

DALLA FONDAZIONE PARTECIPATA ALL'IMPRESA NON LUCRATIVA

ARGOMENTI

- Gli aspetti di interesse civilistico del no profit: gli enti non commerciali;
- La possibilità di svolgimento di attività di impresa attraverso le persone giuridiche;
- Il perseguimento di finalità non lucrative. Il profitto fra lucro oggettivo, lucro soggettivo, e finalità di interesse generale;
- Lo svolgimento di attività di impresa nella Fondazione di Partecipazione. Lo scenario dell'impresa non lucrativa;
- La presenza di enti pubblici nella Fondazione di Partecipazione: modalità e profili problematici.

OBIETTIVI

- Attraverso la fruizione dei contenuti di questa lezione sarà possibile raggiungere l'obiettivo di comprendere criticamente:
- Che la tradizionale dicotomia pubblico privato è un concetto, ed uno strumento interpretativo ormai superato: se, da un lato il settore pubblico ha imboccato un progressivo coinvolgimento dei soggetti privati in molteplici settori, che vanno dalla cultura alla tutela del patrimonio, agli istituti di cura, alla ricerca scientifica; dall'altro i singoli cittadini, e soprattutto le imprese, impegnano risorse crescenti nella cooperazione con l'apparato statale.
- Il superamento del modello, per il quale i due settori fossero l'uno impermeabile all'altro, ha aperto uno spazio intermedio tra stato e mercato, finalizzato a realizzare funzioni sociali tradizionalmente riservate al solo settore pubblico, e poi ridistribuite in base ad uno degli elementi di novità più importanti introdotti dalla riforma del titolo V della costituzione del 2001, quale il principio di sussidiarietà orizzontale.

GLI ASPETTI DI INTERESSE CIVILISTICO DEL NO PROFIT: GLI ENTI NON COMMERCIALI

- L'individuazione di autonomie sociali, che si affiancano a quelle pubbliche territoriali, fissa una sorta di tripartizione, dando vita al **c.d. terzo settore**, inteso come quel complesso di organismi collettivi operanti, in ambito intermedio, tra individuo ed autorità pubblica.
- I soggetti di autonomia collettiva, operanti nel terzo settore, hanno tutti forma giuridica diversa, e la realizzazione degli interessi sociali non avviene attraverso un unico modello organizzativo fissato dalla legge: agiscono una pluralità di soggetti giuridici differenziabili fra organizzazioni "*for profit*", ossia quegli enti di natura privata che offrono beni e servizi all'interno del settore sociale secondo la logica delle società lucrative, e quindi non rinunciando alla remunerazione di quanto investito ed alla finalità speculativa; ed organizzazione "*no profit*".
- Quest'ultime, operano solamente per fini e servizi sociali, al di fuori della logica speculativa: il profitto individuale non è né il fine diretto, né quello principale dell'azione sociale.

IL TERZO SETTORE

- Costituisce quindi un fenomeno tipicamente ed unicamente associativo, caratterizzato da finalità solidaristiche e di promozione sociale, non esclusivamente lucrative, che ne costituiscono elementi imprescindibili.
- Tutti gli istituti giuridici che operano nel settore, trovano la loro disciplina spaziando dagli enti del I libro del codice civile a quelli del V libro, e passando per istituti introdotti da leggi speciali o recepite nel nostro ordinamento da esperienze straniere.

LA NOZIONE DI ENTE NON COMMERCIALE

- La riconducibilità di un ente, nell'ambito di quelli non commerciali, passa per la necessaria qualificazione dell'attività dallo stesso esercitata: rientrano cioè nella categoria quegli enti che abbiano come oggetto principale od esclusivo lo svolgimento di un'attività che possa essere qualificata di natura "non commerciale".
- Nell'ordinamento non è prevista una nozione di attività non commerciale, tuttavia se si esamina il complesso tessuto di norme che delimitano la nozione di ente non commerciale, emergono i due requisiti essenziali che devono caratterizzarlo: deve trattarsi di un ente diverso dalla società; e non deve avere come oggetto principale l'esercizio di attività commerciali.
- Per oggetto principale dell'ente si intende l'attività essenziale per realizzare direttamente gli scopi primari indicati dalla legge dallo statuto o dall'atto costitutivo: sarà, dunque, alle previsioni statuite in quest'ultimi che dovrà farsi necessario riferimento, ai fini della qualificazione dell'ente come non commerciale.

DESTINAZIONE PATRIMONIALE ED EFFICACIA REALE DELLE ORGANIZZAZIONI

- Si determina, in tutte queste organizzazioni ex libro I titolo I del codice civile, l'individuazione di una specifica funzione del patrimonio, un vincolo di destinazione dello stesso al raggiungimento dello scopo individuato, nonché, contestualmente al riconoscimento della personalità giuridica, una limitazione della responsabilità patrimoniale.
- Dal punto di vista strettamente civilistico è dunque agevole l'inquadramento degli enti riconducibili al terzo settore in quanto è sufficiente far riferimento alla forma scelta ed espressa nel "patto associativo", ed alla particolare situazione patrimoniale che viene a determinarsi, anche al di là dell'analisi dell'attività da questi eventualmente svolta.

LA POSSIBILITÀ DI SVOLGIMENTO DI ATTIVITÀ DI IMPRESA ATTRAVERSO LE PERSONE GIURIDICHE. SCOPO FONDAZIONALE ED ESERCIZIO DELL'ATTIVITÀ.

- Secondo la linea interpretativa che oggi tende a prevalere è vero che le figure del primo libro non sono state previste e disciplinate nella prospettiva dell'esercizio di un'attività commerciale, ma la natura ideale dello scopo non preclude la possibilità di esercitare attività di impresa purché essa realizzi uno scopo di pubblica utilità;
- considerate anche la tendenza ad una progressiva neutralizzazione delle forme giuridiche rispetto all'attività svolta, e l'assenza di dati normativi che impongano l'esclusività a favore delle società commerciali dell'esercizio dell'impresa collettiva.
- Del resto numerosi indici normativi, sembrano ammettere in diversi casi, la possibilità per gli enti del primo libro, in via esclusiva, principale o anche solo strumentale, l'esercizio di un'impresa.

LA “FONDAZIONE IMPRESA”

- Si ammette, quindi, seppur con percorsi diversi, per dottrina giurisprudenza: la “fondazione impresa” sull’asserita neutralità delle forma giuridiche anche in tema fondazionale.
- Appurato che lo svolgimento di attività di impresa non confligge con gli scopi ideali dell’ente, in merito alla rilevanza che tale attività può ricoprire nel perseguimento dello scopo comune va chiarito, che è consentito, con particolare riferimento alle fondazioni, un esercizio dell’impresa che non sconfessi la vocazione dell’istituto, e pertanto si ponga sempre come strumentale allo scopo istituzionale da esso perseguito.
- Il carattere della strumentalità, in tal senso, si ravvisa sia qualora la fondazione abbia come oggetto principale lo svolgimento di un’attività commerciale, sia quando tale attività sia accessoria rispetto a quella principale.

IL PERSEGUIMENTO DI FINALITÀ NON LUCRATIVE: IL PROFITTO FRA LUCRO OGGETTIVO, LUCRO SOGGETTIVO, E FINALITÀ DI INTERESSE GENERALE

- La difficoltà maggiore nel riconoscere la compatibilità fra la natura ideale degli enti del primo libro e lo svolgimento di attività di natura economica, risiede nel tradizionale intento lucrativo che questa deve necessariamente perseguire.
- Lo scopo di lucro rappresenta elemento qualificante dell'attività societaria, come si vedrà, in base all'art. 2247 c.c.; tuttavia una parte della dottrina, e gli stessi fautori della fondazione partecipata, ritengono che lo scopo di lucro sarebbe insito nella definizione stessa di attività economica, sebbene nella definizione codicistica (art. 2082) tale elemento non compaia al pari degli altri elementi essenziali, quali l'economicità, l'organizzazione e la professionalità, sopra analizzati.

DISTINZIONE CONCETTUALE TRA LUCRO OGGETTIVO E LUCRO SOGGETTIVO.

- Quanto al rapporto esistente tra i due, va chiarito, che il secondo non necessariamente realizza un momento essenziale: esso accede in via secondaria ed eventuale a quello di oggettiva propensione dell'attività al fine di produrre ricchezza propria di ogni organizzazione economica.
- Si può assumere, dunque, quanto sopra avanzato: la configurabilità di un'impresa, non sottende che l'imprenditore attribuisca ad altri il profitto conseguito, essendo sufficiente che l'attività di impresa venga condotta secondo modalità oggettive astrattamente lucrative.
- Incompatibile, con la natura ideale degli enti del I libro c.c., è il lucro soggettivo, ossia l'intento di redistribuire quanto investito ed ottenuto dallo svolgimento dell'attività economica.

IL LUCRO SOGGETTIVO

- Comprende necessariamente qualsiasi utilità economica che il socio vede attribuirsi dalla società, sia indirettamente sia direttamente, e non è sufficiente che avvenga la produzione di ricchezza, qui si vuole, poiché normativamente necessario, che la ricchezza prodotta venga divisa ed entri a far parte del patrimonio di ciascuno dei soci.

IL LUCRO OGGETTIVO.

- corrisponde al profitto d'impresa ed è legato al normale svolgimento dell'attività imprenditoriale di produzione e di scambio di beni e servizi con la obiettiva idoneità dei corrispettivi a coprire i costi.
- Il perseguimento di lucro oggettivo, in sostanza, è indicativo del fatto che l'attività economica scelta è stata organizzata in modo tale da ricavare dei profitti, senza alcun riferimento alla destinazione degli utili ritraibili, ossia senza che la direzione dell'attività acceda alla funzione ex. art. 2247.
- La specificazione di oggettivo conduce, cioè, lo scopo di lucro ad essere più vicino all'attività sociale, che alla destinazione dei risultati conseguiti dalla stessa.
- Il suo conseguimento è, perciò, possibile ed auspicabile, anche in quelle organizzazioni scevre dalla finalità lucrativa, in quanto ciò che si intende vietare è, coerentemente con tutta la normativa relativa agli enti del primo libro del codice civile, l'arricchimento personale ed egoistico, conseguente all'esercizio dell'attività, in sostanza, lo spostamento dei proventi di questa nel patrimonio personale dei promotori.

IL LUCRO UNICAMENTE TIPO OGGETTIVO, ED IL PERSEGUIMENTO DI FINALITÀ DI INTERESSE GENERALE

- I due elementi che qualificano, difatti, gli enti operanti nel terzo settore, e rispondenti alle strutture del libro primo del codice, saranno: il lucro unicamente tipo oggettivo, ed il perseguimento di finalità di interesse generale.
- Si ci deve domandare, ora se l'incompatibilità tra il perseguimento di finalità unicamente di interesse generale ed il lucro soggettivo, appena escluso, sia assoluta.
- In senso tecnico diremo di sì, ma una possibilità di coniugare il perseguimento del lucro soggetti al precedente binomio sussiste: il prodotto dell'attività è infatti destinabile, e deve esserlo, a beneficio della collettività, ossia il profitto dell'attività economica deve essere reinvestito nella stessa.
- Le organizzazioni che si daranno questo tipo di scopi dovranno, cioè, essere impostate in modo da produrre valore da ridistribuire al solo fine di autofinanziamento: sarà lecito il suo perseguimento fin quando resterà risorsa da reimpiegare nell'attività o da destinare ad altre attività di rilevanza sociale, senza abbracciare la famosa finalità puramente lucrativa.

LO SVOLGIMENTO DI ATTIVITÀ DI IMPRESA NELLA FONDAZIONE DI PARTECIPAZIONE: LO SCENARIO DELL'IMPRESA SOCIALE.

- Il D. Lgs, n. 155 del 24 Marzo 2006, ha introdotto nell'ordinamento italiano **l'impresa sociale**.
- L'intervento del legislatore dà seguito ad una parte della dottrina, che auspicava la creazione di una nuova figura giuridica, diversa sia dagli enti del I e del V libro del codice civile, e che fosse in grado di produrre beni e servizi di interesse collettivo.
- Gli stessi fautori della fondazione partecipata in un periodo antecedente l'emanazione del decreto attuativo, sottolineavano l'esistenza di ipotesi già operanti nella prassi, in attesa soltanto di essere considerate quali imprese non lucrative.
- In particolare, i modelli delineati nella fase antecedente la normativa, erano essenzialmente quattro:
 - (a) la fondazione che gestisce l'impresa di utilità sociale; o che è in tutto o in parte titolare del capitale di una società lucrativa che gestisce l'attività commerciale ;
 - (b); la società di capitali che gestisce l'impresa;
 - (c); e alcuni modelli complessi che prevedono accordi e convenzioni e concessioni con i quali la fondazione affida in tutto o in parte la propria attività ad imprese esterne;

LA DISCIPLINA DELL'IMPRESA SOCIALE INTRODOTTA NEL 2006

- Con l'emanazione della normativa attuativa di una precedente legge delega del 2005, il legislatore si è proposto di temperare la rigida dicotomia esistente tra gli enti non lucrativi, di cui al I libro del codice civile e gli enti societari di cui al V quinto libro, in merito alla possibilità di esercitare attività commerciali in forma imprenditoriale.
- Possono, difatti, a norma dell'art. 1 co. 1 del decreto in esame, assumere la qualifica di impresa sociale tutte le organizzazioni private, appena elencate, a condizione che esercitino in via stabile e principale un'attività economica organizzata, al fine della produzione e dello scambio di beni e servizi di utilità sociale, e diretta a realizzare finalità di interesse generale.
- E' inoltre necessario il rispetto di una serie di requisiti specifici tra i quali spicca l'assenza dello scopo di lucro.

LA PRESENZA DI ENTI PUBBLICI NELLA FONDAZIONE DI PARTECIPAZIONE: MODALITÀ E PROFILI PROBLEMATICI.

- Varie circostanze pubblicistiche³, nell'ultimo ventennio, hanno determinato l'esigenza di un nuovo rapporto, tra la sfera pubblica e la sfera privata, individuato a livello comunitario con la formula "partenariato pubblico privato" (PPP).
- Per partenariato va intesa una forma di cooperazione pubblico privato per l'espletamento di compiti pubblici, nel cui contesto le risorse necessarie sono poste in gestione congiunta, ed i rischi legati ai progetti sono suddivisi in modo proporzionato sulla base delle competenze di gestione di ciascun partner.

PARTENARIATO PUBBLICO PRIVATO (PPP).

- Va osservato, che sebbene possa apparire, la nuova formula del partenariato non rappresenta uno dei possibili risvolti giuridici del principio di sussidiarietà:

poiché, il primo implica un incontro di volontà dei soggetti, laddove la sussidiarietà comporta una sostituzione, (del privato al pubblico) nella realizzazione di iniziative di interesse generale.

Si impone, cioè, nel partenariato un rapporto almeno tendenzialmente paritario.

La commissione europea, nel tentare di fare del partenariato una nuova categoria giuridica unitaria, ha ricondotto gli istituti giuridici, rapportabili alla nozione di PPP, a due categorie quella del **partenariato contrattuale** (caratterizzata dalla fonte negoziale di disciplina della relazione tra pubblica amministrazione e privato), e quella del **partenariato istituzionalizzato**, che comprende le forme che implicano un cooperazione in seno ad un'entità diversa (amministrazione e privato affidano ad un soggetto terzo, la realizzazione di una determinata opera o di un determinato servizio).

INTERAZIONE PUBBLICO-PRIVATO

- Perché, la nuova interazione Pubblico-Privato, sia efficace è necessario avere uno strumento giuridico, semplice e capace di armonizzare le differenze intercorrenti a livello gestionale tra un ente pubblico ed un ente privato.
- La fondazione di partecipazione può essere questo strumento di diritto privato a servizio dell'interesse pubblico, poiché riunisce al suo interno rappresentanti di entrambi i settori, gestendo, alla luce del superiore interesse pubblico, quelle attività tipicamente rivolte all'individui.
- Essa non rappresenta una semplice mutazione dei poteri pubblici diretta alla riorganizzazione degli stessi, ma una vera forma di convergenza di iniziative e di risorse tra le due sfere, per il perseguimento di fini di utilità sociale.

INDIVIDUAZIONE DELLA NATURA GIURIDICA DELLE FONDAZIONI OPERANTI IN DIRITTO PUBBLICO

- Il ricorso alle fondazioni nell'ambito del processo di privatizzazione degli enti pubblici è stato oggetto di valutazioni oscillanti.
- Invero il problema dell'individuazione della natura giuridica delle fondazioni operanti in diritto pubblico, ed in particolare per gli enti privatizzati, ha fatto discutere molto la dottrina anche, anche per la conseguente applicabilità della disciplina pubblicistica o di diritto comune agli stessi.
- Nella maggior parte delle discipline speciali previste dal legislatore per ciascun tipo di fondazione, difatti, si rinviene almeno uno degli indici rivelatori della pubblicità, così come ricavati dalla nozione comunitaria di organismo di diritto pubblico: la gestione è soggetta a controllo da parte dei pubblici poteri; l'attività è finanziata in modo maggioritario da questi ultimi; gli organi di amministrazione, direzione o vigilanza sono costituiti a maggioranza da membri designati dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

FONDAZIONE “SOLO DI FACCIATA PARTECIPATIVE”:

- In particolare, vanno escluse due tipologie di fondazione che sono “solo di facciata partecipative”:
- la prima comprende le fondazioni di mera privatizzazione formale di precedenti enti pubblici, che rimangono ancora finanziante dallo Stato e soggette a penetranti controlli, risultando ancora in pratica ancora longa manus dell’amministrazione precedente;
- l’altra comprende le fondazioni strumentali all’ente che le ha promosse e costituite. Quest’ultime sono caratterizzate dalla piena funzionalizzazione dell’attività a favore degli enti pubblici, mentre la partecipazione degli altri soggetti è meramente ancillare.

LA FONDAZIONE DI PARTECIPAZIONE NON È UNA FONDAZIONE DI DIRITTO PUBBLICO

- in essa la presenza di soggetti pubblici, nel consiglio di amministrazione e nel consiglio generale, è finalizzata ad una forma di cooperazione paritaria, di lungo termine per la realizzazione di scopi di utilità sociale.
- La stessa relativa disciplina, non potrà essere che di diritto comune, tranne alcune ipotesi particolari, e senza escludere, che la presenza di tali enti, determina un'influenza da parte del diritto pubblico in molte questioni dell'organizzazione e della funzionalità delle fondazioni di partecipazione, con gradi diversi a seconda del tipo specifico di ente.

LE FONDAZIONI PER LA GESTIONE DEI SERVIZI CULTURALI: L'INNOVAZIONE DELLA FONDAZIONE PARTECIPATA.

- Il settore artistico e culturale italiano presenta peculiarità, sotto il profilo strutturale, istituzionale e organizzativo, che restituiscono un quadro caratterizzato da fattori di eccellenza, ma non esente da profili di criticità.
- Infatti, se da un lato si può vantare una diffusione capillare di beni culturali sull'intero territorio, d'altro canto si tratta di un settore che per anni ha scontato le problematiche derivanti da un quadro istituzionale frammentato politiche pubbliche discontinue, meccanismi di finanziamento spesso inadeguati e sovrapposizioni di competenze tra i diversi livelli di governo, che solo in anni molto recenti si stanno avviando a un'evoluzione migliorativa e risolutiva. Inoltre, a differenza di altri paesi, in cui il settore è prevalentemente gestito da privati, in Italia la presenza dello Stato, e degli enti pubblici, è storicamente quasi monopolistica.

IL D. LGS. 20/10/1998 N. 368

- Oggi, lo scenario pare essere profondamente mutato.
- A partire dagli anni novanta si è avviata una regolamentazione, volta al decentramento dei poteri istituzionali, dal centro alla periferia, come già analizzato in via generale nel paragrafo precedente, che ha investito anche il settore culturale.
- L'art. 10 di tale decreto prevedeva, che il ministero per i beni e le attività culturali potesse stipulare accordi con amministrazioni pubbliche, e soggetti privati, o costituire e partecipare ad associazioni, fondazioni, società, ai fini del più efficace esercizio delle sue funzioni.
- L'intervento ha una portata rivoluzionaria: si passa, da un concetto di semplice tutela del patrimonio, a quello più moderno e complesso di valorizzazione;
- e soprattutto si riconosce la facoltà, fino ad allora impensabile, per il ministero, di affidare l'uso, o di dare in concessione beni culturali di interesse nazionale, a soggetti diversi da quelli statali.

L'EFFICACIA DEL NUOVO MODELLO

- Mediante l'adozione del modello della fondazione partecipata, si determina una nuova gestione imprenditoriale in campo culturale.
- L'efficacia del nuovo modello sta nel suo poter coniugare alla presenza degli enti pubblici, i quali mantengono attraverso l'organo di sorveglianza (di cui sono membri esclusivi) un potere di controllo sull'indirizzo dell'azione, la presenza di privati, aziende o soggetti finanziatori, che come fondatori contribuiranno, in modo significativo, a dotare la fondazione dei mezzi necessari per raggiungere i propri scopi, oltre ad apportare capacità imprenditoriali e organizzative.
- Lo scopo comune, al pubblico e al privato, diverrà, nella fondazione, quello di massimizzare il ritorno economico dell'indotto, derivante da beni e servizi culturali, con un significativo miglioramento rispetto all'attuale sistema di gestione dei beni culturali di interesse nazionale.

IL COORDINAMENTO DI FORMULE GESTIONALI PUBBLICHE E NO PROFIT: IL POSSIBILE MODELLO ITALIANO DELLA FONDAZIONE NETWORK.

- La gestione delle attività culturali non rappresenta l'unico ambito d'azione, della fondazione partecipata.
- Gli ideatori avanzano una nuova formula, per lo sviluppo futuro della fondazione, rappresentata dalla fondazione network.
- La fondazione partecipata si configurerebbe, in tal senso, come superamento, e sintesi, del modello anglosassone, e del modello olandese (Fondazioni museali), e potrebbe rappresentare la via italiana, per la gestione di iniziative nel campo culturale, e non-profit in genere.

LA FONDAZIONE NETWORK

- Con tale denominazione si prevede una specifica configurazione, sotto il profilo gestionale, della fondazione di partecipazione, che diventa il centro di coordinamento di una pluralità di formule gestionali.
- Per formula gestionale va inteso il modello giuridico, che si sceglie di adottare nel perseguimento di un determinato risultato.
- Le formule attuabili sono diverse: vi è **quella imprenditoriale**, che prevede la costituzione di una società mista pubblico privata; e **quella redistributiva**, che implica la costituzione di un'agenzia operativa dipendente dall'ente pubblico. Nonché **quella volontaristica**, che prevede l'intervento delle organizzazioni non profit, nel processo di programmazione e di offerta servizi; e **quella contrattuale** a cui sono associabili tutte le scelte di esternalizzazione e di decentramento di attività da parte dell'operatore pubblico.

CONCLUSIONI

- In conclusione, la struttura appena descritta, pare potenzialmente in grado di favorire un elevato livello di coinvolgimento dei soggetti sostenitori, generando una sorta di network sia interno, sia verso l'esterno.
- Puntando su un saldo sistema di relazioni sociali, le fondazioni di partecipazione, in questa loro nuova veste, potrebbero consolidare un'importante base relazionale, facendo leva sia sull'interesse economico delle piccole-medie imprese locali, sia su un bacino di donatori interessati ad investire in cultura, in un'ottica di responsabilità sociale e di sviluppo sostenibile del territorio.

AVVISO

Ai sensi dell'art. 1, comma 1 del decreto-legge 22 marzo 2004, n. 72,
come modificato dalla legge di conversione 21 maggio 2004 n. 128,
le opere presenti su questo sito hanno assolto gli obblighi derivanti dalla normativa sul diritto d'autore e sui diritti connessi.

Tutti i contenuti sono proprietà letteraria riservata e protetti dal diritto di autore della Università degli Studi Guglielmo Marconi.
Si ricorda che il materiale didattico fornito è per uso personale degli studenti, al solo scopo didattico.
Per ogni diverso utilizzo saranno applicate le sanzioni previste dalla legge 22 aprile 1941, n. 633.