarie.

La qualifica di ente non commerciale che consente all'ente di usufruire della disciplina su base dichiarativa va verificata prendendo in esame l'attività effettivamente svolta. Il secondo comma del nuovo articolo indica alcuni parametri che costituiscono "fatti indice di commercialità", i quali non comportano automaticamente la perdita della qualifica di ente non commerciale, ma sono particolarmente significativi e inducono a un giudizio complessivo sull'attività effettivamente esercitata.

Quella della perdita dell'identità di ente non commerciale è una novità importante per quanto riguarda la trasformazione dello stato giuridico di un ente, caratteristica quasi mai presente nella normativa italiana.

Il mutamento di qualifica opera a partire dal periodo d'imposta in cui vengono meno le condizioni che legittimano le agevolazioni e comporta l'obbligo di comprendere tutti i beni facenti parte del patrimonio dell'ente nell'inventario di cui all'art. 15 del DPR 600/73.

L'inventario deve contenere l'indicazione e la valutazione delle attività e delle passività relative all'impresa, delle attività e passività dell'imprenditore relative all'impresa, nonché delle attività e passività dell'imprenditore estranee a essa e deve contenere la consistenza dei beni raggruppati in categorie omogenee per natura e per valore e il valore attribuito a ciascun gruppo. L'iscrizione nell'inventario deve essere effettuata entro sessanta giorni dall'inizio del periodo di imposta in cui ha effetto il mutamento di qualifica.

La nuova norma, tuttavia, potrebbe in questo modo dare adito ad alcune perplessità, prestandosi facilmente ad abusi. Una volta persa la qualifica di ente non commerciale i beni facenti parte del patrimonio dell'ente, entrano a far parte a tutti gli effetti del circuito della commercialità, a prescindere dall'eventuale "sacrificio fiscale" a carico della collettività sulla cui base hanno potuto accumularsi.

Nel valutare questa norma, resa "micidiale" dalla totale incertezza sulla decorrenza dei suoi effetti (sostanzialmente retroattivi al 1° gennaio dell'anno in cui l'ente perde la qualifica), si perviene al tradizionale risultato per cui è commerciale l'ente che "eserciti prevalentemente attività per un intero periodo d'imposta"²⁶³.

Alla luce dell'importanza rivestita da questa disposizione, sarebbe oltremodo opportuno che la nuova disciplina venisse integrata da criteri più precisi e idonei a rendere effettivamente rigoroso il mutamento di qualifica, ossia il passaggio da ente non commerciale ad ente commerciale, in modo da evitarne usi impropri ai fini dell'introduzione di incentivi all'accumulazione in regime di esenzione fiscale che risulterebbero pesantemente distorsivi rispetto alla generalità delle imprese.

Imposte dirette

Com'è stato già sottolineato, assume rilievo per tali enti la natura commerciale o meno dell'attività svolta e l'identificazione dei parametri corretti per misurare la marginalità, ovvero la strumentalità dell'attività commerciale rispetto a quella istituzionale svolta dall'ente stesso. Soltanto in caso di non prevalenza dell'attività commerciale non ricorre una fattispecie di reddito d'impresa. Le associazioni non riconosciute ed i comitati - che costituiscono gran parte del *non profit* - pertanto sono comprese tra i soggetti passivi di Irpeg ed Ilor. E' prevista la riduzione alla metà dell'imposta dovuta per gli enti che perseguono istituzionalmente fini caritatevoli o culturali "senza scopo di lucro" (art. 6 D.P.R. 601/1973).

Inoltre, indipendentemente dal fine perseguito, non è considerata commerciale qualunque tipo di attività, qualora sia conforme ai fini istituzionali dell'ente e svolta a favore degli associati senza un corrispettivo specifico (non compreso, cioè, nella quota associativa) che ecceda il costo sostenuto dall'associazione. Nel caso in cui poi l'attività sia commerciale e il corrispettivo ricevuto ecceda il costo, è previsto che siano escluse dal prelievo tributario le prestazioni effettuate dalle associazioni (assistenziali, culturali e sportive) rese in conformità ai fini istituzionali a favore degli associati o partecipanti, ovvero a favore di altre associazioni che svolgano la medesima attività e siano riunite in un'unica organizzazione locale o nazionale. Con la legge n. 537/1993, è stata tuttavia limata l'area di quest'ultima agevolazione nel caso di associazioni non riconosciute di carattere culturale e sportivo. Per tali associazioni la non imponibilità è generale solo per le operazioni concluse con gli associati minorenni, mentre per quelle poste in essere dai maggiorenni è vincolata ad una duplice condizione: i soci maggiorenni devono avere diritto di voto per l'approvazione e modificazione dello statuto per la nomina degli organi direttivi e devono avere diritto, al momento dello scioglimento dell'associazione, ad una quota del patrimonio ove esso non sia destinato a finalità di carattere generale. Scopo della norma è quello di considerare cliente

²⁶³ S. PETTINATO *L'attività prevalente determina gli sconti* Il Sole 24 Ore, 19 gennaio 1998.

dell'associazione quel socio che non ha il potere di influenzare la vita del gruppo, pur usufruendo dei beni e dei servizi prodotti dall'ente. In questo modo si cerca di colpire l'uso strumentale dell'associazione spesso utilizzata per coprire attività commerciali a fini meramente elusivi dell'imposta.

Regimi speciali

Le discipline speciali, in via generale, non determinano una modifica sostanziale della dinamica impositiva. Esse intervengono invece con norme particolari, ad applicazione soggettivamente delimitata, per introdurre eccezioni, nella maggior parte dei casi favorevoli, nell'applicazione dell'imposta a determinate situazioni che, altrimenti, ne conoscerebbero l'applicazione ordinaria prevista per enti non commerciali.

- a) *organizzazioni non governative* - Per tali organizzazioni disciplinate dalla legge 26 febbraio 1987, n. 49, non sono considerate commerciali le attività di cooperazione svolte dalle organizzazioni non governative che operano con i paesi in via di sviluppo, a condizione che siano state riconosciute idonee.
- b) *organizzazioni di volontariato* - Per le organizzazioni di volontariato il campo agevolativo è ancora più esteso: la legge 266/91 stabilisce l'esenzione da IRPEG ed ILOR dei ricavi derivanti da attività commerciali e produttive marginali, ove dimostri il totale impiego dei ricavi stessi ai fini istituzionali. Altre agevolazioni fiscali sono costituite dall'esenzione dal bollo per gli atti costitutivi e gli altri atti connessi allo svolgimento dell'attività dell'organizzazione; dall'esenzione dall'imposta sul valore aggiunto per tutte le operazioni fatte dall'organizzazione; dall'esenzione da ogni imposta sulle donazioni, eredità e legati ricevuti da tali organizzazioni.
In deroga alle norme del codice civile, oramai abrogate dalla legge 15 maggio 1997 n. 127 (una delle c.d. leggi Bassanini), tali organizzazioni, anche se prive di personalità giuridica, potevano acquistare beni mobili registrati e beni immobili occorrenti per lo svolgimento delle loro attività. Possono stipulare convenzioni con lo Stato, le Regioni, le Province autonome, quando siano iscritte da almeno sei mesi negli appositi registri regionali. Le singole convenzioni determineranno le forme di verifica delle prestazioni, i controlli sulla qualità delle attività svolte e le modalità di rimborso delle spese sostenute dalle organizzazioni di volontariato ad opera dell'ente che stipula la convenzione.
- c) *cooperative sociali* - Il particolare regime fiscale previsto per le cooperative sociali di cui alla legge 381 del 1991 prevede l'esenzione dall'imposta sulle successioni e donazioni e la riduzione ad un quarto delle imposte catastali e ipotecarie, dovute a seguito della stipula di contratti di mutuo, di acquisto, locazione di beni immobili destinati all'esercizio dell'attività sociale. L'art. 7 della legge 381/91 prevede l'inclusione nella tabella A, parte II del DPR 633/1972 (relativo alla disciplina dell'imposta sul valore aggiunto) concernente i beni e servizi soggetto all'aliquota del 4%, delle prestazioni di carattere socio-sanitario ed educativo rese da tali soggetti.
- d) *associazioni sportive dilettantistiche* - Un ulteriore incentivo all'autofinanziamento delle associazioni è nell'estensione a tutte le associazioni senza fine di lucro della disciplina tributaria stabilita per le associazioni sportive dilettantistiche dalla legge 381 del 1991. L'agevolazione consiste nella possibilità di optare per il regime forfetario, ai fini della determinazione dell'IRPEG, nonché dell'IVA e dell'ILOR, per quelle associazioni che abbiano ricavato dall'esercizio di attività commerciali proventi di ammontare non superiore a cento milioni.
- a) *enti ecclesiastici* - Sono considerate enti *non profit* anche gli enti ecclesiastici, disciplinati dalla legge 222 del 1985, che possono ottenere il riconoscimento civile a condizione che ricorrano determinati requisiti. E' in primo luogo necessario che l'ente sia costituito o approvato dalla competente autorità ecclesiastica, che abbia sede in Italia e persegua fini di religione e di culto. Una volta ottenuto il riconoscimento, che ha carattere discrezionale, l'ente deve iscriversi nel registro delle persone giuridiche private di cui all'art. 33 c.c., in modo da rendere conoscibili le norme sul funzionamento dell'ente ed i poteri degli organi di rappresentanza. Il riconoscimento conferisce all'ente ecclesiastico la personalità giuridica di diritto privato.

Dal punto di vista fiscale gli enti ecclesiastici sono soggetti al regime fiscale degli enti non commerciali con tutte le agevolazioni che questo comporta. Gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti possono beneficiare di erogazioni liberali detraibili per l'offerente fino al 2% del reddito imponibile, ai sensi dell'art. 65 del T.U.I.R.

IVA

Le stesse considerazioni fatte per le imposte sui redditi si possono fare ai fini dell'applicazione dell'imposta sul valore aggiunto: sono escluse dal tributo tutte le operazioni conformi ai fini istituzionali dell'ente, posto che l'operazione è soggetta ad IVA solo quando sia effettuata nell'esercizio abituale di un'attività commerciale. Il D.P.R. 633/1972 con riguardo alle associazioni, ha individuato le operazioni esenti utilizzando la stessa formulazione adottata dal legislatore per indicare le attività esenti dall'IRPEG. Non sono, quindi, soggetti all'Iva i contributi e le quote associative versati dagli associati, così come i finanziamenti da parte degli enti pubblici, quando si tratta di generiche contribuzioni e non di corrispettivi per servizi resi.

INVIM

Potendo essere le associazioni riconosciute titolari di diritti reali su beni immobili, ne deriva l'assoggettabilità all'INVIM (pur essendo stata abolita a partire dal 1.1.1993, il suo funzionamento ne trascinerà i suoi effetti ancora per i prossimi anni) degli incrementi di valore, sia in caso di trasferimento, sia allo scadere del decennio di possesso. Sono, tuttavia, esenti dall'imposta ordinaria gli incrementi di valore degli immobili acquistati a titolo gratuito, anche *mortis causa*, dagli enti privati con personalità giuridica qualora la donazione, l'istituzione di erede o il legato abbiano uno scopo specifico di assistenza, educazione, istruzione, studio, ricerca scientifica o pubblica utilità. L'esenzione è comunque sottoposta a condizione sospensiva, dovendo l'ente dimostrare l'avvenuta realizzazione allo scopo entro cinque anni dall'acquisto dell'immobile.

L'INVIM decennale non è dovuta per gli immobili di proprietà degli enti non commerciali destinati all'esercizio delle attività istituzionali, oppure, indipendentemente dall'attività svolta, sono esenti quegli immobili totalmente destinati a fini assistenziali, sanitari, culturali, ecc. Il beneficio è concesso solo se al compimento del decennio la destinazione perduri per almeno otto anni. Gli enti non commerciali usufruiscono, poi, della riduzione alla metà dell'imposta dovuta per gli incrementi relativi agli immobili non destinati all'esercizio dell'attività istituzionali.

Imposta sulle successioni e donazioni

Benefici fiscali sono concessi anche in relazione a questa imposta, alla quale pertanto non sono assoggettati i trasferimenti a favore degli enti legalmente riconosciuti senza fine di lucro che abbiano come scopo esclusivo l'assistenza, lo studio, la ricerca scientifica, l'educazione, l'istruzione e altre finalità di pubblica utilità.

Incentivi fiscali al finanziamento

Il caso più noto di agevolazione fiscale delle donazioni ad organizzazioni *non profit* è quello delle liberalità a favore del sostentamento del clero della Chiesa cattolica.

Ulteriori fattispecie di deducibilità fiscale delle donazioni sono:

- a) erogazioni liberali in denaro finalizzate alla promozione di attività culturali ed artistiche;
- b) erogazioni liberali in denaro a favore di enti che senza scopo di lucro svolgono esclusivamente attività nel settore dello spettacolo;
- c) contributi destinati alla realizzazione di programmi integrati nelle aree sottosviluppate, nonché i finanziamenti a favore delle organizzazioni non governative riconosciute idonee che operano nel settore della cooperazione in via di sviluppo.

Il limite della deducibilità è costituito dal 2% del reddito netto dichiarato ai fini IRPEF ed IRPEG.

Le altre modifiche alla disciplina degli enti non commerciali

Il nuovo regime fiscale per gli enti non commerciali integra e per certi versi corregge il Testo Unico delle Imposte sul reddito. Dopo aver puntualizzato i criteri per l'individuazione dell'oggetto esclusivo o principale dell'attività di tali organismi, il provvedimento introduce un regime forfetario per la

determinazione del reddito d'impresa degli enti non commerciali ammessi alla contabilità semplificata, sulla base di un'opzione rinnovabile, che si estende fino ad un miliardo di ricavi (il meccanismo è quello dei coefficienti di redditività applicati all'ammontare dei ricavi).

Come funziona il regime forfetario

- soggetti ammessi	enti non commerciali che possono accedere al regime di contabilità semplificata
- i limiti per accedere alla contabilità semplificata sono:	• ricavi inferiori a 360 milioni l'anno per le attività di servizi • ricavi inferiori a 1 miliardo annuo in caso di altre attività
- l'opzione da esercitarsi nella dichiarazione dei redditi valida sino a revoca, in ogni caso, per tre anni	
- sono fatte salve le disposizioni della legge 398/91	
- sui ricavi si applica il coefficiente di redditività fissato dalla legge:	per le attività di servizi: • ricavi sino a 30 milioni - 15% • ricavi da 30 a 360 milioni - 25% per le altre attività: • ricavi sino a 50 milioni - 10% • ricavi da 50 milioni a 1 miliardi - 15%

L'art. 3 del decreto modifica radicalmente il sistema contabile, ai fini fiscali, di tali enti, sancendo l'obbligo della tenuta della *contabilità separata* per le attività commerciali esercitate. Con il sistema della contabilità separata - che distingue tra attività istituzionale ed attività commerciale dell'ente - si tende ad avere una maggiore trasparenza fiscale, nel senso che viene con immediatezza individuata la gestione commerciale, l'unica fiscalmente rilevante, ed il risultato ad essa connesso.

Nell'ambito delle disposizioni previste per gli enti non commerciali notevole importanza riveste inoltre il sotto-settore degli *enti associativi*, e cioè le associazioni politiche, culturali religiose, sportive, ecc. Il decreto, infatti, innova le precedenti disposizioni previste per questa categoria prevedendo anche delle condizioni minimali. Fanno parte di questo settore le associazioni assistenziali, quelle sportive dilettantistiche e quelle di promozione sociale. Non si considerano commerciali le attività che vengono svolte in diretta attuazione degli scopi sociali e le pubblicazioni cedute anche a terzi. Vengono inoltre indicate quali sono, per presunzione assoluta, le attività che sono considerate commerciali anche se vengono svolte da enti non commerciali. Il decreto stabilisce alcune deroghe a questa presunzione di carattere soggettivo ed oggettivo: per le associazioni di promozione sociale di cui all'art. 3 della legge 287/91 non si considerano commerciali le attività di somministrazione di alimenti e bevande effettuate da bar ed esercizi similari e per le associazioni sindacali e di categoria, la cessione di pubblicazioni riguardanti i contratti collettivi di lavoro e l'assistenza prestata ai soci in materia di legislazione del lavoro.

Attività non commerciali

Le condizioni per far operare la presunzione di non commercialità, o meglio, le clausole che devono essere contenute negli statuti, affinché si possano considerare non commerciali le attività svolte sono: il divieto di distribuzione di utili; l'obbligo di devoluzione del patrimonio finale ad altri enti; nessuna limitazione alla partecipazione alla vita sociale; l'obbligo di rendiconto, libera eleggibilità degli organi; intrasmissibilità della quota e adattamento degli statuti entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge di riforma.

Trasferimento di beni patrimoniali

Viene, altresì, introdotto un regime di *neutralità fiscale* per i trasferimenti a titolo gratuito di aziende o beni in favore di enti non commerciali. Fino al 30 settembre 1998 è previsto un regime agevolato che consente l'esclusione dei beni immobili strumentali dal patrimonio dell'impresa, attraverso il pagamento di una somma a titolo d'imposta sostitutiva Irpeg, Ilor ed Iva, pari al 5% del valore dell'immobile.

Oltre agli obblighi di legge e statuto, per ogni raccolta fondi agevolata va realizzato un rendiconto trasparente con apposita relazione.

Le fondazioni bancarie come enti non commerciali

Con la riforma prevista dal *decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153* emanato in attuazione della legge delega n. 461/98 si riordina la disciplina vigente e si delinea il regime giuridico civilistico e fiscale degli enti creditizi pubblici.

Per quanto concerne la qualifica di ente non commerciale in capo alle fondazioni bancarie, come enti che *ex art. 12 del d.lgs. n. 356/90* perseguono fini di interesse pubblico e di utilità sociale, si era acceso un ampio dibattito. Tali finalità istituzionali, infatti, hanno consentito alle fondazioni di accedere a notevoli agevolazioni fiscali quali ad esempio quella prevista dall'*art. 6 del D.P.R. 601/73* che prevede la riduzione alla metà dell'Irpeg (imposta sul reddito delle persone giuridiche) e quella dell'*art. 10-bis della legge 1742/1962* che prevede l'esonero dalla ritenuta sui dividendi.

Il Ministero delle finanze²⁶⁴ aveva d'altra parte negato tali agevolazioni con la motivazione che scopo principale della fondazione è la partecipazione nella società conferitaria, attività questa tipicamente commerciale.

Il d.lgs. n. 153/99 sembra risolvere il conflitto attribuendo espressamente l'agevolazione di cui all'*art. 6 del DPR 601/73* alle Fondazioni che, oltre ad operare nei c.d. settori rilevanti, abbiano adeguato i propri statuti alle disposizioni del decreto in oggetto. Tuttavia il legislatore ha previsto la perdita della qualifica di ente non commerciale e della conseguente agevolazione, qualora decorra il termine di quattro anni dall'entrata in vigore del decreto legislativo senza che sia stata ceduta la partecipazione di controllo e se la fondazione, dopo lo stesso periodo di tempo, risulti ancora titolare di diritti reali su beni immobili diversi da quelli strumentali per le attività direttamente esercitate dalla stessa²⁶⁵.

Gli altri principi del nuovo regime fiscale sono la non tassabilità, in capo all'ente conferente, delle plusvalenze derivanti dal trasferimento delle azioni detenute nella società bancaria conferitaria ovvero nella società nella quale l'ente ha conferito, in tutto o in parte, la partecipazione bancaria.

Lo stesso regime fiscale si estende anche nei confronti della società nella quale l'ente ha conferito la partecipazione bancaria con riguardo alle plusvalenze derivanti dal trasferimento delle azioni detenute nella medesima società conferitaria.

1. La disciplina tributaria delle Organizzazioni non lucrative di utilità sociale (Onlus)

La disciplina delle *Onlus* ha, invece, un vero e proprio intento agevolativo. La nuova figura giuridica delle *Onlus* è rappresentata da enti che operano in determinati settori e che costituiscono un'ulteriore specificazione all'interno del più ampio settore degli enti non commerciali.

Con l'introduzione della nuova figura soggettiva dell'*Onlus* di diritto speciale, si raggruppano le associazioni, i comitati, le fondazioni, le società cooperative e gli altri enti di carattere privato con o senza personalità giuridica. Tuttavia si deve ricordare come alcuni organismi - quali le organizzazioni di volontariato di cui alla legge 11 agosto 1991, n. 266, le cooperative sociali disciplinate dalla legge 8 novembre 1991, n. 381, le organizzazioni non governative riconosciute idonee dalla legge 26 febbraio 1987, n. 49 - sono in ogni caso considerati *Onlus*: a prescindere, pertanto, dal possesso o meno dei requisiti prescritti, tali enti acquistano di diritto la qualifica di *Onlus*. Sono fatte salve le previsioni di maggior favore relative a questi organismi, di cui rispettivamente alle citate leggi.

Requisiti soggettivi

Sono considerate *Onlus* anche gli enti ecclesiastici delle confessioni religiose con le quali lo Stato ha stipulato patti, accordi o intese. Invece, non si considerano mai *Onlus* gli enti pubblici, le società commerciali diverse da quelle cooperative, gli enti conferenti di cui alla legge 218/90 (gli enti creditizi), i

²⁶⁴ Circolare Ministero delle finanze n. 238/E del 1996 emanata sulla scorta del parere del Consiglio di Stato n. 103/95.

²⁶⁵ Ancor prima della recente riforma, una sentenza della Commissione regionale del Veneto (n. 71/16/99) si è orientata in senso favorevole alle Fondazioni, riconoscendogli il beneficio dell'esenzione dalla ritenuta alla fonte sui dividendi e della riduzione Irpeg al 50% sui loro redditi. La sentenza ha sancito pertanto l'applicabilità alle Fondazioni bancarie sia dell'*art. 6 del D.P.R. n. 601/73*, sia della qualifica di ente benefico richiesta dall'*art. 10-bis della legge 1745/62*.

partiti ed i movimenti politici, le organizzazioni sindacali, le associazioni di datori di lavoro e le associazioni di categoria.

Nel testo del decreto si prevedono delle indicazioni obbligatorie che devono essere contenute negli statuti o atti costitutivi delle Onlus. Gli statuti devono rispettare soprattutto i *principi di trasparenza e di democraticità*, che costituiscono requisiti necessari al fine del riconoscimento del regime tributario agevolato. Democraticità significa partecipazione e incidenza sulle decisioni attraverso la regola della maggioranza. L'obiettivo della normativa è quello di garantire un controllo diretto dei soggetti interessati alle organizzazioni sulle attività effettivamente esercitate e sul rispetto delle prescrizioni statutarie e normative.

Individuazione di settori di intervento e requisiti statutari

Per l'inclusione nella categoria delle Onlus l'ente deve esercitare esclusivamente attività in uno o più dei settori identificati dal decreto. Essi sono: assistenza sociale e socio-sanitaria, assistenza sanitaria, beneficenza, istruzione, formazione, sport dilettantistico, tutela e valorizzazione di beni di interesse artistico e storico, tutela e valorizzazione della natura e dell'ambiente, promozione della cultura e dell'arte, tutela dei diritti civili. Con l'approvazione definitiva del decreto legislativo è stata inserita la ricerca scientifica di particolare interesse sociale svolta direttamente da fondazioni ovvero da esse affidata ad università, enti di ricerca e altre fondazioni che la svolgono direttamente.

Una serie di previsioni, inoltre, devono figurare obbligatoriamente nello statuto di una Onlus.

L'*esclusività* del perseguimento di finalità di solidarietà sociale è uno dei primi requisiti statutari. Lo statuto o l'atto costitutivo deve contenere un articolo che espressamente preveda che vengano perseguite esclusivamente finalità di solidarietà sociale e che è vietato svolgere qualunque attività diversa da quella istituzionale. E' comunque consentito svolgere attività direttamente connesse a quelle istituzionali.

Il *divieto di distribuire* durante la vita dell'organizzazione, sia direttamente che indirettamente, utili, avanzi di gestione, fondi e riserve. Tale divieto viene meno qualora la destinazione o distribuzione degli utili venisse imposta per legge o siano effettuate a favore di altre Onlus che fanno parte della stessa struttura che distribuisce.

Deve sussistere l'*obbligo di reimpiegare gli utili* o gli avanzi di gestione per la realizzazione delle attività istituzionali o quelle ad esse direttamente connesse e l'obbligo di devolvere il patrimonio in ipotesi di scioglimento ad altre Onlus oppure a fini di pubblica utilità. Deve sussistere, inoltre, un obbligo di redigere il bilancio o il rendiconto annuale.

L'Onlus deve dotarsi di una *disciplina uniforme e molto rigida* delle modalità da seguire per associarsi. Con tale disposizione si vuole garantire la solidità del rapporto associativo, escludendo ogni limitazione in funzione della temporaneità della partecipazione alla vita associativa e prevedendo per gli associati o partecipanti maggiori di età il diritto di voto per l'approvazione e le modificazioni dello statuto e dei regolamenti e per la nomina degli organi direttivi dell'associazione.

E' necessario che l'attività di solidarietà sociale venga svolta nei confronti di *soggetti svantaggiati*. Le Onlus dovranno svolgere le loro attività nei confronti di soggetti esterni che si trovano in particolari condizioni svantaggiate e non invece a beneficio dei propri associati. Questo vincolo non opera per le attività commesse.

Infine si richiede l'uso nella denominazione o in altre comunicazioni rivolte al pubblico della locuzione Onlus.

L'anagrafe delle Onlus

Per le Onlus viene introdotto un regime di registrazione obbligatoria. Per aver diritto ai benefici fiscali propri delle Onlus, quindi, è necessario effettuare un'apposita comunicazione al Ministero delle Finanze - Direzione Regionale delle Entrate. Lo scopo di questa comunicazione è quello di istituire un'apposita *anagrafe unica delle Onlus*, anagrafe che sarà pertanto il punto di partenza per gli eventuali accertamenti da parte dell'amministrazione finanziaria. Con apposito decreto dovranno essere fissate le modalità di esercizio del *controllo* sulle Onlus dell'esistenza dei requisiti formali, nonché i casi di decadenza parziale o totale delle agevolazioni. Viene, pertanto, rimandata all'approvazione di un decreto ministeriale l'istituzione dell'*authority*, prevista invece nella delega contenuta nella finanziaria '97.

Sinora, infatti, il Governo non ha ancora provveduto a sciogliere i dubbi su natura e costituzione di quell'organismo di controllo, che deve vigilare sull'applicazione delle facilitazioni, sull'esistenza dei

requisiti che danno diritto a degli sconti, sulla raccolta di fondi da parte delle organizzazioni abilitate, di quell'organismo che in sostanza deve assicurare il rispetto dei comuni principi di democrazia e effettivo controllo e che è destinato ad essere un punto di riferimento per i soggetti del terzo settore.

Un'inerzia che risulta tanto più ingiustificata dal momento che le agevolazioni entreranno in vigore a partire da quest'anno. Anche per garantire che la compresenza di servizi assistenziali a gestione pubblica, a gestione non profit e a gestione privata *for profit*, non si riduca a una mera spartizione amministrativa a priori, ma valga ad operare un'effettiva correzione dei fallimenti del mercato e dello Stato, sarà inoltre opportuno vigilare sul mantenimento di adeguate condizioni competitive e ampliare, se possibile, la gamma degli strumenti a tal fine utilizzabili.

Il regime fiscale delle Onlus e le agevolazioni

Le differenze del regime fiscale corrente tra enti non commerciali e Onlus denotano chiaramente le differenze agevolative, soprattutto in materia di imposte sui redditi e di imposta di registro.

Imposte sui redditi - L'art. 12 definisce non commerciale lo svolgimento delle attività istituzionali condotto nel perseguimento di esclusive finalità di solidarietà sociale. Anche i proventi delle attività connesse a quelle istituzionali non concorrono alla formazione del reddito imponibile.

Donazioni dei privati - La prima agevolazione per l'erogazione liberale a favore delle Onlus viene concessa a qualsiasi contribuente che compila il modello della dichiarazione dei redditi: le offerte in denaro, sino a 4 milioni di lire, sono detraibili nella misura del 19 per cento (chi dona 1 milione recupera 190 mila lire di IRPEF). La stessa detrazione è prevista per i contributi non superiori ai 2,5 milioni versati dai soci alle società di mutuo soccorso che operano in determinati settori al fine di assicurare ai soci un sussidio in caso di malattia, inabilità al lavoro o vecchiaia, aiuto alle famiglie nel caso di decesso. Qualora l'erogazione venga effettuata dalle società semplici, la detrazione spetta proporzionalmente ai soci nella misura della quota posseduta.

Donazioni delle imprese - Le erogazioni in denaro sono deducibili dal reddito, cioè beneficiano dell'aliquota piena dell'imposta, e il limite di 4 milioni può salire sino al 2% del reddito. Questo criterio ha effetti pratici solo se il reddito di impresa supera 200 milioni di lire. All'interno di questo *plafond* di deducibilità, l'impresa può destinare fino a due milioni alla cessione gratuita di beni di propria produzione o commercializzazione.

Le imprese possono mettere gratuitamente a disposizione delle Onlus il proprio personale, consentendo la deducibilità delle spese relative all'impiego di lavoratori dipendenti utilizzati per prestazioni di servizi erogate a favore delle Onlus. Sino al 5 per mille del costo del lavoro, questa retribuzione è deducibile anche se non è stata inerente alla produzione dei ricavi del datore di lavoro.

Le imprese, inoltre, hanno il diritto ad una deduzione figurativa con la sottoscrizione di speciali obbligazioni a basso rendimento, individuate come *titoli di solidarietà*, in quanto destinati a finanziamenti agevolati alle Onlus.

Iva - Non vale per tale imposta una generalizzata posizione di esenzione. Ciò significa che se l'attività posta in essere di volta in volta presenta caratteri commerciali, anche se svolta nell'ambito del settore agevolato ai fini dell'imposte dirette, l'ente dovrà ugualmente tenere i registri Iva e operare come un'organizzazione imprenditoriale.

Oltre alle norme contenute nell'art. 14, che riguardano tutti i soggetti riconducibili al genere delle Onlus, si potranno applicare anche le novità normative stabilite per gli enti non commerciali, laddove l'Onlus abbia una forma giuridica compatibile, cioè associazioni, fondazioni o comitati.

Non costituiscono prestazioni di servizi le operazioni di divulgazione pubblicitaria svolte gratuitamente a favore delle Onlus. Chi fornisce, pertanto, gratuitamente prestazioni pubblicitarie a beneficio delle Onlus non si rende debitore d'imposta.

Costituiscono operazioni esenti le cessioni gratuite di beni a favore delle Onlus e le prestazioni di trasporto di malati o feriti effettuate dalle medesime.

E' previsto l'esonero dall'obbligo di certificazione con scontrino o ricevuta dei corrispettivi relativi all'attività istituzionale.

Restano applicabili per le Onlus, che allo stesso tempo si qualificano come enti non commerciali, le agevolazioni previste dall'art. 4 del DPR 633/72, cioè l'esclusione dall'Iva per i corrispettivi incassati a fronte di prestazioni specifiche rivolte ai soci in esecuzione delle finalità istituzionali.

Ritenute - Non si applica la ritenuta d'acconto del 4% sui contributi corrisposti dalle Regioni, Province e Comuni e dagli altri enti pubblici. Quanto ai proventi di capitale corrisposti alle Onlus soggetti a ritenuta, la ritenuta è da considerarsi a titolo d'imposta.

Altre imposte - Per quanto riguarda l'imposta di bollo, vi è l'esenzione per gli atti, le istanze e le certificazioni posti in essere o richiesti dalle Onlus. Per le tasse di concessione governative sono previste esenzioni per gli atti delle Onlus. Sono esentati, inoltre, i trasferimenti in favore delle Onlus a proposito di imposte sulle successioni e donazioni. Così è previsto l'esonero dall'INVIM per i trasferimenti di immobili a favore delle Onlus. Per i tributi locali è stabilita dalla legge una generale forma di attenuazione possibile a discrezione dell'ente impositore.

Per quanto riguarda l'imposta di registro, è stata introdotta l'applicabilità dell'imposta fissa sui trasferimenti immobiliari a favore di Onlus. L'esenzione generalizzata è concessa su base soggettiva; gli atti di trasferimento dei beni scontano un'imposta fissa di 250.000 lire se i beni sono utilizzati direttamente.

Le Onlus non sono soggette all'imposta sugli spettacoli per le attività da esse svolte occasionalmente in concomitanza di campagne di sensibilizzazione.

Qualche dubbio possono suscitare²⁶⁶ le norme che consentono alcune agevolazioni, per quanto limitate, in materia di Iva: mentre quelle in materia di imposte sui redditi e sulle donazioni appaiono giustificate dal divieto di distribuzione degli utili, le agevolazioni concernenti l'Iva possono fornire un ingiustificato vantaggio competitivo nei confronti degli altri tipi di impresa.

Sanzioni e responsabilità

La riforma introduce un regime di cautele sanzionatorie che naturalmente si aggiunge alle regole comuni che vanno dal divieto di atti elusivi alla vera e propria persecuzione anche penale dell'evasione di imposta.

Sono previste misure volte ad evitare abusi e un idoneo regime sanzionatorio tramite diverse sanzioni amministrative per chi abusa del titolo di Onlus, per le violazioni delle norme statutarie e per l'omissione delle comunicazioni previste. E' prevista, inoltre, la responsabilità solidale dei rappresentanti legali e dei membri degli organi amministrativi di quelle organizzazioni che abbiano indebitamente fruito dei benefici previsti dalla legge, sulle imposte dovute, sulle relative sanzioni ed interessi maturati.

²⁶⁶CER Rapporto n. 4/1997.

Parte ottava

Verso il primo censimento delle istituzioni private e delle imprese non-profit

PAGINA BIANCA

Verso il primo censimento delle istituzioni private e delle imprese nonprofit

1. Premessa

Nel corso degli anni novanta il dibattito pubblico intorno al ruolo, al peso sociale ed alla funzione economica delle "istituzioni nonprofit" in Italia ha assunto proporzioni ragguardevoli, cominciando ad interessare non solo coloro che in esse operano e gli "addetti ai lavori", ma anche altre cerchie istituzionali.

Parallelamente, grazie alla emanazione di alcune norme (in particolare la legge 266/1991, la 381/1991, il dlgs. 460/1997), le quali hanno contribuito a inquadrare meglio sotto il profilo formale alcuni aspetti organizzativi rilevanti in questo campo, ha cominciato a prendere corpo la necessità di disporre di statistiche capaci di rappresentare in modo affidabile e sistematico queste istituzioni tanto salienti in ambito civile, quanto sconosciute per la statistica ufficiale.

Allo scopo di colmare questa lacuna dell'informazione statistica l'Istat, in questo stesso periodo, ha iniziato a raccogliere dati sul mondo del nonprofit e, in particolare, su alcune caratteristiche tipiche della partecipazione civile, nonché sulle modalità organizzative, le risorse materiali e logistiche utilizzate, i servizi offerti, la dimensione umana ed economica delle organizzazioni di volontariato in Italia.

In questi ultimi mesi, inoltre, l'Istat ha avviato una indagine censuaria sulle istituzioni private e sulle imprese nonprofit i cui dati anagrafici risultavano inseriti negli archivi statistici disponibili presso l'Istituto. La rilevazione sul campo, che interesserà più di 400 mila organizzazioni¹, verrà condotta nei prossimi mesi e, probabilmente, per la fine dell'anno saranno disponibili i primi dati statistici sui

¹ In linea di principio, come sarà chiaro dalla lettura dei paragrafi successivi, non tutte le organizzazioni i cui indirizzi sono inseriti negli archivi statistici saranno qualificate come organizzazioni "nonprofit" ai fini della misurazione statistica e, inoltre, non tutte le organizzazioni alle quali verrà recapitato il questionario potranno essere considerate ancora effettivamente in vita alla data considerata utile per il censimento. Dunque, la rilevazione tenderà a ridimensionare, in misura oggi non prevedibile, la numerosità della popolazione istituzionale che costituisce il campo di osservazione del censimento.

tipi organizzativi, sulle attività svolte e sulle dimensioni sociali ed economiche delle organizzazioni nonprofit rilevate.

In questo documento verranno illustrate le caratteristiche principali delle indagini sulle "istituzioni nonprofit" svolte dai ricercatori dell'Istat. Nel prossimo paragrafo verrà presentata l'indagine sulle organizzazioni di volontariato. In quello successivo verranno discussi i contorni e i contenuti della nozione di "istituzione nonprofit" accreditata nell'ambito delle statistiche ufficiali e, dunque, oggi vincolanti per la conduzione di una indagine statistica su queste organizzazioni. Il quarto paragrafo è dedicato all'illustrazione del campo di rilevazione e dei contenuti informativi del censimento in corso sulle istituzioni private e sulle imprese nonprofit. Nell'ultimo paragrafo, infine, si tirano brevemente le fila delle presentazioni sviluppate nel corso del documento.

2. Le organizzazioni di volontariato

2.1 Dinamica della popolazione organizzativa

A partire dal 1991, dopo l'approvazione della legge 266, tutte le regioni italiane hanno cominciato a dotarsi di registri nei quali iscrivere le organizzazioni che, avendo i requisiti previsti dalla legge e avendo fatta richiesta di iscrizione, potevano essere legittimamente considerate organizzazioni di volontariato.

I requisiti richiesti dalla legge alle organizzazioni sono i seguenti: a) esse devono avvalersi in maniera determinante e prevalente di prestazioni volontarie gratuite; b) utilizzare dipendenti o prestazioni professionali in numero contenuto, nei limiti necessari ad assicurare il regolare funzionamento della organizzazione e /o a specializzarne l'attività svolta, c) prevedere espressamente, nell'atto costitutivo o nello statuto, l'assenza di fini di lucro, la democraticità della struttura, l'elettività e la gratuità delle cariche associative e delle prestazioni offerte dagli aderenti; d) prevedere di criteri di ammissione e di esclusione, nonché i diritti e i doveri degli aderenti, e) rispettare l'obbligo di redazione di un bilancio economico.

Ovviamente non tutte le organizzazioni che potevano contare su questi requisiti hanno fatto richiesta di iscrizione ai registri regionali e, d'altra parte, alcune organizzazioni, che comunemente sono considerate organizzazioni di volontariato, non hanno fatto richiesta di iscrizione perché alcuni requisiti erano troppo stringenti (prevalenza delle prestazioni volontarie; democraticità; redazione di

bilanci) oppure, in altri casi, esse hanno adottato decisioni variabili, promuovendo la propria iscrizione in alcune regioni piuttosto che in altre o puntando in alcuni casi ad un'iscrizione diffusa di tutte organizzazioni localmente attive oppure a quella di una sola per tutte. In altri casi ancora lo status giuridico di alcune organizzazioni, è il caso, ad esempio, della Croce Rossa Italiana, ne ha precluso l'iscrizione ai registri regionali, pur essendo esse fondate su prestazioni volontarie.

*Tav. 1: Organizzazioni iscritte ai registri regionali
(Anni 1995, 1996, 1997 e 1998)*

Regioni	ANNI							
	1995		1996		1997		1998	
	N	%	N	%	N	%	N	%
Piemonte	693	8,3	919	9,1	1.002	8,4	1.110	8,1
Valle d'Aosta	35	0,4	36	0,4	46	0,4	49	0,4
Lombardia	1.687	20,2	1.773	17,6	1.938	16,2	1.991	14,6
Trentino A. Adige	404	4,8	623	6,2	834	7,0	1.312	9,6
Trento	77	0,9	88	0,9	106	0,9	254	1,9
Bolzano	327	3,9	535	5,3	728	6,1	1.058	7,7
Veneto	872	10,5	835	8,3	1.100	9,2	1.309	9,6
Friuli V. Giulia	236	2,8	383	3,8	427	3,6	489	3,6
Liguria	314	3,8	400	4,0	498	4,2	543	4,0
Emilia Romagna	1.018	12,2	1.177	11,7	1.360	11,3	1.555	11,4
Toscana	1.340	16,1	1.519	15,0	1.713	14,3	1.738	12,7
Umbria	173	2,1	250	2,5	294	2,5	326	2,4
Marche	178	2,1	261	2,6	344	2,9	396	2,9
Lazio	194	2,3	234	2,3	297	2,5	366	2,7
Abruzzo	90	1,1	133	1,3	164	1,4	174	1,3
Molise	24	0,3	48	0,5	70	0,6	84	0,6
Campania	173	2,1	278	2,8	415	3,5	472	3,5
Puglia	162	1,9	208	2,1	291	2,4	283	2,1
Basilicata	56	0,7	76	0,8	134	1,1	149	1,1
Calabria	188	2,3	188	1,9	188	1,6	253	1,9
Sicilia	55	0,7	172	1,7	247	2,1	343	2,5
Sardegna	451	5,4	584	5,8	625	5,2	715	5,2
Italia	8.343	100,0	10.097	100,0	11.987	100,0	13.657	100,0

Per questi motivi, le liste contenute nei registri tendevano a identificare un popolazione organizzativa di numerosità inferiore a quella che i territori regionali sembravano in grado di esprimere e che, in base alle informazioni anagrafiche provenienti da altri archivi privati, risultavano essere attive nel paese. Peraltro i registri regionali sono stati attivati nel complesso delle regioni e delle province autonome solo alla fine del 1995; inoltre, le procedure di registrazione adottate ed i tempi di accoglimento della domanda d'iscrizione non sono state omogenee.

Per queste ragioni i registri regionali tendevano a sotto-dimensionare la rappresentazione, e quindi anche la percezione, della rilevanza sociale ed istituzionale del fenomeno in esame. Tuttavia, come risulta dai dati riportati nelle tavole 1 e 2, nel corso della seconda metà degli anni novanta la numerosità delle organizzazioni iscritte è cresciuta notevolmente, anche al di là dei livelli di diffusione registrati dalle indagini empiriche che avevano provato a raccogliere informazioni statistiche anche sulle organizzazioni non iscritte.

Tav.2: Organizzazioni iscritte ai registri regionali
(Indici di variazione percentuale, 1995=100)

<i>Regioni</i>	<i>1996</i>	<i>1997</i>	<i>1998</i>
Piemonte	132,6	144,6	160,2
Valle d'Aosta	102,9	131,4	140,0
Lombardia	105,1	114,9	118,0
Trentino Alto Adige	154,2	206,4	324,8
Trento	114,3	137,7	329,9
Bolzano	163,6	222,6	323,5
Veneto	95,8	126,1	150,1
Friuli Venezia Giulia	162,3	180,9	207,2
Liguria	127,4	158,6	172,9
Emilia Romagna	115,6	133,6	152,8
Toscana	113,4	127,8	129,7
Umbria	144,5	169,9	188,4
Marche	146,6	193,3	222,5
Lazio	120,6	153,1	188,7
Abruzzo	147,8	182,2	193,3
Molise	200,0	291,7	350,0
Campania	160,7	239,9	272,8
Puglia	128,4	179,6	174,7
Basilicata	135,7	239,3	266,1
Calabria	100,0	100,0	134,6
Sicilia	312,7	449,1	623,6
Sardegna	129,5	138,6	158,5
Italia	121,0	143,7	163,7

Tra il 1995 ed il 1998 il numero complessivo di organizzazioni iscritte passa dalle 8.343 unità di inizio periodo alle 13.657 unità di fine periodo, registrando un incremento percentuale generale del 63,7% e, in buona sostanza, denotando una crescita uniforme negli anni.

La crescita complessiva ha prodotto delle conseguenze salienti anche nella distribuzione regionale e per ripartizione territoriale delle organizzazioni iscritte. Le regioni nelle quali, sia nel 1995 che nel 1998, le organizzazioni sono più presenti sono, nell'ordine, la Lombardia, la Toscana, l'Emilia Romagna ed il Veneto, ma il loro peso relativo viene nel tempo ridimensionato. La Lombardia, che

contava il 20,2% delle organizzazioni registrate nel 1995, ne conta il 14,6% nel 1998; la Toscana passa dal 16,1% al 12,7%; l'Emilia Romagna cresce in termini assoluti notevolmente, ma il suo peso relativo risulta comunque ridimensionato passando dal 12,2% all'11,4%; il Veneto, infine, analogamente al caso emiliano, registra un calo del peso relativo delle organizzazioni presenti nell'archivio dal 10,5% al 9,6%. In queste quattro regioni erano registrate il 59% delle organizzazioni nel 1995, nel 1998 la loro quota relativa è scesa al 48,3%.

Al contrario, in altre regioni la numerosità della popolazione organizzativa registrata cresce, anche in misura notevole, sia in numeri assoluti che in termini relativi; aumenta il peso delle organizzazioni di volontariato in esse operanti ed iscritte rispetto al totale nazionale. Mentre in tutto il territorio nazionale l'incremento registrato nel quadriennio è del 63,7%, quello registrato in Sicilia, Molise, Trentino Alto Adige, Campania e Basilicata è dell'ordine di alcuni multipli rispetto a quello complessivo e, seppur in alcuni casi il numero assoluto delle organizzazioni iscritte sia esiguo, esso denota un incremento rilevante nel volume delle organizzazioni localmente iscritte.

Inoltre, è importante constatare che gli incrementi relativi più consistenti tendono ad essere rilevati nelle regioni meridionali, un'indicazione, probabilmente, sia di un miglioramento di efficacia nella raccolta di adesioni ai registri, sia di una crescente attenzione a questi strumenti di partecipazione sociale. Infatti, mentre nelle regioni nordoccidentali e in quelle centrali la quota percentuale perde, rispettivamente, 4,6 e 1,9 punti percentuali, quella che rappresenta il peso delle regioni nordorientali, meridionali ed insulari cresce rispettivamente del 2,5% e del 4,0%. In questo senso a fine 1998, nell'area nordorientale si concentrava il maggior numero di organizzazioni (33,6% del totale), mentre nel Mezzogiorno si registrava l'incremento maggiore.

2.2 Le rilevazioni, struttura e dinamiche organizzative rilevate

Le rilevazioni sulle organizzazioni di volontariato finora condotte dall'Istat sono state due: la prima ha riguardato le organizzazioni iscritte alla fine del 1995; la seconda quelle iscritte alla fine del 1997. La prima rilevazione si è conclusa nel febbraio del 1998. La seconda si è conclusa alla fine del 1999. I risultati di ambedue le indagini sono stati pubblicati².

² Quelli della prima in: A.Mancini, N.Zamario (a cura di), *Le organizzazioni di volontariato in Italia. Strutture risorse attività*, Argomenti Istat, Roma, 1999, pp.294; i principali risultati della seconda sono stati pubblicati in: Istat, "organizzazioni di volontariato in Italia", *Note rapide*, 28 aprile 2000, pp.8.

Il questionario utilizzato nelle due rilevazioni era suddiviso in due sezioni generali: la prima era dedicata alla raccolta di notizie su alcune caratteristiche socio-demografiche fondamentali dei dirigenti e sull'organizzazione delle istituzioni considerate; la seconda mirava a rilevare dati più specifici che, in sintesi, riguardavano :

- le risorse (umane e materiali) utilizzate;
- le attività, i servizi, gli ambiti operativi, i tipi ed il numero di persone assistite, i legami cooperativi istituiti con altre organizzazioni e alcune modalità di cambiamento organizzativo attuato nel corso degli anni precedenti;
- i volontari attivi (numero e articolazione per classe di età, titolo di studio, condizione occupazionale e loro composizione per genere; modalità dell'attività svolta e ammontare del tempo dedicato; eventuali requisiti al reclutamento; formazione; tipo e grado di copertura assicurativa dei volontari);
- il bilancio dell'organizzazione (le entrate totali, articolate in base alle voci principali; le uscite totali, anch'esse articolate poi in base alle principali uscite).

Se si confrontano le informazioni statistiche raccolte nel corso della rilevazione riferita al 1997 con quelle raccolte con riferimento al 1995, si evince che le organizzazioni di volontariato confermano il forte radicamento delle organizzazioni nelle regioni settentrionali, seppure aumenti la proporzione di quelle meridionali; confermano che i volontari attivi in esse sono soprattutto uomini, di età compresa tra i 30 e i 54 anni, occupati e di livello di istruzione medio-basso; rivelano una tendenza alla maggiore "frammentazione" delle organizzazioni; mostrano che la dimensione prevalente delle organizzazioni è piccola; confermano che i settori di attività nei quali opera il maggior numero di organizzazioni sono quelli della sanità e dell'assistenza sociale; mostrano un aumento della specializzazione delle organizzazioni rispetto sia ai settori di attività, sia alla tipologia di assistiti, mentre si accentua la diversificazione dei servizi offerti e degli ambiti operativi utilizzati.

Sotto il profilo morfologico, infine, i risultati raccolti indicano che le organizzazioni di volontariato, in Italia come altrove, sono molto eterogenee.

La loro dimensione, misurata ad esempio sulla base del numero di volontari in esse attivi, è molto sbilanciata. Si rilevano, cioè, moltissime organizzazioni di dimensioni molto contenute³ e poche organizzazioni grandi; si rileva, inoltre, che un numero davvero esiguo di gruppi organizzativi (13)

riesce a raggruppare i 4/5 delle organizzazioni appartenenti a gruppi. Un altro elemento caratterizzante è che le organizzazioni sono estremamente eterogenee sotto il profilo dell'anzianità di costituzione e che il numero delle neo-costituite è molto consistente e tende a crescere negli anni più recenti.

L'eterogeneità rilevata in questi caratteri tende ad articolare la fisionomia delle organizzazioni studiate sotto più profili. Innanzitutto quello settoriale: posto che la maggior parte delle organizzazioni tuttora opera prevalentemente nei settori della sanità, dell'assistenza sociale e dei servizi ricreativi e culturali, esse tendono a differenziarsi sensibilmente, in base al grado di diversificazione settoriale, dell'offerta di servizi e di ambiti operativi, sia tra i settori prevalenti di attività, sia all'interno dei settori individuati. In particolare, mentre le organizzazioni sanitarie sono spesso molto specializzate, gli altri insiemi di organizzazioni tendono ad essere più diversificati settorialmente, per servizi e per ambiti operativi ed anche per tipi di utenti serviti.

In secondo luogo, le organizzazioni denotano un radicamento territoriale eterogeneo. Si rileva, infatti, che soprattutto nelle regioni in cui le organizzazioni sono più numerose, le tipologie organizzative, le caratteristiche settoriali, di offerta dei servizi, di strutturazione delle attività tendono a variare in modo rilevante rispetto a quelle rilevate nelle aree in cui la loro diffusione risulta più contenuta.

Infine, le organizzazioni rilevate sono eterogenee anche sotto il profilo della dimensione economica, misurata in base alle entrate dichiarate dai rispondenti. Mentre si stima che nel complesso le entrate delle organizzazioni di volontariato ammontino nel 1997 a oltre 1.300 miliardi di lire, si calcola che la dimensione media delle entrate superi appena i 114 milioni di lire, mentre quella mediana supera di poco i 19 milioni di lire, mettendo in luce un chiaro sbilanciamento dimensionale in favore delle organizzazioni con entrate di modesta entità.

Questi tratti caratteristici suggeriscono, in sintesi, che il mondo delle organizzazioni di volontariato italiano non è spiegabile, e ancor meno comprensibile, ricorrendo a schemi univoci o troppo semplificati e, allo stesso tempo, essi ci portano a ritenere che anche le soluzioni o le iniziative di *"politica attiva della partecipazione civile"* se sono troppo unificanti o troppo schematiche corrono il rischio di far leva su interessi particolaristici e speciali piuttosto che universalistici e generali. Si corre il rischio, cioè, non di favorire la partecipazione civile *tout court*, ma il rafforzamento di

³ La metà delle organizzazioni opera con meno di 20 volontari.

organizzazioni raggruppate piuttosto che di quelle indipendenti, operanti in questo piuttosto che in quel settore d'attività, in questa piuttosto che in quell'area del paese.

3. *Le istituzioni nonprofit: indicazioni per una definizione statistica*

3.1 *Organizzazioni di volontariato e organizzazioni nonprofit*

L'insieme delle organizzazioni di volontariato iscritte ai registri regionali, ovviamente, non include tutte le forme organizzative che possono, con buone ragioni, essere considerate organizzazioni nonprofit.

In Italia, come è noto, non disponiamo di norme che, in base ad un qualche criterio, individuano in via diretta e specifica le organizzazioni nonprofit⁴. Dunque, sotto questo profilo fondamentale, l'attribuzione o meno di una organizzazione all'insieme delle istituzioni e delle imprese nonprofit è ancora oggetto di dibattito.

Sotto il profilo specifico delle definizioni statistiche ufficiali, quelle cioè che vincolano internazionalmente l'identificazione e la classificazione delle istituzioni e delle imprese oggetto di misurazione statistica da parte degli Istituti nazionali di statistica, le organizzazioni nonprofit vengono circoscritte in base alla definizione contenuta nel Sistema dei Conti Nazionali nella versione del 1993:

"...le istituzioni nonprofit sono enti giuridici o sociali creati allo scopo di produrre beni e servizi, il cui status non permette loro di essere fonte di reddito, profitto o altro guadagno per le unità che le costituiscono, controllano o finanziano " (par.4.54)

Tale definizione, almeno in sede teorico - metodologica, si caratterizza per tre elementi centrali:

1. le istituzioni nonprofit sono "enti giuridici o sociali": in questo senso sono identificabili come istituzioni (e/o imprese) nonprofit non solo le organizzazioni con uno status legale pubblicamente

⁴ Ad esempio, in un recente rapporto curato dal CNEL si legge: "Nell'ordinamento giuridico italiano non esiste una forma giuridica propria delle organizzazioni nonprofit. L'assenza di un tipo unitario fa sì che nel sistema italiano le organizzazioni nonprofit sono legate ora all'una ora all'altra delle figure di ente privato previste dal codice civile - associazioni (in cui vanno a collocarsi le Ipad depubblicizzate) e fondazioni, enti non riconosciuti e cooperative - oppure a figure di legislazione speciale." CNEL, *Indagine sulla riforma dell'assistenza sociale. II. Il ruolo degli organismi nonprofit nel settore assistenziale*, Roma, 1998, p.73.

- riconosciuto, ma anche quelle organizzazioni che non sono legalmente riconosciute, fino ad includere tipi di ente di carattere prettamente informale;
2. le istituzioni nonprofit sono create "allo scopo di produrre beni e servizi": la definizione funzionale è generica e, dunque, non limita lo scopo di queste istituzioni alla produzione di beni o servizi selezionati o specifici nell'ambito delle classificazioni internazionali delle attività economiche;
 3. la non distribuzione degli utili ai soggetti che le costituiscono e/o le controllano appare come l'unico vincolo stringente della definizione adottata, nel senso che all'istituzione in esame non si nega la possibilità di produrre utili, ma di distribuirli, in tutto o in parte, a coloro che le costituiscono, le controllano o le finanziano.

In base a questi tre elementi definitivi, individuati nel modo convenzionale proprio dei metodi di classificazione statistica, sarebbe già possibile identificare l'insieme delle istituzioni nonprofit. Infatti, individuato in un certo momento un insieme di organizzazioni, è possibile accertare se esse sono istituzioni (e/o imprese) nonprofit solo che si sia nella condizione di sapere, ad esempio, se nei loro statuti è contenuta espressamente la clausola della non distribuzione, in qualunque forma e momento della vita organizzativa, degli utili da esse conseguiti attraverso lo svolgimento delle attività sociali. Se la clausola c'è, allora l'istituzione (e/o l'impresa) potrebbe essere caratterizzata come nonprofit, in caso contrario essa sarebbe for profit.

Tuttavia è agevole rilevare che le istituzioni (e/o imprese) private non costituiscono l'unico insieme organizzativo operante nelle società e che accanto ad esse è rilevante, in tutte le società, il ruolo e la funzione svolta, da una parte, dalle istituzioni (e/o imprese) pubbliche e, dall'altro, da quelle istituzioni sociali (ad esempio le famiglie) che non producono beni e servizi per venderle sul mercato, ma per l'autoconsumo.

Per queste ragioni, allo scopo di delineare una proposta classificatoria delle organizzazioni nonprofit a fini statistici, è opportuno specificare ulteriormente, ancorché in modo convenzionale, il contenuto di alcuni caratteri aggiuntivi.

Essi sono essenzialmente due. Il primo deve portare a distinguere le istituzioni (e/o imprese nonprofit) tra quelle di proprietà pubblica e quelle di proprietà privata⁵ e il secondo deve consentire di separare le istituzioni nonprofit che traggono il loro sostentamento economico prevalente⁶ dalla vendita di beni e servizi sul mercato da quelle che, invece, si mantengono economicamente in vita soprattutto grazie a trasferimenti pubblici (sussidi) o privati (donazioni). In questo modo il campo di osservazione delle istituzioni (e/o imprese) nonprofit può essere definito ed articolato in base allo schema rappresentato nella figura 1.

Figura 1: *Classificazione delle unità istituzionali*

Tipi di unità istituzionali			
Grado di autosufficienza economica e scopo		Natura della proprietà	
		Privata	Pubblica
Market	Profit	Società di capitale prevalentemente privato, imprese individuali, liberi professionisti, imprese agricole	Società di capitale prevalentemente pubblico, aziende pubbliche o municipali
	Nonprofit	Cooperative, associazioni, fondazioni finanziate prevalentemente mediante ricavo da vendite	Aziende o enti pubblici soggetti a controllo amministrativo pubblico, finanziate prevalentemente tramite la riscossione di tariffe
Non Market	Nonprofit	Cooperative, associazioni, fondazioni finanziate prevalentemente mediante trasferimenti	Enti pubblici soggetti a controllo amministrativo pubblico finanziati prevalentemente mediante trasferimenti

Secondo questa classificazione, dunque, le istituzioni (e/o le imprese) nonprofit potranno essere raggruppate in 4 tipi fondamentali:

⁵ Istat, *Definizioni, classificazioni e variabili guida per le statistiche sulle istituzioni "nonprofit"*, 1999 (documento di lavoro del focus group sulle istituzioni nonprofit).

⁶ D.Collesi, *La distinzione market – non market*, documento presentato al Seminario su "La nuova contabilità nazionale" (L: Roma, 12-13 gennaio 2000).

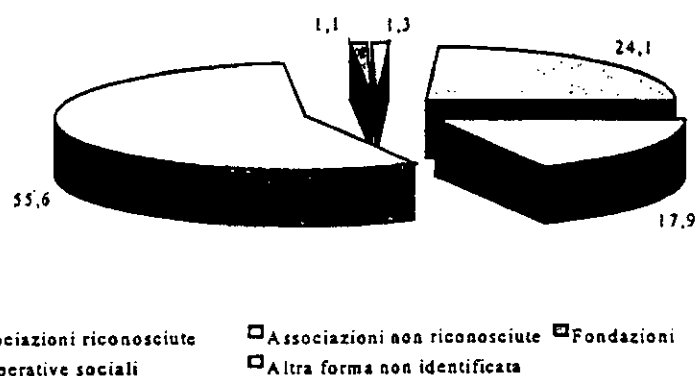
1. Istituzioni private e/o imprese nonprofit che traggono il loro sostentamento economico prevalente dalla vendita di beni e servizi sul mercato (può essere il caso di cooperative, di associazioni e di fondazioni);
2. Istituzioni private nonprofit che traggono il loro sostentamento economico prevalente da trasferimenti (può essere il caso di associazioni e fondazioni);
3. Istituzioni e/o imprese pubbliche nonprofit che traggono il loro sostentamento economico prevalente dalla vendita di beni e servizi sul mercato (si può trattare di aziende o enti pubblici che operano in base alla riscossione di tariffe);
4. Istituzioni pubbliche nonprofit che traggono il loro sostentamento economico prevalente da trasferimenti o imposte (è il caso di amministrazioni o enti pubblici).

Dunque, ciò che emerge dal quadro appena delineato, dato sotto il profilo statistico condizione necessaria e sufficiente affinché una istituzione sia considerata "nonprofit" è il fatto che essa si trovi nella condizione di non poter mai distribuire, in qualunque forma, gli utili conseguiti dalla produzione dei beni e dei servizi svolti, la loro collocazione è articolabile in diversi ambiti classificatori. Tale collocazione, inoltre, potrà variare in sede d'analisi a seconda degli interessi di colui che utilizzerà i dati e, nel tempo, anche al variare dello status formale riconosciuto a ciascuna unità istituzionale (confine pubblico/privato) e dei comportamenti economici da esse sviluppati in concreto (confine market/non market).

4. Le caratteristiche del censimento: il campo di osservazione, le informazioni statistiche ricercate, i tempi di realizzazione

La classificazione delle istituzioni nonprofit illustrata nel paragrafo 3 consente di delimitare il campo di osservazione previsto per il "*Censimento delle Istituzioni private e delle imprese nonprofit*" che l'Istat ha avviato negli scorsi mesi.

Graf.1: Distribuzione delle istituzioni e delle imprese nonprofit comprese nel campo di osservazione, per forma giuridica



Tav. 3: Distribuzione delle istituzioni e delle imprese nonprofit comprese nel campo di osservazione secondo la forma giuridica e per ripartizione geografica

Forma giuridica	Ripartizione geografica				
	Nord ovest	Nord est	Centro	Sud e isole	Italia
Associazione riconosciuta	23,0	21,6	20,8	34,6	100,0
Associazione non riconosciuta	23,5	21,5	25,5	29,5	100,0
Fondazione	32,7	21,0	24,8	21,5	100,0
Cooperativa	23,0	17,7	15,2	44,1	100,0
Altra forma	25,8	20,7	19,7	33,8	100,0
Totale	24,0	21,3	23,1	31,6	100,0
N° organizzazioni in archivio	64,3	81,4	84,2	60,9	70,0
X 10.000 abitanti*					

*Popolazione al 31 dicembre 1998

Tav. 4: Distribuzione delle istituzioni e delle imprese nonprofit "forti" o "deboli" comprese nel campo di osservazione per ripartizione geografica

Tipo di segnale di esistenza in vita della unità in archivio	Ripartizione geografica				
	Nord ovest	Nord est	Centro	Sud e isole	Italia
Forte	48,9	47,7	43,6	46,7	44,4
Debole	51,1	52,3	56,4	53,3	55,6
Totale	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0

In particolare le istituzioni coinvolte sono quelle di natura privata che, sulla base degli archivi amministrativi disponibili⁷, sono state individuate e che dichiareranno di essere nella condizione di non poter distribuire, in nessuna forma, gli utili eventualmente conseguiti grazie alla produzione dei beni e dei servizi che costituiscono il loro scopo sociale.

Nel complesso le istituzioni interessate al Censimento nel corso della rilevazione saranno più di 400 mila. Di queste, il sottoinsieme di partenza più numeroso (Graf.1) è costituito da organizzazioni che, in base alle indicazioni raccolte per la formazione preliminare degli archivi censuari, risultano costituite nella forma di "associazione non riconosciuta" (55,6%), seguito da quello delle "associazioni riconosciute" (17,9%), dalle "fondazioni" e dalle "cooperative" (rispettivamente l'1,1 e 1,3%). Accanto a questi gruppi di istituzioni, la cui forma giuridica è identificabile, si rileva la presenza di un cospicuo sottoinsieme (24,1%) in cui si situano organizzazioni la cui forma giuridica non può essere preventivamente identificata.

Le organizzazioni nonprofit che costituiscono il campo preliminare di osservazione sono localizzate in modo abbastanza disomogeneo nel territorio nazionale (tav.3). Mentre nelle regioni nord-occidentali si registra un accentramento relativo delle fondazioni (+8,7% rispetto al peso complessivo delle organizzazioni in archivio localizzate nella ripartizione); in quelle nord-orientali e centrali sono relativamente meno presenti (con, rispettivamente, -3,6% e -7,9% rispetto al dato ripartizionale) le cooperative; nel sud e nelle isole, invece, gli archivi mostrano una concentrazione relativa di cooperative (+12,5% sul dato di ripartizione) e delle associazioni riconosciute (+3%). Le organizzazioni con le rimanenti forme giuridiche tendono a distribuirsi in quote analoghe o meno divergenti rispetto al dato complessivo di ripartizione.

Nel complesso, comunque, la densità media nazionale delle organizzazioni inserite nell'archivio censuario di partenza è di 70 istituzioni private costituite ogni 10.000 residenti. Tale concentrazione tende ad essere superiore nelle regioni del nord est (81,4) e del centro (84,2), mentre nelle regioni nordorientali ed in quelle meridionali ed insulari essa è inferiore (si individua, rispettivamente, a 64,3 e a 60,9) a quella media nazionale.

⁷ Gli archivi utilizzati per la definizione della popolazione di riferimento del Censimento sono i seguenti: anagrafe tributi (1995 e 1997, 80% delle unità di rilevazione); archivi del censimento delle istituzioni del 1991 (8,6%); archivio delle imprattive (7,1%); archivio delle ONLUS (2,9%); archivio delle cooperative sociali (1,3%); archivi settoriali (0,1%).

Infine, è opportuno precisare che, contenendo l'archivio di base del censimento informazioni di qualità variabile, soprattutto a causa del tipo di forma giuridica prevalente in questo campo istituzionale e della natura flessibile, ma anche relativamente elusiva di molte attività delle organizzazioni nonprofit, prima dell'avvio della rilevazione si è proceduto alla analisi delle informazioni anagrafiche raccolte allo scopo di stabilire, seppur in via di prima approssimazione, quali potevano essere considerate relativamente più affidabili⁸. In base a questa ricognizione (tav. 4) si è potuto stabilire che per il 44,6% delle istituzioni complessivamente inserite nell'anagrafe di partenza si potevano rilevare più segnali di esistenza in vita, per il 55,4% non erano rilevabili, oltre al fatto di essere iscritte in un archivio amministrativo, segnali supplementari di esistenza in vita. Tali percentuali variano a seconda della localizzazione delle istituzioni. Nelle regioni settentrionali ed in quelle meridionali la quota delle istituzioni "forti" (con più segnali di esistenza in vita) tende ad essere superiore a quella rilevata nel complesso in queste aree e, all'opposto, nelle regioni centrali tende ad essere relativamente superiore la quota di organizzazioni "deboli" (senza segnali di esistenza in vita oltre la presenza in qualche archivio amministrativo). *Date queste premesse, le informazioni d'archivio finora disponibili devono essere considerate esclusivamente come uno strumento di lavoro e non come un dato dimensionale.*

La rilevazione verrà condotta mediante somministrazione di un questionario postale che raccoglierà i seguenti tipi di informazioni:

- A. Dati anagrafici e condizioni operative (se, al 31 dicembre 1999, era ancora in attività e con quale grado di stabilità nell'anno trascorso)
- B. Dati sulla natura e la struttura dell'unità istituzionale (forma giuridica, data di costituzione, eventuale disciplina speciale, espressa previsione nello statuto o regolamento del divieto di distribuzione degli utili, articolazione in sedi periferiche, appartenenza a un gruppo e posizione organizzativa al suo interno, presenza, natura giuridica e numero degli associati e grado di partecipazione alle decisioni, eventuale controllo di imprese [di cui al libro V del codice civile])

⁸ Il grado di affidabilità delle informazioni anagrafiche è stato stabilito considerando 5 criteri supplementari: la presenza della istituzione nel Censimento 1991; il volume delle attività economiche successive al 1992; la presenza nell'elenco telefonico della SEAT del 1999; contatti con l'amministrazione finanziaria (anagrafe tributaria) dopo il 1992; verifica dei dati relativi a tipi di istituzioni salienti (cooperative sociali, Onlus, fondazioni, ...).

- C. Dati sull'attività dell'unità istituzionale (selezione di uno o più tipi con indicazione di quella prevalente tra le seguenti: cultura; sport e ricreazione; istruzione e ricerca; sanità; assistenza sociale; ambiente; sviluppo economico e coesione sociale; tutela dei diritti e attività politica; promozione del volontariato; cooperazione e solidarietà internazionale; attività religiose; rappresentanza degli interessi degli imprenditori, professionali e dei lavoratori; altra attività)
- D. Dati sulle risorse dell'unità istituzionale (numero dei dipendenti, lavoratori con contratto di collaborazione, volontari, religiosi ed obiettori di coscienza, nel caso distinti per genere; tipo di svolgimento e ammontare delle ore di attività dedicate dai volontari; ammontare delle entrate e loro articolazione tra fonti pubblica [da sussidi e da convenzioni e contratti] e privata [da contributi, donazioni o analoga forma, da vendita di beni e servizi, da fonti finanziarie e/o patrimoniali, o da altra fonte]; ammontare delle uscite e loro articolazione [spese per il personale dipendente, per i collaboratori, acquisto di beni e servizi, rimborsi, ecc.]).

La rilevazione censuaria e la successiva elaborazione dei dati, probabilmente, occuperà tutto l'anno 2000 e i dati statistici ufficiali sulle istituzioni nonprofit italiane potranno essere pubblicati nel periodo immediatamente successivo.

5. Conclusioni

Nel corso dell'ultimo quinquennio la disponibilità di nuove statistiche e l'aggiornamento progressivo degli archivi statistici di base ha consentito di sviluppare in modo sempre più appropriato e tempestivo l'offerta di informazioni sulle istituzioni non profit attive in Italia.

Le rilevazioni programmate consentiranno di inquadrare in modo originale e sempre più completo l'insieme delle organizzazioni non profit italiane, superando le tradizionali viste sezionali o parziali e consentendo, per la prima volta, di misurare quanto esso pesi, in termini sociali ed economici, di analizzare la sua struttura e di comprendere in che modo si stia affermando in Italia questa forma di partecipazione civile organizzata, ma non in modo immediatamente riconducibile ai modelli prevalenti nelle società ad economia di mercato.

PAGINA BIANCA

Allegato

PAGINA BIANCA



ISTITUTO NAZIONALE DI STATISTICA
Direzione centrale delle statistiche su istituzioni e imprese
Archivio delle istituzioni - C.P. 2381 - 00100 ROMA AD

Censimento delle istituzioni private e delle imprese nonprofit
Legge n. 144/1999 e Programma statistico nazionale 2000-2002

Data
Prot.

--

Gentile Signora, gentile Signore,

L'Istituto nazionale di statistica ha avviato una complessa attività volta a razionalizzare i propri processi produttivi e ad armonizzare i dati statistici con quelli prodotti dagli istituti di statistica degli altri paesi dell'Unione europea. In questo contesto innovativo, si colloca la progettazione delle statistiche sulle istituzioni private e le imprese nonprofit e la costruzione del relativo archivio, in adempimento al regolamento dell'Unione Europea n. 2186/93. Inoltre, la legge n. 144/99 prevede la conduzione dei censimenti generali dell'agricoltura, dell'industria e dei servizi, delle istituzioni pubbliche e private. Per adempiere a tali obblighi, l'Istat ha avviato il censimento delle istituzioni private e delle imprese nonprofit, incluso nel Programma statistico nazionale, cioè tra le statistiche ritenute necessarie per il Paese.

I risultati del complesso delle attività consentiranno di costruire l'archivio statistico delle istituzioni private e le imprese nonprofit, il quale, come già avviene per le imprese industriali e dei servizi, sarà uno strumento fondamentale per migliorare la conoscenza della realtà economica e sociale del Paese ed anche per alleggerire l'onere statistico che grava sui rispondenti.

Come avrà modo di notare, il questionario che le proponiamo prevede molte domande di natura qualitativa, allo scopo di facilitare al massimo la compilazione e renderlo più semplice. La Sua collaborazione è particolarmente importante: infatti, la buona riuscita della rilevazione consentirà, tra l'altro, di mettere in luce i fenomeni dell'associazionismo e del volontariato, individuando i settori di attività e la capacità di creare nuove opportunità occupazionali.

La prego, pertanto, cortesemente, di voler rispondere con la massima attenzione possibile alle diverse domande. Con molti anticipati ringraziamenti Le porgo cordiali saluti.

Il Presidente
Alberto Zuliani

Segreto statistico, obbligo di risposta, tutela delle riservatezza, diritti degli interessati

I dati raccolti nell'ambito della rilevazione sulle istituzioni private e imprese nonprofit sono tutelati dal segreto statistico e sottoposti alle regole stabilite, a tutela della riservatezza, dalla legge n. 675/96 (art. 1, 8, 10, 13) e successive modifiche e integrazioni, recentemente apportate dal d. lgs. n. 281/99. Essi possono essere esternati o comunicati soltanto in forma aggregata, in modo tale che non se ne possa fare alcun riferimento individuale; possono essere utilizzati soltanto per scopi statistici (art. 9 d. lgs. n. 322/89 e successive modifiche e integrazioni). E' fatto obbligo alle amministrazioni, enti ed organismi pubblici, nonché ai soggetti privati, per le rilevazioni indicate nel D.P.R. 5 luglio 1999 (G.U. n. 194 del 19 agosto 1999, Serie generale) di fornire tutti i dati e le notizie richieste nel modello di rilevazione. Coloro che non forniscono i dati, o li forniscono scientemente errati od incompleti, sono soggetti alle previste sanzioni amministrative (art. 7 e 11 del d. lgs. n. 322/89). Il titolare della rilevazione è l'Istituto nazionale di statistica. Il responsabile della rilevazione è il Dirigente del Servizio Censimenti economici e archivi di imprese e istituzioni.

Per eventuali chiarimenti rivolgersi a:

--

Guida per la compilazione del questionario

Il presente questionario deve essere compilato dalle istituzioni nonprofit attive nel corso del 1999 sul territorio nazionale. Ai fini del censimento le istituzioni nonprofit sono definite come "enti giuridici o sociali creati allo scopo di produrre beni e servizi, il cui status non permette loro di essere fonte di reddito, profitto o altro guadagno per i soggetti che le costituiscono, controllano o finanziano" (SNA - System of National Account).

Quesito 3.1 - Se l'unità in indirizzo ha svolto la propria attività solo per un periodo limitato dell'anno, barrare il codice 2 e indicare, negli appositi spazi, il mese o i mesi durante i quali tale attività è stata svolta.

Quesito 4 - A tale quesito deve essere sempre fornita una risposta, anche se può verificarsi che l'unità in indirizzo sia disciplinata da una o più norme speciali, indicate al successivo quesito 6.1. Le forme giuridiche elencate nel quesito 4 sono quelle indicate dal codice civile: nel libro I, titolo II, capo II, artt. 14 e seguenti, relativamente alle associazioni riconosciute ed alle fondazioni (enti dotati di personalità giuridica); nel capo III artt. 36 e seguenti, relativamente alle associazioni non riconosciute e comitati (enti senza personalità giuridica); nel libro V, titolo VI, artt. 2511 e seguenti, relativamente alle imprese cooperative ed alle mutue assicuratrici. In particolare, l'associazione riconosciuta è quella per la quale il riconoscimento è concesso con decreto del Presidente della Repubblica o del Presidente della Regione. Si rammenta, inoltre, che l'iscrizione ad albi o registri nazionali o regionali non implica l'acquisizione dello stato di associazione riconosciuta. Tra le forme giuridiche è prevista anche una voce "altra forma", che può essere utilizzata dal compilatore nel caso l'unità in indirizzo non abbia assunto alcuna delle forme in precedenza riportate. In questo caso è necessario che il compilatore scriva in modo chiaro, nell'apposito spazio, la dizione della eventuale "forma giuridica" diversa da quelle elencate.

Quesito 8 - Lo Statuto stabilisce lo scopo dell'associazione, fissa le regole che ne disciplinano la vita interna, in genere con riferimento alle condizioni per l'ammissione dei soci, alle cause di esclusione, ai loro diritti e obblighi, agli organi deliberativi, alle possibili cause di estinzione ed alla conseguente liquidazione e devoluzione dei beni residui. Esso costituisce un allegato dell'Atto costitutivo dell'istituzione. Gli utili sono da intendere come reddito, profitto o altro guadagno percepiti dai soggetti che costituiscono, controllano o finanziano l'istituzione nonprofit. Non sono da intendere come utili altri redditi o guadagni percepiti dagli stessi soggetti, come corrispettivo del lavoro prestato all'interno della istituzione stessa.

Quesito 15 - Punto 1. Tra i dipendenti devono essere indicati: i soci di cooperativa che effettivamente lavorano nell'istituzione, per i quali l'istituzione stessa effettua il versamento di contributi previdenziali in qualità di lavoratori dipendenti; i lavoratori con contratto di formazione e lavoro; i lavoratori in sciopero, in maternità, in malattia o in congedo di breve durata. Non devono essere indicati: i soci semplicemente iscritti o conferenti, nonché i soci che, pur lavorando effettivamente nell'istituzione, non percepiscono una prefissata retribuzione contrattuale, né l'istituzione effettua per essi il versamento di contributi previdenziali in qualità di lavoratori dipendenti; i lavoratori iscritti nei libri paga di altre imprese o istituzioni, i soggetti remunerati con fattura o che percepiscono solo provvigioni; i dipendenti in congedo di lunga durata, in aspettativa non pagata, in servizio di leva. **Punto 1.1.** Per part-time s'intende il lavoro svolto, regolarmente, durante una giornata o una settimana lavorativa, con orario ridotto rispetto a quello considerato "normale".

Quesiti 16.1 e 16.2 - Per ciascuna delle due categorie di volontari cui si riferiscono rispettivamente i quesiti 16.1 e 16.2, il numero medio di ore pro capite prestate nell'ultimo mese, è pari alla somma delle ore prestate nell'ultimo mese da tutti i volontari diviso il numero complessivo dei volontari che hanno operato nell'ultimo mese. Per ultimo mese si intendono gli ultimi trenta giorni in cui l'unità in indirizzo ha svolto la sua attività.

Quesiti 17 e 18 - Indicare le entrate e le uscite relative al 1998. Le entrate e le uscite vanno espresse in lire. Le cifre vanno arrotondate all'unità immediatamente superiore: ad esempio, se le entrate e/o le uscite sono pari o superiori a Lit. 500.001, scrivere 500.001.000.000 lire. Se le entrate e/o le uscite sono pari o inferiori a Lit. 500.000, non rispondere ai quesiti 17 e successivi.

Quesito 17.1 - Entrate

- **Contributi di enti/istituzioni pubbliche, nazionali e internazionali**: comprendono i contributi a titolo gratuito. Fra le istituzioni pubbliche internazionali sono da considerare, ad esempio, Unione europea, FAO, Stato Vaticano, etc. Eventuali contributi, da chiunque erogati, a fronte di specifiche e documentate attività o progetti di ricerca sono da comprendere fra i ricavi di vendita di beni e servizi (voce 4 del quesito 17.1).

- **Contributi degli aderenti (quote sociali)**: comprendono i proventi da tessere d'iscrizione. Le eventuali quote pagate per l'utilizzazione delle strutture dell'istituzione (campi sportivi, sale cinematografiche, ecc.) sono da includere fra i ricavi di vendita di beni e servizi (voce 4 del quesito 17.1).

- **Ricavi da vendita di beni e servizi**: comprendono tutti i ricavi provenienti dall'attività istituzionale e sussidiaria: tasse d'iscrizione universitaria, quote per frequenza corsi, biglietti d'ingresso a musei, contributi associativi versati dai soci delle Società di Mutuo Soccorso, etc.

- **Donazioni e lasciti testamentari**: comprendono le "erogazioni liberali" a favore delle ONLUS, dei partiti e movimenti politici, la raccolta di fondi, etc.

- **Redditi finanziari e patrimoniali**: comprendono interessi attivi, fitti attivi, dividendi, rendite patrimoniali, censi, etc.

- **Altre entrate**: sono incluse le entrate da vendite di beni mobili e immobili e altre entrate non comprese nelle tipologie già citate.

Quesito 18.1 - Uscite

- **Spese per il personale dipendente e per i lavoratori con contratto di collaborazione coordinata e continuativa**: vanno indicate al lordo degli oneri a carico del datore di lavoro.

- **Acquisto di beni e servizi**: comprendono le spese per manutenzioni di locali e/o impianti, cancelleria, fitti passivi, liti, atti a difesa dell'ente e risarcimento danni, consulenze. Sono inclusi eventuali rimborsi o altri corrispettivi a favore di soci che prestano la loro opera nell'istituzione, ma non percepiscono una prefissata retribuzione contrattuale ed eventuali spese per coperture assicurative a favore di volontari.

- **Altre spese**: sono incluse le spese per interessi passivi e le altre spese non comprese nelle tipologie già citate.



ISTITUTO NAZIONALE DI STATISTICA

RISERVATO ISTAT									
<table border="1"> <tr> <td> </td><td> </td><td> </td><td> </td> </tr> </table>					<table border="1"> <tr> <td> </td><td> </td><td> </td><td> </td> </tr> </table>				
Pacco	Questionario								

Il questionario deve essere restituito, entro 15 giorni dalla ricezione della presente, all'indirizzo prestampato. Ai fini della spedizione, ripiegare i fogli in modo che l'indirizzo prestampato a destra corrisponda all'apposita finestra della busta allegata.

Casella Postale

Nominativo della persona che compila il modello _____

TEL. _____ FAX _____ Indirizzo E-mail _____

SEZIONE I - VERIFICA DATI ANAGRAFICI DELL'ISTITUZIONE

al momento della compilazione del questionario

1. Verificare i dati prestampati e, nella riga sottostante, segnalare eventuali variazioni e/o integrare i dati mancanti. Indicare al quesito 2 il motivo delle variazioni, barrando rispettivamente 1 in caso di dato inesatto e 2 in caso di modifica, specificando la data in cui quest'ultima è avvenuta.

Codice fiscale	Acronimo (sigla)	
Denominazione	CAP	
Indirizzo (via, piazza, località, frazione, civico)	Comune	
	Provincia (sigla)	
Pref. Telefono	Telefono	FAX
E-mail	Http	

2. Segnalare se le variazioni apportate dipendono da dati inesatti o da effettive modifiche avvenute nel tempo:

Codice fiscale.....	dato inesatto o 1
Denominazione.....	dato inesatto o 1
Indirizzo.....	dato inesatto o 1

		modifica o 2	da quale data?	mese	anno
Codice fiscale.....	dato inesatto o 1				
Denominazione.....	dato inesatto o 1				
Indirizzo.....	dato inesatto o 1				

3. L'unità in indirizzo ha svolto la sua attività nel 1999?

- o 1 sì
 o 2 no, per sospensione temporanea dell'attività dall'inizio dell'anno
 o 3 no, per cessazione definitiva dell'attività dall'inizio dell'anno
- interrompere la compilazione e rispedire il modello all'indirizzo prestampato nella pagina precedente*

3.1. Se sì, indicare se le attività sono state svolte secondo una delle seguenti modalità:

- o 1 con continuità e regolarità tutto l'anno
 o 2 solo in alcuni mesi dell'anno (indicare in quali barrando le relative caselle) 1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12
 o 3 in modo saltuario e occasionale

SEZIONE 2 - NATURA E STRUTTURA DELL'ISTITUZIONE

(tutte le risposte fornite devono essere riferite al 31/12/1999, ove non sia altrimenti specificato)

4. Forma giuridica:

- Associazione riconosciuta..... o 1
 - Fondazione..... o 2
 - Associazione non riconosciuta..... o 3
 - Comitato..... o 4
 - Cooperativa..... o 5
 - Altra forma..... o 6
 (specificare).....

- Altro o 20
 (specificare).....
 norma di riferimento.....

7. Lo Statuto o il Regolamento dell'unità in indirizzo prevede il divieto di distribuzione o assegnazione di utili ai soci e/o iscritti?

sì o 1 no o 2

5. Data di costituzione dell'unità in indirizzo nella forma giuridica indicata:

 mese anno
 [] [] / [] [] [] []

7.1. Se no, negli ultimi tre anni l'unità in indirizzo ha distribuito utili?

sì o 1 no o 2

6. L'unità in indirizzo è disciplinata da norme speciali?

sì o 1 no o 2

6.1. Se sì, da quali norme? (sono possibili più risposte)

- Organizzazione di volontariato (L. 266/91)..... o 1
 - Cooperativa sociale (L. 381/91)..... o 2
 - Fondazione bancaria (L. 218/90 e D. Lgs 153/99) o 3
 - Ente ecclesiastico (L. 222/85)..... o 4
 - Organizzazione non governativa (L. 49/87)..... o 5
 - Società di mutuo soccorso (L. 3818/1886)..... o 6
 - Ente di patronato (D. Lgs. Cps 804/47)..... o 7
 - Centro Formazione Professionale (L. 845/78).... o 8
 - Soggetti abilitati alla radiodiffusione (L. 223/90). o 9
 - Enti di assistenza e integrazione sociale dei portatori di handicap (L. 104/92)..... o 10
 - Associazione di volontariato sanitaria (L. 833/78) o 11
 - Enti per l'obiezione di coscienza (L. 772/72)..... o 12
 - Associazione di volontariato nel settore della protezione civile (L. 996/70 e D.P.R. 66/81)..... o 13
 - ONLUS (D. Lgs. 460/97) o 14
 - Istituto di ricovero e cura a carattere scientifico (privato) (L.833/1978) o 15
 - Ospedale classificato o assimilato (L.833/1978)... o 16
 - Istituto di riabilitazione (L.833/1978)..... o 17
 - Associazione dei consumatori e degli utenti (L.281/1998)..... o 18
 - Università non statale legalmente riconosciuta (L.243/1991)..... o 19

8. Lo Statuto o il Regolamento dell'unità in indirizzo prevede il divieto di devoluzione del patrimonio sociale ai soci e/o iscritti in caso di scioglimento o liquidazione?

sì o 1 no o 2

9. L'unità in indirizzo opera, con lo stesso codice fiscale, in altre sedi diverse da quella in indirizzo?

sì o 1 indicarne il numero*: [] [] []

no o 2

*esclusa la sede dell'unità in indirizzo.

10. L'unità in indirizzo fa parte di un gruppo organizzativo* più ampio, composto anche da altre organizzazioni con diverso codice fiscale, aventi analoghi obiettivi o finalità?

sì o 1 no o 2

* Per gruppo organizzativo si intende un complesso di istituzioni, con differenti codici fiscali, che agiscono anche a vari livelli di articolazione gerarchica, funzionale o territoriale, collegate tra loro, spesso sotto una denominazione comune.



ISTITUTO NAZIONALE DI STATISTICA

10.1. Se sì, qual è la posizione dell'unità in indirizzo all'interno del gruppo organizzativo?

- capofila¹..... o 1
 - intermedia²..... o 2
 - struttura di base³..... o 3

1. Per "capofila" s'intende l'istituzione collocata, nell'ambito del gruppo organizzativo, al più alto livello gerarchico, funzionale o territoriale.

2. Per "intermedia" s'intende l'istituzione collocata, nell'ambito del gruppo organizzativo, ad un livello gerarchico, funzionale o territoriale, compreso fra la capofila e la struttura di base.

3. Per "struttura di base" s'intende l'istituzione collocata, nell'ambito del gruppo organizzativo, ad un livello elementare sul piano gerarchico, funzionale o territoriale.

10.2. Se l'unità in indirizzo è intermedia o di base, indicare i dati anagrafici della capofila:

Codice Fiscale

Acronimo (sigla) _____

Denominazione _____

Via _____

Comune _____

CAP Prov

11. L'unità in indirizzo ha soci e/o iscritti (costituiti da persone fisiche, persone giuridiche o enti di fatto)?

sì o 1 no o 2

In caso di risposta negativa, passare al quesito 14.

11.1. Se sì, quanti sono?

Numero*

persone giuridiche o enti di fatto

persone fisiche

*Nel caso di istituzione capofila o intermedia, deve essere indicato solo il numero di soci iscritti direttamente all'unità in indirizzo, escludendo i soci e/o iscritti ad eventuali altre istituzioni facenti parte dello stesso gruppo organizzativo.

11.2. Quanti sono i soci e/o iscritti con diritto di voto?

Numero

persone giuridiche o enti di fatto con diritto di voto

persone fisiche con diritto di voto

12. I servizi prodotti dall'unità in indirizzo sono destinati:

- solo ai soci e/o agli iscritti..... o 1
 - anche ai non soci e/o ai non iscritti..... o 2
 - solo ai non soci e/o ai non iscritti..... o 3

13. Esistono soci dell'unità in indirizzo iscritti nei libri paga in qualità di lavoratori dipendenti?

sì o 1 indicarne il numero:

no o 2

14. L'unità in indirizzo controlla (cioè possiede la maggioranza del capitale o dei diritti di voto di) una o più imprese aventi una delle forme giuridiche previste dal libro V del codice civile (Snc, Sas, Spa, Srl, Saa, Cooperativa)?

sì o 1 no o 2

14.1. Se sì, quante ne controlla?

Numero

SEZIONE 3 - RISORSE DELL'ISTITUZIONE

(Tutte le risposte fornite devono essere riferite al 31/12/1999, ove non sia altrimenti specificato)

Nelle risposte ai quesiti della sez. 3 vanno inclusi i dati relativi all'unità in indirizzo e alle eventuali sedi indicate al quesito 9 (aventi lo stesso codice fiscale) e vanno esclusi i dati relativi ad eventuali altre istituzioni, facenti parte dello stesso gruppo organizzativo e aventi differenti codici fiscali.

15. Indicare il numero dei dipendenti, dei volontari, dei religiosi e degli obiettori attivi nell'unità in indirizzo.

Categorie	M	F	Totale
1. Dipendenti ¹			
1.1. di cui part-time			
2. Lavoratori distaccati o comandati da imprese e/o istituzioni			
3. Lavoratori con contratto di collaborazione coordinata e continuativa ²			
4. Volontari ³			
5. Religiosi ⁴			
6. Obiettori ⁵			

1. Dirigenti, direttivi, quadri, impiegati, operai, apprendisti, iscritti nei libri paga, anche se assenti per distacco, ferie, maternità, malattia o congedo di breve durata, compresi i lavoratori con contratto di formazione e lavoro, nonché i soci, iscritti nei libri paga, per i quali l'istituzione versa i contributi previdenziali.

2. Persone che prestano la loro attività in base ad un contratto individuale di collaborazione coordinata e continuativa, di cui al comma 2 dell'art. 49 del TUIR (DPR 917/86).

3. I volontari sono coloro che prestano la loro opera diretta, anche salariale, senza alcun corrispettivo, per il funzionamento dell'unità in indirizzo, indipendentemente dal fatto che essi siano o meno anche soci o iscritti della stessa. Tra i volontari non devono essere inclusi i donatori di sangue o di organi.

4. I religiosi iscritti nei libri paga sono da considerare lavoratori dipendenti, e come tali devono essere compresi solo al punto 1 ed - eventualmente - al punto 1.1.

5. Persone che prestano servizio civile, sostitutivo del servizio di leva, presso l'unità in indirizzo, ai sensi della L. 772/72 e del DPR 1139/77.

16. Dei volontari indicati nel quesito precedente, quanti svolgono attività in modo:

sistematico (con regolarità programmata su base settimanale o mensile) Numero

salutario (senza regolarità programmata su base settimanale o mensile) _____

16.1. Indicare il numero medio di ore pro capite prestate nell'ultimo mese dai volontari che hanno svolto la propria attività in modo sistematico:

n° medio di ore pro capite _____

16.2. Indicare il numero medio di ore pro capite prestate nell'ultimo mese dai volontari che hanno svolto la propria attività in modo salutario:

n° medio di ore pro capite _____

17. A quanto ammontano, nel 1999, le entrate registrate nel bilancio o in altra forma di rendicontazione adottata?

_____ lire

17.1. Indicare la distribuzione percentuale delle entrate relative all'anno 1999 (le percentuali vanno indicate arrotondate senza decimali):

Entrate di fonte pubblica percentuale

- sussidi e contributi a titolo gratuito da istituzioni e/o enti pubblici nazionali e internazionali..... _____ 1
- ricavi per contratti e/o convenzioni con enti e/o istituzioni pubbliche nazionali e internazionali. _____ 2

Entrate di fonte privata

- contributi degli aderenti (quote sociali)..... _____ 3
- ricavi derivanti da vendita di beni e servizi..... _____ 4
- donazioni, offerte e lasciti testamentari..... _____ 5
- redditi finanziari e patrimoniali..... _____ 6
- altre entrate di fonte privata..... _____ 7

Totale 11000

18. A quanto ammontano, nel 1999, le uscite registrate nel bilancio o in altra forma di rendicontazione adottata?

_____ lire

18.1. Indicare la distribuzione percentuale delle uscite relative al 1999 (le percentuali vanno indicate arrotondate senza decimali):

percentuale
- spese per il personale dipendente..... _____ 1
- spese per lavoratori con contratto di collaborazione coordinata e continuativa..... _____ 2
- rimborsi spese ai volontari..... _____ 3
- acquisto di beni e servizi..... _____ 4
- sussidi, contributi ed erogazioni a terzi..... _____ 5
- imposte e tasse..... _____ 6
- ammortamenti..... _____ 7
- acquisizione di capitali fissi*..... _____ 8
- altre spese..... _____ 9

Totale 11000

*Si intendono spese per acquisto di beni mobili, macchine e attrezzature (incluso il software) e di beni immobili.



ISTITUTO NAZIONALE DI STATISTICA

SEZIONE 4 — ATTIVITÀ DELL'ISTITUZIONE

19. Quali sono le attività svolte dall'unità in indirizzo? (massimo cinque risposte)

(Prima di rispondere al quesito, leggere con cura le esemplificazioni presenti nella Guida alla compilazione)

Cultura, sport e ricreazione

- Attività culturali e artistiche..... o 1
- Attività sportive..... o 2
- Attività ricreative e di socializzazione..... o 3

Istruzione e ricerca

- Istruzione primaria e secondaria..... o 4
- Istruzione universitaria..... o 5
- Istruzione professionale e degli adulti..... o 6
- Ricerca..... o 7

Sanità

- Servizi ospedalieri generali e riabilitativi..... o 8
- Servizi per lungodegenti..... o 9
- Servizi psichiatrici ospedalieri e non ospedalieri..... o 10
- Altri servizi sanitari..... o 11

Assistenza sociale

- Servizi di assistenza sociale
(offerta di servizi reali alla collettività o a
categorie di persone)..... o 12
- Servizi di assistenza nelle emergenze
(protezione civile e assistenza a profughi
e rifugiati)..... o 13
- Erogazione di contributi monetari e/o in natura
(servizi di sostegno ai redditi e alle condizioni
di vita individuale e servizi di beneficenza)..... o 14

Ambiente

- Protezione dell'ambiente..... o 15
- Protezione degli animali..... o 16

Sviluppo economico e coesione sociale

- Promozione dello sviluppo economico e coesione
sociale della collettività..... o 17
- Tutela e sviluppo del patrimonio abitativo..... o 18
- Addestramento, avviamento professionale e
inserimento lavorativo..... o 19

Tutela dei diritti e attività politica

- Servizi di tutela e protezione dei diritti..... o 20
- Servizi legali..... o 21
- Servizi di organizzazione dell'attività di
partiti politici..... o 22

Filantropia e promozione del volontariato

- Erogazione di contributi filantropici, promozione
del volontariato e attività di raccolta fondi..... o 23

Cooperazione e solidarietà internazionale

- Attività per il sostegno economico e umanitario
all'estero..... o 24

Religione

- Attività di promozione e formazione religiosa..... o 25

Relazioni sindacali e rappresentanza di interessi

- Tutela e promozione degli interessi dei lavoratori e
degli imprenditori..... o 26

Altre attività

- Agricoltura, caccia e silvicoltura..... o 27
- Pesca, piscicoltura e servizi connessi..... o 28
- Estrazione di minerali..... o 29
- Attività manifatturiere..... o 30
- Produzione e distribuzione energia elettrica, gas
e acqua..... o 31
- Costruzioni..... o 32
- Commercio all'ingrosso e al dettaglio; riparazione
di autoveicoli, motocicli e di beni personali e per
la casa..... o 33
- Alberghi e ristoranti..... o 34
- Trasporti, magazzinaggio e comunicazioni..... o 35
- Intermediazione monetaria e finanziaria
(compresi i fondi pensione)..... o 36
- Attività immobiliari, noleggio, informatica, altre
attività professionali e imprenditoriali..... o 37
- Servizi domestici presso famiglie e convivenze..... o 38
- Organizzazioni e organismi extra territoriali..... o 39

20. Se l'unità in indirizzo ha indicato più attività, specificare il codice relativo all'attività prevalente

(la prevalenza è individuabile sulla base delle risorse economiche utilizzate o, in mancanza di tale informazione, del numero dei dipendenti e dei volontari)

PAGINA BIANCA

INDICE

Una sintesi generale.....	<i>Pag.</i>	3
1. Parte prima – Analisi dei modelli economici degli enti non-profit.....	»	23
<i>Capitolo primo – Ruolo e performance delle organizzazioni non-profit.....</i>	»	25
<i>Capitolo secondo – La struttura del capitale delle imprese non-profit.....</i>	»	46
2. Parte seconda – Interessi e valori nella disciplina dell'impresa sociale.....	»	55
<i>Capitolo terzo – Impresa sociale e valori costituzionali.....</i>	»	57
3. Parte terza – Gli enti non profit e il mercato.....	»	69
<i>Capitolo quarto – Disciplina dell'impresa sociale e regole del mercato e della concorrenza.....</i>	»	71
<i>Capitolo quinto – Impresa sociale e statuto dell'impresa.....</i>	»	88
4. Parte quarta – Analisi critica dei possibili modelli strutturali.....	»	107
<i>Capitolo sesto – Modelli strutturali e regole di governo dell'impresa sociale...</i>	»	109
5. Parte quinta – La tutela degli stakeholders.....	»	123
<i>Capitolo settimo – La tutela dei beneficiari.....</i>	»	125
<i>Capitolo ottavo – Il rapporto di lavoro nell'impresa sociale.....</i>	»	141
6. Parte sesta – Il finanziamento dell'impresa sociale.....	»	161
<i>Capitolo nono – Proposte in tema di finanziamento dell'impresa sociale</i>	»	163
7. Parte settima – Modelli di disciplina fiscale dell'impresa sociale.....	»	179
<i>Capitolo decimo – Modelli di disciplina fiscale dell'impresa sociale.....</i>	»	181
8. Parte ottava – Verso il primo censimento delle istituzioni private e delle imprese non profit	»	203
9. Allegato	»	221