

EMANUELE CUSA

**Le forme di impresa privata diverse
dalle società lucrative tra aiuti di Stato
e Costituzioni economiche europee**



G. GIAPPICHELLI EDITORE

Le forme di impresa privata diverse
dalle società lucrative tra aiuti di Stato
e Costituzioni economiche europee

EMANUELE CUSA

Le forme di impresa privata diverse
dalle società lucrative tra aiuti di Stato
e Costituzioni economiche europee



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO - 2013
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX: 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-348-4792-3



Opera distribuita con Licenza Creative Commons
Attribuzione – non commerciale – Non opere derivate 4.0 Internazionale

*Ai miei figli,
per un mondo migliore*

INDICE

	<i>pag.</i>
<i>Introduzione</i>	IX

CAPITOLO PRIMO

LA FATTISPECIE DI AIUTO DI STATO E LA CONCORRENZA INTRACOMUNITARIA

1. Premessa	1
2. Il bene giuridico rappresentato dalla concorrenza intracomunitaria	7
3. La tutela della concorrenza come principio generale del diritto dell'Unione europea	11
4. L'economia sociale di mercato come obiettivo costituzionale dell'Unione europea	13
5. La fattispecie comunitaria di aiuto di Stato	20
5.1. Sua vaghezza e dialogo tra giudici comunitari e nazionali	20
5.2. I singoli presupposti	25
6. Sintesi	32

CAPITOLO SECONDO

LA PROMOZIONE DELLE IMPRESE PRIVATE NON ESCLUSIVAMENTE LUCRATIVE NELL'UNIONE EUROPEA

1. I modelli imprenditoriali secondo il diritto dell'Unione europea	35
2. L'impresa non lucrativa	40

	<i>pag.</i>
3. L'impresa mutualistica e le istituzioni comunitarie	41
3.1. La Commissione europea	41
3.1.1. Le procedure aperte contro le agevolazioni nazionali riservate alle cooperative	43
3.1.2. Il cosiddetto modello cooperativo mutualistico puro	46
3.2. La Corte di giustizia	51
3.2.1. Il caso Paint Graphos e la vera cooperativa	51
3.2.2. L'impatto della sentenza Paint Graphos sul diritto delle cooperative	56
4. Sintesi	61

CAPITOLO TERZO

LE COSTITUZIONI ECONOMICHE EUROPEE DI FRONTE AI DIVERSI MODELLI DI IMPRESA PRIVATA

1. Concorrenza intracomunitaria e polimorfismo imprenditoriale	66
2. Almeno cinque ragioni per promuovere le imprese non esclusivamente lucrative	74
3. Le Costituzioni economiche europee e la primazia del modello cooperativo	81
4. Gli interventi a salvaguardia dei diversi modelli di impresa	92
4.1. Premessa	92
4.2. La distinzione dei modelli tra vecchi e nuovi concetti	93
4.2.1. Società lucrativa, società cooperativa, associazione e fondazione	93
4.2.2. Economia sociale e impresa sociale	97
4.3. L'equiparazione e la promozione dei modelli	104
4.4. I controlli sui modelli	112
5. Sintesi	118
 <i>Conclusioni</i>	 123
 <i>Bibliografia</i>	 127

INTRODUZIONE

L'attuale crisi economica e finanziaria, certamente strutturale, suscita interrogativi di fondo: Quali sono le finalità dell'economia e delle imprese? Qual è il rapporto tra potere economico e potere politico?

Da più parti si chiede agli Stati, purtroppo assai indebitati, di intervenire in campo economico, concependo soluzioni giuridiche atte a riportare l'economia al servizio delle persone. Ciò significa, se si indirizza lo sguardo all'ordinamento giuridico dell'Unione europea o a quello italiano, che il diritto dovrebbe contribuire a organizzare «un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale» (art. 3, par. 3, Trattato sull'Unione europea), ovvero un'economia funzionale al «pieno sviluppo della persona umana» (art. 3, comma 2°, Cost.), ricordandosi che la persona realizza contemporaneamente sé stessa e la comunità in cui opera specialmente con il proprio lavoro (artt. 1, comma 1°, 2 e 4 Cost.).

Alcune di queste soluzioni giuridiche possono essere trovate riflettendo sui diversi modelli imprenditoriali, poiché le caratteristiche di una data economia di mercato dipendono anche dagli operatori che in esso concorrono.

Più precisamente, essendo preminenti nel mercato intracomunitario gli imprenditori entificati (cioè esistenti in quanto giuridicamente creati), l'economia dell'Unione europea è influenzata dal loro regime organizzativo (legale e negoziale); quest'ultimo, infatti, incide sui rapporti interni (si pensi alla dialettica tra lavoratori e finanziatori) ed esterni (come quelli con i clienti-consumatori e con i competitori) all'impresa. Dunque, una migliore regolamentazione dei diversi modelli organizzativi delle imprese (senza limitarsi ad una sempre più articolata *governance* di un unico modello funzionale, corrispondente alla società lucrativa) può certamente contribuire a rendere l'economia europea più a misura delle persone.

Se tutto ciò è condivisibile, i seguenti due obiettivi riformatori possono contribuire a invertere l'art. 3, par. 3, Trattato sull'Unione europea e l'art. 3, comma 2°, Cost.:

i) un affinamento della disciplina sui conflitti di interessi tra gli *stakeholders* dei diversi modelli imprenditoriali;

ii) una promozione delle organizzazioni imprenditoriali più efficaci nel conformare l'economia reale ai paradigmi costituzionali (europeo e italiano) sopra ricordati.

Un intervento volto a perseguire il primo obiettivo può consistere nel garantire una maggior collaborazione dei lavoratori alla gestione delle imprese (attuando così, per l'Italia, l'art. 46 Cost.), eventualmente prendendo spunto anche dal modello tedesco, regolato nel *Mitbestimmungsgesetz*, significativamente trasversale a diversi tipi societari (anche con scopi sociali diversi).

Un altro intervento, sempre finalizzato al conseguimento del primo obiettivo, può corrispondere ad una più chiara delimitazione dei diversi modelli imprenditoriali, facendone emergere le principali caratteristiche strutturali e funzionali; si potrebbero così precisare in Italia i presupposti indefettibili delle fattispecie corrispondenti ai tipi societari regolati nel codice civile, definendo altresì in modo espresso gli scopi propri delle cooperative, delle associazioni e delle fondazioni.

Un intervento atto a perseguire invece il secondo obiettivo può essere rappresentato dalla promozione di certi modelli imprenditoriali, a livello fiscale o in caso di acquisti pubblici sul mercato di beni o servizi (si pensi ai cosiddetti appalti pubblici socialmente responsabili).

Oggetto della presente ricerca è la promozione pubblica dei modelli organizzativi di impresa privata ritenuti maggiormente idonei ad invertere i principi costituzionali dell'Unione europea e di alcuni dei suoi Stati membri e, più precisamente, l'individuazione della libertà lasciata dal diritto dell'Unione europea (e, in special modo, dagli artt. 107 ss. Trattato sul funzionamento dell'Unione europea) ai predetti Stati nell'incoraggiare tali modelli.

CAPITOLO PRIMO

LA FATTISPECIE DI AIUTO DI STATO
E LA CONCORRENZA INTRACOMUNITARIA

«L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico».

Art. 3, par. 3, Trattato sull'Unione europea

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il bene giuridico rappresentato dalla concorrenza intracomunitaria. – 3. La tutela della concorrenza come principio generale del diritto dell'Unione europea. – 4. L'economia sociale di mercato come obiettivo costituzionale dell'Unione europea. – 5. La fattispecie comunitaria di aiuto di Stato. – 5.1. Sua vaghezza e dialogo tra giudici comunitari e nazionali. – 5.2. I singoli presupposti. – 6. Sintesi.

1. *Premessa*

Il diritto dell'Unione europea (d'ora innanzi il diritto UE) sugli aiuti di Stato è certamente il principale ostacolo che uno Stato membro dell'Unione europea deve superare, qualora intenda promuovere i modelli organizzativi di impresa privata più funzionali ad attuare i propri principi costituzionali.

In effetti, il predetto Stato (o le sue articolazioni, territoriali o funzionali), se interviene nell'economia «favorendo talune imprese o talune

produzioni», viola il diritto UE, allorquando tali favori «falsino o minaccino di falsare la concorrenza» (art. 107, par. 1, Trattato sul funzionamento dell'Unione europea: TFUE) intracomunitaria (ovverosia quella rilevante per il diritto UE); di conseguenza, la promozione di un certo modello imprenditoriale potrebbe violare il succitato art. 107, par. 1, se la promozione in parola falsasse, anche potenzialmente, la concorrenza intracomunitaria¹.

Tuttavia, non v'è aiuto di Stato se il vantaggio riconosciuto a un dato modello imprenditoriale è qualificabile come non selettivo (cioè incapace di discriminare una impresa a favore di altre)².

La non selettività della misura può essere sostenuta anche sulla sola base della specifica disciplina giuridica del modello imprenditoriale promosso, come osserverò nel prosieguo³. Ma, allora, la disciplina degli aiuti di Stato diventa interessante pure per chi studia il diritto dei diversi modelli organizzativi delle imprese⁴, poiché il rispetto di questo diritto può diventare la giustificazione sufficiente per favorire talune imprese senza discriminarne altre o, detto altrimenti, per produrre normative nazionali che siano, al contempo, promozionali di certi modelli imprenditoriali e conformi con il diritto UE.

Potendo sostenersi la non selettività di una misura nazionale sulla base della sola specificità giuridica della forma imprenditoriale favorita,

¹ È in corso una significativa riforma della disciplina attuativa degli artt. 107-109 TFUE, come anticipato dalla Commissione nella sua Comunicazione del 8 maggio 2012, denominata *Modernizzazione degli aiuti di stato dell'UE* (sul punto, da ultimo, cfr. C. BUZZACCHI, *Aiuti di Stato tra misure anti-crisi ed esigenze di modernizzazione: la politica europea cambia passo?*, in *Concorrenza e mercato*, 2003, p. 93 ss.). Tra gli altri elementi che contraddistinguono la riforma in parola vi sarà quello (indicato al punto 12 di tale Comunicazione) di ritenere compatibili con il diritto UE solo gli aiuti di Stato (i) che stimolino i relativi beneficiari a intraprendere attività che altrimenti non avrebbero svolto e (ii) che siano stati concepiti in modo da limitare al massimo le distorsioni della concorrenza.

² Sul punto v. *infra*, § I.5.2.4.

³ Cioè, *infra*, § II.3.2.1.

⁴ Il sintagma “modelli organizzativi delle imprese” è sempre più utilizzato dai giuristi, come dimostrato, tra gli altri, in AA.VV., *Diritto delle imprese. Manuale breve*, Milano, 2012, p. 54 ss.

occorre prima delimitare la fattispecie di aiuto di Stato⁵ e poi accertare⁶ se una concreta diversità giuridica tra modelli imprenditoriali sia così significativa da impedire la qualificazione della relativa misura promozionale come selettiva.

In questa ricerca non mi occuperò degli aiuti di Stato – rivolti a singole imprese (aiuto individuale⁷) o a tutte le imprese con le caratteristiche fissate nel provvedimento istitutivo dell'aiuto (regime di aiuto⁸) – che, pur integrando l'art. 107, par. 1, TFUE, siano considerati (o come aiuti esistenti⁹ o come aiuti nuovi¹⁰) compatibili con il mercato interno (e pertanto con il diritto UE). Tale compatibilità può comunque essere valutata (diversamente da quanto previsto per il giudizio di compatibilità sulle intese restrittive della concorrenza¹¹) solo dalla Commissione europea¹² e, se ritenuta presente, può riguardare o singoli aiuti (esen-

⁵ Il cui esame occuperà il presente capitolo.

⁶ Partendo dalle considerazioni contenute nel capitolo secondo.

⁷ Si immagini la decisione di salvare una determinata impresa in difficoltà secondo il diritto UE; sul punto è d'interesse leggere la Comunicazione della Commissione (2004/C 244/02) *relativa agli Orientamenti comunitari sugli aiuti di stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà*.

⁸ Come accade, ad esempio, ogni qualvolta l'aiuto consista in un'agevolazione fiscale.

⁹ Cioè eseguiti dallo Stato adottante il supposto aiuto prima della data di adesione a ciò che è ora l'Unione europea.

¹⁰ La suddetta bipartizione (importante dal punto di vista pratico, come sottolineato dalla dottrina, qui rappresentata da G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*⁷, Padova, 2012, p. 851 ss.) rileva per determinare quale procedura seguire davanti alla Commissione europea al fine di vagliare la misura nazionale potenzialmente in conflitto con il diritto UE; lo Stato membro interessato, se non riesce a dimostrare l'assenza di un aiuto di Stato, ha tutto l'interesse a sostenere la qualificazione dell'aiuto come esistente. Con riguardo specificatamente alla legittimità del sistema tributario italiano sulle cooperative cfr. L.F. PAOLUCCI, *L'influenza del diritto europeo sulle cooperative*, in *Contratto e impresa. Europa*, 1, 2009, pp. 384-387.

¹¹ In effetti, con l'entrata in vigore del reg. (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002 *concernente l'applicazione delle regole di concorrenza*, le intese restrittive della concorrenza possono essere ritenute compatibili con il mercato interno anche dalle autorità nazionali competenti a salvaguardare la concorrenza; più precisamente, queste ultime possono concedere esenzioni individuali (ma non per categorie, la cui competenza è rimasta alla sola Commissione) ai sensi dell'art. 101, par. 3, TFUE.

¹² Così la Commissione europea nella Comunicazione *relativa all'applicazione della*

zioni individuali¹³) o categorie di aiuti (esenzioni per categoria). Ovviamente, la misura qualificata come aiuto di Stato è da ritenersi automaticamente compatibile, se si attiene ai requisiti elencati in appositi regolamenti di esenzione¹⁴ (contenenti cioè gli elementi da ottemperare per aversi una presunzione assoluta di compatibilità con il mercato interno); sicché, nei predetti casi, agli Stati membri non rimane che osservare scrupolosamente tali elementi per approvare aiuti di Stato certamente legittimi, senza doverli prima notificare alla Commissione.

Essendo interessato a eventuali diversità di trattamento basate non sulle attività economiche svolte ma sull'organizzazione interna dell'imprenditore¹⁵, non tratterò nemmeno le imprese (in qualsiasi forma costi-

normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali (in GU n. C 85 del 9 aprile 2009, p. 1), par. 20 e 92.

¹³ Di recente, ha suscitato un certo interesse tra gli studiosi delle imprese sociali la decisione della Commissione europea del 20 dicembre 2011 [caso SA.32777 (2011/N)], con la quale è stata ritenuta compatibile (per un quinquennio dalla data di tale decisione) con il mercato interno, ritenendola non alterante «le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse» [art. 107, par. 3, lett. c), TFUE], la proposta del Governo inglese di sottoscrivere con denaro pubblico circa la metà del capitale sociale di una costituenda banca (*Big Society Capital*, poi effettivamente costituita, come risulta al seguente suo sito istituzionale: <http://www.bigsocietycapital.com>), la quale tra l'altro investe in società specializzate nel finanziare imprese sociali; tali imprese sono state definite nella decisione in parola in base non alla loro forma legale, bensì allo scopo di realizzare risultati sociali [«to deliver social (including environmental) results»].

Circa invece le esenzioni che abbiano come base giuridica l'art. 107, par. 3, lett. b), TFUE, sempre più utilizzato in questo periodo di crisi economica, cfr., tra gli altri, S. FORTUNATO, *Aiuti di stato e mercato creditizio fra orientamenti comunitari e interventi nazionali*, in AA.VV., *Diritto, mercato ed etica dopo la crisi. Omaggio a Piergaetano Marchetti*, Milano, 2010, pp. 339-343. Più in generale, per un esame della prassi comunitaria nell'applicazione delle lett. b) e c) dell'art. 107, par. 3, TFUE cfr. D. DIVERIO, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo e alle banche. Dalla crisi di settore alla crisi di sistema*, Milano, 2010, *passim*, il quale offre tra l'altro una possibile lettura della cruciale nozione di «comune interesse» di cui all'art. 107, par. 3, lett. c), TFUE; comunanza di interessi che vi sarebbe – a detta di questo autore – quando la Commissione, chiamata a tutelare l'interesse generale dell'Unione dalla propria posizione di indipendenza, trovasse un (difficile) punto di equilibrio tra le esigenze dell'Unione e quelle dei suoi Stati membri.

¹⁴ Come l'importante reg. (CE) n. 800/2008 della Commissione del 6 agosto 2008 (*regolamento generale di esenzione per categoria*).

¹⁵ Benché si abbia consapevolezza del fatto che l'ordinamento dell'Unione europea

tuite) incaricate di gestire servizi di interesse economico generale ai sensi dell'art. 106, par. 2, TFUE¹⁶. Preciso comunque che il relativo incarico di gestione, «mediante uno o più atti, la cui forma può essere stabilita da ciascuno Stato membro»¹⁷, se rispettoso delle condizioni determinate dalla Commissione europea (tra cui quella che fissa la durata dell'incarico in parola per un periodo inferiore ai dieci anni), costituisce un aiuto di Stato automaticamente compatibile con il diritto UE¹⁸ e pertanto non deve essere previamente notificato alla Commissione europea ai sensi dell'art. 108, par. 3, TFUE¹⁹.

Non rifletterò neanche sulla possibile discriminazione delle imprese private a favore delle imprese pubbliche – legittimamente presenti, queste ultime, nell'economia europea, come ci ricorda l'art. 345 TFUE, a

e quello italiano tendano sempre di più a derogare al regime concorrenziale sulla base delle attività e non dei soggetti che le esercitano.

¹⁶ Trattandosi però anche di sussidiarietà orizzontale in questa ricerca, si segnala che i suddetti servizi, detti anche pubblici (così G. TESAURO, *op. cit.*, p. 794; tuttavia, sulla diversità concettuale, in punto di diritto, tra servizio di interesse economico generale e servizio pubblico, da ultimo, N. FIEDZIUK, *Putting Services of General Economic Interest up for Tender: Reflections on Applicable EU Rules*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 87 ss.), potrebbero corrispondere alle attività di interesse generale di cui all'art. 118, comma 4°, Cost., sempreché queste ultime siano esercitate in modo da potersi qualificare come imprese per il diritto UE. Più in generale, sul rapporto tra servizi di interesse economico generale, particolari regimi fiscali e possibili aiuti di Stato cfr. M.P. ALGUACIL MARI, *Empresas sociales y políticas europeas: los servicios sociales de interés económico general*, in CIRIEC-España, *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 75, 2012, p. 81 ss.

¹⁷ Così l'art. 4 della Decisione della Commissione europea del 20 dicembre 2011 (*riguardante l'applicazione delle disposizioni dell'articolo 106, paragrafo 2, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, concessi a determinate imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale*).

¹⁸ Le imprese che esercitano servizi di interesse economico generale, limitatamente a ciò che è strettamente connesso all'adempimento di tali servizi loro affidati, non sono sottoposte neanche alla restante disciplina *antitrust*; così, per il diritto italiano, l'art. 8, comma 2°, l. 10 ottobre 1990, n. 287.

¹⁹ Sui servizi di interesse economico generale cfr., da ultimo, L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*², Milano, 2012, pp. 295-305 e M. GIULIANI, *Le imprese pubbliche*, in *Disciplina della concorrenza nella UE*, a cura di A. Frignani - S. Bariatti, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, 64, Padova, 2012, p. 463 ss.

condizione però che non siano favorite scorrettamente rispetto alle concorrenti imprese private²⁰ –, quand'anche tale discriminazione fosse fondata sulla loro diversa disciplina organizzativa, poiché con questo studio intendo raffrontare le forme giuridiche di impresa privata (cioè non pubblica, nell'accezione del diritto UE²¹).

Segnalo comunque che nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea²² v'è una sentenza (Tribunale, 11 giugno 2009, causa T-222/04, *Repubblica Italiana*²³) che ha qualificato come aiuto di Stato una misura agevolativa applicabile alle sole società (di diritto privato) rispettose dei seguenti due requisiti: (i) esercizio di una data attività (la gestione dei servizi pubblici locali); (ii) assoggettamento al controllo di soggetti pubblici («società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio»²⁴). Dunque, se anche il legislatore (nazionale o locale) richiedesse ad un imprenditore un oggetto sociale esclusivo e l'assoggettamento al controllo di enti pubblici come condizione per beneficiare di un dato trattamento, tale imprenditore si troverebbe in una situazione analoga a quella degli altri imprenditori e pertanto la misura

²⁰ In argomento, anche per un necessario inquadramento della suddetta questione all'interno dell'art. 106 TFUE, si rimanda a G. TESAURO, *op. cit.*, p. 790 ss.

²¹ Il suddetto diritto, in materia di appalti pubblici, ha introdotto la nozione di organismo di diritto pubblico (cfr. art. 1, par. 9, direttiva 2004/18/CE sul coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi), poi recepita nell'ordinamento italiano con l'art. 3, comma 26°, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163. Più in generale, sulla nozione comunitaria di impresa pubblica cfr., da ultimo, M. GIULIANI, *op. cit.*, p. 465 ss.

²² La quale è costituita da tre organi giurisdizionali: la Corte di giustizia, il Tribunale e il Tribunale della funzione pubblica, quest'ultimo peraltro irrilevante per il diritto UE sugli aiuti di Stato.

²³ In *Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia, del Tribunale e del Tribunale della funzione pubblica* (d'ora innanzi *Racc.*), 2009, p. II-1877.

²⁴ Le parti sopra virgolettate sono tratte dall'art. 22, comma 3°, lett. e), l. 8 giugno 1990, n. 142, il quale è stato abrogato dal d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267; quest'ultimo decreto, all'art. 113, comma 4°, lett. a), parla invece di «società di capitali con la partecipazione totalitaria di capitale pubblico ..., a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano».

agevolativa applicabile al predetto imprenditore sarebbe selettiva.

Infine, fuoriesce dall'ambito di questa ricerca l'intervento dello Stato volto a favorire non già talune imprese, bensì taluni investitori (tra cui può essere annoverato lo stesso Stato disciplinante), prevedendo una specifica disciplina organizzativa per categorie di imprenditori, poiché gli ipotizzati interventi statali potrebbero costituire non già un illegittimo aiuto di Stato, bensì un'inammissibile restrizione ai movimenti di capitali tra Stati membri ai sensi dell'art. 63 TFUE²⁵.

2. *Il bene giuridico rappresentato dalla concorrenza intracomunitaria*

L'art. 107, par. 1, TFUE, come emerge chiaramente dal suo dettato, tutela il seguente bene giuridico: la concorrenza intracomunitaria²⁶.

Lo stesso bene giuridico è salvaguardato dagli artt. 101 e 102 TFUE e dal reg. (CE) n. 139/2004 del Consiglio del 20 gennaio 2004 (*regolamento comunitario sulle concentrazioni*).

²⁵ Proprio la violazione della suddetta disposizione – accertata in Corte di giustizia, 6 dicembre 2007, cause C-463-464/04, *Federconsumatori*, in *Racc.*, 2007, p. I-10419 – ha imposto la riscrittura della disciplina italiana delle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici, avvenuta nel 2008 con la modifica dell'art. 2449 c.c.

Non è invece stato ritenuto violato l'art. 63 TFUE dalla disciplina italiana delle banche popolari contenuta nel testo unico bancario, come aveva in un primo tempo ipotizzato la Commissione europea, aprendo il 15 ottobre 2003 una procedura d'infrazione contro l'Italia. In effetti, tale istituzione, chiudendo la procedura in parola il 12 gennaio 2006, ha ritenuto che la particolare disciplina delle banche popolari risulta giustificata dalla loro natura cooperativa. La Commissione ha tuttavia precisato che non risulta sufficiente la configurazione delle banche popolari come cooperative *de jure* per giustificare la particolare disciplina, dovendo tali enti rivestire natura cooperativa *de facto*, esistente (sempre secondo la predette autorità) quando almeno la maggioranza dei soci di queste banche sia utente della cooperativa. Sul punto, da ultimo, cfr. M. PIPITONE, in *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di C. Costa, tomo I, Torino, 2013, p. 256, ove ulteriori citazioni.

²⁶ M. LIBERTINI, voce «Concorrenza», in *Enciclopedia del Diritto*, Annali III, Milano, 2010, p. 222, nt. 116, precisa che il bene sopra evocato, benché giuridico, debba essere individuato partendo dalle possibili diverse concezioni economiche della concorrenza, intesa come bene collettivo meritevole di tutela.

In effetti, sono vietati (non osservando il diritto UE comune sulla concorrenza) i seguenti quattro atti e/o fatti: (i) un'intesa tra imprese; (ii) uno sfruttamento abusivo (da parte di una o più imprese) di una posizione dominante; (iii) una concentrazione tra imprese; (iv) una concessione di risorse pubbliche per favorire talune imprese. Tuttavia, questi quattro atti e/o fatti sono vietati solo a condizione che falsino (o minaccino di falsare) (il gioco del)la concorrenza all'interno del mercato comunitario o in una parte sostanziale (cioè rilevante) di questo²⁷.

Il divieto comunitario in parola opera non solo se il bene giuridico tutelato è effettivamente leso (ovverosia quando sia realmente falsata la concorrenza), ma anche se lo stesso bene può essere ragionevolmente leso in ragione dell'idoneità dell'atto o del fatto a lederlo (ovverosia quando sia potenzialmente falsata la concorrenza)²⁸. Da non dimenticare inoltre che la lesione (o la minaccia della lesione) della concorrenza, al fine di essere rilevante per il diritto UE, deve essere durevole (ovvero significativa).

Ma il diritto UE quale tipo di concorrenza protegge?

Certamente non una concorrenza statica, bensì una concorrenza dinamica ed effettiva²⁹.

Ma che cosa significa concorrenza dinamica ed effettiva?

²⁷ Il nono considerando del reg. (CE) n. 1/2003 indica come obiettivo comune degli artt. 101 e 102 TFUE quello «di proteggere la concorrenza sul mercato».

²⁸ Il che è espressamente previsto nell'art. 107, par. 1, TFUE per gli aiuti di Stato e dalla giurisprudenza comunitaria per le intese tra imprese (allorché si ritiene sufficiente per integrare l'art. 101, par. 1, TFUE, che l'intesa abbia per oggetto di ledere la concorrenza, senza che sia necessario dimostrare anche che l'abbia poi effettivamente falsata; sul punto cfr., tra gli altri, P. FATTORI - M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2010, pp. 87-90).

²⁹ In questo senso, chiaramente, diversi passi del reg. (CE) n. 139/2004. La stessa interpretazione della concorrenza è seguita dalla Corte costituzionale italiana, come da ultimo è dimostrato dalla sua sentenza n. 299, depositata il 19 dicembre 2012. Sulle tre nozioni economiche di concorrenza evocate nel testo (in rapporto con le nozioni economiche di benessere dei consumatori, dei produttori e della collettività) cfr., da ultimo, P. BUCCIROSSI - A. FRIGNANI, *Nozioni introduttive economiche e giuridiche*, in *Disciplina della concorrenza nella UE*, a cura di A. Frignani - S. Bariatti, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, 64, Padova, 2012, pp. 3-13.

Secondo una convincente ricostruzione³⁰, con tale sintagma si deve intendere un «processo dinamico virtuoso orientato dalle libere scelte dei consumatori»; virtuoso, detto processo, in quanto finalizzato ad offrire «miglioramenti dell'offerta rivolta dalle imprese ai consumatori», i quali «devono essere in grado di esprimere una consapevole libertà di scelta»³¹.

Che la nozione comunitaria di concorrenza debba intendersi nel modo poc'anzi riportato trova conferma nell'art. 101, par. 3, TFUE³², nel diritto UE in materia di pratiche commerciali scorrette e di pubblicità

³⁰ M. LIBERTINI, voce «Concorrenza», cit., p. 244.

³¹ Così ancora M. LIBERTINI, voce «Concorrenza», cit., p. 240, il quale evidenzia come la ricostruzione del bene giuridico riportata nel testo sia tributaria della concezione economica di concorrenza conosciuta come *Leistungswettbewerb* (tradotta come concorrenza di prestazione o *competition on the merits*). Non va tuttavia dimenticato che, accanto al perseguimento di un *consumer welfare*, la concorrenza intracomunitaria è altresì orientata ancora (ma in misura ridotta rispetto al passato visto il raggiunto livello di unificazione) alla realizzazione di un mercato unico, come ricorda L. DANIELE, *Diritto del mercato unico*, cit., p. 230 s.

³² Nella parte in cui stabilisce che manca una lesione del bene giuridico in commento, quando l'accordo, la decisione o la pratica tra imprese contribuisca «a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva, ed evitando di a) imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi; b) dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi». Secondo M. LIBERTINI, voce «Concorrenza», cit., p. 242, la norma appena riportata costituirebbe la *rule of reason* del diritto *antitrust* comunitario (certamente più chiara di quella presente nel diritto *antitrust* statunitense), applicabile pertanto anche alle altre fattispecie rilevanti per il ricordato diritto UE. Per un espresso riferimento ai consumatori nel valutare se un atto o un fatto sia lesivo del bene concorrenza cfr. l'art. 102, comma 2°, lett. b), TFUE.

Dall'art. 101, par. 3, TFUE, G. GHIDINI, in G. Ghidini - E. Arezzo, *La prospettiva costituzionale della tutela della concorrenza*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2012, I, p. 464 s., trae il condivisibile assunto secondo il quale le efficienze allocative a beneficio dei consumatori non possono arrivare a giustificare comportamenti anticoncorrenziali tali da essere capaci di eliminare la concorrenza in una parte significativa del mercato di riferimento; ma, allora, «l'esigenza di salvaguardare un effettivo pluralismo competitivo dell'offerta prevale su quello di una pur superiore efficienza di offerte "allineate" dall'accordo».

ingannevole e comparativa e nel diritto UE sulla proprietà intellettuale³³. Nella stessa direzione si è poi recentemente espressa la Commissione europea, proprio in materia di aiuti di Stato³⁴.

Degno di nota è il fatto che la prospettata ricostruzione del bene giuridico concorrenza vale non solo per il diritto UE della concorrenza, ma anche per il corrispondente diritto italiano. Questo diritto è dal 2001 certamente costituito non più solo dalla legislazione ordinaria (*in primis*, dalla l. n. 287/1990) e da regolamenti, ma anche da norme costituzionali [grazie all'art. 117, comma 2°, lett. e), Cost., il quale include la «tutela della concorrenza» tra le materie in cui lo Stato ha legislazione esclusiva].

La necessaria corrispondenza di significato della parola concorrenza nel diritto UE e nel diritto italiano discende sia dalla generale supremazia del diritto UE su quello italiano, sia dal vincolo ermeneutico stabilito, a livello di legislazione ordinaria, dall'art. 1, comma 4°, l. n. 287/1990³⁵ e, a livello costituzionale, dall'art. 117, comma 1°, Cost.³⁶.

³³ M. LIBERTINI, voce «Concorrenza», cit., pp. 241-243.

³⁴ Così infatti è stato interpretato da K. BACON, *European Community Law of State Aid*, Oxford, 2009, p. 12 il seguente passo del documento della suddetta istituzione europea, datato 7 giugno 2005 [COM(2005) 107 definitivo] e denominato *Piano di azione nel settore degli aiuti di stato. Aiuti di Stato meno numerosi e più mirati: itinerario di riforma degli aiuti di Stato 2005-2009*: «alla base della politica della concorrenza vi è l'idea che l'economia di mercato offre la garanzia migliore per accrescere il tenore di vita dei cittadini nella UE, uno dei principali obiettivi del trattato UE. Il regolare funzionamento dei mercati è condizione essenziale per fornire ai consumatori i prodotti che desiderano, a prezzi contenuti. la concorrenza è inoltre indispensabile per accrescere la competitività dell'economia europea, in quanto consente di creare un contesto in cui le imprese efficienti e innovative vengano debitamente ricompensate».

³⁵ Qui riportato per comodità del lettore: «L'interpretazione delle norme contenute nel presente titolo è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza».

³⁶ Nella parte in cui si precisa che la potestà legislativa dello Stato e delle sue articolazioni territoriali è esercitata nel rispetto dei «vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario»; per un caso recente di applicazione della suddetta disposizione costituzionale in tema di diritto di stabilimento e di tutela della concorrenza cfr. la sentenza n. 340 della Corte costituzionale, depositata il 26 novembre 2010.

3. *La tutela della concorrenza come principio generale del diritto dell'Unione europea*

Il bene giuridico concorrenza, così come sopra ricostruito, è impermeabile agli altri beni giuridicamente tutelati; conseguentemente, i beni giuridici diversi dalla concorrenza possono limitarla dall'esterno, attraverso deroghe alla disciplina comune che la protegge, ma non possono concorrere a determinarne il contenuto³⁷.

Ma, allora, atti o fatti lesivi del bene concorrenza possono non essere antiggiuridici, nella misura in cui norme espresse consentano le predette deroghe (come accade nel nostro ordinamento per le operazioni di concentrazione non a dimensione comunitaria, ai sensi dell'art. 25, l. n. 287/1990). Tuttavia, tali deroghe, se previste in leggi nazionali, non possono impedire l'applicazione del diritto UE sulla concorrenza, in ragione della preminenza di questo diritto su quello nazionale.

Dunque, se si circoscrive il discorso al diritto in materia di aiuti di Stato, una norma contenuta in una legge nazionale di uno Stato membro non può derogare all'art. 107, par. 1, TFUE, mentre il diritto UE può derogare a sé stesso; il che è avvenuto, ad esempio, vuoi con gli artt. 106, par. 2, 107, par. 2 e 3, 108 e 109 TFUE³⁸, i quali hanno ristret-

³⁷ Così, chiaramente, il seguente passo tratto dal § 8.2 della sentenza n. 270 della Corte costituzionale, depositata il 22 luglio 2010: «la giurisprudenza di questa Corte ha affrontato solo indirettamente il rapporto tra concorrenza e regolazione generale e il profilo dell'equilibrio tra l'esigenza di apertura del mercato e di garanzia dell'assetto concorrenziale rispetto alle condotte degli attori del mercato stesso, cioè imprese e consumatori, da una parte; e, dall'altra, la tutela degli interessi diversi, di rango costituzionale, individuati nell'art. 41, secondo e terzo comma, Cost., che possono venire in rilievo e la tutela dei quali richiede un bilanciamento con la concorrenza. Eppure, è chiaro che il parametro costituzionale in esame, stabilendo che l'iniziativa economica privata non può svolgersi in contrasto con "l'utilità sociale" ed in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana, e prevedendo che l'attività economica pubblica e privata può essere indirizzata e coordinata a "fini sociali", consente una regolazione strumentale a garantire la tutela anche di interessi diversi rispetto a quelli correlati all'assetto concorrenziale del mercato garantito. Beninteso, la dovuta coerenza con l'ordinamento comunitario ... comporta il carattere derogatorio e per ciò stesso eccezionale di questa regolazione. In altri termini, occorre che siffatto intervento del legislatore costituisca la sola misura in grado di garantire al giusto la tutela di quegli interessi».

³⁸ Le suddette regole consentono all'Unione europea di perseguire propri obietti-

to l'ambito di applicazione del citato art. 107, par. 1, vuoi con gli artt. 42, par. 1 (in materia di agricoltura)³⁹, 73 (in materia di trasporti) e 346, par. 1, lett. *b*) (in materia di armamenti), TFUE, i quali hanno addirittura impedito l'applicazione del ricordato art. 107, par. 1⁴⁰.

Il fatto che la tutela della concorrenza costituisca ormai un principio generale del diritto UE e del diritto italiano non significa però che detta tutela rappresenti anche un valore autonomo nei corrispondenti ordinamenti. In effetti, tale tutela, a Bruxelles come a Roma, deve rimanere un mezzo, pur necessario, volto a salvaguardare i fini dell'Unione europea e della Repubblica italiana⁴¹.

Dal 1° dicembre 2009 (data di vigenza del Trattato sull'Unione europea: TUE) questa importante precisazione è chiaramente confermata dall'art. 3, par. 3, TUE, il quale indica la tutela della concorrenza non già come obiettivo autonomo dell'Unione⁴², bensì come strumento ne-

vi politici; dello stesso avviso è M. HEIDENHAIN, *General Principles*, in *European State Aid Law*, a cura di M. Heidenhain, München, 2010, p. 4 s., il quale tra l'altro scrive che i vari regolamenti dell'Unione europea, attuativi degli artt. 107-109 TFUE, «are based upon clearly circumscribed policy goals of the Community. The regulation of State aid has therefore from the beginning never been limited to the prevention of aid that prejudices the common interest of the Community, but rather has on an increasing scale pursued independently formulated Community policy goals». Sulla possibilità che la disciplina degli aiuti di Stato possa servire anche per realizzare politiche sociali (tra cui quello di promuovere livelli più alti di occupazione) cfr. C. BUZZACCHI, *Gli aiuti di Stato tra politica della concorrenza e politica sociale*, in *Il diritto dell'economia*, 3-4, 2004, p. 623 ss.

³⁹ Nella stessa direzione si colloca l'art. 176, reg. (CE) n. 1234/2007 del Consiglio del 22 ottobre 2007 (*regolamento unico OCM*) il quale prevede la disapplicazione dell'art. 101, par. 1, TFUE ad alcuni accordi, decisioni o pratiche riguardanti la produzione o il commercio di taluni prodotti agricoli.

⁴⁰ Sul punto si rimanda a M. HEIDENHAIN, *General Principles*, cit., p. 21.

⁴¹ Dello stesso avviso, chiaramente, sono G. GHIDINI, *op. cit.*, pp. 462 e 471, e M. LIBERTINI, *A "Highly Competitive Social Market Economy" as a Founding Element of the European Economic Constitution*, in *Concorrenza e mercato*, 2011, p. 504 ss.

⁴² Si potrebbe dire che la tutela della concorrenza costituisce un obiettivo strumentale – tanto dell'Unione europea (come è confermato dal protocollo n. 27 sul mercato interno e sulla concorrenza, allegato al TUE e al TFUE) quanto dell'Italia – per il perseguimento degli obiettivi finali (pertanto sovraordinati a quelli strumentali) che devono contraddistinguere la politica economica dell'Unione europea e dell'Italia. P. DE PASQUALE, *Libera concorrenza ed economia sociale nel Trattato di Lisbona*, in *Diritto pub-*

cessario per realizzare i seguenti obiettivi: non solo «un mercato interno»⁴³, ma anche «lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente»⁴⁴.

4. *L'economia sociale di mercato come obiettivo costituzionale dell'Unione europea*

L'art. 3, par. 3, TUE è assai rilevante per il giurista europeo, poiché il sintagma «economia sociale di mercato» ivi contenuto non specifica più solamente un determinato modello economico inizialmente teorizzato dalla cosiddetta Scuola di Friburgo (essendo stata fonda-

blico ed europeo, 2009, p. 84 ss., sulla base del citato protocollo e dell'art. 352 TFUE, sostiene sì che la libertà di concorrenza rimane uno «dei principi-obiettivi dell'Ordinamento dell'Unione europea», ma aggiunge anche che tale libertà dovrà essere coniugata con gli altri principi-obiettivi contenuti nell'art. 3, par. 3, TUE. Il che comporterà necessariamente una fattiva cooperazione tra Unione europea e suoi Stati membri, poiché la prima ha competenza esclusiva circa le regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno, mentre i secondi mantengono competenze (pur coordinate a livello comunitario) in materia di politiche economiche, le quali necessariamente impattano sulle predette regole.

⁴³ Circa il fatto che il diritto *antitrust* comunitario (comprensivo di quello sugli aiuti di Stato) debba ritenersi servente alla realizzazione e al buon funzionamento del mercato interno cfr., *ex multis*, D. DIVERIO, *op. cit.*, p. XV, nt. 7, e F. GHEZZI, in *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*³, a cura di L.C. Ubertazzi, Padova, 2012, p. 2480; quest'ultimo precisa altresì che l'instaurazione di un mercato interno è «un obiettivo intermedio e non un obiettivo finale» dell'Unione europea.

⁴⁴ I suddetti obiettivi sono stati da ultimo declinati dalla Commissione con la sua Comunicazione del 3 marzo 2010 [COM(2010) 2020 definitivo] *Europa 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, approvata dai capi di Stato e di governo dei Paesi dell'Unione europea nel giugno 2010; tale documento contiene gli obiettivi da realizzare entro il 2020, al fine di consentire all'Europa di superare la crisi finanziaria e rilanciare l'economia. Tuttavia, sulla sinora fallimentare realizzazione dei predetti obiettivi cfr. D. ADAMSKI, *Europe's (Misguided) Constitution of Economic Prosperity*, in *Common Market Law Review*, 50, 2013, p. 47 ss.

ta a *Freiburg im Breisgau*)⁴⁵, ma è diventato anche, in modo espres-

⁴⁵ Sulla quale cfr. F. FELICE, *L'economia sociale di mercato*, Soveria Mannelli, 2008, p. 19 ss., M. VATIERO, *Ordoliberal Competition*, in *Concorrenza e mercato*, 2010, p. 371 ss. e, da ultimo, i saggi contenuti in *L'economia sociale di mercato e i suoi nemici*, a cura di F. Forte - F. Felice - C. Forte, Soveria Mannelli, 2012. Il summenzionato modello è sì di tipo liberale (denominato ordoliberal), ma in cui il mercato è orientato all'ordine attraverso la mano, visibile, del diritto (non a caso la Scuola di Friburgo nasce negli anni Trenta del secolo scorso dal proficuo dialogo tra economisti e giuristi); un modello in cui il potere pubblico interviene nell'economia rispettando il principio di sussidiarietà e gli altri principi (o valori) già sviluppati dalla dottrina sociale della Chiesa cattolica a partire dalla fine del XIX secolo. Se è vero che uno stretto legame concettuale unisce ordoliberalismo e dottrina sociale della Chiesa [così, tra gli altri, A. SOMMA, *L'economia sociale di mercato*, 1, *Il fascino della terza via: torna di moda un passato mai passato*, in *Biblioteca della libertà*, maggio-agosto 2009, p. 11 ss. 1; F. FELICE, *Prefazione*, in *Il liberalismo delle regole. Genesi ed eredità dell'economia sociale di mercato*, a cura di F. Forte - F. Felice, Soveria Mannelli, 2010, p. 8 ss.; M. LIBERTINI, *A "Highly Competitive Social Market Economy"*, cit., p. 502; M. VITALE, *L'economia sociale di mercato e la dottrina sociale della Chiesa cattolica*, in L. Bonini, *Economia sociale di mercato*, Bologna, 2012, p. 247 ss.] e se è altresì vero che l'ordoliberalismo (nel corso dei decenni adattato al mutare della realtà) ispira l'economia sociale di mercato perseguita dall'Unione europea (dello stesso avviso, da ultimo, P. DE PASQUALE, *op. cit.*, p. 86 s.), allora, per cogliere appieno i fondamenti culturali del sintagma comunitario «economia sociale di mercato fortemente competitiva», è utile esaminare il commento di detto sintagma proposto il 27 ottobre 2011 dalla Conferenza degli Episcopati della Comunità Europea (Comece) con l'articolato documento intitolato (nella sua versione inglese) *A European Community of Solidarity and Responsibility. A Statement of the Comece Bishops on the EU Treaty Objective of a Competitive Social Market Economy* (scaricabile da <http://www.comece.org>).

Le idee della Scuola di Friburgo (i cui scritti classici possono trovarsi nei due volumi antologici citati in questa nota) sono state apprezzate da diversi pensatori italiani, tra i quali sono da segnalare Luigi Einaudi e, soprattutto, Luigi Sturzo, il quale a sua volta ispirò uno dei principali teorici della stessa Scuola di Friburgo (cioè Wilhelm Röpke, come ricorda F. FELICE, *L'economia sociale di mercato*, cit., p. 90).

Le riflessioni della predetta Scuola non hanno però caratterizzato il modello economico sottostante alla Costituzione tedesca (così almeno secondo F. SAITTO, *Economia di mercato e regolazione statale: la controversia tedesca sulla Wirtschaftsverfassung e il "posto" dell'art. 41 della Costituzione italiana*, in *Janus*, 5, 2011, pp. 24-32, il quale sostiene l'impossibilità di ricavare dalla giurisprudenza della Corte costituzionale della Germania che la Costituzione tedesca implicitamente abbia come modello economico quello corrispondente all'economia sociale di mercato; di diverso avviso è però M. VITALE, *L'economia sociale di mercato*, cit., p. 256 ss.) e alla Costituzione italiana (come riporta F. FELICE, *L'economia sociale di mercato*, cit., p. 75 ss.).

so⁴⁶, sia un concetto giuridico vincolante (per le istituzioni comunitarie), sia, soprattutto, uno dei pilastri della Costituzione economica europea (a sua volta ricavabile dai due trattati sui cui si fonda l'Unione europea⁴⁷).

Il predetto sintagma, se corrisponde a un concetto giuridico⁴⁸, deve essere ricostruito partendo non da teorie economiche, bensì dal diritto vigente, ovviamente integrato dal formante giurisprudenziale, finora però (almeno a livello comunitario⁴⁹) per lo più silen-

Tuttavia, in Germania l'ordoliberalismo ha ispirato i Governi fin dalla ricostruzione post-bellica, essendo stato accolto il relativo modello economico dai Cristianodemocratici (CDU) di Konrad Adenauer già nel 1949 con i cosiddetti Principi di Düsseldorf (in argomento cfr. A. SOMMA, *L'economia sociale di mercato*, 3, *L'ordoliberalismo al crollo del fascismo*, in *Biblioteca della libertà*, gennaio-aprile 2011, p. 17 ss.), mentre in Italia le idee ordoliberali iniziarono ad influenzare indirettamente l'agire politico solo in ragione dei vincoli contenuti nei trattati comunitari a partire dal 1957.

⁴⁶ Si suole affermare che i vari trattati che hanno accompagnato dal 1957 lo sviluppo dell'attuale Unione europea abbiano implicitamente prescelto un modello economico ispirato a quello inizialmente teorizzato dalla Scuola di Friburgo.

⁴⁷ A favore dell'equiparazione (sostanziale) dell'insieme del TUE e del TFUE alla Costituzione dell'Unione europea è, tra gli altri, J. ZILLER, *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell'Unione europea*, Bologna, 2013, p. 21 ss., il quale ne evidenzia la peculiare natura (se paragonata a quella della Costituzione di uno Stato federale) di trattato internazionale.

⁴⁸ L'art. 3 TUE ha pertanto costituzionalizzato i punti fondamentali della dottrina politico-economica conosciuta come economia sociale di mercato; la stessa opinione è espressa sia da F. CAPELLI, *Valutazioni critiche e riflessioni propositive sulla relazione del Prof. E.F.M. Emanuele dedicata al progetto "Big Society" (o "Terzo Pilastro")*, in *Quaderno della Rivista Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 3, 2011, Napoli, 2012, p. 45 s., sia da M. LIBERTINI, *Economia sociale di mercato e responsabilità sociale dell'impresa*, in *La responsabilità sociale dell'impresa. In ricordo di Giuseppe Auletta*, a cura di V. Di Cataldo - P.M. Sanfilippo, Torino, 2013, p. 36 ss.

⁴⁹ In effetti, se si conduce una ricerca sulla giurisprudenza della Corte di giustizia dal 1954 ad oggi, grazie al motore di ricerca del sito <http://curia.europa.eu>, cercando in esso le ricorrenze del sintagma economia sociale di mercato (o i corrispondenti *economía social de mercado*, *social market economy*, *économie sociale de marché*, *soziale Marktwirtschaft*, *economía social de mercado*), compare una sola sentenza che espressamente utilizza tale sintagma (situazione aggiornata al 31 luglio 2013); in questa sentenza (Tribunale, 11 settembre 2012, causa T-565/08, *Corsica Ferries France SAS*, non ancora pubblicata in *Racc.*, impugnata davanti alla Corte di giustizia, causa C-533/12 P), in materia di aiuti di Stato, al punto 82, così si argomenta: «si deve ugualmente precisare che,

te⁵⁰. Il contenuto giuridico della frase «economia sociale di mercato» sarà pertanto scoperto mediante l'usuale procedimento ermeneutico utilizzato per attribuire significato alle clausole generali⁵¹ o ai principi costituzionali di un dato ordinamento⁵².

Il diritto UE della concorrenza, benché contribuisca a realizzare gli obiettivi costitutivi dell'Unione europea, non legittima chi deve applicarlo a non intervenire o ad adattare la propria azione sanzionatoria, qualora il comportamento anticoncorrenziale persegua uno dei predetti obiettivi costitutivi. In effetti, la Commissione europea a livello comunitario e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato a livello italiano sono costrette a tutelare il bene concorrenza sopra ricostruito. Que-

all'interno di un'economia sociale di mercato, un investitore privato accorto non può prescindere, da un lato, dalla sua responsabilità nei confronti di tutti i soggetti interessati dell'impresa e, dall'altra, dall'evoluzione del contesto sociale, economico e ambientale all'interno del quale ne promuove lo sviluppo. Le questioni legate alla responsabilità sociale e al contesto imprenditoriale possono infatti influenzare in modo fondamentale le concrete decisioni e gli orientamenti strategici di un acquirente privato accorto. La razionalità strategica a lungo termine della condotta di un acquirente privato accorto non può pertanto essere valutata senza prendere in considerazione tali preoccupazioni».

Ciononostante, come attenta dottrina ha rilevato (F. GHEZZI, *op. cit.*, p. 2480), la Corte di giustizia «sembra in talune occasioni avere abbracciato una posizione più articolata, e non troppo distante dalla scuola di pensiero ordoliberal, la quale certamente aveva avuto una notevole influenza sui padri fondatori del Trattato, anche nel contesto della stesura delle regole di concorrenza. La CG [Corte di giustizia], infatti, ha sostenuto che “l'art. (101), al pari delle altre regole in materia di concorrenza enunciate nel trattato, non è destinato a tutelare soltanto gli interessi dei concorrenti o consumatori, bensì la struttura del mercato, e in tal modo, la concorrenza in quanto tale”».

⁵⁰ Naturalmente, il giurista, nel tentare di attribuire il significato giuridico corretto al concetto di economia sociale di mercato, può avvalersi anche delle riflessioni elaborate dalle scienze economica e politica, sempreché, ovviamente, tali riflessioni non contrastino con il diritto positivo e si evolvano con il mutare dell'ordinamento giuridico da interpretare. In ogni caso, il modello economico corrispondente all'economia sociale di mercato, quand'anche slegato da un dato ordinamento, non può rimanere immutato (cioè incatenato al pensiero degli autori classici del modello in parola), ma deve costantemente essere aggiornato per stare al passo della realtà (così anche M. LIBERTINI, *A “Highly Competitive Social Market Economy”*, cit., p. 497 ss.).

⁵¹ Di questa opinione è M. LIBERTINI, *A “Highly Competitive Social Market Economy”*, cit., p. 498, nt. 10.

⁵² Come quello di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.

sto perché tali autorità, quando valutano i rapporti concorrenziali tra imprese (quand'anche pubbliche), possono solo applicare la legge (essendo organi amministrativi nei rispettivi ordinamenti) e pertanto devono limitarsi a tutelare il bene concorrenza⁵³.

Il perseguimento di un'economia sociale di mercato può però diventare un limite esterno al bene concorrenza, se tale perseguimento è attuato mediante atti normativi (per distinguerli da quelli di natura amministrativa) dell'Unione europea o degli Stati membri⁵⁴. In effetti, gli atti normativi possono pregiudicare il bene in parola prevedendo la seguente regola: la preclusione della sanzione amministrativa in presenza di un atto/fatto lesivo della concorrenza, ogniqualvolta il mezzo (avere «un'economia ... di mercato fortemente competitiva») rischi di diventare fine, obliterando illegittimamente il necessario carattere «sociale» della politica economica comunitaria.

Orbene, se l'economia deve diventare «sociale», cioè orientata al bene comune (che è di tutti e di ciascuno)⁵⁵, il mercato non deve essere organizzato dal potere politico in modo che valga soltanto la logica dell'efficienza economica, la quale si realizzerebbe, secondo i più, quando l'imprenditore si appropriasse del massimo profitto possibile e il con-

⁵³ Di diverso avviso è però G. OPPO, *Principi*, Torino, 2001, p. 52 s.: «non può dirsi che non è compito dell'*Antitrust* [dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato] coordinare mercato e società civile. L'utilità sociale non può essere verificata se non in concreto e non pare che, nel nostro ordinamento, questo compito irrinunciabile possa essere svolto da altri che dalla stessa Autorità (...); se la compatibilità con l'utilità sociale non potesse essere vagliata neanche dall'Autorità garante (i cui poteri sono talvolta qualificati "paranormativi" e "paragiuridiziali") vi sarebbe una grave lacuna istituzionale; ... il limite dell'iniziativa economica è, nel nostro ordinamento costituzionale, il rispetto dell'utilità sociale, non altro, e questa è la ragione (e la misura) della tutela della concorrenza. Sotto questo aspetto il compito dell'Autorità assurge davvero a un alto livello "arbitrale"».

⁵⁴ Analogamente M. LIBERTINI, *A "Highly Competitive Social Market Economy"*, cit., p. 504 s.

⁵⁵ Una volta ricordato lo stretto legame concettuale tra ordoliberalismo e dottrina sociale della Chiesa cattolica, allora è utile conoscere di quest'ultima dottrina (sintetizzata in PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA GIUSTIZIA E DELLA PACE, *Compendio della Dottrina sociale della Chiesa*, Città del Vaticano, 2004) sia il significato attribuito al bene comune (*ivi*, p. 89 ss.), certamente un concetto centrale in tale dottrina, sia il ruolo da assegnare al mercato e allo Stato nell'economia (*ivi*, p. 190 ss.).

sumatore comprasse i migliori beni o servizi al minor prezzo possibile.

I limiti esterni al bene concorrenza possono derivare da atti normativi comunitari o nazionali: nel primo caso gli atti saranno adottati nel rispetto dell'ordinamento dell'Unione europea, mentre nel secondo caso gli atti saranno adottati nel rispetto degli artt. 106-109 TFUE.

Per completezza, preciso che l'atto normativo nazionale potrebbe ledere non già la concorrenza intracomunitaria, bensì la sola concorrenza intranazionale, cioè quella interpretata sì secondo il diritto UE (ossia come processo dinamico virtuoso orientato dalle libere scelte dei consumatori) ma (almeno potenzialmente) lesiva del mercato solo nazionale o regionale (sempre che tale mercato non costituisca una parte sostanziale del mercato comunitario)⁵⁶. In questi casi rari (in ragione del significato attribuito dalla giurisprudenza al mercato comunitario o a una sua parte sostanziale⁵⁷) l'atto normativo sarà legittimo per l'ordinamen-

⁵⁶ La Commissione europea ritiene che non sia integrata la fattispecie di cui all'art. 107, par. 1, TFUE, quando la misura di aiuto rilevi solo localmente, cioè non sia in grado di incidere sugli scambi tra Stati membri. Il che accade assai di rado, come dimostra, ad esempio, la decisione della Commissione del 25 novembre 1999, con la quale è stato ritenuto violato il citato art. 107, par. 1, dalla misura (corrispondente, nella specie, a sgravi degli oneri sociali) in favore di imprese operanti nei soli territori di Venezia e di Chioggia. Per un approfondimento in materia cfr., per la dottrina, M. HEIDENHAIN, *The Concept of State Aid*, in *European State Aid Law*, a cura di M. Heidenhain, p. 58 s., e, per la prassi della Commissione, il seguente passo della *Comunicazione della Commissione relativa a una procedura di esame semplificata per determinati tipi di aiuti di Stato* (2009/C 136/03), p. 136/07, nt. 6: «affinché la misura in questione possa essere considerata priva di incidenza sugli scambi intracomunitari, è soprattutto necessario che (...) lo Stato membro dimostri: 1) che l'aiuto non attiri capitali nella regione in questione; 2) che i beni/servizi prodotti dal beneficiario siano destinati al mercato locale e/o che siano caratterizzati da una zona di attrazione limitata dal punto di vista geografico; 3) che l'incidenza sui consumatori degli Stati membri limitrofi sia soltanto marginale e 4) che la quota di mercato detenuta dal beneficiario sia minima indipendentemente dalla definizione del mercato e che il beneficiario non appartenga ad un gruppo più ampio di imprese».

⁵⁷ Sul pregiudizio al commercio tra Stati membri cfr., da ultimo, L. DANIELE, *Diritto del mercato unico*, cit., p. 258 s. Come ricorda A. BIONDI, *Gli aiuti di Stato*, in *La concorrenza*, a cura di A. Frignani - R. Pardolesi, in *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, diretto da G. Ajani e G.A. Benacchio, VII, Torino, 2006, p. 467, per la Commissione può esservi detto pregiudizio anche quando la misura favorisca investimenti imprenditoriali in paesi esterni all'Unione europea, a condizione che tale misura rafforzi nel territorio comunitario

to italiano se prodotto dallo Stato [ma non da enti locali, argomentando dall'art. 117, comma 2°, lett. e), Cost.⁵⁸] e se finalizzato a evitare un contrasto con «l'utilità sociale» o «un danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana» (art. 41 Cost.), ovvero un pregiudizio degli obiettivi fondamentali del nostro Stato, rappresentati dai principi fondamentali della nostra Costituzione.

la posizione degli imprenditori beneficiari della stessa (come, ad esempio, accadrebbe, se i beni prodotti da detti imprenditori fuori dall'Unione europea fossero poi commercializzati nell'Unione).

⁵⁸ Si concorda pertanto con M. LIBERTINI, voce «Concorrenza», cit., p. 196, quando sostiene che la suddetta norma costituzionale impedisce agli enti locali di adottare misure (amministrative o legislative) incompatibili con il bene giuridico concorrenza da tutelare.

A dimostrazione dell'assunto secondo il quale la Corte costituzionale, se oggetto del suo scrutinio fosse una legge regionale o provinciale (di Trento o di Bolzano), non potrebbe bilanciare la concorrenza con altri valori costituzionali al fine di non dichiarare l'incostituzionalità di una disposizione legislativa, si rammenta, da ultimo, la sentenza n. 274 della Corte costituzionale, depositata il 6 dicembre 2012; in tale sentenza i giudici, per dichiarare infondate le sollevate questioni di legittimità costituzionale, hanno dovuto preliminarmente «escludere che le norme impugnate ostacolino la concorrenza, introducendo limiti o barriere all'accesso al mercato e alla libera esplicazione della capacità imprenditoriale», per poi affermare che «le norme regionali in questione sono ascrivibili alla potestà legislativa della Regione in materia di tutela della salute e dei servizi pubblici locali. Solo in via marginale ed indiretta interferiscono con il tema della concorrenza. Tale tipo di intervento, come questa Corte ha già avuto modo di affermare, “deve ritenersi ammissibile, al fine di non vanificare le competenze regionali, sempre che tali effetti siano marginali o indiretti e non siano in contrasto con gli obiettivi delle norme statali che disciplinano il mercato, tutelano e promuovono la concorrenza”». Sul punto, per la dottrina giuspubblicistica, cfr. G. CORSO, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle regioni e dello Stato)*, in *Diritto Pubblico*, 3, 2002, p. 981 ss. (il quale tra l'altro precisa, *ivi* alla p. 997, che l'art. 117 Cost. atterrebbe anche alla disciplina degli aiuti di Stato e precluderebbe gli aiuti di Stato con effetti anticoncorrenziali «circoscritti all'interno dei confini nazionali») e S. LA PORTA, *Il commercio: una materia al vaglio del “custode della tutela della concorrenza”*, in *Rivista AIC*, 2, 2012, p. 10 s. [secondo il quale «nella materia di legislazione esclusiva statale “tutela della concorrenza” rientrano solo le classiche misure antitrust ..., mentre la promozione della concorrenza (che, come si è visto, consiste nel consolidamento del bene “concorrenza”) trova il suo fondamento nell'art. 41 Cost.»].

5. La fattispecie comunitaria di aiuto di Stato

5.1. Sua vaghezza e dialogo tra giudici comunitari e nazionali

Una volta ricostruita per sommi capi la cornice entro cui si colloca la disciplina comunitaria degli aiuti di Stato, passo ad individuare i singoli presupposti che compongono la fattispecie comunitaria di aiuto di Stato.

Questa fattispecie è a contenuto indeterminato⁵⁹ – come spesso accade per quelle presenti nei trattati dell’Unione europea – ma determinabile, naturalmente sulla base di disposizioni contenute in fonti formali, essendo una fattispecie di natura legale⁶⁰.

In effetti, l’art. 107 TFUE contiene sostanzialmente una delega in bianco alla Commissione europea⁶¹, le cui decisioni possono però poi essere controllate, in prima istanza, dal Tribunale – competente *ex artt.* 256 e 263 TFUE a conoscere dei ricorsi che siano proposti dagli Stati membri contro la Commissione o il Consiglio dell’Unione europea⁶² e che abbiano per oggetto atti adottati nell’ambito del diritto sugli aiuti di

⁵⁹ L’attuale indeterminatezza della fattispecie in parola dovrebbe essere prossimamente ridotta dalla Commissione, la quale, nella sua Comunicazione denominata *Modernizzazione degli aiuti di stato dell’UE*, cit., punto 23 (d), si è impegnata a fornire «ulteriori chiarimenti in merito agli aspetti fondamentali relativi al concetto di aiuto onde contribuire ad un’applicazione più agevole» dell’art. 107 TFUE.

⁶⁰ In generale, sulla nozione di norme a contenuto indeterminato e sulle modalità ermeneutiche per determinarne il contenuto, si rimanda a M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2011, p. 345 ss.; se si adottasse la classificazione prospettata da questo autore (*ivi*, p. 363 ss.), l’art. 107, par. 1, TFUE, apparterrebbe alla categoria delle norme di condotta a fattispecie determinata in modo generico.

⁶¹ Sull’ampiezza della discrezionalità della Commissione nell’interpretare il succitato art. 107 cfr., *ex multis*, M. HEIDENHAIN, *General Principles*, cit., p. 3 ss., il quale tuttavia evidenzia come il lavoro della Commissione dipenda molto dalla collaborazione degli Stati Membri, in specie quando essi siano costretti a richiedere il rimborso degli aiuti illegittimi già erogati.

⁶² Noto anche come Consiglio dei ministri europei (la cui composizione è prevista all’art. 16, par. 2, TUE), da non confondere con il Consiglio europeo (composto dai capi di Stato o di governo degli Stati membri, dal suo presidente e dal presidente della Commissione europea *ex art.* 15, par. 2, TUE).

Stato – e, in ultima istanza, dalla Corte di giustizia; giudici, quelli appena ricordati, che scrutinano le decisioni della Commissione basandosi sia sulla prassi⁶³ e sulle comunicazioni della Commissione stessa⁶⁴, sia, soprattutto, sulla giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea e sulle disposizioni contenute in fonti formali del diritto UE⁶⁵.

L’art. 107 TFUE è costruito (al pari dell’art. 101 TFUE sulle intese anticoncorrenziali) in modo che vi sia una presunzione relativa di anti-giuridicità di certi comportamenti⁶⁶. Ciò induce gli Stati membri a richiedere quasi sempre (salvo che il loro atto normativo possa pacificamente rientrare in un regolamento di esenzione) alla Commissione una valutazione preventiva sui loro provvedimenti astrattamente qualificabili come aiuti di Stato, affinché si evitino spiacevoli conseguenze (sia per

⁶³ Tuttavia la Corte di giustizia ha precisato (da ultimo, nel punto 136 della sentenza del 15 novembre 2011, cause C-106-107/09, *Government of Gibraltar*, non ancora pubblicata in *Racc.*) che «è solo nell’ambito dell’art. 87, n. 1, CE [ora 107, par. 1, TFUE] che deve essere valutato il carattere di aiuto di Stato di una determinata misura, e non con riferimento alla pretesa prassi decisionale anteriore della Commissione».

⁶⁴ Le suddette comunicazioni – usando le parole di M. LIBERTINI, *Le fonti private del diritto commerciale. Appunti per una discussione*, in *Rivista del diritto commerciale*, 2008, p. 608 – «possono identificarsi con i poteri di indirizzo che una qualsiasi autorità amministrativa può rivolgere ai destinatari del proprio potere, in modo da fare conoscere in anticipo ad essi come il potere sarà esercitato». Tali comunicazioni, sempreché siano conformi con il TFUE, se trasmesse agli Stati membri e da questi anche tacitamente accettate, vincolano la Commissione che non può discostarsene in relazione a casi specifici (così L. DANIELE, *Diritto del mercato unico*, cit., p. 312). Sul valore delle comunicazioni in parola nel diritto UE della concorrenza cfr., da ultimo, S. BARIATTI, *Le fonti del diritto della concorrenza dell’Unione europea*, in *Disciplina della concorrenza nella UE*, a cura di A. Frignani - S. Bariatti, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, diretto da F. Galgano, 64, Padova, 2012, p. 77 s.

⁶⁵ La giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea ha più volte ribadito (*ex multis* cfr. Corte di giustizia, 16 maggio 2000, causa C-83/98, *Ladbroke Racing Ltd*, in *Racc.*, 2000, p. I-3271, punto 25) che «la nozione di aiuto statale, quale è definita nel Trattato, ha carattere giuridico e deve essere interpretata sulla base di elementi obiettivi. Per tale ragione il giudice comunitario deve esercitare, in linea di principio e tenuto conto sia degli elementi concreti della causa sottopostagli sia del carattere tecnico o complesso delle valutazioni effettuate dalla Commissione, un controllo completo per quanto riguarda la questione se una misura rientri nell’ambito di applicazione» dell’art. 107, par. 1 TFEU.

⁶⁶ Sulla ragione storica di questa tecnica normativa cfr. M. LIBERTINI, voce «*Concorrenza*», cit., pp. 214 e 218 s.

lo Stato interessato⁶⁷ sia per gli imprenditori destinatari degli aiuti illegittimi⁶⁸) o comunque si ottenga nella fattispecie concreta una sorta di certificazione (però controvertibile) circa l'esatta interpretazione del citato art. 107, par. 1.

L'art. 107 TFUE (diversamente dagli artt. 101, 102 e 106, par. 2, TFUE) è privo di efficacia diretta⁶⁹ e pertanto non è invocabile davanti ad un giudice nazionale in una controversia tra privati.

Ciononostante, grazie all'efficacia diretta dell'art. 108, par. 3, TFUE⁷⁰, i privati (tra cui, da segnalare, i competitori dell'aiutato) e, secondo alcuni⁷¹, la stessa Autorità garante della concorrenza e del mercato (ai sensi dell'art. 21-*bis*, l. n. 287/1990, limitatamente ad atti amministrativi presi in violazione degli artt. 107 ss. TFUE⁷²) possono rivolgersi al giudice nazionale competente, chiedendo la disapplicazione o l'annullamento di provvedimenti di concessione dell'aiuto, la restituzione degli importi già erogati e/o il risarcimento dei danni contro l'autorità che ha erogato illegittimamente l'aiuto di Stato⁷³. L'ipotizzato ricorso giudiziale

⁶⁷ In effetti, lo Stato in parola non solo deve recuperare dagli imprenditori interessati gli aiuti illegittimamente concessi, ma rischia anche di dover pagare all'Unione europea sanzioni amministrative, magari irrogate per aver recuperato una quantità insufficiente degli aiuti illegittimi già dati alle imprese (come nel caso esaminato da M. ORLANDI, *La prima "doppia condanna" dell'Italia per violazione della normativa dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1, 2012, p. 157 ss.).

⁶⁸ I suddetti imprenditori – come è accaduto nel caso commentato da G. RACUGNO, *Aiuti di Stato e amministrazione straordinaria*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1995, I, p. 529 ss. – possono anche diventare insolventi in ragione della necessità di dover restituire, con gli interessi, gli aiuti di Stato illegittimamente ricevuti.

⁶⁹ Così, tra gli altri, M. HEIDENHAIN, *General Principles*, cit., p. 2.

⁷⁰ Sul punto si rimanda a L. DANIELE, *Diritto del mercato unico*, cit., p. 341 s.

⁷¹ Da ultimo, M.A. SANDULLI, *La legittimazione dell'AGCM a ricorrere avverso i provvedimenti della p.a. ex art. 21-bis l. 287/1990 e la violazione delle norme sugli aiuti di Stato*, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, a cura di L.F. Pace, Napoli, 2013, p. 792.

⁷² Includendo, pertanto, nelle «norme a tutela della concorrenza e del mercato», evocate nell'art. 21-*bis*, l. n. 287/1990, anche quelle comunitarie in materia di aiuti di Stato.

⁷³ I suddetti poteri dei giudici nazionali nel caso di specie sono esaminati, da ultimo, da C. SCHEPISI, *Aiuti di Stato e tutela giurisdizionale. Completezza e coerenza del sistema giurisdizionale dell'Unione europea ed effettività dei rimedi dinanzi al giudice nazionale*, Torino, 2012, p. 157 ss.

rio può però essere intentato, a condizione che l'aiuto contestato sia stato concesso senza che il corrispondente provvedimento sia stato preventivamente notificato alla Commissione (senza cioè che lo Stato interessato abbia osservato il cosiddetto obbligo di *standstill*). Dunque, dall'efficacia diretta dell'art. 108, par. 3, TFUE deriva che il giudice nazionale, chiamato a vagliare le domande dianzi esemplificate, debba preliminarmente verificare se il provvedimento impugnato sia suscettibile nella fattispecie di cui all'art. 107, par. 1, TFUE⁷⁴.

In conclusione, stante l'efficacia diretta dell'art. 108, par. 3, TFUE, v'è un (potenziale⁷⁵) controllo diffuso sugli interventi degli Stati membri nell'economia, potendo sussumere una misura nazionale nella fattispecie di cui all'art. 107, par. 1, TFUE non solo le istituzioni comunitarie – in prima battuta la Commissione europea e poi, eventualmente, la Corte di giustizia dell'Unione europea – ma anche i giudizi nazionali competenti sulla base del loro diritto nazionale⁷⁶.

Un positivo controllo diffuso sul rispetto del diritto UE in materia di aiuti di Stato diventa però inutile (anzi, dannoso a causa dell'incertezza del diritto che determinerebbe), se produce plurime interpretazioni della nozione di aiuto di Stato.

⁷⁴ Come ricorda la Commissione europea nella già citata Comunicazione *relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali*, par. 10, «la Corte di giustizia ha esplicitamente affermato che, al pari della Commissione, i giudici nazionali possono interpretare la nozione di aiuto di Stato».

Come esempio del potere del giudice italiano in argomento, cfr. Cass. 21 settembre 2004, n. 18915, in *Giurisprudenza Italiana*, 2005, p. 510, ove la Suprema Corte, dovendo accertare l'eventuale contrasto fra il d.l. 30 gennaio 1979, n. 26, conv., con mod., dalla l. 3 aprile 1979, n. 95 (istitutivo dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, ora abrogato dal d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270) e il diritto UE sugli aiuti di Stato, ha statuito che nella procedura di amministrazione straordinaria, disciplinata dalla citata legge, l'azione revocatoria fallimentare non rappresenta un aiuto di Stato, a condizione che sia promossa dopo l'inizio della fase di liquidazione.

⁷⁵ E. FONTANA, *Aiuti di Stato e diretta efficacia*, Napoli, 2006, p. 45 ss., illustra le ragioni che hanno portato ad avere poche azioni davanti ai giudici nazionali volte ad ottenere l'accertamento preliminare dell'esistenza di un aiuto di Stato.

⁷⁶ Ai sensi dell'art. 49, comma 2°, l. 24 dicembre 2012, n. 234 spettano alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo «le controversie relative agli atti ed ai provvedimenti che concedono aiuti di Stato in violazione» dell'art. 108, par. 3, TFUE, mentre ai sensi dell'art. 50 della stessa legge i provvedimenti da ultimo menzionati «possono essere impugnati davanti al tribunale amministrativo regionale competente per territorio».

Per fortuna, un'uniforme interpretazione di tale nozione è garantita dalla primazia delle istituzioni comunitarie su quelle nazionali. In effetti, i giudici nazionali devono basare il loro ragionamento sulla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea (tenendo conto anche degli orientamenti e della prassi della Commissione europea)⁷⁷. Inoltre, poiché la pronuncia del giudice nazionale può essere contraddetta da una successiva decisione della Commissione sulla medesima misura, è suggeribile che tale giudice, in caso di dubbio, prima di qualificare la misura, richieda alla Commissione un parere (comunque non vincolante per il giudice richiedente⁷⁸) sulla possibile sussunzione della fattispecie concreta nel citato art. 107⁷⁹.

Il giudice nazionale, se accerta *incidenter tantum* l'illiceità della misura, dopo averla ulteriormente qualificata come un aiuto nuovo o come un aiuto esistente modificato (e così avendo altresì accertato la violazione dell'art. 108, par. 3, TFUE)⁸⁰, certamente deve disapplicare la norma nazionale contenente l'aiuto illegittimo⁸¹.

Mi domando invece se la stessa autorità debba poi comunicare tale illiceità alla Commissione europea (magari argomentando sulla base dell'art. 4, par. 3, TUE⁸²), affinché quest'ultima effettui le dovute verifiche ai sensi degli artt. 107 ss. TFUE⁸³.

⁷⁷ Così ancora la Commissione nella Comunicazione *relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali*, cit., par. 12, la quale precisa che «la giurisprudenza e gli orientamenti e le decisioni della Commissione possono fornire un valido aiuto ai giudici nazionali e ai potenziali ricorrenti riguardo alla nozione di aiuto di Stato».

⁷⁸ Come è precisato al par. 93 della citata Comunicazione *relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali*.

⁷⁹ Il suddetto parere è regolato nella sezione 3 della ricordata Comunicazione *relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali*. Per un commento sul punto cfr. C. SCHEPISI, *op. cit.*, p. 198 ss.

⁸⁰ Come ricordato da E. FONTANA, *Aiuti di Stato e diretta efficacia*, cit., p. 49 s.

⁸¹ In questo senso cfr. Cass. SS.UU., 29 dicembre 2006, n. 27619, in *Diritto Pratico Tributario*, 2007, II, p. 453.

⁸² Il quale ha sostanzialmente sostituito l'art. 10 del Trattato che istituisce la Comunità europea, come indicato nelle Tavole di corrispondenza pubblicate in GU n. C 115 del 9 maggio 2008, p. 361; sulla disposizione citata nel testo cfr. G. TESAURO, *op. cit.*, pp. 781, 789 e 799.

⁸³ Del suddetto dovere di collaborazione non v'è però traccia nella Comunicazione

Naturalmente, la decisione di richiedere il sopra ricordato parere alla Commissione non impedisce al giudice nazionale di scegliere di ricorrere direttamente alla Corte di giustizia dell'Unione europea (con l'inconveniente però di un notevole allungamento del processo davanti al giudice rimettente) al fine di ottenere una pronuncia ai sensi dell'art. 267 TFUE; se poi il giudice italiano corrispondesse alla Corte di Cassazione o alla Corte costituzionale, questi giudici, in caso di dubbio nel risolvere la controversia posta alla loro attenzione, non potrebbero che rivolgersi alla Corte di giustizia, la cui sentenza sarebbe per loro vincolante.

5.2. I singoli presupposti

5.2.1. Affinché possa integrarsi la fattispecie di aiuto di Stato, l'art. 107 TFUE – al pari delle altre disposizioni costituenti il diritto UE sulla concorrenza (tra cui, ovviamente, gli artt. 101 e 102 TFUE⁸⁴) – presuppone che l'ente aiutato con risorse pubbliche sia qualificabile come imprenditore secondo il diritto UE⁸⁵.

relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali, cit., né nella recentissima l. n. 234/2012 (specialmente nei suoi artt. 44-52 in materia di aiuti di Stato). Dal silenzio appena ricordato si potrebbe far discendere l'assenza del dovere in parola, poiché il legislatore comunitario, quando ha imposto all'autorità giudiziaria nazionale uno specifico dovere di collaborazione con la Commissione, l'ha previsto in modo espreso [ad esempio, con gli artt. 20 e 21 reg. (CE) n. 1/2003 circa l'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE]; si potrebbe pertanto affermare che solo un'esplicita limitazione legale a livello comunitario potrebbe comprimere nel caso di specie la normale ampia discrezionalità tecnica riconosciuta al giudice nazionale, obbligandolo a collaborare. Naturalmente, se dovesse mancare il predetto dovere in capo al giudice nazionale, la Commissione potrebbe comunque attivarsi per raccogliere le decisioni dei giudici nazionali con le quali costoro dovessero aver disapplicato norme nazionali contemplanti illegittimi aiuti di Stato.

⁸⁴ Circa la potenziale applicazione parallela della disciplina *antitrust* in senso stretto [artt. 101 e 102 TFUE e reg. (CE) n. 139/2004] e della disciplina degli aiuti di Stato cfr. L. HANCHER, *The general framework*, in *EU State Aids*⁴, a cura di L. Hancher - T. Ottervanger - P.J. Slot, London, 2012, pp. 126-128.

⁸⁵ In argomento, da ultimo, cfr. F. GHEZZI, *op. cit.*, p. 2484 ss. e C. FONTANA, *Gli aiuti di Stato di natura fiscale*, Torino, 2012, p. 87 ss.

Ciò significa che l'ente aiutato, per poter essere sussunto nell'art. 107 TFUE, deve esercitare una o più attività (anche per finalità non lucrative⁸⁶) astrattamente idonee a generare reddito, cioè (usando la terminologia dei giudici comunitari) non aventi una funzione esclusivamente sociale⁸⁷ e pertanto qualificabili come economiche sulla base del diritto UE.

A mio parere, utilizzando concetti maggiormente familiari al giurista italiano, si potrebbe affermare che v'è impresa secondo il diritto UE, qualora l'agente abbia organizzato la relativa attività nel rispetto del criterio di economicità, così come elaborato dalla dottrina giuscommerciale per qualificare come economica l'attività integrativa della nozione civilistica di imprenditore; tale criterio è ormai pacificamente ritenuto osservato, quando l'impresa, valutata oggettivamente, sia in grado di generare sistematicamente un risultato economico positivo in una prospettiva temporale di medio periodo, ovvero sia quando l'attività produttiva dell'impresa sia condotta secondo modalità che consentano almeno la copertura dei costi con i ricavi, assicurandone così l'autosufficienza economica⁸⁸. Se poi l'agente non rispettasse il criterio di economicità, si avrebbe quello che gli economisti denominano un'azienda di erogazione, la quale consuma invece che produrre ricchezza⁸⁹.

⁸⁶ Per evitare equivoci, spesso presenti nel cosiddetto settore *nonprofit*, si precisa che in questo scritto al sintagma "ente lucrativo" sarà attribuito il seguente significato (pacifico tra i giuscommercialisti): ente i cui membri intendono distribuirsi in vario modo gli utili generati dal loro ente.

⁸⁷ Come esempi di sentenze in cui la Corte di giustizia ha ritenuto assente un'attività economica in ragione del suo carattere «esclusivamente sociale» cfr. Corte di giustizia, 17 febbraio 1993, cause C-159-160/91, *Poucet e Priste*, in *Racc.*, 1993, p. I-637 e Corte di giustizia, 22 gennaio 2002, causa C-218/00, *INAIL*, in *Racc.*, 2002, p. I-691.

⁸⁸ Sul punto si rinvia, tra gli altri, a G. MARASÀ, *Lucro, mutualità e solidarietà nelle imprese (riflessioni sul pensiero di Giorgio Oppò)*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2012, I, p. 199 s.

⁸⁹ Esempificando, non v'è impresa né per il diritto UE né per il codice civile italiano, mancando un'attività economica, se un istituto di patronato e di assistenza sociali (ente con personalità giuridica di diritto privato) rispetta la propria disciplina, contenuta nella l. 30 marzo 2001, n. 152; in effetti, in questa disciplina è previsto, da un lato, che lo statuto indichi «la gratuità delle prestazioni, salve le eccezioni stabilite dalla presente legge» [art. 4, comma 1°, lett. g)] e, dall'altro lato, che le entrate di tali enti rappresentino un prelevamento di una certa aliquota sul gettito dei contributi previdenziali obbligatori incassati dagli istituti pubblici previdenziali (art. 13).

Il discorso diventa più complicato, se l'aiutato svolge diverse attività e solo una o più di esse siano qualificabili come imprese per il diritto UE. In tal caso avremo un'impresa rilevante ai sensi dell'art. 107, par. 1, TFUE, se l'aiuto può essere liberamente utilizzato dall'aiutato a sostegno di qualsiasi sua attività, ovvero se le attività qualificabili come imprese prevalgono sulle altre sue attività⁹⁰. Quest'ultima ipotesi – se interpreto correttamente la Corte di Cassazione italiana – si verificherebbe nel diritto italiano in presenza delle fondazioni di origine bancaria (disciplinate dal d.lgs. 17 maggio 1999, n. 153); tali enti, infatti, sarebbero imprese per il diritto UE, se non dimostrassero (mediante estratti contabili o idonee attestazioni dei revisori legali dei conti degli enti da loro partecipati) di svolgere «una attività di prevalente o esclusiva promozione sociale e culturale»⁹¹.

Benché l'art. 107, par. 1, TFUE parli di «imprese» o di «produzioni», entrambe queste parole sono da includersi nella nozione di impresa secondo il diritto UE. Semmai, questa distinzione potrebbe intendersi nel senso che *impresa* dovrebbe interpretarsi come imprenditore e *produzione* come una delle attività qualificabili come imprese esercitate da un imprenditore; sicché la disposizione in parola varrebbe non solo quando l'aiutato fosse l'imprenditore, ma anche quando l'aiutata fosse una delle imprese esercitate dall'imprenditore.

5.2.2. V'è aiuto di Stato solo se l'aiutante utilizza risorse statali o comunque pubbliche (quand'anche tali risorse non appartenessero per-

⁹⁰ Parrebbe pertanto adottata una soluzione giurisprudenziale analoga a quella utilizzata dalla giurisprudenza italiana per qualificare come imprenditore un ente del primo libro del codice civile; sul punto cfr., ad esempio, Cass. 18 settembre 1993, n. 9589, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 1995, I, p. 309, ove si stabilisce che «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, ed ad essa imputabile anche formalmente».

⁹¹ Così Cass., SS.UU., 22 gennaio 2009, n. 1576, in *Foro italiano*, 2009, 3, 1, c. 656. Sul punto, da ultimo, cfr. M. TANZI, *Sulle c.d. fondazioni bancarie: alcune considerazioni critiche*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2013, I, p. 257 ss.

manentemente all'ente pubblico, ma fossero solo a sua disposizione⁹²). Il che può accadere anche quando chi eroga concretamente la risorsa pubblica sia un soggetto di diritto privato, magari controllato da un ente pubblico ovvero istituito o designato dall'ente pubblico per gestire l'aiuto illegittimo⁹³.

Nell'economia del presente scritto è poi importante precisare che la risorsa pubblica concessa può comportare per l'aiutante o una prestazione positiva (sovvenzione in senso stretto) ovvero una rinuncia a introiti (come in caso di agevolazioni fiscali o di prezzi di favore per determinati beni o servizi pubblici)⁹⁴.

5.2.3. A fronte dell'onere finanziario a carico del bilancio pubblico vi deve essere un vantaggio per l'impresa beneficiaria dell'aiuto. Tale vantaggio può essere anche indiretto, come quando l'aiuto fosse rivolto all'acquirente del bene o servizio prodotto dall'impresa aiutata illegittimamente⁹⁵. Da sottolineare inoltre che il vantaggio per l'aiutato può consistere o in un'entrata (in caso di sovvenzioni) o in una mancata o ridotta (rispetto a quella che vi sarebbe stata senza aiuto⁹⁶) uscita (in caso di rinuncia a introiti).

5.2.4. Oggigiorno, il presupposto della fattispecie di aiuto di Stato certamente più difficile da individuare (e sempre più rilevante nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea⁹⁷) è quello del-

⁹² Corte di giustizia, 16 maggio 2002, causa C-482/99, *Francia c. Commissione*, in *Racc.*, 2002, p. I-4397. Nello stesso senso K. BACON, *op. cit.*, p. 82.

⁹³ Corte di giustizia, 17 marzo 1993, causa C-72-73/91, *Sloman Neptun*, in *Racc.*, 1991, p. I-887.

⁹⁴ Corte di giustizia, 16 dicembre 2010, causa C-239/09, *Seydaland*, in *Racc.*, 2010, p. I-13083.

⁹⁵ La suddetta ipotesi di aiuto di Stato è stata ad esempio accertata dalla Corte di giustizia, 28 giugno 2011, causa C-403/10, *Mediaset*, in *Racc.*, 2011, p. I-117.

⁹⁶ Si pensi al caso in cui l'aiuto di Stato consista nel concedere un prestito a tassi che un finanziatore privato che agisse in un'economia di mercato non avrebbe concesso, adottandosi così ai prestiti il criterio dell'investitore privato concepito dalla Corte di giustizia dell'Unione europea per valutare la legittimità di investimenti pubblici nel capitale delle imprese.

⁹⁷ Come chiaramente emerge leggendo la rivista europea specializzata in diritto UE

la selettività. Con esso il diritto UE impone che il vantaggio riconosciuto all'impresa sia selettivo, cioè rivolto a «talune imprese o taluni produzioni» (art. 107, par. 1, TFUE).

Ne deriva che non può costituire aiuto una misura che favorisca tutte le imprese (misura a carattere generale)⁹⁸, mentre costituisce aiuto di Stato, ad esempio, (i) una misura rivolta solamente alle PMI⁹⁹ o alle società neocostituite¹⁰⁰ o alle società di investimento specializzate in società di piccola o media capitalizzazione¹⁰¹, (ii) una misura concessa a seguito di una decisione discrezionale dell'autorità pubblica¹⁰², ovvero ancora (iii) una misura concessa sì a tutte le imprese operanti in una certa parte di uno Stato membro, ma decisa da un ente territoriale (come una Regione, una Provincia o un *Land*) che sia privo di autonomia politica e amministrativa riconosciuta costituzionalmente e che compensi il relativo onere finanziario con flussi provenienti da altri enti pubblici territoriali¹⁰³.

Al fine di valutare la legittimità di misure fiscali rivolte alle imprese la Corte di giustizia dell'Unione europea ha elaborato il seguente ulteriore presupposto (a sua volta ricavato da quello della selettività) per in-

sugli aiuti di Stato (*European State Aid Law Quarterly*), di cui si citano i seguenti ultimi articoli: M. PREK - S. LEFÈVRE, *The Requirement of Selectivity in the Recent Case-Law of the Court of Justice*, *ivi*, 2, 2012, p. 335 ss. e P. NICOLAIDES - I.E. RUSU, *The Concept of Selectivity: An Ever Wider Scope*, *ivi*, 4, 2012, p. 791 ss. Per la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea cfr. la recentissima Corte di giustizia, 18 luglio 2013, causa C-6/12, *P Oy*, non ancora pubblicata in *Racc.*

⁹⁸ *Ex multis*, Corte di giustizia, 30 novembre 1993, causa C-189/91, *Kirsammer-Hack*, in *Racc.*, 1993, p. I-6185.

⁹⁹ Corte di giustizia, 8 novembre 2001, causa C-143/99, *Adrian Wien Pipeline*, in *Racc.*, 2001, p. I-8365. Il che però non preclude alle istituzioni dell'Unione di prevedere che determinate misure rivolte solo alle PMI siano aiuti compatibili con il mercato interno e pertanto siano legittimi per il diritto UE; l'esempio più significativo al riguardo è senza dubbio costituito dal già citato reg. (CE) n. 800/2008.

¹⁰⁰ Sul punto cfr. W. SCHÖN, *State aid in the area of taxation*, in *EU State Aids*⁴, a cura di L. Hancher - T. Ottervanger - P.J. Slot, London, 2012, p. 356 s.

¹⁰¹ Tribunale, 4 marzo 2009, causa T-445/05, *Associazione italiana del risparmio gestito*, in *Racc.*, 2009, p. II-289.

¹⁰² Corte di giustizia, 1° dicembre 1998, causa C-200/97, *Ecotrade*, in *Racc.*, 1998, p. I-7907.

¹⁰³ Corte di giustizia, 6 settembre 2006, causa C-88/03, *Commissione c. Portogallo*, in *Racc.*, 2006, p. I-7115.

tegrare la fattispecie di cui all'art. 107, par. 1, TFUE: la misura non deve essere giustificata dalla natura o dalla struttura generale del sistema tributario nel quale detta misura si inserisce¹⁰⁴.

Più in generale, il carattere della selettività che deve ricorrere per poter qualificare una misura come aiuto di Stato non è altro che l'applicazione in questo settore dell'ordinamento comunitario del principio di non discriminazione¹⁰⁵.

5.2.5. La fattispecie tratteggiata nell'art. 107, par. 1, TFUE, al pari di tutte le altre fattispecie sanzionatorie concepite nel diritto *antitrust* dell'Unione europea, prevede che l'aiuto pregiudichi almeno potenzialmente («falsino o minaccino di falsare») la concorrenza intracomunitaria.

Ciò è presuntivamente escluso in via assoluta¹⁰⁶, se la misura com-

¹⁰⁴ In argomento cfr. F. VITALE, *Le prospettive di sviluppo*, in *Aiuti di Stato in materia fiscale*, a cura di L. Salvini, Padova, 2007, pp. 525-529, il quale, da un canto, osserva come la nozione di aiuto di Stato in ambito fiscale sia «composta da elementi “positivi”, di cui è necessario verificare la presenza (origine statale, vantaggio, selettività, incidenza comunitaria) e di un elemento negativo, di cui, invece, è necessario accertare la mancanza (giustificazione in base alla natura o alla struttura del sistema fiscale di riferimento)» e, dall'altro, opportunamente rammenta che i ricordati elementi positivi devono essere provati dalla Commissione europea, mentre l'elemento negativo deve essere provato dallo Stato che ha concepito la relativa misura fiscale (come confermato, da ultimo, dalla già citata Corte di giustizia, 15 novembre 2011, ove tra l'altro si precisa, nel punto 146, che spetta allo Stato membro che ha concepito la misura fiscale contestata dalla Commissione europea l'onere di provare che tale misura «sia effettivamente giustificata dalla natura e dalla struttura del sistema» fiscale in cui la predetta misura si inserisce).

¹⁰⁵ Così, tra gli altri, F. RASI, *I confini della nozione*, in *Aiuti di Stato in materia fiscale*, a cura di L. Salvini, Padova, 2007, pp. 86-90 e M. HEIDENHAIN, *The Concept of State Aid*, cit., p. 47, quest'ultimo scrivendo che «*the ECJ [Corte di giustizia] thus views selectivity as the disparate treatment of similarly situated undertakings*». Più in generale, sul ruolo del principio di ragionevolezza (come corollario del principio di uguaglianza) per l'intera disciplina *antitrust* cfr. L. DELLI PRISCOLI, *Mercato e diritti fondamentali*, Torino, 2011, pp. 184-186.

¹⁰⁶ Come si può ricavare dall'art. 1, par. 2, reg. (CE) n. 1998/2006 della Commissione, del 15 dicembre 2006 *relativo all'applicazione degli articoli 87 e 88 del trattato agli aiuti d'importanza minore* (de minimis). Dello stesso avviso, tra gli altri, sono V. ZULEGER, *De Minimis Aid*, in *European State Aid Law*, a cura di M. Heidenhain, München, 2010, p. 70 e M. EBNER - E. GAMBARO, *La nozione di aiuto di Stato*, in *Concorrenza e Aiuti di Stato. Un osservatorio sulla prassi comunitaria*, a cura di A. Santa Maria, Torino, 2006, p. 35 ss.

porta un aiuto annuo per ciascun beneficiario non superiore attualmente a 200.000 euro; ma, allora, questo importo – periodicamente deciso (in aumento) dalla Commissione europea¹⁰⁷ – segnala se l'aiuto non pregiudica sensibilmente il bene concorrenza e pertanto non riesce a raggiungere il grado di anti giuridicità richiesto per integrare la fattispecie sanzionatoria in parola¹⁰⁸.

La giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea è molto benevola nei confronti della Commissione circa la dimostrazione dell'esistenza di un pregiudizio sensibile al bene concorrenza¹⁰⁹. Alla Commissione (cui spetta il relativo onere) basta infatti provare che la misura contestata provochi il rafforzamento della posizione dell'impresa beneficiaria e quest'ultima operi in un mercato aperto (quand'anche fosse solo quello nazionale) agli scambi tra Stati membri¹¹⁰.

¹⁰⁷ Da ultimo, con il già citato reg. (CE) n. 1998/2006.

¹⁰⁸ Con la soluzione sopra evidenziata l'Unione europea ha adottato una regola analoga a quella prevista per le intese anticoncorrenziali con la Comunicazione della Commissione *relativa agli accordi di importanza minore che non determinano restrizioni sensibili della concorrenza ai sensi dell'art. 81, par. 1, del trattato che istituisce la Comunità europea* (de minimis) (in GU n. C 368 del 22 dicembre 2001, p. 13).

Tali provvedimenti normativi, volti a semplificare l'operato dei pubblici poteri, sono presenti anche nel nostro ordinamento nazionale, anche fuori dal settore della concorrenza, come accade, esemplificando, in materia fallimentare (cfr. infatti gli artt. 1, comma 2° e 15, comma 9°, r.d. 16 marzo 1942, n. 267, corrispondente alla cosiddetta legge fallimentare; per una lettura congiunta di queste disposizioni cfr., tra gli altri, M. NOTARI, in AA.VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*², Milano, 2013, pp. 106-109).

¹⁰⁹ Sul punto cfr. L. HANCHER, *op. cit.*, p. 100 ss.

¹¹⁰ La Commissione, se deve prima demarcare il mercato rilevante per poi poter sanzionare ex artt. 101 o 102 TFUE, non ha invece lo stesso onere probatorio se deve accertare l'esistenza di un aiuto ex art. 107, par. 1, TFUE; sul punto, per un approfondimento, cfr. M. HEIDENHAIN, *The Concept of State Aid*, cit., p. 53 s. Con specifico riguardo alla tassazione diretta delle imprese cfr. la Comunicazione della Commissione europea *sull'applicazione delle norme relative agli aiuti di Stato alle misure di tassazione diretta delle imprese* (in GU n. C 384 del 10 dicembre 1998, p. 3), par. 11.

6. Sintesi

L'accertamento degli spazi lasciati dal diritto UE agli Stati membri dell'Unione europea per promuovere i modelli imprenditoriali maggiormente conformi con i principi costituzionali di detti Stati ha richiesto un chiarimento sui confini e gli obiettivi del diritto UE in materia di aiuti di Stato. A seguito di tale chiarimento ho potuto sostenere che:

i) l'intero diritto UE sulla concorrenza tutela un unico bene giuridico, la concorrenza dinamica ed effettiva all'interno dell'Unione;

ii) la tutela della concorrenza intracomunitaria, pur costituendo un principio generale del diritto UE, rappresenta un obiettivo strumentale per perseguire gli obiettivi finali che devono contraddistinguere la politica economica dell'Unione europea e degli Stati membri; tra questi obiettivi finali v'è certamente il perseguimento di un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, ove la parola «sociale» (cioè orientata al bene comune) deve prevalere sul sintagma «fortemente competitiva», evocando la prima un fine e il secondo un mezzo;

iii) il perseguimento di un'economia sociale di mercato può diventare un limite esterno alla concorrenza intracomunitaria solo se è attuata mediante atti normativi dell'Unione europea o degli Stati membri;

iv) il contenuto indeterminato della fattispecie comunitaria di aiuto di Stato è da ricostruirsi sulla base delle sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea; tale organo fonda i propri ragionamenti sia sulla prassi e sulle comunicazioni della Commissione, sia, soprattutto, sulla propria giurisprudenza e sulle disposizioni contenute in fonti formali del diritto UE;

v) grazie all'efficacia diretta dell'art. 108, par. 3, TFUE, il giudice nazionale può verificare se un provvedimento nazionale sia suscettibile all'interno della fattispecie di cui all'art. 107, par. 1, TFUE; tale verifica deve essere condotta sulla base della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e può essere legittimamente contraddetta da una successiva decisione della Commissione avente ad oggetto la stessa misura già scrutinata dal giudice nazionale;

vi) tra i presupposti integranti la fattispecie di aiuto di Stato quello oggi più controverso è rappresentato dalla selettività della misura nazionale di cui si deve controllare la conformità con il diritto UE; l'indi-

duazione di tale selettività è cruciale in questo studio, poiché può accadere che un dato modello nazionale di esercizio dell'impresa privata, in ragione della sua peculiarità giuridica, può determinare la non selettività della misura collegata a tale modello e, pertanto, l'insussumibilità di detta misura nell'art. 107, par. 1, TFUE.

CAPITOLO SECONDO

LA PROMOZIONE DELLE IMPRESE PRIVATE
NON ESCLUSIVAMENTE LUCRATIVE
NELL'UNIONE EUROPEA

«La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale».

Art. 2 Costituzione italiana

SOMMARIO: 1. I modelli imprenditoriali secondo il diritto dell'Unione europea. – 2. L'impresa non lucrativa. – 3. L'impresa mutualistica e le istituzioni comunitarie. – 3.1. La Commissione europea. – 3.1.1. Le procedure aperte contro le agevolazioni nazionali riservate alle cooperative. – 3.1.2. Il cosiddetto modello cooperativo mutualistico puro. – 3.2. La Corte di giustizia. – 3.2.1. Il caso Paint Graphos e la vera cooperativa. – 3.2.2. L'impatto della sentenza Paint Graphos sul diritto delle cooperative. – 4. Sintesi.

1. I modelli imprenditoriali secondo il diritto dell'Unione europea

Fin dalle sue origini il diritto UE riconosce la presenza nel mercato comunitario di imprese costituite secondo diverse forme giuridiche, come emerge chiaramente leggendo l'art. 54 TFUE (già art. 58 Trattato che istituisce la Comunità europea, in vigore dal 1° gennaio 1958)¹.

¹ Da sottolineare che l'art. 54 TFUE, stranamente, non attribuisce il diritto comunitario di stabilimento alle società senza scopo di lucro. Ciò è di particolare interesse og-

Tuttavia, solo recentemente il legislatore comunitario ha concepito regole appositamente pensate per forme imprenditoriali che siano autonome² e alternative alle società lucrative. Più precisamente, *de iure condito*, è stata disciplinata soltanto la cooperativa mediante il reg. n. 1435/2003/CE del 22 luglio 2003 sulla società cooperativa europea e la collegata direttiva n. 2003/72/CE sul coinvolgimento dei lavoratori in una società cooperativa europea; *de iure condendo*, potrebbero aggiungersi la fondazione³, la mutua⁴, l'associazione e l'impresa socia-

gi, poiché cresce il numero degli Stati membri dell'Unione europea che impongono agli enti in forma di società lucrative di non perseguire lo scopo di lucro, qualora vogliano assoggettarsi a particolari regimi (non necessariamente agevolati fiscalmente). Tra tali Stati si rammenta l'Italia con la disciplina delle imprese sociali di cui agli artt. 1 e 3 d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155.

² Il gruppo europeo di interesse economico – disciplinato dal reg. (CEE) n. 2137/1985 del 25 luglio 1985 e dalla normativa dello Stato in cui si trova la sua sede –, benché sia un soggetto giuridico (senza personalità giuridica) distinto dai propri membri, non può esercitare un'impresa autonoma da quella condotta da detti membri; l'attività del gruppo europeo di interesse economico, infatti, «deve collegarsi all'attività economica dei suoi membri e può avere soltanto un carattere ausiliario rispetto a quest'ultima» (art. 3, par. 1, reg. n. 2137/1985). Da segnalare anche il gruppo europeo di cooperazione territoriale – disciplinato solo dal reg. (CE) n. 1082/2006 del 5 luglio 2006 come ente con autonoma personalità giuridica – i cui membri possono essere unicamente enti pubblici e il cui scopo è quello di «facilitare e promuovere la cooperazione transfrontaliera, transnazionale e/o interregionale ... tra i suoi membri ...», al fine esclusivo di rafforzare la coesione economica e sociale» (art. 1, par. 2, reg. n. 1082/2006). Su entrambe queste figure giuridiche cfr., da ultimo A. BARTOLACELLI, in *Percorsi di diritto societario europeo*², a cura di E. Pederzini, Torino, 2012, pp. 177 ss.

³ L'8 febbraio 2012 è stata presentata la proposta di regolamento del Consiglio sullo statuto della fondazione europea (FE); l'art. 11 di detta proposta precisa che «la FE ha la capacità ed è libera di intraprendere attività commerciali o altre attività economiche, a condizione che gli utili vengano esclusivamente impiegati per perseguire i propri scopi di pubblica utilità», e che «le attività economiche non correlate allo scopo di pubblica utilità della FE possono costituire al massimo il 10% del fatturato annuo netto della stessa, a condizione che i risultati delle attività non correlate siano esposti separatamente in bilancio». Su tale proposta cfr. S.J.C. HEMELS - S.A. STEVENS, *The European Foundation Proposal: A Shift in the EU Tax Treatment of Charities?*, in *EC Tax Review*, 6, 2012, p. 293 ss.

⁴ Nel 1992 fu presentata dall'allora Commissione delle Comunità europee una proposta di regolamento sullo statuto delle mutue, poi ritirata dalla stessa Commissione nel 2006. Sulla base dei documenti comunitari si ricava che a questo modello imprendito-

le⁵, i cui modelli organizzativi presuppongono (nel caso della mutua e dell'impresa sociale) o consentono (nel caso della fondazione e dell'associazione) l'esercizio di attività qualificabili come imprese per il diritto UE.

Questa marcata preferenza dell'Unione europea per le società lucrative (anzi, per le società di capitali, non necessariamente con scopo lucrativo⁶) probabilmente dipende non solo dal fatto che esse corrispon-

riale corrispondono in Italia due differenti forme di impresa: quella delle mutue assicuratrici (artt. 2546-2548 c.c.) e quella della società di mutuo soccorso (l. 15 aprile 1886, n. 3818). Dal *Report of the Reflection Group On the Future of EU Company Law*, Brussels, 5 aprile 2011, p. 31, emerge come vi sia ancora un interesse ad avere uno statuto della mutua europea da parte delle mutue nazionali attualmente operanti (in modo crescente nel settore assicurativo) in Europa; questo statuto, secondo il gruppo di esperti che ha predisposto il predetto rapporto, avrebbe il pregio di consentire il ricorso a tale particolare forma di impresa mutualistica anche negli Stati Membri ove questo modello imprenditoriale non è contemplato. In argomento cfr. lo studio finanziato dalla Commissione europea, intitolato *Study on the current situation and prospects of mutuals in Europe*, Zoetermeer, 2012, nel quale, tra l'altro, si riporta che le mutue hanno circa il 15,8% del mercato assicurativo europeo, offrono a circa 230 milioni di cittadini europei servizi sociali-sanitari e sono costituite in forma di associazione, cooperativa, società di capitali o, in alcuni paesi, nella forma specifica di società mutua. Da ultimo, il 10 luglio 2013 la Commissione europea ha annunciato che sarà prossimamente predisposto uno studio d'impatto relativo ad una possibile nuova proposta di regolamento comunitario di mutua europea.

⁵ Le ultime due forme evocate nel testo sono state recentemente menzionate nella Comunicazione della Commissione europea del 25 ottobre 2011, denominata *Iniziativa per l'imprenditoria sociale. Costruire un ecosistema per promuovere le imprese sociali al centro dell'economia e dell'innovazione sociale* (SEC(2011) 1278 definitivo); in essa, a p. 12, la predetta istituzione comunitaria propone di proseguire la riflessione sulla «necessità di un eventuale statuto europeo per le altre forme di imprese sociali, quali le associazioni senza scopo di lucro e/o, se del caso, di uno statuto europeo comune per le imprese sociali». Sulla predetta Comunicazione cfr. il parere adottato dal Comitato economico e sociale il 23 maggio 2012 (INT/606) e la risoluzione del Parlamento europeo presa il 20 novembre 2012 [P7_TA(2012)0429].

⁶ In effetti, il reg. (CE) n. 2157/2001 dell'8 ottobre 2001, relativo allo statuto della Società europea, similmente ad alcuni diritti societari nazionali (come quello tedesco), non impone alla società europea (avente una struttura simile ad una s.p.a. di diritto italiano) di perseguire lo scopo lucrativo. Che l'attenzione dell'Unione europea, quando si occupa di diritto societario, sia sostanzialmente concentrata sul modello societario corrispondente al tipo italiano s.p.a. è da ultimo dimostrato dalla Comunicazione della Commissione alle varie istituzioni comunitarie, datata 12 dicembre 2012 [COM(2012)

dono ai modelli societari più utilizzati per esercitare imprese transfrontaliere, ma anche dal fatto che i loro tratti caratterizzanti sono maggiormente condivisi tra i legislatori nazionali e sono certamente i più studiati dai colleghi giuscommercialisti (europei e non solo)⁷.

Purtroppo, il vigente diritto UE sulle forme imprenditoriali diverse dalle società di capitali è assai lacunoso e di scarsa qualità: *lacunoso*, probabilmente per un'ancora inadeguata armonizzazione in materia tra le normative nazionali (anche in ragione del fatto che le varie direttive comunitarie sui modelli di impresa riguardano quasi esclusivamente le società di capitali), costringendo così il legislatore comunitario a importanti rinvii alla disciplina dello Stato membro in cui l'ente ha la propria sede (per la società cooperativa europea cfr. l'art. 8, reg. n. 1435/2003/

740 final], intitolata *Piano d'azione: diritto europeo delle società e governo societario – una disciplina giuridica moderna a favore di azionisti più impegnati e società sostenibili*, commentata da P. MARCHETTI, *Il nuovo Action Plan europeo in materia societaria e di corporate governance*, in *Rivista delle società*, 2013, p. 225 ss.

⁷ Come prova dell'affermazione sopra riportata si ricorda, da un lato, il progetto di ricerca (iniziato nel 2007) volto a concepire un *European Model Company Act*, sulla falsariga dello statunitense *revised Model Business Corporation Act*, il quale potrebbe essere d'aiuto (o comunque diventare un *benchmark*) per i legislatori nazionali nel riformare il loro diritto delle società di capitali; dall'altro, le riflessioni di affermati professori [R.R. KRAAKMAN - P. DAVIES - H. HANSMANN - G. HERTIG - K.J. HOPT - H. KANDA - E.B. ROCK, *Diritto societario comparato*, Bologna, 2006 (trad. it. curata da L. Enriques, *The Anatomy of Corporate Law. A comparative and functional approach*, Oxford, 2004), p. 6 ss., ma spec. pp. 22-24] i quali, nel definire il diritto societario (similmente a quanto opina la Commissione europea), l'hanno circoscritto alla disciplina delle società di capitali lucrative e, in particolare, a quella delle società che nel diritto italiano sono denominate s.p.a. Che la gran parte degli studiosi europei di diritto societario non abbiano ancora preso adeguatamente consapevolezza della diversificazione dei modelli organizzativi d'impresa a livello europeo è autorevolmente confermato da H. FLEISCHER, *Supranational corporate forms in the European Union: prolegomena to a theory on supranational forms of association*, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 1672. Se poi concentriamo l'attenzione sul modello di impresa collettiva più diffuso in Europa dopo quelli corrispondenti alle società lucrative, cioè la cooperativa, uno dei più attenti studiosi di diritto cooperativo a livello mondiale (H. HENRY, *Basics and New Features of Cooperative Law – The Case of Public International Cooperative Law and the Harmonisation of Cooperatives Laws*, in *Uniform Law Review*, 2012, pp. 198 e 233) registra addirittura una diminuzione di interesse per quest'ultimo modello da parte dei giuristi (pratici e teorici), con il conseguente rischio di avvicinare pericolosamente (poiché ciò fa perdere i tratti distintivi tra modelli organizzativi) la disciplina delle cooperative a quella delle società di capitali (essendo considerate queste ultime i modelli di riferimento per qualsiasi società).

CE)⁸; *di scarsa qualità*, forse per il forte carattere compromissorio della normativa finora concepita e – direi soprattutto – per le riflessioni giuridiche (sia di teorici sia di pratici) non di rado minate da un approccio ancora troppo ideologico e poco tecnico, sulle quali è costretto a basarsi il legislatore comunitario.

Che il diritto UE sulle forme imprenditoriali diverse dalle società di capitali non brilli per chiarezza e sistematicità può essere dimostrato ricordando non solo la stessa disciplina sulla società cooperativa europea (purtroppo non soggetta ad una prossima semplificazione⁹, come invece era stato prospettato all'inizio del 2012¹⁰), ma anche vari interventi della Commissione europea¹¹, pure in materia di aiuti di Stato¹², da cui emerge una certa confusione concettuale in argomento.

⁸ La disciplina della società cooperativa europea ha però indotto una certa armonizzazione nei Paesi dell'Unione, ad esempio spingendoli a prevedere la figura del socio non cooperatore (in vario modo denominato) come possibile membro non solo delle società cooperative europee aventi sede nel loro territorio ma anche delle cooperative regolate solo dalla loro legislazione nazionale. Sul punto, anche in chiave comparatistica, cfr. E. CUSA, *Il socio finanziatore nelle cooperative*, Milano, 2006, *passim*, ma spec. p. 5 ss. e, come esempio più emblematico del predetto impatto sulla legislazione nazionale, si rammenta l'importante riforma, intervenuta nel 2006, della *Genossenschaftsgesetz* (*GenG*) tedesca; tale riforma ha tra l'altro introdotto nella *GenG* (migliorandola significativamente secondo H. FLEISCHER, *op. cit.*, p. 1699) la figura degli *investierende Mitglieder* (cfr. art. 8, *Abs. 2*, *GenG*), sui quali cfr. M. WACHTER, *Die Investierende Mitgliedschaft bei der eingetragenen Genossenschaft*, Jena, 2011.

⁹ Come ha dichiarato la Commissione, nella Comunicazione del 12 dicembre 2012, cit., p. 15.

¹⁰ Dalla stessa Commissione, nella sua relazione sull'applicazione del regolamento relativo alla società cooperativa europea, datata 23 febbraio 2012 [COM(2012) 72 final].

¹¹ Sui quali v. *infra*, § III.4.2.1 s.

¹² A mo' di esempio cfr. la già citata Comunicazione della Commissione europea *sull'applicazione delle norme relative agli aiuti di Stato alle misure di tassazione diretta delle imprese*, il cui par. 25 così recita: «è ovviamente impossibile riscuotere un'imposta sugli utili qualora questi *non esistano*. La natura del sistema fiscale può pertanto giustificare il fatto che le imprese senza scopo di lucro, quali le fondazioni o le associazioni, siano specificatamente esentate dall'imposta sugli utili se effettivamente *non possono* conseguire dei profitti [i corsivi sono di chi scrive]». Affermazione nella quale pare che si confonda l'effettiva percezione di un utile (sempre possibile) con il programmatico perseguimento dello stesso; il passo appena riportato sembra poi non focalizzare la questione centrale dal punto di vista fiscale: non tanto l'esistenza di un utile o il suo perseguimento, quanto la destinazione dell'utile eventualmente ottenuto.

2. L'impresa non lucrative

A mio parere, la sentenza della Corte di giustizia, datata 10 gennaio 2006 (causa C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze e a.*)¹³, è quella più significativa nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea per cogliere le connessioni tra imprese non lucrative e aiuti di Stato.

In effetti, in tale pronuncia la Corte fu chiamata a verificare se una certa misura fiscale agevolativa italiana potesse essere qualificata come aiuto di Stato, qualora i beneficiari della stessa fossero state le fondazioni di origine bancaria di cui al d.lgs. n. 153/1999. La Corte osservò preliminarmente, da un canto, che queste fondazioni erano da qualificarsi come imprese in ragione del fatto che almeno alcune delle loro attività corrispondevano a imprese (non potendole considerare di tipo erogativo)¹⁴ e, dall'altro, che la misura scrutinata era concessa «in considerazione della natura giuridica dell'impresa»¹⁵ e dei settori in cui le fonda-

¹³ In *Racc.*, 2006, p. I-325.

¹⁴ Così i seguenti punti 120-122 della sentenza in parola: «la qualificazione delle fondazioni bancarie come "imprese" parrebbe esclusa rispetto ad un'attività limitata al versamento di contributi ad enti senza scopo di lucro. Infatti, come osserva la Commissione, tale attività ha natura esclusivamente sociale, e non è svolta su un mercato in concorrenza con altri operatori. Nello svolgere tale attività una fondazione bancaria agisce come un ente di beneficenza o un'organizzazione caritativa, e non come un'impresa. Viceversa, quando una funzione bancaria, agendo direttamente negli ambiti di interesse pubblico e utilità sociale, fa uso dell'autorizzazione conferitale dal legislatore nazionale ad effettuare operazioni finanziarie, commerciali, immobiliari e mobiliari necessarie o opportune per realizzare gli scopi che le sono prefissi, essa può offrire beni o servizi sul mercato in concorrenza con altri operatori, ad esempio in settori come la ricerca scientifica, l'educazione, l'arte o la sanità».

¹⁵ V'è da chiedersi se la Corte – diversamente da quanto ha poi sostenuto in presenza delle cooperative (sulle quali v. *infra*, § II.3.2.1) – abbia ritenuto la fondazione senza scopo di lucro un modello organizzativo analogo alle altre forme imprenditoriali sulla base del fatto che essa è caratterizzata dall'elemento patrimoniale (il suo patrimonio) e non da quello personale (i suoi membri), tanto è vero che si suole descrivere icasticamente tale modello come *universitas bonorum* (in contrapposizione alla descrizione dell'associazione come *universitas personarum*). *Mutatis mutandis*, sulla base della nostra Costituzione, ci si potrebbe domandare se le fondazioni siano sussumibili all'interno della nozione di formazione sociale di cui all'art. 2 Cost. (sul punto cfr., da ultimo, S. LA PORTA, *L'organizzazione delle libertà sociali*, Milano, 2004, p. 36 ss.) o se comunque,

zioni potevano operare, con il solo obiettivo «di favorire finanziariamente enti ritenuti socialmente meritevoli». Sulla base di queste osservazioni i giudici di Lussemburgo conclusero nel senso che la misura in esame doveva considerarsi selettiva e pertanto corrispondente ad un aiuto di Stato¹⁶.

Dunque, dalla sentenza in parola si può ricavare la seguente regola: imporre il perseguimento di uno scopo non lucrativo o di uno socialmente meritevole non costituisce un requisito giuridico sufficiente per poter affermare che gli enti rispettosi di tali finalità non si trovino in una situazione analoga a quella delle altre forme di impresa; con la conseguenza che la misura destinata ai soli enti con i predetti scopi è qualificabile come selettiva e pertanto integra uno dei presupposti di cui all'art. 107, par. 1, TFUE, «favorendo talune imprese o talune produzioni».

3. L'impresa mutualistica e le istituzioni comunitarie

3.1. La Commissione europea

A partire dall'inizio di questo millennio le istituzioni comunitarie si sono interessate ai trattamenti riservati dagli Stati membri dell'Unione europea alle cooperative operanti nei loro territori, verificando se tali trattamenti fossero conformi con il diritto UE sugli aiuti di Stato.

esercitando un'impresa, possano essere legittimamente promosse (in specie, fiscalmente; ma sul punto cfr. art. 10, commi 4° e 7°, d.lgs. 4 dicembre 1997, n. 460) al pari delle cooperative, non potendo l'ente fondazionale essere completamente democratico; il che costituisce una delle più importanti ragioni del suo attuale successo tra gli enti *non-profit*.

¹⁶ Così i punti 136-138 della sentenza in commento: «come giustamente rileva la Commissione, l'agevolazione fiscale in parola è concessa in considerazione della natura giuridica dell'impresa, persona giuridica di diritto pubblico o fondazione, e dei settori in cui tale impresa svolge la propria attività. L'agevolazione deroga al regime fiscale generale senza essere giustificata dalla natura o dalla struttura del sistema fiscale in cui si inserisce. La deroga non è basata sulla logica della misura o sulla tecnica impositiva, ma deriva dall'obiettivo del legislatore nazionale di favorire finanziariamente enti ritenuti socialmente meritevoli. Una tale agevolazione è quindi selettiva».

Qualche anno prima la giurisprudenza comunitaria aveva comunque già chiarito che alle imprese in forma di cooperativa dovesse applicarsi il diritto UE della concorrenza.

In effetti, nel 1992 si statuì che la cooperativa – la cui organizzazione non rappresenta necessariamente un comportamento restrittivo della concorrenza, quand’anche tale organizzazione servisse per perseguire scopi consortili – può operare in modo da «avere ripercussioni sulla concorrenza, almeno sotto un duplice profilo»: per un verso, essa «si presta ad influire sul libero gioco della concorrenza nell’ambito di attività corrispondente al suo oggetto sociale»; per altro verso, «gli obblighi imposti ai soci della cooperativa ... si prestano ad influire tanto sull’attività economica della cooperativa quanto sul libero svolgimento della concorrenza tra i suoi soci e nei confronti dei terzi» (Tribunale, 2 luglio 1992, T-61/89, *Dansk Pelsdyravlerforening*, punti 51 e 52¹⁷).

Nella stessa sentenza il Tribunale lasciò però intendere che il futuro legislatore comunitario, nella sua completa autonomia, avrebbe potuto escludere, in tutto o in parte, l’applicazione della disciplina comunitaria sulla concorrenza alle imprese in forma cooperativa, come era già stato espressamente previsto per determinati settori di attività.

Tuttavia, la considerazione riportata nel precedente capoverso non fu condivisa dalla Commissione europea, la quale, nella propria *Comunicazione sulla promozione delle società cooperative in Europa* del 23 aprile 2004 [COM(2004) 18 definitivo]¹⁸, nonostante avesse riscontrato nella sua consultazione preparatoria «una certa confusione e preoccupazione circa l’applicazione alle cooperative delle norme sulla concorrenza», precisò che «non vi sono ragioni per un trattamento speciale delle cooperative nel quadro delle norme generali sulla concorrenza»¹⁹.

¹⁷ In *Racc.*, 1992, p. II-1935.

¹⁸ Preceduta nel dicembre 2001 da un documento di lavoro dei servizi della Commissione europea, denominato *Le Cooperative nell’Europa Imprenditoriale*, sul quale varie organizzazioni europee di rappresentanza del movimento cooperativo espressero le loro osservazioni nel 2002.

¹⁹ In argomento, anche in chiave comparatistica, cfr. S. VEZZOSO, *La cooperativa di fronte al diritto antitrust*, in *La cooperativa-s.r.l. tra legge e autonomia statutaria*, a cura di E. Cusa, Padova, 2008, p. 615 ss., ove l’autrice tra l’altro esclude (*ivi*, p. 617) che «si possa parlare di principi *antitrust* specificatamente riferibili» a intese, abusi di posizio-

Coerentemente con la posizione appena illustrata, le istituzioni comunitarie iniziarono fin dal 2000 a sostenere l'illegittimità di alcune misure agevolative (perlopiù di natura fiscale²⁰) a beneficio delle sole società cooperative, ritenendole aiuti di Stato.

3.1.1. *Le procedure aperte contro le agevolazioni nazionali riservate alle cooperative*

Per quanto mi consta, il primo caso in cui furono contestate agevolazioni alle cooperative riguardò un trattamento tributario spagnolo riservato ad alcune tipologie di cooperative agricole; questo trattamento, notificato dalle autorità spagnole nel settembre del 2000, non fu però considerato dalla Commissione come illegittimo aiuto di Stato con la decisione dell'11 dicembre 2002 (decisione 2003/293/CE²¹); tuttavia, la predetta decisione fu annullata parzialmente per difetto di motivazione con la sentenza del Tribunale, datata 12 dicembre 2006²²; infine, la Commissione sostituì la decisione parzialmente annullata con una datata 15 dicembre 2009 (2010/473/UE)²³, la quale è stata a sua volta impugnata davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea.

Della citata decisione del 2009 è importante segnalare il fatto che la Commissione, mutando radicalmente opinione, decise che il sopra ricordato trattamento tributario costituisse un illegittimo aiuto di Stato, essendo tra l'altro selettivo; la selettività della misura fu sostenuta sulla base dell'assunto che la cooperativa potesse esercitare la propria attività mutualistica anche coi terzi (anzi, in prevalenza coi terzi), sebbene la legislazione spagnola (diversamente da molte altre discipline nazionali) imponesse (e imponga tuttora) una contabilità separata alle cooperative ope-

ne dominante e concentrazioni coinvolgenti cooperative. In chiave economica si rimanda invece a M. GRILLO, *Competition rules and the cooperative form*, in *Journal of Entrepreneurial and Organizational Diversity*, 2013, p. 36 ss.

²⁰ Per un inquadramento generale della suddetta questione v. M. NEGRINOTTI, *Le cooperative e la disciplina comunitaria degli aiuti di Stato*, in *La cooperativa-s.r.l.*, a cura di E. Cusa, Padova, 2008, p. 705 ss.

²¹ In *GU* n. L 111 del 6 maggio 2003, p. 24.

²² In *Racc.*, 2003, p. II-98.

²³ In *GU* n. L 235 del 4 settembre 2010, p. 1.

ranti coi terzi e sottoponesse (e sottoponga tuttora) gli utili ottenuti dalla cooperativa coi terzi alla stessa tassazione delle società di capitali²⁴. Dalla motivazione della decisione del 2009 si potrebbe però ricavare l'assunto che la misura non sarebbe stata selettiva, se il trattamento tributario più favorevole fosse stato riservato alle cooperative esercenti la loro attività mutualistica solo coi loro soci, poiché queste società – sempre a detta della Commissione – non avrebbero potuto realizzare utili²⁵.

Il secondo caso attiene al particolare trattamento tributario che la Norvegia voleva riservare alle cooperative operanti nel proprio Stato; il predetto trattamento fu qualificato come illegittimo aiuto di Stato nella decisione 341/09/COL del 23 luglio 2009²⁶ dall'Autorità di Sorveglianza EFTA²⁷, chiamata ad interpretare l'art. 61 dell'Accordo sullo Spazio Economico Europeo (corrispondente all'art. 107 TFUE)²⁸. Più precisamente, l'Autorità di Sorveglianza EFTA ritenne selettivo il trattamento in parola, poiché esso sarebbe stato riservato alle cooperative che aves-

²⁴ Sulla vicenda spagnola sunteggiata nel testo e sulle sue ripercussioni anche *de iure condendo* cfr., *ex multis*, M.P. ALGUACIL MARÌ, *Condicionantes del régimen de ayudas de Estado en la fiscalidad de cooperativas*, in CIRIEC-España, *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 69, 2010, p. 27 ss.; S. ARANA LANDÍN, *El régimen fiscal del las cooperativas españolas en la Unión Europea: conclusiones para las líneas de reforma del cooperativismo español*, in *Revista Vasca de Economía Social*. GEZKI, 7, 2011, p. 77 ss. e P. ROSSI-MACCANICO, *Paint Graphos – La Corte precisa la dottrina degli effetti nell'esame degli aiuti fiscali*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 2011, p. 1221 s.

²⁵ Punto 163 della decisione sopra citata: «soprattutto per quanto riguarda l'imposta sulle società, una cooperativa mutualistica pura non realizza utili in quanto funziona unicamente a vantaggio dei propri membri. Per tale motivo, la Commissione ritiene che le cooperative mutualistiche pure e le società a fini di lucro non si trovino in situazioni giuridiche e di fatto equiparabili per quanto riguarda la tassazione degli utili. In tale situazione, la deduzione del reddito imponibile delle cooperative mutualistiche pure non costituirebbe dunque un aiuto di Stato».

²⁶ In *GU* n. L 158 del 16 giugno 2011, p. 39.

²⁷ La suddetta autorità è omologa alla Commissione europea nell'applicare la disciplina degli aiuti di Stato agli Stati che aderiscono all'Associazione europea di libero scambio (AELS, in inglese EFTA) e che hanno sottoscritto con l'Unione europea l'Accordo sullo Spazio Economico Europeo (SEE, in inglese EEA), attualmente corrispondenti all'Islanda, alla Norvegia e al Liechtenstein.

²⁸ Sul ruolo della suddetta autorità in materia di aiuti di Stato cfr. M. HEIDENHAIN, *General Principles*, cit., p. 5.

sero dimostrato di svolgere la loro attività mutualistica non già esclusivamente coi soci, bensì prevalentemente con essi.

A mia conoscenza, gli ultimi due casi nei quali la Commissione ha contestato il particolare trattamento tributario riservato alle cooperative corrispondono ad altrettante procedure di indagine, ancora aperte, riguardanti la Francia (caso n. E1/2009, relativo alle cooperative agricole) e l'Italia (caso n. E1/2008, relativo alle cooperative bancarie e di consumo)²⁹. Circa quest'ultimo Stato, dal comunicato stampa della Commissione del 17 giugno 2008 (IP/08/953)³⁰, si ricaverebbe che tale autorità riterrebbe integrato il requisito della selettività nel trattamento tributario riconosciuto alle cooperative a mutualità prevalente, poiché ad esse non verrebbe imposto di operare solo con i loro soci³¹.

²⁹ Senza alcun argomento basato sui destinatari dell'attività mutualistica, la Commissione ritenne integrato il requisito della selettività in presenza sia di una disciplina fiscale (in materia di imposta regionale sulle attività produttive) della Regione Sicilia a favore di cooperative a mutualità prevalente (decisione del 7 febbraio 2007 nel caso C/34/2005), sia di una disciplina su uno schema di garanzia rivolto ad alcune cooperative finanziarie belghe (Comunicazione del 3 aprile 2012 nel caso SA.33927). La Commissione non si è invece occupata del requisito della selettività nel caso C/29/06, qualificando [con la decisione del 28 ottobre 2009 (2010/35/CE)] come aiuto di Stato la normativa volta a facilitare la ristrutturazione delle cooperative tra pescatori (o loro consorzi).

³⁰ Per un commento circa il suddetto comunicato da parte di un qualificato esponente della Commissione europea cfr. P. ROSSI-MACCANICO, *The Notion of Indirect Selectivity in Fiscal Aids: A Reasoned Review of the Community Practice*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2, 2009, p. 174 s. e, da ultimo, M. INGROSSO, *Le cooperative e le nuove agevolazioni fiscali*², Torino, 2013, p. 323 ss.

³¹ Così almeno potrebbe ricavarsi dal seguente passaggio del suddetto comunicato stampa: «la particolarità delle cooperative è di operare nell'interesse dei propri membri e di presentare un modello societario specifico. È quindi possibile distinguerle dalle imprese lucrative, specie quando si tratta di cooperative mutualistiche pure che realizzano redditi esclusivamente con i propri membri. In questa fase preliminare, risulta inoltre che, malgrado la loro specificità, le cooperative realizzano utili anche tramite attività con non membri e hanno un comportamento sul mercato analogo a quello delle imprese lucrative. La Commissione ritiene che, in queste circostanze, un trattamento preferenziale a beneficio delle cooperative costituisca un aiuto di Stato».

3.1.2. Il cosiddetto modello cooperativo mutualistico puro

Dai fatti ricostruiti nel precedente paragrafo emerge chiaramente come la Commissione europea (nei pochi casi in cui si è occupata *funditus* del requisito della selettività per valutare se una misura rivolta solo a cooperative potesse integrare la fattispecie di cui all'art. 107, par. 1, TFUE) abbia incentrato il proprio ragionamento sul seguente assunto: solo una cooperativa rispettosa del «modello cooperativo mutualistico puro»³² – cioè, in pratica³³, esercente l'attività mutualistica solo coi propri soci (perseguente pertanto una mutualità cosiddetta pura), corrispondente al modello dispositivo previsto, ad esempio, nell'ordinamento tedesco (§ 8, Abs. 1, nr. 5, GenG³⁴) e in quello italiano (art. 2521, comma 2°, c.c.) – potrebbe ritenersi in una situazione tale da non essere paragonabile a quella delle altre società; di conseguenza, solo una misura rivolta esclusivamente alle cooperative rispettose del predetto modello sarebbe qualificabile come non selettiva e perciò fuori dall'ambito di applicazione del citato art. 107.

Tuttavia, il modello cooperativo mutualistico puro non è l'unico cui si riferisce la Commissione nella citata *Comunicazione sulla promozione delle società cooperative*, come invece erroneamente opina la stessa Commissione nella ricordata decisione del 2009³⁵. In effetti, il modello di cooperativa presupposto nella predetta Comunicazione è quello tratteggiato vagamente (almeno per un giurista) nella *Dichiarazione sull'identità cooperativa* approvata al Congresso dell'Alleanza Cooperativa Inter-

³² Espressione coniata dalla Commissione nella decisione del 15 dicembre 2009, cit., punto 160. Ancor più significativa la versione inglese della decisione in parola, la quale parla di «*true mutual cooperative model*», come a dire che sarebbe falsa la cooperativa non perseguente una mutualità pura.

³³ Come si ricava leggendo la decisione della Commissione datata 15 dicembre 2009, cit., punti 159-165.

³⁴ Il quale così recita: «*Der Aufnahme in die Satzung bedürfen Bestimmungen, nach welchen (...) die Ausdehnung des Geschäftsbetriebes auf Personen, welche nicht Mitglieder der Genossenschaft sind, zugelassen wird*».

³⁵ Cfr. infatti la decisione della Commissione datata 15 dicembre 2009, cit., punto 159-165; questa decisione ha probabilmente indotto nello stesso errore l'Autorità di Sorveglianza EFTA nel provvedimento del 2009, citato *supra*, § II.3.1.1.

nazionale di Manchester del 1995³⁶, come è chiaramente indicato nel par. 3.2.4 di tale Comunicazione³⁷. Ebbene, il modello cooperativo consolidato dalla menzionata organizzazione internazionale prevede sì la presenza di un'impresa mutualistica solo se la stessa operi in favore dei soci della cooperativa, ma non chiarisce se il socio della cooperativa debba necessariamente essere utente della stessa e se l'utente della cooperativa possa anche essere un terzo non socio³⁸.

Circa lo specifico contenuto della mutualità cooperativa, a fronte del silenzio della *Dichiarazione sull'identità cooperativa*³⁹, i legislatori nazio-

³⁶ Sul valore giuridico dei principi cooperativi consolidati dall'Alleanza Cooperativa Internazionale, sia nell'ordinamento italiano sia in quello comunitario, cfr. (ove ulteriori riferimenti), rispettivamente, E. CUSA, *I ristorni nelle società cooperative*, Milano, 2000, p. 8 ss. e E. CUSA, *Die Verwendung des Betriebsergebnisses*, in *Europäischen Genossenschaft SCE*, a cura di R. Schulze, Baden-Baden, 2004, pp. 125 s. e 138.

³⁷ Nel suddetto paragrafo si può infatti leggere il seguente brano: «anche se le norme che disciplinano le cooperative variano nella loro impostazione e sono basate su tradizioni diverse, in generale rispettano le definizioni, i valori e i principi cooperativi esposti nella “Dichiarazione sull'identità cooperativa internazionale” adottata nel 1995 dall'Alleanza Cooperativa Internazionale, recentemente appoggiata da una risoluzione delle Nazioni Unite [risoluzione 56/114 (*Cooperatives in social development*) adottata dall'Assemblea Generale il 19 dicembre 2001] e interamente incorporata in una raccomandazione dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL) [*The Promotion of Cooperatives Recommendation*, 2002, adottata dalla Conferenza generale di questa organizzazione il 20 giugno 2002]» Su quest'ultima *Recommendation* e sul suo valore vincolante per gli Stati membri dell'OIL cfr. H. HENRÿ, *Basics and New Features of Cooperative Law*, cit., p. 201 ss.

³⁸ Così anche A. FICI, *L'identità delle società cooperative, i Principi dell'Alleanza Cooperativa Internazionale e le legislazioni nazionali europee*, in *Rivista di Diritto Societario*, 2, 2012, p. 433 s.

³⁹ Probabilmente dovuto al fatto che sul punto mancava un comune sentire tra i cooperatori a livello mondiale, quando costoro consolidarono i principi cooperativi internazionali.

L'OIL, tra i suoi compiti istituzionali, ha quello di far conoscere il modello imprenditoriale cooperativo tra tutti gli Stati aderenti a questa organizzazione internazionale, offrendo anche consulenza legale alle istituzioni chiamate a produrre il diritto delle cooperative. Nel perseguimento di questo scopo l'OIL ha promosso la pubblicazione del seguente libro: H. HENRÿ, *Guidelines for Cooperative Legislation*³ (la prima edizione è del 1998), Geneve, 2012; ebbene, in questa pubblicazione (p. 93) si precisa, da un lato, che «*transactions with non-members can be considered as external financing*» e, dall'altro, che «*the volume of transactions with non-members must consequently be limi-*

nali dell'Unione europea hanno adottato soluzioni normative assai diverse⁴⁰: alcuni prevedono (nel diritto comune, ampiamente derogato però da leggi speciali⁴¹) un divieto dell'attività mutualistica coi terzi (come la Francia⁴²), altri consentono di operare coi terzi in presenza di un'espressa clausola statutaria autorizzativa (come l'Italia⁴³), magari precisando che l'attività mutualistica coi terzi è ammessa nella misura in cui rimanga strumentale a quella coi soci (come la Germania⁴⁴ o

ted. This might be done by fixing a percentage of the total turnover, above which no transactions may be made with non-member users».

⁴⁰ Sulle quali, da ultimo, cfr. A. FICI, *L'identità delle società cooperative*, cit., pp. 443-445, ove informazioni ulteriori a quelle esposte nel testo.

⁴¹ Per la Francia si rammenta l'interessante art. L522-5 *Code rural et de la pêche maritime*, il quale così dispone per le cooperative agricole francesi: «1. *Lorsque les statuts le prévoient, des tiers non coopérateurs peuvent être admis à bénéficier des services d'une société coopérative agricole ou d'une union, dans la limite de 20 p. 100 du chiffre d'affaires annuel.* 2. *Les opérations ainsi effectuées avec des tiers non associés font l'objet d'une comptabilité spéciale.* 3. *Les excédents d'exploitation en provenant ne subissent pas de prélèvement pour l'alimentation de la réserve légale. Ils ne peuvent être ni distribués à titre de ristournes aux associés, ni incorporés au capital social, ni répartis entre les associés à la liquidation de la société ou union. Ils sont portés à une réserve indisponible spéciale, laquelle ne peut être utilisée pour amortir des pertes sociales qu'après épuisement des réserves libres d'affectation autres que la réserve légale; elle doit être, en ce cas, reconstituée par prélèvement prioritaire sur les excédents ultérieurs subsistant après l'alimentation de la réserve légale».*

⁴² Il cui ordinamento significativamente connette scopo mutualistico e porta aperta: «*Les coopératives ne peuvent admettre les tiers non sociétaires à bénéficier de leurs services, à moins que les lois particulières qui les régissent ne les y autorisent. Si elles font usage de cette faculté, elles sont tenues de recevoir pour associés ceux qu'elles admettent à bénéficier de leur activité ou dont elles utilisent le travail et qui satisfont aux conditions fixées par leurs statuts»* (art. 3 *Loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération*).

⁴³ Per le cooperative diverse da quelle a mutualità prevalente, stante il combinato disposto degli artt. 2511-2513 e 2521, comma 2°, c.c.

⁴⁴ Ai sensi del già citato § 8, Abs. 1, nr. 5, così come interpretato dalla dottrina tedesca, qui rappresentata da V. BEUTHIEN, *Genossenschaftsgesetz: GenG, mit Umwandlungs- und Kartellrecht sowie Statut der Europäischen Genossenschaft Kommentar*¹⁵, München, 2011, pp. 181-184; l'attività coi terzi, se deve rimanere strumentale a quella mutualistica coi soci, non può che costituire una finalità secondaria (*Nebenzweck*) della cooperativa (così H. BAUER, *Genossenschafts-Handbuch. Kommentar zum Genossenschaftsgesetz*, 1, Berlin, 2012, K 3010, § 8, 8) o comunque non deve ostacolare (*behindern*) la

l'Austria⁴⁵); altri ancora (perlopiù allo scopo di delineare la cooperazione maggiormente meritevole di essere promossa) fissano un *plafond* legale all'attività mutualistica coi terzi (come l'Italia⁴⁶ o la Spagna⁴⁷)⁴⁸.

Proprio in ragione di questa diversità tra discipline nazionali, il legislatore comunitario, pur ponendo una regola dispositiva, ha lasciato all'autonomia statutaria l'individuazione della regola ottimale volta a delimitare lo scopo mutualistico di una società cooperativa europea⁴⁹.

promozione dei soci cooperatori (*Mitgliederförderung*) (così G. SCHULTE, in *Lang/Weidmüller Genossenschaftsgesetz Kommentar*³⁷, Berlin, 2011, p. 132); i contratti aventi ad oggetto lo scambio mutualistico (*Zweckgeschäfte*), stipulati dalla cooperativa senza la clausola statutaria facoltizzante sarebbero comunque validi, ma potrebbero causare la responsabilità civile degli amministratori (G. SCHULTE, *op. cit.*, p. 133).

⁴⁵ Ove il § 5a, Abs. 1, nr. 1, *GenG* così recita: «*Der Aufnahme in den Genossenschaftsvertrag bedarf es, wenn die Genossenschaft zulassen will die Ausdehnung des Zweckgeschäfts auf Nichtmitglieder, wobei die sich aus dem § 1 Abs 1 [«Dieses Gesetz gilt für Personenvereinigungen mit Rechtspersönlichkeit von nicht geschlossener Mitgliederzahl, die im Wesentlichen der Förderung des Erwerbs oder der Wirtschaft ihrer Mitglieder dienen (Genossenschaften), wie für Kredit-, Einkaufs-, Verkaufs-, Konsum-, Verwertungs-, Nutzungs-, Bau-, Wohnungs-, und Siedlungsgenossenschaften»] ergebende Beschränkung ausdrücklich aufzunehmen ist».*

⁴⁶ Con gli artt. 2512 e 2513 c.c. per le cooperative a mutualità prevalente.

⁴⁷ In Spagna la cooperativa di diritto comune può essere agevolata fiscalmente solo se prova che l'attività mutualistica coi terzi non superi il cinquanta per cento del totale dell'attività mutualistica; in argomento cfr., in chiave giuscommercialistica, G. FAJARDO GARCÍA, *La especificidad de las sociedades cooperativas frente a las sociedades mercantiles y la legitimidad de su particular régimen jurídico y fiscal según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, in *Revista de Derecho Mercantil*, 288, 2013, p. 217, in chiave tributaria, M.Á. SÁNCHEZ HUETE, *Aplicación del régimen de operaciones vinculadas a las operaciones cooperativas-socio. Las operaciones cooperativizadas*, in CIRIEC-España, *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, 21, 2010, p. 1 ss. e, *de iure condendo*, L. CARRERAS ROIG, *Consideraciones en torno al posible carácter mercantil de las sociedades cooperativas y acerca de las limitaciones a la realización de operaciones con terceros no socios de estas entidades*, in *Revesco. Revista de Estudios Cooperativos*, 106, 2011, p. 55 ss.

⁴⁸ Circa la prassi cooperativistica (non solo italiana), può segnalarsi come la cooperativa a mutualità pura sia (normalmente; non però, ad esempio, nelle cooperative costituite per offrire l'abitazione ai loro soci) l'eccezione e la cooperativa a mutualità spuria (cioè esercente l'attività mutualistica anche coi terzi) sia la regola.

⁴⁹ Così infatti l'art. 1, par. 4, reg. n. 1435/2003/CE: «salvo disposizioni contrarie dello statuto, la SCE non può ammettere terzi non soci a beneficiare delle proprie attività o a partecipare alla realizzazione delle proprie operazioni»; per un commento sul

Probabilmente, l'esposto abbaglio della Commissione sulla nozione di scopo mutualistico è dovuto alla confusione tra obbligo (esistente⁵⁰) dei cooperatori di essere effettivi utenti della loro cooperativa e obbligo (inesistente, salvo che lo imponga espressamente una disposizione legale o statutaria) della cooperativa di esercitare l'attività mutualistica solo coi soci.

In conclusione, se è ormai pacifico che una cooperativa esercita (anzi deve esercitare, almeno secondo il diritto italiano⁵¹ e il diritto UE⁵²) un'impresa ai sensi dell'art. 107 TFUE (con la conseguente inammissibilità, almeno in questi due ordinamenti, di cooperative senza impresa), v'è invece diversità di vedute tra la Commissione europea (almeno fino al 2009) e i cooperativisti (teorici e pratici) circa i destinatari dell'attività mutualistica di una vera cooperativa (se solo i soci della cooperativa o anche i terzi).

punto cfr. E. ALFANDARI - B. PIOT, *Die Mitgliedschaft in der SCE*, in *Europäische Genossenschaft SCE*, a cura di R. Schulze, Baden-Baden, 2004, p. 81.

⁵⁰ Almeno secondo alcuni, sia per la cooperativa italiana di diritto comune (di questo avviso è E. CUSA, *Il socio finanziatore nelle cooperative*, cit., pp. 121-123, ove anche citazioni di segno opposto), sia per la cooperativa secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea (così F. TOMAT, *The Preliminary Ruling of the Court of Justice on Preferential Taxation of Cooperatives and State Aid Rules*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2, 2012, p. 471). Naturalmente, il fatto che tutti i cooperatori siano anche utenti della loro cooperativa non garantisce che la complessiva attività mutualistica della stessa sia esercitata totalmente o almeno prevalentemente in favore degli stessi soci, come può accadere nelle cooperative italiane non a mutualità prevalente.

⁵¹ Sulla base del fatto che per tutte le cooperative italiane vale la super nozione di società ricavabile dall'art. 2247 c.c. (corrispondente ad un'organizzazione con autonoma soggettività, esercente un'attività economica, i cui membri abbiano effettuato almeno un conferimento), come sostenuto da E. CUSA, *Il socio finanziatore*, cit., pp. 53, 114 s., 312, 367 s.

⁵² Come si può ricavare dall'intero articolato del reg. n. 1435/2003/CE e specialmente dai suoi considerando. Nello stesso senso la già citata Tribunale, causa T-61/89, 2 luglio 1992, punti 52-54.

3.2. La Corte di giustizia

3.2.1. Il caso *Paint Graphos* e la vera cooperativa

A mio avviso, per gli studiosi dei diversi modelli organizzativi delle imprese, la sentenza della Corte di giustizia, 8 settembre 2011 (cause C-78-80/08, *Paint Graphos e a.*)⁵³ (d'ora innanzi la sentenza *Paint Graphos*), è particolarmente importante.

In effetti, la Corte, su richiesta della Corte di Cassazione italiana⁵⁴, nell'interpretare il requisito della selettività di una misura nazionale al fine di verificarne la possibile sussunzione nella nozione comunitaria di aiuto di Stato, ha stabilito, per la prima volta nella propria giurisprudenza, l'incomparabilità tra imprese sulla base soltanto della loro forma giuridica⁵⁵; ne consegue che la relativa misura, essendo indirizzata a im-

⁵³ In *Racc.*, 2011, p. I-7611. Sui ripetuti tentativi della Corte di Cassazione (precedenti a quelli che determinarono la suddetta sentenza) di adire le istituzioni comunitarie, affinché costoro si pronunciasse sul particolare trattamento tributario riservato alle cooperative italiane, cfr., da ultimo, la sintesi di A. MARINELLO, *Regimi impositivi differenziati e società cooperative secondo la Corte di Giustizia UE*, in *Rivista trimestrale di diritto tributario*, 1, 2012, p. 219.

⁵⁴ Per una serie di critiche alle ordinanze di rinvio della nostra Suprema Corte nel caso di specie cfr. G. PIZZONIA, *Agevolazioni fiscali per le cooperative, aiuti di Stato, ruolo dei Giudici nazionali*, in *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, 2012, II, p. 59 ss.

⁵⁵ Stranamente, per quanto consta a chi scrive, quasi nessuno (un cenno v'è in W. SCHÖN, *State aid in the area of taxation*, cit., p. 356) dei commentatori della sentenza in parola (tra cui ricordo G. BONFANTE, *Aiuti di Stato alle cooperative: la decisione della Corte UE*, in *Cooperative e Consorzi*, 10, 2011, p. 5 ss., C. FONTANA, *Gli aiuti di Stato di natura fiscale*, cit., p. 134 ss., L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*², cit., p. 323; M. LANG, *State Aid and Taxation: Recent Trends in the Case Law of ECJ*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2, 2012, p. 413 s.; M. PREK - S. LEFÈVRE, *The Requirement of Selectivity in the Recent Case-Law of the Court of Justice*, *ivi*, 2, 2012, p. 335 ss.; e F. TOMAT, *op. cit.*, p. 462 ss.) ha sottolineato la novità (rispetto alla precedente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea) indicata nel testo. Detta stranezza è ancora più rimarchevole se si rammenta al lettore che nella stessa sentenza *Paint Graphos*, al punto 52, si chiarisce che la misura sottoposta al vaglio della Corte di giustizia è «un'agevolazione fiscale (...) concessa in considerazione della natura giuridica dell'impresa, società cooperativa o meno».

prese incomparabili, deve qualificarsi come non selettiva e pertanto non riconducibile alla fattispecie di cui all'art. 107, par. 1, TFUE.

Più precisamente, la sentenza *Paint Graphos* è arrivata alla conclusione che le cooperative perseguenti «realmente una finalità mutualistica» (punto 62) (d'ora innanzi le vere cooperative⁵⁶) non si trovano «in una situazione di fatto e di diritto analoga a quella delle società commerciali [*rectius*, per il nostro ordinamento, delle società lucrative]» (punto 61) e pertanto la misura indirizzata unicamente alle vere cooperative, non potendo qualificarsi come selettiva, non costituisce un aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107, par. 1, TFUE.

La sentenza *Paint Graphos* perviene alla conclusione appena riportata attraverso questi cinque passaggi argomentativi.

In primo luogo, sono vere cooperative solo quelle «rette da principi di funzionamento peculiari, che le differenziano nettamente dagli altri operatori economici» (punto 55).

In secondo luogo, questi principi peculiari sarebbero stati recepiti sia dal legislatore comunitario nel reg. n. 1435/2003/CE sulla società cooperativa europea, sia dalla Commissione europea nella citata *Comunicazione sulla promozione delle società cooperative* (punti 55 e 62).

In terzo luogo, le caratteristiche delle vere cooperative (elencate nei punti 55-62 e perlopiù ricavate dall'undicesimo considerando del reg. n. 1435/2003/CE) sono riassumibili nelle seguenti sette:

i) in coerenza con la centralità in questo modello imprenditoriale del «principio della preminenza della persona», si dovrebbe concepire la disciplina in tema «di ammissione, di recesso e di esclusione dei soci»;

ii) le attività della cooperativa dovrebbero essere «finalizzate (...) al reciproco vantaggio dei loro soci, i quali sono al tempo stesso utilizzatori, clienti o fornitori»; detto altrimenti, la cooperativa dovrebbe operare (non già nell'interesse lucrativo «di investitori esterni», bensì) «nell'interesse economico» dei propri soci operatori e con costoro dovrebbe intrattenere «una relazione non puramente commerciale, bensì personale particolare, in cui essi siano attivamente partecipi»;

⁵⁶ Riecheggando la denominazione utilizzata dalla Commissione europea nella versione inglese della decisione del 15 dicembre 2009, cit., punto 164 «*the true cooperative model*».

iii) il controllo della cooperativa dovrebbe essere «equamente ripartito tra i soci, rispecchiando quindi la regola “una persona, un voto”»;

iv) ciascuno dei soci cooperatori dovrebbe poter «trarre profitto dall'attività della cooperativa in base alla propria partecipazione nella medesima e in proporzione alle proprie transazioni con tale società», di modo che tutti questi soci «abbiano diritto ad un'equa ripartizione dei risultati economici»;

v) la remunerazione finanziaria degli investimenti in una cooperativa dovrebbe essere limitata e comunque «nettamente inferiore» a quella offerta dalle società di capitali;

vi) le partecipazioni sociali emesse dalla cooperativa non dovrebbero essere liberamente negoziabili e pertanto alle stesse dovrebbe essere preclusa la negoziazione nei mercati regolamentati⁵⁷;

vii) durante l'esistenza della cooperativa le sue riserve dovrebbero essere «indivisibili» e destinate «all'interesse comune dei soci» e, «in caso di liquidazione [della cooperativa], l'attivo netto e le riserve dovrebbero essere devolute ad un'altra entità cooperativa avente finalità o obiettivi di interesse generale analoghi».

Dalla fattispecie concreta esaminata dalla Corte di giustizia ricavo un'ottava caratteristica della vera cooperativa: la cooperativa è vera, se l'attività economica con la quale tale ente persegue lo scopo mutualistico è svolta in modo almeno prevalente coi suoi cooperatori⁵⁸.

⁵⁷ Da segnalare però che le cooperative possono indirettamente (mediante cioè un ente che possa fare ciò) ricorrere al mercato del capitale di rischio; su questo fenomeno cfr., circa il nostro ordinamento, A. CAMELLINI, *Modelli alternativi per la quotazione in Borsa*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2, 2008, p. 461 ss. e, circa l'ordinamento francese, J. ORY-Y LEMZERI, *Efficiency and hybridization in cooperative banking: the French case*, in *Annals of Public and Cooperative Economics*, 83:2, 2012, p. 224 ss.

In Italia le cooperative possono ricorrere anche direttamente al mercato del capitale di rischio; tuttavia, se lo fanno emettendo azioni di cooperazione (cioè attributive della qualità di socio cooperatore), tale ricorso è possibile solo per le banche popolari e per le cooperative di assicurazione (ai sensi, rispettivamente, degli artt. 30, comma 6°, e 150-bis, comma 2°, d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 e 2, l. 17 febbraio 1992, n. 207); se invece lo fanno emettendo azioni di finanziamento (cioè attributive della qualità di socio finanziatore), anche le cooperative di diritto comune sono legittimate a farlo (per un inquadramento sul punto cfr. E. CUSA, *Il socio finanziatore*, cit., p. 185 ss.).

⁵⁸ Della stessa opinione è J. COSTAS COMESAÑA, *O regime fiscal das cooperativas como auxílio público que falseia a concorrência no mercado interno*, in *Jurisprudência Co-*

In effetti, se le tre cause in cui furono sollevate le domande di pronuncia pregiudiziale riguardavano tre cooperative di produzione e lavoro italiane (come è confermato al punto 2 della sentenza *Paint Graphos*), se una delle cruciali (per valutare la mutualità) misure italiane scrutinate dalla Corte di giustizia (cioè l'art. 11, d.p.r. 29 settembre 1973, n. 601) impone alle cooperative di lavoro di avvalersi in modo significativo delle prestazioni dei loro soci lavoratori per poter beneficiare delle correlate agevolazioni fiscali⁵⁹ e se tale misura non è stata astrattamente ritenuta selettiva per non aver imposto a queste cooperative di avvalersi soltanto del lavoro dei soci cooperatori, allora, diversamente da quanto sostenuto dalla Commissione europea in casi analoghi, si può concludere⁶⁰ che una misura promozionale in favore delle cooperative non è se-

perativa Comentada, 2012, p. 121, il quale, dal 2006, è anche consigliere della *Comisión Nacional de la Competencia* (cioè l'istituzione spagnola omologa alla nostra Autorità garante della concorrenza e del mercato).

⁵⁹ Il testo dell'art. 11, comma 1°, d.p.r. n. 601/1973, n. 601, scrutinato dalla Corte di giustizia (cioè quello in vigore all'epoca dei fatti oggetto della causa principale, tra il 1984 e il 1993, come emerge dal punto 6 della sentenza *Paint Graphos*) era il seguente: «I redditi conseguiti dalle società cooperative di produzione e lavoro e loro consorzi sono esenti dall'imposta sul reddito delle persone giuridiche e dall'imposta locale sui redditi se l'ammontare delle retribuzioni effettivamente corrisposte ai soci che prestano la loro opera con carattere di continuità, comprese le somme di cui all'ultimo comma, non è inferiore al sessanta per cento dell'ammontare complessivo di tutti gli altri costi tranne quelli relativi alle materie prime e sussidiarie. Se l'ammontare delle retribuzioni è inferiore al sessanta per cento, ma non al quaranta per cento dell'ammontare complessivo degli altri costi, l'imposta sul reddito delle persone giuridiche e l'imposta locale sui redditi sono ridotte alla metà»; ora la stessa disposizione, ma nella versione oggi vigente, così dispone: «I redditi conseguiti dalle società cooperative di produzione e lavoro e loro consorzi sono esenti dall'imposta sul reddito delle persone giuridiche e dall'imposta locale sui redditi se l'ammontare delle retribuzioni effettivamente corrisposte ai soci che prestano la loro opera con carattere di continuità, comprese le somme di cui all'ultimo comma, non è inferiore al cinquanta per cento dell'ammontare complessivo di tutti gli altri costi tranne quelli relativi alle materie prime e sussidiarie. Se l'ammontare delle retribuzioni è inferiore al cinquanta per cento ma non al venticinque per cento dell'ammontare complessivo degli altri costi l'imposta sul reddito delle persone giuridiche e l'imposta locale sui redditi sono ridotte alla metà». Su questa agevolazione fiscale, da ultimo, cfr. Agenzia delle entrate, risoluzione n. 104/E del 28 ottobre 2011.

⁶⁰ Come è stato infatti precisato al punto 61 della sentenza *Paint Graphos*, l'incomparabilità tra società commerciali e cooperative è stata statuita dalla Corte di giustizia, avendo come termine di paragone sul lato cooperativistico, le «società cooperative di produzione e lavoro come quelle in discussione nelle cause principali».

lettiva quand'anche imponesse loro di svolgere l'attività mutualistica (solo) in prevalenza coi soci (cioè, usando la terminologia nota al giurista italiano, di perseguire uno scopo prevalentemente mutualistico)⁶¹.

In quarto luogo, il giudice nazionale, quando è chiamato a verificare l'eventuale illiceità di una misura nazionale a favore delle sole cooperative, deve accertare se la cooperativa che sia parte in causa abbia tutte le caratteristiche tratteggiate nella sentenza *Paint Graphos*⁶². Tale accertamento deve pertanto essere condotto sulla base del diritto (perlopiù⁶³) societario della cooperativa. Se il giudice nazionale qualifica la parte in causa come vera cooperativa secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, la misura applicata a detta parte non può qualificarsi come aiuto di Stato, non essendo selettiva (punto 63).

In quinto e ultimo luogo, il giudice nazionale, se invece non qualifica la parte in causa come vera cooperativa⁶⁴, deve successivamente accertare che sia processualmente provato che la misura sotto scrutinio «sia, da un lato, inerente ai principi fondamentali del sistema impositivo vigente nello Stato membro interessato⁶⁵ e, dall'altro, conforme ai princi-

⁶¹ Secondo C. RICCI, *Aiuti di Stato e agevolazioni fiscali alle società cooperative secondo la Corte di Giustizia UE*, in *Rivista di diritto tributario internazionale*, 2012, p. 189, il giudice italiano, al fine di escludere il carattere selettivo della misura fiscale in favore delle cooperative e pertanto la configurabilità di un aiuto di Stato, potrebbe limitarsi ad «accertare la sussistenza del requisito della mutualità prevalente».

⁶² Nel caso di specie, tuttavia, come può ricavarsi leggendo Cass., 3 maggio 2012, nn. 11969 e 11972, entrambe inedite, la suddetta verifica non è stata in alcun modo condotta dal giudice che ha sottoposto alla Corte di giustizia le questioni pregiudiziali sulle quali si è espressa la sentenza *Paint Graphos* (cioè dalla Corte di Cassazione), né sarà condotta dalle Commissioni Tributarie Regionali (rispettivamente del Friuli Venezia Giulia e della Basilicata) cui la Suprema Corte ha rinviato le due corrispondenti cause, stante i principi statuiti cassando le due sentenze impugnate della Commissione Tributaria Centrale.

⁶³ In effetti, alcune delle caratteristiche proprie di una vera cooperativa potrebbero essere disciplinati da altri settori dell'ordinamento, come il diritto tributario.

⁶⁴ *Contra* (inspiegabilmente, stante il chiaro dettato della sentenza *Paint Graphos*) F. PEPE, *Il problema della «giusta» mutualità cooperativa e l'(in)efficacia dei controlli: osservazioni in tema di «aiuti di Stato» a margine della sentenza Paint Graphos della Corte di Giustizia delle Comunità europee*, in *Diritto e pratica tributaria*, 3, 2012, II, p. 415.

⁶⁵ A. MARINELLO, *op. cit.*, pp. 230-232, pare invece confondere la verifica della selettività basata sulla peculiare forma giuridica della vera cooperativa con quella basata sui principi fondamentali del sistema impositivo statale.

pi di coerenza⁶⁶ e di proporzionalità⁶⁷» (dispositivo della sentenza *Paint Graphos*)⁶⁸. Questa seconda verifica – corrispondente (come già ricordato) ad una regola generale desumibile dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in presenza di possibili aiuti di Stato di natura fiscale – va condotta sulla base del diritto tributario, inquadrando il peculiare trattamento riservato alle cooperative nel sistema impositivo dello Stato che ha concepito la misura contestata⁶⁹.

Se questa seconda verifica ha esito positivo, il giudice deve qualificare la misura in esame come non selettiva e pertanto non contrastante con l'art. 107, par. 1, TFUE.

Se invece la medesima verifica ha esito negativo, lo stesso giudice che ha scrutinato la misura è tenuto a disapplicarla, essendo illegittima. Tuttavia, a seguito di quest'ultima pronuncia, lo Stato interessato può a sua volta cercare di sostenere davanti alla Commissione europea che la misura contestata, pur difforme dall'art. 107, par. 1, TFUE, è da ritenersi comunque legittima per la sua compatibilità con il diritto UE, ai sensi del secondo e terzo paragrafo della predetta disposizione comunitaria.

3.2.2. *L'impatto della sentenza Paint Graphos sul diritto delle cooperative*

Se si condivide la lettura della sentenza *Paint Graphos* prospettata nel precedente paragrafo, si dovrebbe altresì condividere l'assunto secondo il quale questa pronuncia avrà un forte impatto sulla Commissione europea, sugli Stati membri dell'Unione e, auspicabilmente, sul legislatore comunitario.

Sulla Commissione, in ragione del fatto che la sentenza *Paint Graphos* introduce dei principi giuridici che, benché direttamente vevoli

⁶⁶ Il quale sarebbe spiegato al punto 74 della sentenza *Paint Graphos*.

⁶⁷ Il suddetto principio è illustrato al punto 75 della sentenza *Paint Graphos*; in argomento cfr. C. RICCI, *op. cit.*, p. 181, nt. 21.

⁶⁸ Più in generale, sull'assenza del carattere di selettività nelle misure fiscali che siano giustificate dalla natura o dalla struttura generale del sistema nel quale sono inserite, cfr., da ultimo, W. SCHÖN, *op. cit.*, p. 321 ss. Il dispositivo della sentenza *Paint Graphos* è stato pubblicato in *GU* n. C 311 del 22 ottobre 2011, p. 6.

⁶⁹ Per C. RICCI, *op. cit.*, pp. 189-197, anche sulla sola base dei principi generali del sistema impositivo italiano, si sarebbe potuto concludere che la disciplina tributaria esaminata nella sentenza *Paint Graphos* non costituiva un aiuto di Stato.

nelle sole cause (riguardanti unicamente cooperative di lavoro) da cui è originato il rinvio pregiudiziale, illuminano il rapporto tra il diritto UE degli aiuti di Stato e tutto il diritto cooperativo⁷⁰, a prescindere dal settore economico o dallo scambio mutualistico delle cooperative regolate⁷¹.

La Commissione, dunque, nelle ricordate procedure ancora aperte contro l'Italia e la Francia, non può non rispettare la sentenza *Paint Graphos*, poiché altrimenti rischia l'annullamento della propria prossima decisione per contrasto con il diritto UE, così come è stato interpretato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea. Ma, allora, la Commissione deve abbandonare la teoria secondo la quale le vere cooperative sarebbero unicamente quelle operanti solo coi propri cooperatori, poiché un tale vincolo non emerge né nella sentenza *Paint Graphos*⁷² né all'interno dei due documenti (reg. n. 1435/2003/CE e *Comunicazione sulla promozione delle società cooperative*, cit.) su cui la Corte di giustizia basa i propri ragionamenti.

Sugli Stati membri dell'Unione europea, in ragione del fatto che essi, se vogliono trattare le cooperative diversamente dalle altre forme di impresa con la sicurezza di non violare il diritto comunitario in materia di aiuti di Stato, devono farlo richiedendo a dette cooperative di osservare

⁷⁰ Semmai, una questione che si potrebbe porre è se la sentenza *Paint Graphos* riguardi le sole imposte la cui base imponibile ruota attorno all'utile o alla perdita risultante dal conto economico della cooperativa, ovvero introduca principi applicabili anche ad altri trattamenti riservati alle cooperative.

⁷¹ Sulla questione si rimanda ai seguenti autori, i quali lavoravano entrambi presso la Commissione europea (almeno quando scrissero gli scritti qui citati): F. TOMAT, *op. cit.*, *passim* e P. ROSSI-MACCANICO, *Paint Graphos*, cit., p. 1228 (quest'ultimo autore scrive chiaramente che la sentenza in parola «ha valore generale per tutte le cooperative»).

⁷² *Contra* P. ROSSI-MACCANICO, *Paint Graphos*, cit., p. 1232 (per il quale la sentenza *Paint Graphos* distingue «tra le cooperative pure, che operano quasi esclusivamente coi propri soci e solo nella misura necessaria coi terzi, e quelle spurie, che operano sul mercato con modalità commerciali, concludendo che solo le prime si trovano in una situazione non comparabile con le società di lucro. La maggior parte delle cooperative spurie sono in realtà qualificabili come "miste" [?])» e F. TOMAT, *op. cit.*, pp. 469, 470 nt. 52 e 475 [la quale sostiene che la predetta sentenza avrebbe aderito all'interpretazione della Commissione europea e dell'Autorità di Sorveglianza EFTA (esposta *supra*, § II.3.1.1), secondo la quale la vera cooperativa, incomparabile con le società di capitali, sarebbe unicamente quella operante solo coi propri soci].

le caratteristiche tratteggiate nella sentenza *Paint Graphos* per essere qualificate come vere cooperative⁷³.

Tali caratteristiche, visto il grado di atecnicità che contraddistingue la prosa dei giudici di Lussemburgo, devono essere tradotte nelle legislazioni nazionali con una certa flessibilità, come suggerì la stessa Commissione nella citata *Comunicazione sulla promozione delle società cooperative*⁷⁴ e come addirittura agì (allontanandosi però eccessivamente dai principi cooperativi) nel 2003 il legislatore comunitario con il reg. n. 1435/2003/CE. Sicché, tanto per esemplificare, una cooperativa potrà considerarsi vera anche se avrà soci mossi da un interesse amutualistico (nel nostro ordinamento denominati soci finanziatori), magari aventi singolarmente più voti (derogandosi così anche al voto capitaro), a condizione che il governo societario della cooperativa (avente soci finanziatori) rimanga (saldamente e democraticamente⁷⁵) nelle mani dei soci mossi da un interesse mutualistico.

⁷³ Dello stesso avviso è S. GIANONCELLI, *Sulla compatibilità con il divieto di aiuti di Stato del regime fiscale agevolato delle società cooperative di produzione e lavoro*, in *Rivista di diritto finanziario e scienze finanze*, 2011, II, p. 98 s. Alcuni autori (come A. SARTI, *L'analisi della Corte di Giustizia CE sul regime fiscale delle cooperative di produzione e lavoro*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2012, II, p. 614) hanno evidenziato come, a seguito della sentenza *Paint Graphos*, il legislatore italiano potrebbe modificare la disciplina fiscale delle cooperative dando maggior risalto al concetto di mutualità. Secondo G. PARLEANI, *La CJUE donne une leçon de droit coopératif*, in *Revue des sociétés*, 2012, p. 109, la gran parte delle cooperative francesi rispetta già il modello di vera cooperativa tratteggiato nella sentenza *Paint Graphos*.

⁷⁴ Così il § 3.2.4, *Comunicazione sulla promozione delle società cooperative*, cit.: «la Commissione invita gli Stati membri a ispirarsi, nell'elaborare le norme nazionali che disciplinano le cooperative, alla definizione, ai valori e ai principi della cooperazione della citata raccomandazione [cioè la già ricordata *The Promotion of Cooperatives Recommendation*, 2002], ma anche a dar prova di sufficiente flessibilità per rispondere alle necessità moderne delle cooperative».

⁷⁵ Il che non significa riconoscere ai soci cooperatori il potere deliberativo soltanto rispettando la regola del voto capitaro, come dimostrano, ad esempio, il legislatore tedesco (con il § 43, Abs. 3, *GenG*, sul quale cfr. V. BEUTHIEN, *Genossenschaftsgesetz*, cit., pp. 573-576 e D. CARIO, in *Lang/Weidmüller Genossenschaftsgesetz Kommentar*³⁷, Berlin, 2011, pp. 527-531) e quello italiano (con l'art. 2538, commi 3° e 4°, c.c., commentato ad esempio da G. BONFANTE, *La nuova società cooperativa*, Bologna, 2010, p. 281 ss.), derogando a tale regola.

Sul legislatore comunitario, in ragione del fatto che l'auspicata (ma non prossima) riforma del reg. n. 1435/2003/CE⁷⁶ potrebbe essere concepita proprio avendo tra i principali obiettivi non solo la semplificazione della disciplina (anche in ragione del clamoroso insuccesso della stessa in termini di suo utilizzo da parte degli operatori⁷⁷) e la riduzione dei rinvii alle legislazioni nazionali (garantendo una maggior uniformità del diritto applicabile alle società cooperative europee), ma anche l'individuazione di almeno due modelli di cooperativa, uno dei quali rispettoso delle caratteristiche enunciate nella sentenza *Paint Graphos*⁷⁸.

⁷⁶ E non la sua abrogazione, come vaticina H. FLEISCHER, *op. cit.*, p. 1693, in ragione del sostanziale fallimento della disciplina sulla società cooperativa europea.

⁷⁷ Al 17 gennaio 2013 risultano esservi nell'Unione europea solo 23 società cooperative europee: otto in Slovacchia, quattro in Germania e Italia, tre in Ungheria, una in Svezia, Francia, Liechtenstein e Paesi Bassi (risorsa: www.libertas-institut.com). Va detto però che il reg. n. 1435/2003/CE doveva entrare in vigore in tutta l'Unione il 18 agosto 2006, ma ancora nel dicembre 2011 tre Stati membri non avevano adottato le misure necessarie per garantire sul loro territorio l'applicazione di tale provvedimento comunitario; per ulteriori precisazioni sul punto cfr. l'allegato della già citata relazione predisposta dalla Commissione europea nel 2012 sull'applicazione del reg. n. 1435/2003/CE.

Di contro, le società europee registrate al 27 gennaio 2013 sono 1.642 (risorsa: <http://ecdb.worker-participation.eu>).

⁷⁸ Si potrebbe così immaginare una disciplina comunitaria con un'impostazione simile a quella presente già in alcuni Stati membri, tra cui l'Italia; quest'ultima, infatti, ha concepito due modelli di cooperativa (cooperativa a mutualità prevalente e cooperativa non a mutualità prevalente), solo uno dei quali (cooperativa a mutualità prevalente) è stato ritenuto conforme pienamente con il paradigma tratteggiato nell'art. 45 Cost. (come sottolineato da E. CUSA, *Il socio finanziatore*, cit., p. 123 s.) e pertanto meritevole della massima promozione pubblica, tra cui quella di natura fiscale. Contrariamente a quello che pensano alcuni studiosi [da ultimo, P. AGSTNER, *Le società cooperative a mutualità non prevalente e la (presunta) unitarietà del fenomeno cooperativo nella riforma del diritto societario*, in *Rivista di Diritto Societario*, 4, 2012, p. 718 ss.], nel nostro sistema anche le cooperative non a mutualità prevalente devono dimostrare di perseguire uno scopo mutualistico (cioè di avere degli scambi mutualistici coi propri operatori); il che è inequivocabilmente dimostrabile sulla base del combinato disposto degli artt. 2511, 2545 e 2545-septiesdecies c.c., una volta letti assieme all'art. 4, comma 1°, d.lgs. 2 agosto 2002, n. 220, applicabile a tutte le cooperative italiane di diritto comune; quest'ultimo articolo, infatti, impone al revisore cooperativo (cioè al controllore ordinario di qualsiasi cooperativa) di accertare, almeno biennialmente, «la natura mutualistica dell'ente, verificando l'effettività della base sociale, la partecipazione dei soci alla vita sociale ed allo scambio mutualistico con l'ente»; ne deriva pertanto che anche nelle cooperative non a

Se fosse creato un modello comunitario di vera cooperativa, si avrebbero questi due vantaggi:

i) esso diverrebbe il necessario riferimento per le azioni promozionali (e non solo) delle istituzioni comunitarie riguardanti le imprese cooperative;

ii) esso produrrebbe certezza giuridica (che invece manca dopo la sentenza *Paint Graphos*) circa le cooperative da ritenersi incomparabili con le altre società e pertanto legittimate a essere trattate differentemente dagli Stati membri senza che costoro possano essere accusati di aver violato l'art. 107, par. 1, TFUE.

A conferma del secondo vantaggio appena precisato, evidenzio che il modello di vera cooperativa, se fosse normato nel nuovo testo del reg. n. 1435/2003/CE, diverrebbe un parametro (quasi⁷⁹) certo per i legislatori nazionali (dovendo ritenersi che il Consiglio dell'Unione europea adotti regole in conformità con la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea); il compito degli Stati membri sarebbe dunque assai facilitato, qualora costoro decidessero di disciplinare a loro volta un modello nazionale di vera cooperativa, al fine di riconoscere alle società conformi a quest'ultimo modello un particolare trattamento, non necessariamente solo sul piano tributario (ma, anche, ad esempio, su quello previdenziale).

Nel chiudere questo paragrafo una precisazione è quanto mai necessaria, a riprova dell'importanza della sentenza *Paint Graphos*.

Questa pronuncia non consolida, deduce o induce regole giuridiche dall'attuale diritto UE sulle cooperative, atteso che le caratteristiche delle vere cooperative individuate dai giudici di Lussemburgo non tratteggiano il modello di cooperativa ricavabile dalla citata *Comunicazione sulla promozione delle società cooperative* e/o dal reg. n. 1435/2003/CE⁸⁰.

mutualità prevalente sono inammissibili i cosiddetti operatori inerti. Per un approfondimento sul punto v. comunque E. CUSA, *Il socio finanziatore*, cit., p. 119 ss.

⁷⁹ Nulla esclude, infatti, che il modello organizzativo sopra auspicato sia in un secondo tempo ritenuto dalla Corte di giustizia dell'Unione europea in contrasto con il diritto UE.

⁸⁰ Giustamente G. PIZZONIA, *op. cit.*, p. 73, nt. 52, sottolinea come la maggiore elasticità del suddetto regolamento sulla società cooperativa europea rispetto ad alcune

La sentenza *Paint Graphos*, invece, crea nuovo diritto UE⁸¹, chiarendo all'Unione europea e ai suoi Stati membri due aspetti:

i) alla vera cooperativa deve corrispondere un modello sufficientemente determinato d'impresa;

ii) il particolare trattamento riconoscibile alla vera cooperativa dipende dal fatto che essa è un'organizzazione imprenditoriale imperniata attorno al «principio della preminenza della persona» (punto 56)⁸².

Questo principio – probabilmente tratto dal settimo e ottavo considerando del reg. n. 1435/2003/CE⁸³ – dovrebbe essere invero non solo dalle vere cooperative, ma anche dalla stessa Unione europea e dai suoi Stati membri, se – come cercherò di dimostrare nell'ultimo capitolo⁸⁴ – tali istituzioni rispettassero (come dovrebbero) i loro principi costituzionali nel regolare imprese e mercati.

4. Sintesi

Il diritto UE, sebbene abbia riconosciuto fin dalle sue origini la presenza nel mercato di imprese costituite secondo diverse forme giuridi-

legislazioni nazionali in materia di cooperative dipenda dal fatto che non tutte queste legislazioni nazionali prevedono regimi fiscali particolari per le cooperative.

⁸¹ Analogamente parrebbe pensare S. GIANONCELLI, *op. cit.*, p. 100. Più in generale, sul fenomeno sopra rimarcato, cfr., da ultimo, T. HORSLEY, *Reflections on the Role of the Court of Justice as the "Motor" of European Integration: Legal Limits to Judicial Lawmaking*, in *Common Market Law Review*, 50, 2013, p. 931 ss.

⁸² Similmente M. INGROSSO, *La pronuncia pregiudiziale della Corte di Giustizia sulle agevolazioni fiscali alle cooperative italiane*, in *Rassegna Tributaria*, 2, 2012, pp. 537 e 549; si sofferma sulla «centralità dell'elemento personale» nelle cooperative anche A. MARINELLO, *op. cit.*, pp. 222 e 227.

⁸³ In effetti, nei suddetti considerando, si rammenta, da un lato, che «le cooperative sono innanzi tutto gruppi di persone o persone giuridiche disciplinati da principi di funzionamento particolari, diversi da quelli applicabili agli altri operatori economici» e, dall'altro lato, che «detti principi particolari riguardano in particolare il principio della preminenza della persona».

⁸⁴ Specialmente nel § III.3.

che, solo recentemente ha concepito regole appositamente pensate per forme imprenditoriali che siano autonome e alternative alle società lucrative; più precisamente, l'ordinamento comunitario ha finora previsto la sola disciplina della società cooperativa europea; a questa disciplina potrebbero però presto aggiungersi quelle della fondazione europea, della mutua europea, dell'associazione europea e dell'impresa sociale europea, i cui modelli organizzativi presuppongono (nel caso della mutua e dell'impresa sociale) o consentono (nel caso della fondazione e dell'associazione) l'esercizio di autonome imprese.

Purtroppo, il vigente diritto UE sulle forme imprenditoriali diverse dalle società di capitali è assai lacunoso (probabilmente per una ancora inadeguata armonizzazione tra le normative nazionali) e di scarsa qualità (soprattutto per le riflessioni giuridiche non di rado minate da un approccio ancora troppo ideologico e poco tecnico).

Partendo da questo insoddisfacente stato del diritto UE, la Commissione europea e la Corte di giustizia dell'Unione europea hanno dovuto vagliare quali misure nazionali in favore delle forme imprenditoriali diverse dalle società lucrative fossero qualificabili come aiuti di Stato.

Circa il rapporto tra impresa non lucrativa e aiuti di Stato, la sentenza della Corte di giustizia nel caso *Cassa di Risparmio di Firenze*, pronunciata nel 2006, è certamente la più significativa; in effetti, essa ha statuito che l'imposizione a un ente imprenditoriale di uno scopo non lucrativo o di uno socialmente meritevole non è sufficiente per ritenere tale ente in una situazione difforme da quella di altri imprenditori e pertanto la misura destinata al predetto ente, dovendosi qualificare come selettiva, potrebbe rappresentare un illegittimo aiuto di Stato.

Ben più articolato è il discorso circa il rapporto tra impresa cooperativa e aiuti di Stato, poiché fin dal 2000 la Commissione europea ha provato a qualificare come aiuti di Stato alcune misure nazionali volte a promuovere le cooperative in ragione della loro peculiare forma giuridica.

La Commissione contestava principalmente ai legislatori nazionali che agevolavano (o che avrebbero voluto agevolare) le cooperative il fatto che vi sarebbe stato un aiuto di Stato ogniqualvolta la cooperativa promossa non avesse rispettato il cosiddetto modello cooperativo mutualistico puro; tale modello, secondo la Commissione, sarebbe rispettato dalla cooperativa che esercitasse la propria attività caratterizzante (ai fini

del perseguimento dello scopo mutualistico) solo coi propri soci. Ho però cercato di confutare la descritta posizione della Commissione, non essendo essa basata su fonti formali del diritto UE ed essendo probabilmente fondata sulla confusione tra obbligo (esistente) dei cooperatori di essere utenti della loro cooperativa e obbligo (inesistente) della cooperativa di esercitare la sua attività mutualistica solo coi suoi soci.

Come capita non di rado nella costruzione del diritto UE, la Corte di giustizia, decidendo nel 2011 il caso *Paint Graphos*, produce una nuova regola giuridica, dalla quale non si potrà prescindere per conoscere le reciproche influenze tra diritto sugli aiuti di Stato e diritto delle organizzazioni imprenditoriali; secondo questa regola, una misura nazionale non è selettiva (e pertanto non può essere qualificata come un aiuto di Stato), se la si applica soltanto alle vere cooperative.

Per la Corte di giustizia sono vere cooperative le imprese il cui modello giuridico assicuri l'osservanza delle seguenti otto caratteristiche:

i) l'organizzazione interna (ad esempio in tema di ammissione, recesso ed esclusione dei soci) rispetta il «principio della preminenza della persona»;

ii) i soci sono tutti utenti della cooperativa (cioè nessuno di essi può essere un cooperatore inerte);

iii) l'attività mutualistica deve essere svolta in modo almeno prevalente coi soci;

iv) l'organizzazione interna è democratica;

v) i soci possono trarre vantaggi, anche patrimoniali, dagli scambi mutualistici con la cooperativa e tali vantaggi sono riconosciuti in proporzione a detti scambi;

vi) la remunerazione riconosciuta dalla cooperativa agli investitori non è di tipo speculativo;

vii) le partecipazioni sociali non sono negoziabili in mercati regolamentati;

viii) la cooperativa costituisce riserve indisponibili tra i soci, anche in caso di suo scioglimento.

A mio parere, la sentenza *Paint Graphos* ha importanti effetti sulla Commissione europea, sugli Stati membri e, auspicabilmente, sul legislatore comunitario.

Sulla Commissione, poiché essa, in ragione della sua subordinazione

gerarchica alla Corte di giustizia dell'Unione europea nell'interpretazione del diritto UE, è costretta ad escludere la presenza di un aiuto di Stato, se chiamata a decidere su una misura nazionale applicabile alle sole vere cooperative.

Sugli Stati membri, poiché essi, se vogliono favorire le cooperative senza rischiare di violare il diritto UE, devono farlo favorendo le sole vere cooperative.

Sul legislatore comunitario, poiché la nuova disciplina della società cooperativa europea potrebbe prevedere due modelli di cooperativa, uno dei quali rispettoso delle caratteristiche enunciate nella sentenza *Paint Graphos*. Questo modello comunitario di vera cooperativa potrebbe così diventare il necessario riferimento per le azioni delle istituzioni comunitarie riguardanti le imprese cooperative e produrrebbe certezza giuridica (che invece manca dopo la predetta sentenza) nell'individuare le cooperative legittimate ad essere promosse dagli Stati membri.

CAPITOLO TERZO

LE COSTITUZIONI ECONOMICHE EUROPEE
DI FRONTE AI DIVERSI MODELLI
DI IMPRESA PRIVATA

«A organização económico-social assenta nos seguintes princípios: a) Subordinação do poder económico ao poder político democrático; b) Coexistência do sector público, do sector privado e do sector cooperativo e social de propriedade dos meios de produção; c) Liberdade de iniciativa e de organização empresarial no âmbito de uma economia mista; d) Propriedade pública dos recursos naturais e de meios de produção, de acordo com o interesse colectivo; e) Planeamento democrático do desenvolvimento económico e social; f) Protecção do sector cooperativo e social de propriedade dos meios de produção; g) Participação das organizações representativas dos trabalhadores e das organizações representativas das actividades económicas na definição das principais medidas económicas e sociais».

Art. 80 Costituzione portoghese

SOMMARIO: 1. Concorrenza intracomunitaria e polimorfismo imprenditoriale. – 2. Almeno cinque ragioni per promuovere le imprese non esclusivamente lucrative. – 3. Le Costituzioni economiche europee e la primazia del modello cooperativo. – 4. Gli interventi a salvaguardia dei diversi modelli di impresa. – 4.1. Premessa. – 4.2. La distinzione dei modelli tra vecchi e nuovi concetti. – 4.2.1. Società lucrativa, società cooperativa, associazione e fondazione. – 4.2.2. Economia sociale e impresa sociale. – 4.3. L'equiparazione e la promozione dei modelli. – 4.4. I controlli sui modelli. – 5. Sintesi.

1. Concorrenza intracomunitaria e polimorfismo imprenditoriale

Ricostruendo nelle precedenti pagine il bene giuridico concorrenza, così come tutelato dal diritto UE, ho naturalmente presupposto che si intendesse una concorrenza tra imprese.

Ebbene, le imprese si differenziano non solo sulla base della loro dimensione o della loro attività, ma anche (essendovi una significativa presenza nel mercato di imprenditori non corrispondenti a persone fisiche) sulla base delle regole giuridiche attinenti alla loro organizzazione. Ma, allora, il diritto dei modelli organizzativi delle imprese, fissando scopi e *governances* di queste, incide all'interno e all'esterno dell'impresa regolata, concorrendo così a plasmare la necessaria concorrenza intracomunitaria¹.

La concorrenza intracomunitaria è tutelata garantendo la presenza non solo di più imprenditori, ma anche di più modelli organizzativi delle imprese. In effetti, a detta di molti studiosi², recentemente seguiti anche da importanti istituzioni politiche³, il polimorfismo imprenditoriale costitui-

¹ Circa il fatto che il diritto societario possa agevolare od ostacolare la concorrenza tra gli imprenditori di un dato mercato cfr., da ultimo, C. TEDESCHI, *Appunti sulla funzione concorrenziale del diritto societario*, Milano, 2012.

² Così, rimanendo alla lettura statunitense (probabilmente la più osannante di quello che sarebbe l'unico modello imprenditoriale efficiente: la *for-profit corporation*) cfr., tra gli altri, il giurista H. HANSMANN, *La proprietà dell'impresa*, Bologna, 2005, (trad. it. *The Ownership of Enterprises*, Cambridge, Mass., 1996), p. 15 («credo che i fatti dimostrino come una vasta gamma di tipologie proprietarie [di imprese] svolga un utile ruolo all'interno delle moderne economie e come questi ruoli varino a seconda del tempo e delle circostanze») e l'economista J. STIGLITZ, *Moving beyond market fundamentalism to a more balanced economy*, in *Annals of Public and Cooperative Economics*, 3, 2009, pp. 356 e 359 s.

A livello europeo H. FLEISCHER, *Supranational corporate forms in the European Union: prolegomena to a theory on supranational forms of association*, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 1682, ricorda come la Corte costituzionale federale tedesca (basando il proprio ragionamento sull'art. 9 della Costituzione tedesca relativo alla libertà di associazione) abbia statuito nel 1979 che il legislatore tedesco debba offrire una varietà sufficiente di enti, poiché ciò è ragionevole e appropriato in considerazione delle varietà organizzativa delle associazioni esistenti.

³ Da ultimo, cfr. la risoluzione del Parlamento europeo presa il 3 luglio 2013 [P7_TA-PROV(2013)0317], *sulla riforma della struttura del settore bancario*, nella quale – dopo aver ricordato che, «se si conta la ricapitalizzazione di Northern Rock nel

sce un valore in sé, per la concorrenza e per le moderne economie.

La recente riscoperta del valore della diversità organizzativa tra imprese discende probabilmente dalla dimostrazione secondo la quale tale diversità non costituisce un effetto di fallimenti del mercato (nel senso che il funzionamento ottimale di quest'ultimo avrebbe come necessario portato la presenza di un'unica forma d'impresa: quella capitalistica, caratterizzata dal perseguimento del massimo profitto⁴), bensì rappresenta uno strumento volto a impedire i suddetti fallimenti⁵.

D'altra parte, in chiave solo efficientistica, è stato concluso in un importante studio sulle diverse forme proprietarie dell'impresa⁶ che «non è possibile sostenere che una determinata forma proprietaria sia migliore di un'altra» (magari usando in modo inappropriato parametri valutativi che si attagliano solo ad alcune delle forme d'impresa comparate⁷),

2007, dall'inizio della crisi, tra il 2008 e la fine del 2011, sono stati utilizzati per il settore finanziario aiuti di Stato per oltre 1.600 miliardi di EUR (il 12,8% del PIL dell'UE)», causando ciò «un cospicuo aumento dell'indebitamento pubblico degli Stati membri» –, nel paragrafo significativamente intitolato *Incentivazione della concorrenza equa e sostenibile*, non solo si esorta la Commissione europea e gli Stati membri dell'Unione «a collaborare in vista della promozione di una maggiore diversificazione del settore bancario dell'UE attraverso incentivi e agevolazioni che favoriscano l'orientamento al consumatore, come avviene ad esempio per le società cooperative e di credito edilizio nonché per modelli di attività quali i prestiti *peer-to-peer*, il *crowdfunding* e le casse di risparmio, facendo attenzione che i differenti livelli di rischio cui sono esposti i consumatori siano comunicati in modo trasparente», ma si sollecitano anche «gli Stati membri, la Commissione e le autorità competenti ad avere come chiaro obiettivo quello di promuovere e garantire una reale concorrenza nel settore bancario dell'UE e di incoraggiare una maggiore diversità e un più accentuato orientamento alla clientela in tale settore».

⁴ Come non di rado capita ancora di leggere (da ultimo, con riguardo alle cooperative, cfr. S. TRENTO, in G. BOSI - S. TRENTO, *Il governo dell'impresa*, Bologna, 2012, p. 172). Sottolinea «la funzione ideologica dell'ossessivo riferimento operato dall'analisi economica alle c.d. *market failures*» F. DENOZZA, *Norme, principi e clausole generali nel diritto commerciale: un'analisi funzionale*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2011, p. 395.

⁵ Spunto ricavato da F. DENOZZA, *op. cit.*, pp. 395-397, il quale tra l'altro scrive che «i fallimenti del mercato non esistono in natura, ma sono il frutto di una certa organizzazione dei rapporti di produzione. Accettarli come naturali significa aver già in parte compromesso la soluzione, significa concentrare l'attenzione sul fenomeno anziché sulla causa».

⁶ H. HANSMANN, *op. cit.*, p. 279, da cui sono tratti i virgolettati nel testo.

⁷ Ad esempio, nel valutare l'efficienza delle imprese mutualistiche, occorre sapere come si determina l'utile in tali imprese, qualora, come spesso accade, una quota del loro

atteso che «ciascun modello proprietario ha un'apposita collocazione nel sistema economico».

Va registrato comunque che nei diversi Stati membri dell'Unione europea il modello lucrativo di esercizio dell'impresa privata è di gran lunga quello più utilizzato⁸; sicché, anche per le forme imprenditoriali⁹, v'è il rischio che ciò è maggioritario, sia ritenuto pure normale, cioè migliore.

utile è distribuita (sostanzialmente) come ristorno ed è contabilizzata come costo; sicché, in tali casi ha poco senso comparare le *performances* economico-finanziarie delle imprese in forma cooperativa con quelle delle imprese in forma di società di capitali, usando solo gli indici di redditività concepiti per valutare le società lucrative (MON, ROI e ROE), come invece fa MEDIOBANCA, *Indagine sul settore vinicolo*, marzo 2012, p. 11 e s., relativamente agli imprenditori vitivinicoli.

⁸ Da ultimo, secondo i dati estratti dai vari registri delle imprese italiane, poi elaborati dall'Osservatorio Societario (istituito presso la Camera di Commercio di Milano) in collaborazione con Infocamere (<http://www.mi.camcom.it/web/guest/database-societario>), al 30 giugno 2013, v'erano in Italia le seguenti forme entificate di imprese attive: 100 società estere, 116 gruppi europei di interesse economico, 122 società in accomandita per azioni, 2.340 fondazioni, 12.592 consorzi, 18.643 associazioni, 35.624 società per azioni, 63.353 società semplici, 76.869 cooperative, 378.353 società in accomandita semplice, 432.714 società in nome collettivo e 941.902 società a responsabilità limitata. Si segnala altresì che, sulla base di elaborazioni di dati dell'Istituto Nazionale di Statistica aggiornati al 2001 (non riguardanti però le cooperative sociali), C. BENTIVOGLI - E. VIVIANO, *Le trasformazioni del sistema produttivo italiano: le cooperative*, in Banca d'Italia, *Questioni di Economia e Finanza* (Occasional papers), n. 113, Roma, 2012, p. 31, hanno rilevato che la dimensione media delle imprese cooperative (diverse dalle cooperative sociali) era quasi quattro volte superiore a quella delle imprese non cooperative (15 addetti per le cooperative contro 3,8 addetti per il totale delle imprese); le stesse autrici (*ivi*, p. 33), hanno altresì rilevato le scelte dei cooperatori sui sistemi di *governance* societaria: su dati Banca d'Italia del 2006 relativi alle cooperative italiane, il 98,6% aveva adottato il sistema tradizionale di amministrazione e controllo, lo 0,3% quello dualistico e l'1,1% quello monistico; su dati aggiornati al 2010 relativi alle sole cooperative appartenenti ad una delle Regioni d'Italia ove la cooperazione è più significativa (cioè l'Emilia Romagna), l'87,7% era con il sistema tradizionale, il 7% era con il sistema dualistico e il 5,3% era con il sistema monistico.

⁹ Z. BAUMAN, *Conversazioni sull'educazione*, Trento, 2012, pp. 80-83, ci ricorda che, nell'esaminare un fenomeno, l'uomo tende a ritenere che ciò è maggioritario statisticamente (un'enunciazione di un fatto) è anche normale (un giudizio di valutazione), di modo che la minoranza statistica diventa anormalità e poi inferiorità; se poi si aggiunge che discriminare l'anormale suole essere un'attività volta a difendere e a preservare l'ordine, si capisce anche perché si tende a strutturare ciò che ci circonda in modo da essere ospitale, conveniente e confortevole solo per gli appartenenti alla maggioranza.

Nel ragionare sulle forme imprenditoriali non va dimenticato che l'obiettivo del benessere collettivo, cui deve tendere la concorrenza governata dal diritto, non è dato solo da fattori economici¹⁰, essendo i destinatari di tale obiettivo le persone, certamente non riducibili ad *homines oeconomici*¹¹.

Inoltre, è pericoloso – come ha dimostrato la presente crisi economica e finanziaria – avere mercati popolati solo (o comunque dominati) da imprese capitalistiche (specie di grossissime dimensioni, tanto da essere *too big to fail*), poiché le loro difficoltà patrimoniali e finanziarie (specialmente in ragione della loro ramificazione, spesso transfrontaliera) facilmente determinano negativi effetti sistemici e macroeconomici, rendendo così più fragili le nostre economie.

La diversità imprenditoriale deve a maggior ragione essere preservata nell'Unione europea, essendo una componente importante della più ampia diversità culturale che contraddistingue l'identità dell'Unione¹².

In quest'ultima, quindi, è necessario tutelare contestualmente la concorrenza intracomunitaria e la diversità organizzativa degli imprenditori in competizione tra loro.

Di tale diversità, ogni tanto, si dimenticano i regolatori comunitari e nazionali, trattando allo stesso modo – specie in momenti di crisi, ad

¹⁰ Partendo dalla convinzione che i parametri sui quali valutare il progresso di una società debbano essere non solo economici, ma anche sociali e ambientali, corredati da misure di diseguaglianza e sostenibilità, è nato il progetto, comune al Consiglio Nazionale dell'Economia e all'Istituto Nazionale di Statistica, di misurare non più solo il PIL (prodotto interno lordo) ma anche il BES (benessere equo e sostenibile), sul quale cfr. <http://www.misuredelbenessere.it>.

¹¹ Similmente G. OPPO, *Principi*, cit., p. 47, insegna che «il mercato è costituito *hominum causa* e non solo nell'interesse dell'*homo oeconomicus*; meno che mai è costituito nell'interesse di chi ha potere economico, potenzialmente, e non solo potenzialmente, prevaricatore».

¹² Non a caso, mentre il primo motto (l'attuale è invece «*In God We Trust*») degli Stati Uniti d'America era «*E pluribus unum*», il motto ufficiale (cfr. infatti GU n. C83 del 30 marzo 2010, p. 83) dell'Unione europea è in lingua italiana «*Unità nella diversità*» e in lingua latina «*In varietate concordia*», a rimarcare come l'identità europea si caratterizzi per essere (e rimanere) un'identità plurale; il che è confermato in modo inequivoco dagli artt. 3, par. 3, comma 4° e 4, par. 2, TUE.

esempio nel settore bancario e finanziario¹³, magari per essere stati catturati dai regolati più potenti o numerosi¹⁴ o per aver voluto omogeneizzare le caratteristiche degli operatori al fine di vigilarli con più facilità¹⁵ – imprese con strutture proprietarie e finalità diverse; il che va contro (non solo il buonsenso, ma anche) il principio giuridico di ragionevolezza (o di eguaglianza relativa) caratterizzante sia l'ordinamento comunitario sia quello italiano, pregiudicando altresì una concorrenza dinamica ed efficiente.

A volte, addirittura – forse a causa della presunta inefficienza della cooperativa nell'esercizio di imprese complesse o, più semplicemente, a causa di un giudizio preconcepito – si prevede che una certa attività economica non possa essere esercitata da certe forme di impresa mutualistica¹⁶.

¹³ Che la cooperazione bancaria europea non sia un fenomeno economicamente marginale è provato dai dati forniti dall'Associazione europea della banche cooperative (aggiornati al 31 dicembre 2011, visionabili nel sito <http://www.eacb.eu>), dai quali emerge che tali banche sono 3.807 e hanno complessivamente 55.734.193 soci, 857.854 dipendenti, 216.620.944 clienti e 71.932 sportelli bancari. Circa gli effetti della recente crisi bancaria sulle cooperative finanziarie (non solo europee) cfr. J. BIRCHALL, *Resilience in a downturn: The power of financial cooperatives*, Geneve, 2013, corrispondente ad un rapporto commissionato a tale autore dall'OIL.

¹⁴ In argomento, da ultimo, V. SANTORO, *I limiti del mercato e il fallimento della regolamentazione*, in *La crisi dei mercati finanziari: analisi e prospettive*, a cura di V. Santoro, I, Milano, 2012, p. 7 s.

¹⁵ Ben vengano allora coloro (G. BOSI - S. TRENTO, *op. cit.*, p. 11 s.) che evidenziano la necessità «di una direzione regolativa alternativa rispetto al modello di governo societario *shareholder oriented* ritenuto dominante (come di fatto è) e senza alternative (come certamente non è) che informa il diritto dell'impresa contemporaneo». Sugli effetti del mancato rispetto del principio di proporzionalità nel concepire la disciplina delle banche locali cooperative cfr., tra gli altri, G. FERRI - G. PESCE, *The perverse effects of compliance costs for the local co-operative banks*, in *New opportunities for co-operatives: new opportunities for people*, a cura di J. Heiskanen - H. Hénry - P. Hytinkoski - T. Köppä, Mikkeli (Finland), 2012, p. 223 ss.

¹⁶ Come esempi della suddetta preclusione nel nostro ordinamento se ne rammentano due, tratti dal d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209: (i) l'art. 14, comma 1°, lett. a), ove si consente di esercitare «l'attività nei rami vita oppure nei rami danni ovvero, congiuntamente, nei rami vita e nei rami infortuni e malattia» solo in forma «di società per azioni, di società cooperativa o di società di mutua assicurazione ..., nonché nella forma di società europea», ma non anche in forma di società cooperativa europea; (ii) l'art. 59, comma

Si deve salvaguardare la diversità imprenditoriale sia dall'imperito lavoro dei regolatori, sia dall'ideologia dominante (tra i pratici e tra i teorici) almeno negli ultimi venticinque anni, secondo la quale solo il modello capitalistico di impresa, finalizzato alla massimizzazione dello scopo di lucro (il cosiddetto *shareholder value model*)¹⁷, specialmente se accompagnato da una disciplina sempre meno imperativa, garantirebbe la presenza di imprese efficienti nell'interesse di tutta la collettività¹⁸. Questa ideologia ha infatti concorso – specialmente negli Stati ove la stessa ha avuto una maggior presa – vuoi alla demutualizzazione di interi settori dell'economia (emblematico è il caso delle *building societies* in Gran Bretagna¹⁹), vuoi ad un esiziale (per la diversità imprenditoriale) processo di omogeneizzazione della disciplina sulle varie forme di impresa, avendo come unico paradigma quello delle società di capitali²⁰; quest'ultimo

1° lett. a), il quale prevede che «l'attività di riassicurazione» possa essere esercitata soltanto in forma «di società per azioni ... o di società europea».

¹⁷ C. ANGELICI, *La società per azioni*, I, *Principi e problemi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 2012, p. 10, evidenzia altresì come il suddetto modello, ruotando attorno ad un valore la cui valutazione è fornita dal mercato finanziario, porti a equiparare l'interesse degli azionisti all'interesse di chi realizza operazioni speculative; sempre secondo il predetto autore (*ivi*, p. 97 s.) la prospettiva dello *shareholder value* accentua nella s.p.a. il «processo di astrazione e oggettivizzazione, a seguito del quale non rileva più l'azionista, bensì l'azione ed il suo valore».

¹⁸ Contro il *market fundamentalism* e le *profit-maximizing firms* ha scritto J. STIGLITZ, *op. cit.*, p. 346 ss., additandoli come cause dell'attuale crisi economica; lo stesso autore indica l'importante ruolo che potrebbero avere forme imprenditoriali diverse dalla *for-profit corporation* al fine di avere una «*more balanced economy*»; più precisamente, questo economista si sofferma sulla bontà del modello cooperativo, specialmente per il suo carattere necessariamente democratico e partecipativo, il quale può rendere vincente tale modello nei casi in cui v'è una competizione limitata o vi siano (come spesso accade nel mercato) asimmetrie informative.

¹⁹ Società il cui scopo mutualistico era (ed è) quello di consentire ai loro soci (provenienti dalle classi sociali meno abbienti) di acquistare la casa mediante finanziamenti ipotecari; sul punto cfr. P. MOTTURA, *Lo strano caso di Northern Rock*, in *Banca impresa società*, 1, 2010, p. 19 ss., ove tra l'altro si ricorda che la banca Northern Rock (nazionalizzata nel febbraio 2008 e dal 2012 di proprietà di un gruppo privato) nasceva dall'aggregazione di ben 53 *building societies*.

²⁰ Il suddetto processo, rispetto al diritto delle cooperative, è a livello mondiale, come ha registrato H. HENRY, *Basics and New Features of Cooperative Law*, cit., p. 216 ss., il quale, significativamente, parla di «*tendency in cooperative legislation to "stock-companise"*»

processo ha perfino prodotto regole stravaganti se non ridicole, come quella che entrerà in vigore in Finlandia il 1° gennaio 2014, la quale consentirà la costituzione di una cooperativa con un unico socio.

Tutelare la diversità imprenditoriale significa anche garantire che tutte le imprese siano messe nelle stesse condizioni di concorrere. Il che può non accadere in caso di imprese costituite secondo forme giuridiche diverse. In effetti, proprio alcune delle regole caratterizzanti un certo modello organizzativo possono rappresentare un ostacolo concorrenziale (ad esempio, nell'accedere a certe forme di finanziamento) per l'imprenditore che avesse adottato tale modello. Queste stesse regole potrebbero però rendere il predetto modello astrattamente più idoneo a realizzare gli obiettivi fondamentali che l'Unione europea (tramite l'art. 3 TFUE) si è data nella propria Costituzione economica (quali, ad esempio, la piena occupazione o il progresso sociale o ancora la coesione economica e/o sociale)²¹.

cooperatives». H.-H. MÜNKNER, *PECOL Chapter 2: "Cooperative Governance", the German Case*, Marburg, 2013, p. 14, riporta che in Germania «*the main issue in the ongoing discussion on co-operative corporate governance is whether deviations from the characteristic features of the special co-operative legal pattern ad approximation to the company model should continue or be avoided, whether the legal profile of co-operatives as a special type of self-help organisation should be strengthened or blurred further*». A prescindere dall'intervento legislativo, J. ORY-Y LEMZERI, *Efficiency and hybridization in cooperative banking*, cit., p. 223 ss., evidenziano i rischi connessi a processi di ibridazione del modello cooperativo determinati esclusivamente da autonome scelte organizzative dei cooperatori.

²¹ In proposito è interessante riportate i dati contenuti in ISTITUTO NAZIONALE DI STATISTICA, *Struttura e dimensione delle imprese*, Roma, 5 giugno 2012: in Italia, tra il 2009 e il 2010, solo le società cooperative sono cresciute di numero (3,1%) e di addetti (+ 2,7%), mentre le altre forme d'impresa che sono aumentate di numero (3%), corrispondenti alle società di capitali (grazie al tipo s.r.l.), hanno però contratto i loro addetti (- 0,8%). Analogamente in Spagna, paese colpito in modo particolare dalla crisi, «la contrazione dell'occupazione nel 2008 e nel 2009 è stata del 4,5% nel settore delle cooperative, a fronte dell'8% in quello delle imprese convenzionali. Tuttavia, nel 2010, le cooperative di lavoro hanno registrato un aumento del numero dei posti di lavoro pari allo 0,2%, mentre l'occupazione totale diminuiva del 3,2% nelle imprese convenzionali» [così riportato nel parere adottato dal Comitato economico e sociale il 25 aprile 2012 (CCMI/093)]. Sempre in questo parere è scritto che in Germania, nel 2010, lo 0,1% delle insolvenze interessava le cooperative (cioè la cifra più bassa tra tutte le forme di impresa) e che è stato ridotto significativamente il rischio di fallimento delle imprese tedesche che si sono unite in cooperative.

In presenza di forme d'impresa corrispondenti a quelle ipotizzate nel precedente capoverso, l'Unione europea e gli Stati membri non dovrebbero limitarsi a tutelare il bene concorrenza, ma dovrebbero anche promuoverlo nel rispetto delle finalità per cui detto bene è tutelato, favorendo appunto la capacità competitiva delle forme di imprese più coerenti con gli obiettivi costituzionali europei²². Non bisogna mai dimenticare, infatti, che la concorrenza tra imprese è un bene non assoluto (come ci ha ricordato recentemente la stessa Corte costituzionale italiana²³), ma strumentale; strumentale, appunto, a che il maggior numero possibile di cittadini stia meglio.

Qualcuno potrebbe però obiettare che la promozione di un certo modello imprenditoriale è subordinata alla prova che le specifiche regole di tale modello determinino per lo stesso svantaggi competitivi misurabili economicamente, così come sostiene la Commissione europea per giustificare il miglior trattamento riservato a determinate imprese (tra cui le PMI²⁴) in materia di aiuti di Stato.

²² Per M. LIBERTINI, voce «*Concorrenza*», cit., p. 238, una moderna politica di tutela della concorrenza dovrebbe avere non solo finalità repressive (colpendo gli atti o i fatti anticoncorrenziali) ma anche promozionali, per finalità di benessere collettivo. Il che accade già nel nostro ordinamento ad opera del legislatore statale e di quello regionale. Da segnalare inoltre come la stessa Corte costituzionale italiana abbia ripetutamente statuito che nella tutela della concorrenza convivono un profilo statico (consistente nel mantenimento di mercati già concorrenziali) e un profilo dinamico (volto a realizzare mercati concorrenziali); sul punto si rimanda a F. PIZZOLATO, *La concorrenza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Il Diritto dell'economia*, 2-3, 2010, p. 512 ss.

²³ Nella già citata sua sentenza n. 270 del 2010, ove è chiarito che «la sfera di autonomia privata e la concorrenza non ricevono “dall'ordinamento una protezione assoluta” e possono, quindi, subire le limitazioni ed essere sottoposte al coordinamento necessario “a consentire il soddisfacimento contestuale di una pluralità di interessi costituzionalmente rilevanti”».

²⁴ Esemplificando, nel cinquantaquattresimo considerando del reg. (CE) n. 800/2008, si precisa che «le PMI svolgono un ruolo determinante nella creazione di posti di lavoro e, più in generale, quale fattore di stabilità sociale e di dinamismo economico. Tuttavia, il loro sviluppo può essere ostacolato da fallimenti del mercato che portano le PMI a soffrire di difficoltà tipiche. Infatti, esse hanno spesso difficoltà di accesso al capitale, al capitale di rischio e ai prestiti, a causa della riluttanza di taluni mercati finanziari ad assumere rischi e delle garanzie limitate che esse possono offrire. La limitatezza delle loro risorse può anche ridurne la possibilità di accesso all'informazione, in particolare per quanto riguarda le nuove tecnologie e i mercati potenziali. Per favorire lo sviluppo

Secondo me, invece, si può legittimamente promuovere un modello imprenditoriale (ovviamente nel rispetto della disciplina sugli aiuti di Stato e del principio di proporzionalità) anche senza dover dimostrare che ciò serva a compensare uno svantaggio competitivo causato dalla sua specifica regolamentazione, a condizione però che tale modello contribuisca (meglio di altri) a realizzare almeno uno degli obiettivi fondamentali dell'Unione europea (o a inverare almeno uno dei principi costituzionali di uno Stato membro), tra cui spicca la realizzazione di un'economia sociale di mercato fortemente competitiva *ex art. 3, par. 3, TFUE* (o di un'eguaglianza sostanziale tra i cittadini *ex art. 3, comma 2°, Cost.*, nel caso dell'Italia).

2. *Almeno cinque ragioni per promuovere le imprese non esclusivamente lucrative*

Nel precedente paragrafo sono stati forniti alcuni argomenti a sostegno del fatto che la pluralità di forme giuridiche atte ad esercitare attività economiche debba essere tutelata e promossa all'interno dell'Unione europea.

In questo paragrafo adduco invece cinque ragioni che, a mio parere, giustificano una specifica promozione in favore dei modelli imprenditoriali non esclusivamente lucrativi e, specialmente, del modello cooperativo (a condizione che sia autentico²⁵).

delle attività economiche delle PMI, è pertanto necessario che il presente regolamento esenti alcune categorie di aiuti, quando concessi a favore delle PMI».

²⁵ Non è detto infatti che la scelta del modello cooperativo garantisca sempre esternalità positive maggiori rispetto ad altri modelli imprenditoriali. Circoscrivendo il discorso alle banche cooperative (all'interno delle quali vi sono significative diversità di modelli organizzativi, come fanno, ad esempio, gli italiani che conoscono le banche popolari e le banche di credito cooperativo), le quali sono certamente le più studiate in questi ultimi anni all'interno dell'economia cooperativa, si vedano i loro pregi e difetti leggendo i seguenti economisti: W. FONTEYNE, *Cooperative Banks in Europe-Policy Issues*, in *International Monetary Fund*, Working Paper WP/07/159, 2007; V. BOSCIA - A. CARRETTA - P. SCHWITZER, *Cooperative Banking: Innovations and Developments*, Basingstoke, 2009; P. MOTTURA, *Banche cooperative e crisi finanziarie. Forme istituzionali*

La *prima ragione* ruota attorno alla necessità giuridica che l'economia dell'Unione (e l'economia italiana) tenda alla piena occupazione (cfr., rispettivamente, l'art. 3, par. 3, TFUE e l'art. 4, comma 1°, Cost.)²⁶. Ebbene, se si dimostrassero a livello comunitario i risultati anti-ciclici delle società cooperative (come pare sia stato provato per il mercato italiano²⁷, ma non solo²⁸), questo modello d'impresa collettiva privata (certamente il più diffuso nell'Unione europea dopo quello delle società lucrative²⁹) dovrebbe essere promosso a livello comunitario.

D'altra parte, il fatto che la cooperativa di solito favorisce l'occupazione più delle società lucrative, specialmente in momenti di crisi³⁰, non dovrebbe apparire una stranezza, poiché il principale obiettivo di una vera cooperativa è remunerare non già il capitale (come fanno le società lucrative), bensì (direttamente o indirettamente) il lavoro (opposto ap-

da valorizzare con modelli di governance appropriati, in *Bancaria*, 12, 2011, p. 2 ss.; H. GROENEVELD, *The Cooperative Banking Model: Performance and Opportunities*, in *New Paradigms in Banking, Financial Markets and Regulation?*, a cura di M. Balling - F. Lierman - F. Van den Spiegel - R. Ayadi - D.T. Llewellyn, Vienna, 2012, p. 101 ss.

²⁶ Sulle politiche europee che riguardano il lavoro, in un periodo caratterizzato da crisi economica e da indebitamento pubblico, i quali acuiscono le tensioni tra solidarietà e conflitto nel mondo del lavoro, cfr. S. SCIARRA, *L'Europa e il lavoro. Solidarietà e conflitto in tempi di crisi*, Roma-Bari, 2013.

²⁷ Nella ricerca ALLEANZA DELLE COOPERATIVE ITALIANE - FONDAZIONE CENSIS, *Primo rapporto sulla Cooperazione in Italia*, Roma, ottobre 2012, p. 107 ss.

²⁸ Cfr. infatti il già ricordato parere adottato dal Comitato economico e sociale il 25 aprile 2012 (CCMI/093) e la risoluzione del Parlamento europeo presa il 2 luglio 2013 [P7_TA-PROV(2013)0301], quest'ultima non a caso intitolata *Contributo delle cooperative al superamento della crisi*.

²⁹ Secondo la risoluzione citata nella precedente nota, si contano nell'Unione europea circa 160.000 cooperative, di proprietà di 123 milioni di soci, con circa 5,4 milioni di lavoratori, le quali contribuiscono in media per il 5% al PIL di ciascuno Stato membro.

³⁰ Proprio per questa sua caratteristica il Parlamento europeo (con la citata risoluzione del 2 luglio 2013) ha esortato non solo la Commissione europea «a concentrarsi ... sulla trasformazione in cooperative delle industrie e delle imprese di servizi in crisi o senza successori creando servizi specificamente preposti a tale compito», ma anche gli Stati membri dell'Unione «a predisporre un quadro normativo che faciliti i trasferimenti delle imprese ai dipendenti, che comprenda meccanismi finanziari volti ad aiutare i dipendenti a investire nelle imprese in crisi o senza successori, e preveda diritti di opzione per i dipendenti al fine di creare le condizioni migliori per un'offerta di acquisto di un'impresa a rischio di chiusura».

punto alla rendita), il quale – per inciso – fonda la nostra Repubblica democratica (art. 1, comma 1°, Cost.)³¹.

La *seconda ragione* è imperniata sul carattere democratico dell'Unione europea e dei suoi Stati membri. Se è un valore per l'Unione europea la democrazia politica (cfr. infatti gli artt. 9-12 TUE), lo deve essere anche la democrazia economica (come ci insegna il nostro art. 3, comma 2°, Cost.)³², poiché la seconda rafforza e rende più stabile la prima³³; ma allora, la democrazia economica viene realizzata in massimo grado non tutelando soltanto la libertà d'impresa di qualsiasi operatore economico – ora sancita nell'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea³⁴, la quale ha lo stesso valore giuridico del TUE e del TFUE, ai sensi dell'art. 6 TUE – ma promuovendo anche la presenza nel mercato di imprenditori (pur di grandi dimensioni³⁵) aventi un'interna organizzazione democratica³⁶.

³¹ Secondo F. PIZZOLATO, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Milano, 1999, p. 218, «il destinatario privilegiato dei diritti è individuato, dalla nostra Costituzione, nel “lavoratore”, poiché il lavoro è quella condizione di vita in cui più visibilmente l'esigenza di sviluppo della personalità individuale e il desiderio di sentirsi partecipe della vita sociale e di contribuire al benessere spirituale e materiale della collettività trovano armonica composizione».

³² G. GHIDINI, *op. cit.*, p. 472, arriva a scrivere che lo «statuto europeo della concorrenza» avrebbe come scopo ultimo il perseguimento non già di «efficienze economiche», bensì di efficienze democratiche (in quanto posto a garanzia di «una società pluralista»).

³³ In questa direzione, incisivamente, S. ZAMAGNI - V. ZAMAGNI, *La cooperazione*, Bologna, 2008, pp. 111-115. Proprio perché la democrazia economica costituisce una delle condizioni di una duratura democrazia politica, in Italia la democraticità delle cooperative costituisce la principale ragione del loro trattamento privilegiato rispetto alle altre forme imprenditoriali (così almeno sostiene E. CUSA, *Democrazia cooperativa e legislatori nazionali*, in *Società*, 2010, p. 277).

³⁴ Da interpretarsi – come ci ricorda G. CARRARO, *Società di capitali e diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto civile*, 2012, I, p. 214 – non «soltanto come mera garanzia dell'iniziativa economica, ma più ampiamente come libertà di scelta anche delle forme organizzative dell'iniziativa stessa, ivi compresa (...) la strutturazione dell'impresa (individuale o collettiva) secondo i diversi moduli tipologici societari e le relative varianti introducibili dall'autonomia privata».

³⁵ In effetti, come in politica rimane un valore la democrazia pur in presenza di un elevato numero di elettori, così in economia rimane un valore la democrazia anche in presenza di grosse imprese mutualistiche. Semmai, in entrambi questi campi dell'agire umano, sarà più difficile realizzare una reale democrazia al crescere dei soggetti legit-

Analogo discorso può essere condotto muovendo dalla nostra Costituzione, atteso che nella «iniziativa economica privata» di cui all'art. 41 Cost. sono certamente sussumibili i molteplici modelli organizzativi delle imprese private³⁷ e che la tutela e la promozione della concorrenza tra tali modelli non può obliterare i principi sanciti negli artt. 1-4 Cost.

D'altra parte, dall'intera nostra Carta fondamentale si ricava un preciso intento di democratizzare non solo lo Stato-istituzione ma anche lo Stato-comunità, specialmente nelle sue fondanti formazioni sociali, tra cui rammento la famiglia (costruita sulla parità tra la moglie e il marito ex art. 29, comma 2°, Cost., così come attuata con la riforma del diritto di famiglia mediante la l. 19 maggio 1975, n. 151)³⁸, i partiti (ove il «me-

timati ad esercitare i loro diritti democratici. In argomento, circa il rapporto tra dimensione dell'impresa mutualistica, partecipazione dei soci alla vita sociale ed efficienza nell'esercizio dell'attività economica, cfr., da ultimo, D.C. JONES - P. KALMI, *Economic of Scale Versus Participation: a Co-operative Dilemma?*, in *Journal of Entrepreneurial and Organizational Diversity*, 2012, p. 37 ss., ove sono tra l'altro riportati i principali studi economici sul tema appena precisato. In direzione opposta a quanto auspicato nel testo si registra l'intervento del Governatore della Banca d'Italia in occasione dell'assemblea ordinaria dell'Associazione Bancaria Italiana, tenutasi a Roma il 10 luglio 2013, ove si afferma che, «anche nel giudizio di autorità e investitori internazionali, il modello più coerente con le caratteristiche delle banche di grandi dimensioni, in grado di favorire l'apporto di capitale e la trasparenza dell'assetto proprietario e della governance, è quello della società per azioni. Le popolari più grandi devono aprirsi a questa trasformazione, agevolandola con quorum assembleari realisticamente raggiungibili».

³⁶ Ancora S. ZAMAGNI-V. ZAMAGNI, *op. cit.*, p. 113, invitano a «cominciare a guardare quel che avviene dentro l'impresa e non solamente quel che avviene nei rapporti tra imprese che interagiscono nel mercato».

³⁷ Come sostenuto dalla prevalente dottrina costituzionale [citata, da ultimo, da M. GIAMPIERETTI, in *Commentario breve alla Costituzione*², a cura di S. Bartole - R. Bin, Padova, 2008, pp. 409-412; a favore del fatto che il modello cooperativo di esercizio dell'impresa è contemplato non solo espressamente nell'art. 45 Cost. ma anche implicitamente nell'art. 41 Cost. cfr., tra gli altri, A. BASSI, *Delle imprese cooperative e delle mutue assicuratrici*, Milano, 1988, p. 106 s.]; semmai il problema è accertare se vi sia un'esatta corrispondenza tra la nozione costituzionale di «iniziativa economica privata» e quella comunitaria di impresa privata.

³⁸ Secondo F. PIZZOLATO, *Formazioni e ... deformazioni sociali*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2005, p. 139, la famiglia sarebbe formazione sociale costituzionalmente intesa (e pertanto riconosciuta, altrimenti l'ordinamento dovrebbe intervenire su essa in via correttiva e sussidiaria) se e quando sia «un luogo di una relazionalità interna, che dia voce

todo democratico» di cui all'art. 49 Cost. dovrebbe caratterizzare anche la loro organizzazione interna³⁹), i sindacati (i quali possono essere registrati solo se hanno «un ordinamento interno a base democratica» ex art. art. 39, comma 3°, Cost.) e le organizzazioni imprenditoriali (non necessariamente cooperative, a condizione che abbiano determinate caratteristiche, come indirettamente emerge dall'art. 46 Cost.⁴⁰).

La *terza ragione* è incentrata sul postulato secondo cui è un male sia per la collettività sia per le imprese il fatto che i gestori di queste ultime siano mossi solo da scelte di breve periodo (cosiddetto *short-termism*), di solito misurate da relazioni trimestrali, poiché ciò massimizzerebbe sì (anche se nel solo breve periodo⁴¹) l'interesse degli investitori-soci ma non quello degli altri *stakeholders* (*in primis*, dei lavoratori) e comunque aumenterebbe il rischio di esternalità negative (come l'inquinamento ambientale). Se si condivide tale postulato, lo strumento più efficace per promuovere tra i gestori di imprese scelte di lungo periodo (cosiddetto *long-termism*) non è tanto quello di incentivare il ricorso a modelli

ai propri membri e li renda partecipi, ed esterna, che apra cioè a una partecipazione sociale e politica più larga e consapevole».

³⁹ Ciò però è dibattuto tra i costituzionalisti, specialmente se il suddetto metodo fosse imposto *ex lege* [per le opportune citazioni cfr. G.E. VIGEVANI, in *Commentario breve alla Costituzione*², a cura di S. Bartole - R. Bin, Padova, 2008, pp. 497 s. e 502]. In argomento v. poi A. MATTIONI, *Profili costituzionali della partecipazione politica. Prime considerazioni*, in *Scritti in onore di G. Balladore Pallieri*, I, Milano, 1978, pp. 300-328 (ora in ID., *Società e istituzioni. Una raccolta di scritti*, Napoli 2005, pp. 159-195), il quale riflette anche sulla democrazia interna dei sindacati.

⁴⁰ Sul quale si rinvia, in generale, al classico commento di G. GHEZZI, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *Rapporti economici*, t. III, Bologna-Roma, 1980, p. 69 ss. e, in chiave giuscommerciale, da ultimo, a L. DE ANGELIS, *Riflessioni sulla partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese*, in *Ricerche giuridiche*, 1, 2012, I, p. 11 ss.

⁴¹ Di questo avviso sono anche alcuni regolatori, come la Banca d'Italia; quest'ultima, infatti, sottopone ad una particolare disciplina le forme di remunerazione incentivante riservate agli esponenti aziendali delle banche, poiché, in presenza di tali compensi, occorre evitare «il prodursi di incentivi in conflitto con l'interesse della società in un'ottica di lungo periodo» (Banca d'Italia, *Provvedimento del 30 marzo 2011. Disposizioni in materia di politiche e prassi di remunerazione e incentivazione nelle banche e nei gruppi bancari*, par. 3, in Banca d'Italia, *Bollettino di Vigilanza*, 2011, p. II.21).

di responsabilità sociale d'impresa⁴² (ad esempio, con premi fiscali alle imprese capaci di presentare i migliori bilanci sociali o ambientali)⁴³, quello di imporre codici etici o di condotta⁴⁴ o quello di concentrarsi principalmente sui compensi (eccessivi e poco trasparenti) degli esponenti aziendali⁴⁵, quanto quello di agevolare forme d'impresa (come quella cooperativa⁴⁶) la cui struttura proprietaria impedisca il sopravvento dei finanziatori (specialmente se speculatori), bilanciando il ruolo di tutti gli *stakeholders*.

La *quarta ragione* si poggia sulla necessità, ormai improcrastinabile, di ridurre le disuguaglianze tra ricchi e poveri, sia all'interno dei nostri Stati, sia a livello planetario: disuguaglianze in continuo aumento negli ultimi decenni, nonostante cresca complessivamente il reddito familiare medio⁴⁷. Il che dimostra come il vero problema da affrontare sia quello della distribuzione della ricchezza prodotta. A mio avviso, se nel mercato

⁴² Da ultimo, sulla natura giuridica della responsabilità sociale d'impresa (RSI) cfr. M. FERRARESI, *Responsabilità sociale dell'impresa e diritto del lavoro*, Padova, 2012, *passim*; per tale autore (*ivi*, pp. 10-13) la RSI sarebbe una manifestazione del principio di sussidiarietà orizzontale, atteso che le imprese, con essa, contribuirebbero, «liberamente e volontariamente, al bene comune». Circa invece gli obiettivi e le realizzazioni della RSI in Italia cfr. MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI - MINISTERO DELLO SVILUPPO ECONOMICO, *Piano d'azione nazionale sulla responsabilità sociale d'impresa 2012-2014*, presentato a Roma il 6 maggio 2013.

⁴³ Così M. LIBERTINI, *Economia sociale di mercato e responsabilità sociale dell'impresa*, cit., nt. 60.

⁴⁴ Come, da ultimo, è stato previsto per tutte le banche italiane in forza della circolare della Banca d'Italia del 27 dicembre 2006, n. 263 (Titolo V, Capitolo 7, Sezione II, par. 2), così come è stata aggiornata il 2 luglio 2013; circa l'impatto di questa novità sulla disciplina delle banche di credito cooperativo cfr. E. CUSA, *Il diritto delle banche di credito cooperativo tra legge e contratto*, Torino, 2013, p. 36 s. Più in generale, sulla rilevanza giuridica dei codici di condotta si rinvia a M. FERRARESI, *op. cit.*, pp. 19 s. e 89 ss.

⁴⁵ Di questo approccio si trova traccia, da ultimo, nella già citata risoluzione del Parlamento europeo del 3 luglio 2013 *sulla riforma della struttura del settore bancario*.

⁴⁶ Similmente il parere adottato dal Comitato economico e sociale il 25 aprile 2012 (CCMI/093), ove si precisa che «una caratteristica fondamentale delle imprese cooperative è la loro prospettiva di lungo periodo».

⁴⁷ Così (però su dati riguardanti i soli ventidue Paesi OCSE nel periodo 1985-2008), OECD, *An Overview of Growing Income Inequalities in OECD Countries: Main Findings*, 2011.

operano enti con finalità mutualistiche o non lucrative, si attenuano le tendenze alla concentrazione della ricchezza, poiché tali enti hanno una capacità distributiva maggiore rispetto a quella degli enti con finalità esclusivamente lucrativa (essendo questi ultimi tenuti a remunerare il capitale). «Serve, pertanto, un mercato nel quale possano liberamente operare, in condizioni di pari opportunità, imprese che perseguono fini istituzionali diversi. Accanto all'impresa privata orientata al profitto, e ai vari tipi di impresa pubblica, devono potersi radicare ed esprimere quelle organizzazioni produttive che perseguono fini mutualistici e sociali. È dal loro reciproco confronto sul mercato che ci si può attendere una sorta di ibridazione dei comportamenti d'impresa e dunque un'attenzione sensibile alla *civilizzazione dell'economia*»⁴⁸.

La *quinta e ultima ragione* si basa sulla nozione di concorrenza dinamica ed effettiva⁴⁹, la quale è un processo finalizzato ad offrire ai consumatori un'offerta migliore da parte delle imprese; se ciò è vero, l'ente democratico con finalità mutualistica può diventare uno strumento aggiuntivo per raggiungere il medesimo obiettivo della concorrenza⁵⁰; tale ente, infatti, è in grado di trasformare il consumatore in produttore di beni e/o servizi di cui ha bisogno e pertanto consente al consumatore di tutelare i propri interessi economici senza alcuna intermediazione (magari dello Stato, non di rado offerta in modo inefficace)⁵¹.

⁴⁸ Così BENEDETTO XVI, *Caritas in Veritate*, Città del Vaticano, 2009, § 38, p. 60.

⁴⁹ Esaminata *supra*, § I.1.

⁵⁰ In senso analogo, significativamente, Corte di giustizia, 15 dicembre 1994, C-250/92, *Gottrup-Klim*, in *Racc.*, 1994, p. I-5671, punto 32: «in un mercato in cui il prezzo dei prodotti varia a seconda del volume degli ordinativi, le operazioni delle cooperative di consumo possono, in funzione del numero dei loro soci, costituire un'importante contrappeso al potere contrattuale dei grandi produttori e facilitano una concorrenza più efficace».

⁵¹ Forse questa è una delle ragioni che ha portato ad un diretto riconoscimento delle cooperative di consumo nella Costituzione portoghese, il cui art. 60, comma 3°, così recita: «*As associações de consumidores e as cooperativas de consumo têm direito, nos termos da lei, ao apoio do Estado e a ser ouvidas sobre as questões que digam respeito à defesa dos consumidores, sendo-lhes reconhecida legitimidade processual para defesa dos seus associados ou de interesses colectivos ou difusos*».

3. Le Costituzioni economiche europee e la primazia del modello cooperativo

Le Costituzioni di alcuni Paesi dell'Unione europea – come la Bulgaria⁵², la Grecia⁵³, Malta⁵⁴, l'Italia (con l'art. 45 Cost.), il Portogallo⁵⁵ e la Spagna⁵⁶ – non solo riconoscono – come fa la stessa Unione⁵⁷ – la plu-

⁵² Così stabilisce la versione inglese dell'art. 19, comma 4°, Costituzione bulgara: «*The law shall establish conditions conducive to the setting up of cooperatives and other forms of association of citizens and corporate entities in the pursuit of economic and social prosperity*».

⁵³ Art. 12, comma 4°, Costituzione greca (nella sua versione inglese): «*Agricultural and urban cooperatives of all types shall be self-governed according to the provisions of the law and of their statutes; they shall be under the protection and supervision of the State which is obliged to provide for their development*».

⁵⁴ La versione inglese dell'art. 20 della Costituzione maltese stabilisce che «*The State recognises the social function of co-operatives and shall encourage their development*».

⁵⁵ Specialmente con l'art. 85 della Costituzione portoghese: «1. O Estado estimula e apoia a criação e a actividade de cooperativas. 2. A lei definirá os benefícios fiscais e financeiros das cooperativas, bem como condições mais favoráveis à obtenção de crédito e auxílio técnico. 3. São apoiadas pelo Estado as experiências viáveis de autogestão. As associações de consumidores e as cooperativas de consumo têm direito, nos termos da lei, ao apoio do Estado e a ser ouvidas sobre as questões que digam respeito à defesa dos consumidores, sendo-lhes reconhecida legitimidade processual para defesa dos seus associados ou de interesses colectivos ou difusos». In argomento cfr. D. APARÍCIO MEIRA, *O quadro jurídico-constitucional do cooperativismo em Portugal*, in *Cooperativismo e Economía Social*, 33, 2010-2011, p. 31 ss.

⁵⁶ Si riporta il testo dell'art. 129, comma 2°, Costituzione spagnola: «*Los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas. También establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción*». Da questa disposizione il *Tribunal Constitucional de España* ha ritenuto legittimo che le *Comunidades Autónomas* spagnole avessero competenza anche legislativa sul diritto delle società cooperative; questa interpretazione ha dunque innescato la disordinata produzione di diritto cooperativo a livello locale che ha portato all'attuale caos normativo caratterizzate questo settore dell'ordinamento spagnolo. Su Costituzione spagnola e società cooperativa cfr. M. PASTOR SEMPERE, *Empresa cooperativa y modelo constitucional: una aproximación*, in *Revista de Derecho des Sociedades*, 16, 2001, p. 191 ss.

⁵⁷ Si è già ricordato, in proposito, l'art. 54 TFUE.

ralità di forme imprenditoriali⁵⁸, ma impongono anche di promuoverne alcune, tra cui certamente si staglia quella cooperativa.

Se non m'inganno, da questa disciplina costituzionale – esplicitazione di un sentire certamente più ampio nell'Unione europea – si può inferire la scorrettezza della tesi (forse maggioritaria, almeno in Italia) della neutralità politica del diritto societario⁵⁹; in effetti, il diritto dei modelli organizzativi delle imprese, fissando funzioni e strutture di queste, incide sì all'interno delle imprese regolate, ma anche al loro esterno, concorrendo a plasmare una certa forma di mercato e, pertanto, in ultima analisi, la nostra economia e la società in cui viviamo. Ma, allora, il diritto societario, se sottostà al diritto costituzionale, non può che essere concepito in modo da tratteggiare chiaramente una pluralità di strutture imprenditoriali capaci, secondo diverse graduazioni, di combinare interessi particolari e interessi generali, senza che questi ultimi debbano per forza essere perseguiti unicamente dall'impresa in mano pubblica, come tradizionalmente si pensava.

Più in generale, grazie ad un riformato diritto dei modelli organizzativi delle imprese, si potrebbero contemporaneamente inverare:

i) le correlate norme delle Costituzioni economiche che, nel riconoscere diverse forme di impresa privata, limitano il potere sovrano (senza tuttavia negarlo), secondo la migliore tradizione del costituzionalismo;

ii) il principio (europeo e italiano) di sussidiarietà, qui inteso come antidoto contro un eccessivo intervento pubblico nell'economia, evitan-

⁵⁸ Probabilmente l'art. 80 (*Princípios fundamentais*) della Costituzione portoghese, il cardine della costituzione economica di questo Paese, è l'esempio più significativo in proposito: «*A organização económico-social assenta nos seguintes princípios: a) Subordinação do poder económico ao poder político democrático; b) Coexistência do sector público, do sector privado e do sector cooperativo e social de propriedade dos meios de produção; c) Liberdade de iniciativa e de organização empresarial no âmbito de uma economia mista; d) Propriedade pública dos recursos naturais e de meios de produção, de acordo com o interesse colectivo; e) Planeamento democrático do desenvolvimento económico e social; f) Protecção do sector cooperativo e social de propriedade dos meios de produção; g) Participação das organizações representativas dos trabalhadores e das organizações representativas das actividades económicas na definição das principais medidas económicas e sociais*».

⁵⁹ Sulla quale si è soffermato recentemente M. LIBERTINI, *Economia sociale di mercato*, cit., p. 27 ss.

do così che, nella produzione di beni e servizi (cioè nel mondo imprenditoriale), il potere pubblico faccia ciò che possono fare meglio i privati.

Ma, allora, anche grazie ad una più efficace regolazione della diversità imprenditoriale, sarà possibile realizzare un'economia sociale di mercato, ridefinendo, sulla base di questo modello economico finalizzato al bene comune⁶⁰, i confini tra diritto pubblico e diritto privato⁶¹.

Volendo ora spiegare la ragione della preferenza riservata alle cooperative dalla Costituzione italiana, impernio il mio discorso attorno ai principi personalista e solidarista sanciti nell'art. 2 Cost.⁶², di cui l'art. 45 Cost. costituisce a mio parere una delle declinazioni più significative nel settore produttivo.

⁶⁰ Essendo stato sopra acclarato il parallelismo tra economia sociale di mercato e dottrina sociale della Chiesa cattolica, si può citare in proposito BENEDETTO XVI, *op. cit.*, § 36, p. 56: «l'attività economica non può risolvere tutti i problemi sociali mediante la semplice estensione della logica mercantile. Questa va finalizzata al perseguimento del bene comune, di cui deve farsi carico anche e soprattutto la comunità politica».

⁶¹ Confini, quelli sopra ricordati, anche in ragione della globalizzazione e della necessaria maggior integrazione europea, certamente da ripensare, come da ultimo rileva A. ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, in *Rivista di diritto civile*, 2013, I, p. 515 ss.

D'altra parte, come rammenta D. VELO, *I modelli economici-sociali europeo e statunitense: dalla diversità alla convergenza*, in L. Bonini, *Economia sociale di mercato*, Bologna 2012, p. 11 ss., è possibile concepire come deve essere oggi (e come potrà essere domani) l'economia sociale di mercato in Europa, solo se si conosce quale sia stata ieri l'economia europea; questa infatti, nel corso dei secoli, può anche essere letta come i risultati diacronici della continua ricerca di un giusto equilibrio tra pubblico e privato, tra Stato e mercato, tra solidarietà e individualismo.

⁶² Sul principio personalista (da cui discendono i doveri di solidarietà evocati nell'art. 2 Cost.), così come declinato nella Costituzione ad opera dei costituenti cattolici, cfr., da ultimo, F. PIZZOLATO, in F. PIZZOLATO - C. BUZZACCHI, voce «*Doveri costituzionali*», in *Digesto, Discipline Pubblicistiche*, III, Agg., Torino, 2008, pp. 319-326 e S. LA PORTA, *L'organizzazione delle libertà sociali*, cit., p. 36 ss., ove ulteriori citazioni; principio, quello appena menzionato, che deriva dalla dottrina etico-politica denominata personalismo [incentrata «sul valore assoluto della persona e sui suoi legami di solidarietà con altre persone» (G. GALEAZZI, voce «*Personalismo*», in *Dizionario di filosofia di Nicola Abbagnano*³, aggiornato e ampliato da G. Fornero, Torino, 1998, p. 814 s.)], certamente di stampo cristiano, il cui fondatore può essere considerato E. MOUNIER, del quale si segnala *Il Personalismo*, Roma, 2004 (trad. it. curata da G. Campanini e M. Pesenti di *Le personnalisme*, Paris, 1949).

Questi due principi si fondano sulla centralità (non dell'individuo, bensì) della persona, intesa nella sua connaturata dimensione relazionale-sociale, da cui discendono armoniosamente non solo diritti inviolabili ma anche doveri di solidarietà.

La centralità della persona diventa allora la colonna portante nel costruire sia il nostro Stato (nel senso che questo esiste in funzione della persona e non viceversa), sia le cooperative costituzionalmente riconosciute (nel senso che queste si giustificano in funzione della loro capacità di rispondere direttamente ai bisogni dei cooperatori mediante l'impresa mutualistica organizzata in modo democratico).

Grazie alla centralità della persona si può individuare anche il giusto rapporto tra lo Stato e le formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost. (di cui le vere cooperative sono un'esemplificazione): il primo deve riconoscere e sostenere le seconde, se queste consentono lo svolgimento della persona nella sua intrinseca relazionalità, concorrendo così alla costruzione del bene comune.

Ma, allora, il principio di sussidiarietà orizzontale, scaturente dai principi personalista e solidarista sanciti nell'art. 2 Cost.⁶³, non attiene unicamente al rapporto tra pubblica amministrazione e cittadini (come parrebbe leggendo l'art. 118, comma 4°, Cost.⁶⁴, l'unica disposizione costituzionale nella quale si parla espressamente di tale principio), ma, più ampiamente, innerva il rapporto tra Stato-istituzione e Stato-comunità, ogniqualvolta bisogna organizzare le attività d'interesse per la Repubblica, tra le quali sono da annoverare certamente quelle imprenditoriali, come insegna drammaticamente l'attuale crisi.

⁶³ Rispetto alla scaturigine indicata nel testo cfr. F. PIZZOLATO, da ultimo in *La sussidiarietà nell'eclisse del bene comune: la mediazione costituzionale*, in *Il lato oscuro della sussidiarietà*, a cura di F. Pizzolato - P. Costa, Milano, 2013, pp. 114-121. Sul fatto che l'elaborazione concettuale del principio di sussidiarietà inizia con la dottrina sociale della Chiesa cattolica del XIX secolo cfr., da ultimo, P. COSTA, *Sui debiti concettuali del principio di sussidiarietà. Contributo allo studio di un concetto quasi-moderno*, *ivi*, p. 47 ss.

⁶⁴ Circa la suddetta disposizione e la sua interpretazione nella dottrina, nella legislazione ordinaria e nella giurisprudenza cfr. i contributi, rispettivamente, di S. VITELLI (*L'approccio della dottrina alla sussidiarietà*), F. GIGLIONI (*La sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza*) e D. DONATI (*La sussidiarietà orizzontale nell'evoluzione normativa dello Stato e delle Regioni*), in *Il valore aggiunto. Come la sussidiarietà può salvare l'Italia*, a cura di G. Arena - G. Cotturri, Roma, 2010, pp. 137 ss., 159 ss. e 183 ss.

Appare pertanto chiaro che implementare la sussidiarietà orizzontale, disciplinando come le diverse forme d'impresa possano contribuire all'economia nazionale, non solo significa porre mano alla necessaria riforma dello Stato sociale (*welfare state*) dell'Italia (ma problemi analoghi sono presenti in molti altri Stati membri dell'Unione europea)⁶⁵, favorendo (echeggiando così l'art. 118, comma 4°, Cost.) l'ingresso delle imprese private nel mercato dei servizi sociali, ma significa anche, e più ampiamente, riconoscere l'esistenza di modelli imprenditoriali che, se utilizzati in modo autentico, agevolano le persone a collaborare tra loro in modo più efficace.

Dunque, la presenza di ben congegnate forme imprenditoriali private determina i seguenti due vantaggi:

i) facilita l'adempimento del nostro dovere di fraternità ai sensi dell'art. 1 Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (approvata a New York, dall'Assemblea Generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, il 10 dicembre 1948)⁶⁶, del nostro dovere di solidarietà ai sensi dell'art. 2 Cost. e del nostro dovere di svolgere «un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società» (art. 4, comma 2°, Cost.)⁶⁷;

⁶⁵ Sul punto, da ultimo, cfr., circa l'Italia, il volume interdisciplinare curato da L. VIOLINI - G. VITTADINI, *La sfida del cambiamento. Superare la crisi senza sacrificare nessuno*, Milano, 2012 e, più in generale, C. BORZAGA - G. GALERA, *New opportunities for cooperatives in the changing landscape of the welfare systems*, in *New opportunities for cooperatives: new opportunities for people*, a cura di J. Heiskanen - H. Hënry - P. Hytinkoski - T. Köppä, Mikkeli (Finland), 2012, p. 14 ss.

Rispetto all'Italia, la necessità di ripensare lo Stato sociale dipende non solo dalla necessità di ridurre il nostro debito pubblico, ma anche dal crescente invecchiamento della popolazione italiana (sul periodo 2011-2065 cfr. ISTITUTO NAZIONALE DI STATISTICA, *Il futuro demografico del Paese*, 28 dicembre 2011, in www.istat.it).

⁶⁶ Il suddetto articolo così recita: «Tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti. Essi sono dotati di ragione di coscienza e devono agire gli uni verso gli altri in spirito di fratellanza». Da segnalare che dalla fraternità BENEDETTO XVI (in *Caritas in Veritate*, cit., §§ 34 e 36, pp. 55 e 58) ricava il principio di gratuità, il quale deve «trovare posto entro la normale attività economica».

⁶⁷ In proposito G. OPPO, *Principi*, cit., p. 53, chiarisce che l'iniziativa economica è, tra l'altro, sia «svolgimento della personalità», sia un «modo di adempiere» al dovere di cui all'art. 4 Cost.

ii) concorre alla realizzazione del bene comune⁶⁸, il quale, come la storia ci insegna, non è costruibile se il relativo compito è delegato interamente (o comunque eccessivamente) allo Stato-istituzione.

Ebbene, tra le forme di impresa privata quella naturalmente più coerente con i predetti ragionamenti è, senza dubbio, la cooperativa, la quale, forse non a caso, costituisce il modello imprenditoriale meglio disciplinato giuridicamente, dopo le società lucrative.

La cooperativa potrebbe così diventare non solo uno degli strumenti per gestire (nel rispetto almeno del criterio di economicità) servizi sanitari⁶⁹ o sociali⁷⁰ o pubblici⁷¹, beni di comunità⁷² ovvero, più ampiamente,

⁶⁸ Circa il rapporto giuridico tra fraternità, bene comune, sussidiarietà, solidarietà e Costituzione italiana cfr. F. PIZZOLATO, *Il principio costituzionale di fraternità*, Roma, 2012; tale autore osserva anche che la nozione di fraternità ricostruibile dalla Costituzione italiana ha un significato diverso da quello attribuito allo stesso lemma dalla tradizione giuridica e filosofica francese, derivando la prima accezione dalla concezione personalistica e la seconda dalla tradizione illuministica; dal che discendono (o avrebbero dovuto discendere) un diverso intervento statale, in Italia e in Francia, nel realizzare tale fraternità.

⁶⁹ Come dimostrato dal Brasile, ove la più grande cooperativa medica del mondo – Unimed do Brasil (<http://www.unimed.coop.br>), formata a sua volta da 367 cooperative mediche – è presente sull'83% del territorio brasiliano e opera con più di 18 milioni di clienti.

⁷⁰ Non a caso l'*incipit* della disciplina delle cooperative sociali proclama che tale modello organizzativo di impresa ha «lo scopo di perseguire l'interesse generale della comunità alla promozione umana e all'integrazione sociale dei cittadini» (art. 1, comma 1°, l. n. 381/1991). Per chi scrive le cooperative sociali sono comunque obbligate a perseguire lo scopo mutualistico, inteso come gestione del servizio ai soci, almeno quando, come si verifica nella gran parte dei casi, siano qualificabili come cooperative di lavoro (nella medesima direzione cfr. la relazione accompagnatoria allo schema di decreto legislativo che sarebbe poi diventato il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, nella parte in cui illustra la norma corrispondente al vigente art. 2520 c.c.). Tuttavia, è sostenuta l'inessenzialità dello scopo mutualistico nelle cooperative sociali dalla dottrina maggioritaria (qui rappresentata da V. BUONOCORE, *Un nuovo tipo di cooperativa? A proposito della nuova legge sulle cooperative sociali*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, 1992, p. 250 ss., secondo il quale l'art. 1, l. n. 381/1991 «abolisce, in una parola, la c.d. "gestione di servizio", da sempre tratto marcante della impresa cooperativa»), anche se non manca chi (come C. VENDITTI, *Causa e scopo mutualistico delle cooperative sociali*, in *Diritto e Giurisprudenza*, 1994, p. 19 ss.) afferma che la cooperativa sociale deve perseguire lo scopo mutualistico, non potendo la stessa perseguire solamente finalità altruistiche o di solidarietà.

⁷¹ In argomento, da ultimo, P.A. MORI, *Customer Ownership of Public Utilities: New Wine in Old Bottles*, in *Journal of Entrepreneurial and Organizational Diversity*, 2013, 1, p. 54 ss.

⁷² Sui quali si rimanda a P.A. MORI, *Beni comuni, beni di comunità e gestione comu-*

servizi di interesse economico generale (nell'accezione comunitaria)⁷³, ma anche, e più in generale, un'istituzione economica capace di rendere più sociale (avendo una «funzione sociale», come ci ricorda l'art. 45, comma 1°, Cost.⁷⁴) un'economia di mercato fortemente competitiva. La cooperativa, pertanto, proprio perché capace di alzare il tasso di socialità della nostra economia, dovrebbe essere (volutamente usando gli stessi verbi contenuti negli artt. 45, comma 1° e 118, comma 4°, Cost.) promossa e favorita.

nitaria, in *ParadoXa*, ottobre-dicembre 2011, p. 13 ss., il quale, da economista, esamina vantaggi e svantaggi delle cooperative di comunità (corrispondenti a cooperative di utenza il cui oggetto sociale è la gestione di beni di comunità). In proposito, anche in ragione dell'attualità della discussione sui beni comuni, è d'interesse rammentare [come fa F. CATTABRINI, *Assemblea costituente: il dibattito sulla cooperazione*, in *La funzione sociale della cooperazione*, a cura di L. Bagnoli, Roma, 2010, pp. 60-62] che nell'Assemblea costituente si valutò a lungo se inserire nella nostra Costituzione anche la forma di proprietà cooperativa.

⁷³ Nella società italiana sta probabilmente accadendo un fenomeno per certi versi simile a quello successo nella rivista internazionale *Annals of Public and Cooperative Economics*, ove dal 1975 al 2007 si è assistito ad un sorpasso degli articoli scientifici sull'economia sociale rispetto a quelli sull'economia pubblica (come ricordano F. FECHER-BOURGEOIS - R. CHAVES - J.L. MONZON CAMPOS, *Introduction: recent trends in social economy research*, in *Annals of Public and Cooperative Economics*, 2012, p. 252). In effetti, come può essere letto in ISTITUTO NAZIONALE DI STATISTICA, *9° Censimento dell'industria e dei servizi e Censimento delle istituzioni non profit. Primi risultati*, Roma, luglio 2013, pp. 42, 48 e 53, nel periodo dal 2001 al 2011, le istituzioni pubbliche sono diminuite del 20% (passando da 15.580 a 12.183), mentre le istituzioni *nonprofit* [corrispondenti, nel 2011, a 68.349 associazioni riconosciute (pari al 22,7% delle istituzioni *nonprofit*), 201.004 associazioni non riconosciute (pari al 66,7%), 11.264 cooperative sociali (pari al 3,7%), 6.220 fondazioni (pari al 2,1% e a 14.354 enti non meglio identificati giuridicamente (pari al 4,8%)] sono cresciute del 28% (passando da 235.232 a 301.191), diventando, in alcuni settori, addirittura la principale realtà produttiva del nostro Paese. Da segnalare inoltre che, nello stesso periodo, i dipendenti delle istituzioni pubbliche sono passati da 3.209.125 a 2.840.845 (pari ad una diminuzione dell'11,5%), mentre i dipendenti delle istituzioni *nonprofit* sono passati da 488.523 a 680.811 (pari ad un aumento del 39,4%).

⁷⁴ A. MAGLIUOLO, *Gli economisti e la cooperazione*, in *La funzione sociale della cooperazione*, a cura di L. Bagnoli, Roma, 2010, p. 21 ss., riporta il pensiero degli economisti sul legame tra funzione sociale della cooperazione, promozione delle cooperative e aiuti di Stato. Circa invece i giuristi, relativamente all'inquadramento dell'art. 45 Cost. nella nostra Costituzione, non si può non ricordare V. BUONOCORE, *Diritto della cooperazione*, Bologna, 1997, p. 47 ss.

In conclusione, le cooperative sono sostenute in alcuni Stati dell'Unione europea in ragione del fatto che questa particolare forma giuridica d'impresa, quando è vera, è governata – come ci ha ricordato la Corte di giustizia – dal «principio della preminenza della persona»⁷⁵; questo principio, antitetico a quello che potrebbe ricavarsi dall'individualismo (la cui formulazione più estrema sosterebbe l'individuo come valore assoluto e la comunità come valore nullo), si declina nelle seguenti quattro caratteristiche della vera cooperativa:

i) *democratica*, poiché nella sua organizzazione si conta non per quello che si ha ma per quello che si è;

ii) *mutualistica*, poiché la sua impresa si giustifica nella misura in cui risponde direttamente ai bisogni dei soci;

iii) *non speculativa*, poiché il capitale è servente all'impresa sociale mediante la quale i soci soddisfano i loro interessi che non possono essere speculativi;

iv) *solidaristica*, poiché la parte indisponibile del suo patrimonio sociale deve essere destinata a finalità altruistiche, poiché la compagine sociale deve essere aperta (compatibilmente con l'esercizio di un'attività da preservare almeno come economica) ad altri portatori degli stessi bisogni degli attuali soci e poiché il suo successo non può essere slegato dallo sviluppo sostenibile della comunità ove essa opera (atteso che uno stesso territorio accomuna chi è proprietario della cooperativa e chi è portatore del bisogno da soddisfare mediante l'impresa mutualistica⁷⁶)⁷⁷.

⁷⁵ Così il punto 56 della sentenza *Paint Graphos*. In direzione analoga va la ricostruzione di G. PIZZONIA, *Agevolazioni fiscali per le cooperative*, cit., pp. 72-74.

⁷⁶ L'esempio più interessante in proposito è costituito dalla disciplina italiana delle banche di credito cooperativo, atteso che uno stesso spazio (tecnicamente, la zona di competenza territoriale) unisce tutti i soci di queste banche e almeno il 95% dei clienti a cui tali istituzioni finanziarie erogano il credito. Sul punto, da ultimo, E. CUSA, *Il diritto delle banche di credito cooperativo*, cit., p. 88 s.

⁷⁷ Stante il dettato del regolamento sulla società cooperativa europea, il modello comunitario di vera cooperativa non impone di rispettare il settimo principio (*Interesse verso la comunità*) della già ricordata *Dichiarazione sull'identità cooperativa*, secondo il quale «le cooperative lavorano per uno sviluppo sostenibile delle proprie comunità attraverso politiche approvate dai propri soci». Sulla genesi e sul contenuto di tale principio si rimanda alle autorevoli parole di I. MACPHERSON, *Cooperatives' concern for the com-*

Di recente, anche le istituzioni comunitarie si sono accorte che il modello cooperativo di impresa, nel mercato comunitario, può contribuire a costruire «un'economia sociale di mercato fortemente competitiva» (art. 3, par. 3, TUE), cioè uno degli obiettivi fondamentali della Costituzione economica europea: nel 2011 la Commissione europea, con la citata Comunicazione *Iniziativa per l'imprenditoria sociale*, si è rivolta alle altre istituzioni comunitarie, invitandole a riconoscere e a promuovere l'impresa sociale, la quale, nella gran parte degli Stati membri, è spesso esercitata in forma di cooperativa; nel 2012 il Comitato economico e sociale europeo, con il parere intitolato *Cooperative e ristrutturazione*⁷⁸, ha sostenuto «che, in tempi di crisi, le cooperative hanno maggiore capacità di resistenza e sono più stabili rispetto alle altre forme di impresa e che sviluppano inoltre nuove iniziative imprenditoriali»; nel 2013 il Parlamento europeo, con la risoluzione intitolata *Contributo delle cooperative al superamento della crisi*⁷⁹, ha ribadito che il «il modello imprenditoriale cooperativo contribuisce a un vero pluralismo economico» e che tale modello «rappresenta un elemento indispensabile della "economia sociale di mercato" ed è pienamente in linea con i valori del trattato UE e con gli obiettivi della strategia Europa 2020»; sempre nel 2013, a seguito di quest'ultima risoluzione, la Commissione europea ha costituito il gruppo di lavoro denominato *Fostering cooperatives' potential to gene-*

munity: from members towards local communities' interests, in *Euricse Working Paper*, 46/13, 2013.

Nulla vieta però che il ricordato settimo principio sia spontaneamente osservato dalle cooperative, come accade per tutte le banche di credito cooperativo italiane aventi una clausola statutaria conforme con l'art. 2 dello statuto tipo di queste banche, predisposto dalla Federazione Italiana delle Banche di Credito Cooperativo-Casse Rurali ed Artigiane, in raccordo con la Banca d'Italia; su questa disposizione statutaria v. *funditus* E. CUSA, *La funzione sociale delle banche di credito cooperativo tra legge e contratto*, in *Rivista della cooperazione*, 4, 2005, p. 11 ss.

Circa lo sviluppo del territorio ove la cooperativa opera, si segnala che in Italia si sta diffondendo la costituzione di cooperative cosiddette di comunità; queste società, di solito, hanno uno scopo mutualistico così composto: perseguono gli interessi generali delle comunità di specifici Comuni, offrendo ai soci utenti servizi attinenti alla produzione di energia da fonti rinnovabili e ai soci lavoratori occasioni di lavoro inerenti alla predetta attività economica.

⁷⁸ Adottato il 25 aprile 2012 (CCMI/093).

⁷⁹ Presa il 2 luglio 2013 [P7_TA-PROV(2013)0301].

rate smart growth, formato da rappresentanti delle istituzioni comunitarie e del movimento cooperativo europeo, riunitosi per la prima volta il 10 luglio 2013.

Collegando le osservazioni contenute in questo paragrafo (volte a sottolineare la primazia, almeno valoriale, del modello cooperativo sugli altri modelli imprenditoriali) con il tema degli aiuti di Stato e pertanto con gli spazi di libertà lasciati alle istituzioni nel promuovere certe forme di impresa, si può osservare che, se la cooperativa vera è coerente con gli obiettivi fondamentali sia dell'Unione europea sia di alcuni suoi Stati membri, allora non può mai essere considerata in contrasto con il diritto UE una misura (sempre che sia proporzionata) agevolativa di tale modello imprenditoriale per le seguenti ragioni: se fosse stata concepita dalle istituzioni dell'Unione, attuerebbe l'art. 3, par. 3, TUE e pertanto sarebbe inattaccabile davanti ai giudici comunitari⁸⁰; se invece fosse stata concepita da uno Stato membro, non solo potrebbe considerarsi attuativa della relativa disciplina costituzionale (nel caso dell'Italia, dell'art. 45 Cost.)⁸¹, ma potrebbe ritenersi addirittura conforme coi principi fondamentali del corrispondente ordinamento nazionale (nel caso dell'Italia, quelli ricavabili dagli artt. 1-4 Cost.)⁸² o, chissà, perfino con i principi generali del di-

⁸⁰ Tuttavia, si potrebbe astrattamente immaginare un residuo ambito di scrutinio da parte dei giudici degli Stati membri, qualora si potesse sostenere un contrasto tra i loro principi fondamentali e la promozione del modello cooperativo regolata nell'atto comunitario impugnato.

⁸¹ Ciò non sarebbe però sufficiente per sostenerne la legittimità, atteso che sulla normativa nazionale, quand'anche di rango costituzionale, prevale la sovraordinata disciplina comunitaria sulla concorrenza, come ricorda M. NEGRINOTTI, *Le cooperative e la disciplina comunitaria degli aiuti di Stato*, cit., p. 729 s., allorché sostiene la selettività (e pertanto la sussumibilità nell'art. 107, par. 1, TFUE) della disciplina fiscale italiana relativa alla riserva indivisibile delle cooperative (ai sensi dell'art. 12, l. 16 dicembre 1977, n. 904).

⁸² Con la conseguenza che la normativa agevolativa nazionale prevarrebbe sull'art. 107, par. 1, TFUE (in un eventuale giudizio davanti alla Corte costituzionale italiana, promosso dal giudice italiano chiamato a verificare la qualificazione di detta normativa come aiuto di Stato ai sensi del citato art. 107, par. 1), applicando al caso di specie la cosiddetta dottrina dei controlimiti al primato del diritto UE, elaborata dalla nostra Corte costituzionale (sulla quale cfr., tra gli altri, A. COSSIRI, in *Commentario breve alla Costituzione*², a cura di S. Bartole - R. Bin, Padova, 2008, pp. 95-97).

Sulla consonanza tra l'art. 3, par. 3, TFUE e gli artt. 2 e 3 Cost. si sofferma G. GHIDINI, *op. cit.*, pp. 462-464 e 471 s.

ritto UE. Questi principi, infatti, possono desumersi anche «dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri» (art. 6, par. 3, TUE) o comunque dall'esame parallelo dei vari ordinamenti nazionali⁸³. Ma, allora, il supposto principio generale del diritto (secondo cui la cooperativa sarebbe più coerente delle altre forme imprenditoriali nel realizzare un'economia più giusta e solidale) prevarrebbe sul diritto derivato comunitario e sul diritto degli Stati membri e comunque costituirebbe un criterio interpretativo del diritto UE⁸⁴.

La primazia del modello di impresa cooperativa trova ora un'importante conferma nella sentenza *Paint Graphos*, da cui ricavo due conclusioni sull'imprenditore cooperativo:

i) è equiparato (almeno *de iure condito*) agli altri imprenditori (tra cui spiccano quelli con finalità lucrativa), se compete con questi;

ii) può (diversamente dall'imprenditore senza finalità lucrativa) essere trattato meglio degli imprenditori non cooperativi, se si rapporta coi poteri pubblici.

Il bene concorrenza è dunque tutelato dagli artt. 101-105 TFUE, a condizione che tutte le forme di impresa siano equiparate, mentre lo stesso bene è tutelato dagli artt. 107-109 TFUE, quand'anche la vera cooperativa fosse differenziata dalle altre forme imprenditoriali.

In conclusione, dovendo l'Unione europea e i relativi Stati membri agire nel rispetto delle loro Costituzioni economiche, gli interventi dei vari loro poteri (legislativo, esecutivo e giudiziario) devono tener conto che nel mercato v'è una forma d'impresa naturalmente in maggior sintonia coi loro obiettivi fondamentali; questa forma di impresa deve quindi essere salvaguardata e promossa, non già per favorire semplicemente le cooperative, bensì per rendere più sociale la nostra economia di mercato.

⁸³ In effetti, la Corte di giustizia dell'Unione europea, sulla base delle Costituzioni degli Stati membri dell'Unione europea che hanno sviluppato maggiormente l'importanza del polimorfismo imprenditoriale per realizzare un'economia costituzionalmente orientata, potrebbe un domani ritenere presente nello stesso ordinamento comunitario il principio generale del diritto secondo cui la cooperativa è meglio delle altre forme imprenditoriali nel realizzare un'economia più giusta e solidale. In generale, sul punto, cfr., da ultimo, J. ZILLER, *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell'Unione europea*, cit., p. 543 ss.

⁸⁴ Sulla funzione dei principi generali del diritto nel diritto UE si rimanda a L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*³, Milano, 2008, p. 161 ss.

4. Gli interventi a salvaguardia dei diversi modelli di impresa

4.1. Premessa

Nelle precedenti pagine ho sostenuto che l'Unione europea, nel perseguire «un'economia sociale di mercato fortemente competitiva» (art. 3, par. 3, TUE), non deve limitarsi a tutelare il bene corrispondente alla concorrenza intracomunitaria, ma deve altresì promuovere (nel senso anche di preservare) la diversità organizzativa tra le imprese concorrenti.

Tale promozione deve ovviamente essere coordinata con quella condotta dagli Stati membri dell'Unione, nel rispetto dei principi di attribuzione, di sussidiarietà (verticale) e di proporzionalità di cui all'art. 5 TUE.

A mio avviso, l'auspicato intervento promozionale deve produrre diritto capace di rispondere a tre distinte esigenze.

La prima esigenza è quella di delineare con sufficiente chiarezza e sintesi il regime organizzativo dei diversi modelli imprenditoriali; in effetti, in Europa si è arrivati ad un'accettabile condivisione sui tratti distintivi delle società (di capitali) lucrative, mentre c'è ancora molta confusione sui tratti distintivi delle altre forme imprenditoriali. Gli interventi normativi qui sollecitati avrebbero tra l'altro il pregio di evitare inutili moltiplicazioni di modelli imprenditoriali (spesso affastellati da un legislatore non di rado in affanno e con idee confuse)⁸⁵ e, soprattutto, offrirebbero

⁸⁵ Si pensi, ad esempio, al rapporto tra cooperative e mutue, rispetto alle quali il legislatore comunitario ritiene necessario avere due distinti modelli legali di riferimento, come si è già ricordato nel presente scritto. In effetti, se si esaminassimo oggettivamente i loro due modelli organizzativi, quali differenze strutturali e/o funzionali troveremmo tra una cooperativa a mutualità pura (cioè esercente solo coi soci la propria attività mutualistica) e una mutua? A conferma di ciò si rammenta come la Commissione europea (in *Social economy and social entrepreneurship. Social Europe guide*, vol. 4, Luxembourg, 2013, p. 23 ss.) sembri distinguere i due predetti modelli sulla base soltanto del loro oggetto sociale, qualificando come mutue solo gli enti offerenti servizi assicurativi unicamente ai propri membri. Sulle mutue la confusione è anche a livello nazionale, come dimostra la recente riforma italiana delle società di mutuo soccorso (avvenuta con l'art. 23, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, conv., con mod., dall'art. 1, l. 17 dicembre 2012, n. 221, il quale tra l'altro precisa che le società di mutuo soccorso non «possono svolgere attività di impresa», nonostante debbano essere iscritte nella sezione delle imprese sociali pres-

agli operatori un completo insieme di regole per ciascun modello imprenditoriale, evitando eccessivi costi transattivi per chi volesse adottare forme di impresa diverse da quelle ormai consolidate.

La seconda esigenza è quella di concepire regole che, da un lato, equiparino gli imprenditori nell'agone economico (realizzandosi così un cosiddetto *level playing field*) e, dall'altro lato, favoriscano le sole forme imprenditoriali capaci di facilitare l'attuazione di un'economia conforme col modello tratteggiato nell'art. 3, par. 3, TUE.

La terza e ultima esigenza è quella di immaginare un nuovo sistema di controlli (efficaci e poco costosi per il contribuente), il quale garantisca l'allocazione delle ormai scarse risorse pubbliche a beneficio soltanto dei soggetti meritevoli di promozione.

4.2. *La distinzione dei modelli tra vecchi e nuovi concetti*

4.2.1. *Società lucrativa, società cooperativa, associazione e fondazione*

Ritengo che sia giunto il momento di por mano alle definizioni delle forme imprenditoriali diverse dalle società (lucrativa) di capitali, sforzandosi di individuare condivise caratteristiche per ciascuna di tali forme.

L'obiettivo riformatore testé evidenziato potrebbe più facilmente essere raggiunto se si riprendesse con più decisione il percorso volto all'approvazione di un regolamento comunitario per ciascuna forma di impresa⁸⁶.

Accanto al modello di società lucrativa che può far ricorso al mercato dei capitali (società aperta o *public company*) e al modello di società lucrativa con partecipazioni sociali non negoziabili in mercati regolamentati (società chiusa o *private company*), vi dovrebbe così essere il modello della società cooperativa (al cui interno dovrebbe essere tratteggiato il sub-modello della vera cooperativa evocato nella sentenza *Paint Graphos*, le-

so il registro delle imprese), le quali costituiscono oggi, in Italia, l'esemplificazione più ricorrente del modello europeo di mutua.

⁸⁶ Sugli svantaggi e vantaggi di creare modelli imprenditoriali di diritto UE si sofferma H. FLEISCHER, *op. cit.*, p. 1687 ss., il quale evidenzia anche (*ivi*, p. 1693 ss.) come tali modelli possano determinare una competizione verticale tra legislatori nazionali e legislatore comunitario.

gittimata ad essere promossa dai legislatori nazionali senza violare l'art. 107, par. 1, TFUE)⁸⁷, quello della fondazione e quello dell'associazione.

La disciplina di ciascun modello europeo dovrebbe contenere almeno le regole imperative minimali di natura funzionale e strutturale, potendosi poi rinviare per la restante parte della normativa del modello alla corrispondente disciplina nazionale, concepita dallo Stato in cui l'ente abbia la sede legale e amministrativa.

L'intervento dell'Unione europea sui diversi modelli imprenditoriali avrebbe, come minimo, i seguenti tre vantaggi:

i) offrirebbe agli imprenditori europei una forma imprenditoriale transnazionale automaticamente riconosciuta in tutti gli Stati membri e così permetterebbe loro di far corrispondere ad un'autonoma impresa transazionale un unico ente transazionale; il che è per ora possibile scegliendo solo tra la società europea e la società cooperativa europea⁸⁸;

⁸⁷ Lavoro non facile per le istituzioni comunitarie, quello sopra prospettato, attesa la significativa differenza tra le discipline nazionali presenti negli Stati membri dell'Unione europea; in effetti, come da ultimo evidenziato da A. FICI, *L'identità delle società cooperative*, cit., pp. 430 e 439-443, «in Europa ci sono almeno sei modelli formalmente differenti di legislazione cooperativa (si va dalla totale assenza di una disciplina generale delle società cooperative, come in Irlanda, al “Codice cooperativo” in Portogallo)» (*ivi*, p. 430). Sempre A. FICI, *Cooperative Identity and the Law*, in *European Business Law Review*, 2013, p. 37 ss., evidenzia come, a livello internazionale, l'attuale assenza di una condivisa nozione legale di cooperativa (vista la vaghezza e l'incompletezza dell'attuale *Dichiarazione di identità cooperativa*, tra l'altro non osservata da diverse legislazioni nazionali sulle cooperative) costituisce un ostacolo non solo allo sviluppo delle cooperative, ma anche ad un effettivo pluralismo imprenditoriale.

⁸⁸ Come l'Unione europea, così il *Mercado Común del Sur* (Mercosur, al quale partecipano, come Stati parti, Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay, Uruguay, Venezuela e, come Stati associati, Chile, Colombia, Perú, Ecuador, Guyana e Surinam) ha adottato (ispirandosi al regolamento sulla società cooperativa europea) uno stringato modello uniforme, necessariamente transnazionale (nel senso che i cooperatori devono appartenere ad almeno due Stati del Mercosur), valevole per qualsiasi cooperativa con denominazione sociale «*Cooperativa del Mercosur*» e avente sede in uno degli Stati del Mercosur che ha recepito (incorporandolo nella propria legge nazionale sulle cooperative) l'*Estatuto de las Cooperativas del Mercosur*; questo *Estatuto* è stato adottato dal Parlamento del Mercosur il 28 aprile 2009 ed è analizzato, tra gli altri, da D. CRACOGNA, *El Estatuto de las Cooperativas del Mercosur*, in *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, 43, 2009, p. 17 ss., ove è riportato anche il testo dell'*Estatuto* in parola.

Diversamente dall'Unione europea e dal Mercosur, quattordici Stati francofoni del-

ii) consentirebbe all'Unione europea di concepire interventi (non solo finanziari) a beneficio (non già di specifici settori economici o di determinate dimensioni imprenditoriali, bensì) di alcune forme imprenditoriali, potendosi individuare i destinatari delle relative azioni comunitarie in base alla conformità della loro organizzazione con il corrispondente modello tratteggiato nel regolamento comunitario;

iii) costringerebbe a riflettere sugli elementi distintivi delle diverse forme imprenditoriali, potendosi così evitare le attuali confusioni e sovrapposizioni di utilizzo tra le varie forme (presenti specialmente tra la cooperativa e l'associazione⁸⁹); esemplificando, un tale discernimento potrebbe portare a distinguere l'ente imprenditore (sempre che eserciti in via almeno prevalente una o più attività economiche⁹⁰) in forma di associazione da quello in forma di cooperativa sulla base non tanto dello scopo lucrativo perseguito (essendo questo scopo inessenziale a entrambi i modelli)⁹¹, quanto dei destinatari dell'attività economica svolta (prescrivendo, ad esempio, l'utilizzo della cooperativa se almeno la maggioranza dei membri dell'ente instauri con esso scambi mutualistici)⁹² o dell'in-

l'Africa, appartenenti all'*Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires* (OHADA), hanno adottato un'unica completa disciplina uniforme per qualsiasi cooperativa (anche senza profili di transnazionalità) costituita in ciascuno di detti Stati; tale disciplina, approvata a Lomé il 15 dicembre 2010, corrisponde all'*Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives* (pubblicato in *Journal Officiel OHADA*, 15 Février 2011, n. 23, scaricabile da <http://www.ohadalegis.com>).

⁸⁹ Se si volesse affrontare *de iure condendo* il rebus della distinzione tra associazione e cooperativa, sarebbe certamente utile conoscere preliminarmente le riflessioni di questi tre illustri giuscommercialisti: T. ASCARELLI, *Cooperativa e società. Concettualismo giuridico e magia delle parole*, in *Rivista delle società*, 1957, p. 414 ss., P. VERRUCOLI, *Non-profit organizations (a comparative approach)*, Milano, 1985 e G. MARASÀ, *La riforma di società, cooperative, associazioni e fondazioni. Scritti*, Padova, 2005, p. 219 ss.

⁹⁰ Sul punto v. *supra*, § I.5.2.1.

⁹¹ Circa il vigente diritto italiano è stato sostenuto (E. CUSA, *Il socio finanziatore nelle cooperative*, cit., p. 370 s.) che una differenza certa tra il contratto di società cooperativa e quello di associazione riconosciuta, così come regolati nel codice civile, è data dal fatto che solo il secondo è qualificabile come un contratto non di natura totalmente restitutoria.

⁹² Il criterio dei destinatari dell'attività di un ente non lucrativo ricorre non di rado nell'ordinamento italiano, come dimostrano gli artt. 10, comma 2°, d.lgs. n. 460/1997 (circa le organizzazioni non lucrative di utilità sociale) e 1, comma 2°, d.lgs. n. 155/2006 (circa le imprese sociali).

tento dei membri dell'ente (ad esempio, imponendo la scelta dell'associazione se la maggioranza dei membri dell'ente sia mossa da finalità altruistiche)⁹³.

L'intervento dell'Unione europea sui diversi modelli imprenditoriali potrebbe poi determinare un'armonizzazione volontaria tra le diverse discipline nazionali; più precisamente questo intervento:

i) potrebbe far diventare il modello imprenditoriale comunitario il termine di raffronto delle corrispondenti discipline nazionali e, se tale modello fosse ben concepito, potrebbe facilitare una volontaria armonizzazione di tali discipline nazionali⁹⁴, nelle quali potrebbero essere accolte, in tutto o in parte, le regole contenute nel modello comunitario⁹⁵; qualora si realizzasse questa armonizzazione, si otterrebbe un *level play-*

⁹³ Come indirettamente prevede il nostro ordinamento per le cooperative sociali, le quali rimangono cooperative solo se il numero dei loro soci volontari (cioè, essenzialmente, soci che lavorano gratis) non supera «la metà del numero complessivo dei soci» (art. 2, comma 2°, l. n. 381/1991).

⁹⁴ Un fenomeno analogo è già accaduto per la definizione comunitaria di piccola e media impresa (PMI), così come da ultimo fissata nella raccomandazione della Commissione del 6 maggio 2003 (2003/361/CE). Sull'annoso problema della riforma degli enti del primo libro del codice civile italiano cfr., tra gli altri, G. PONZANELLI, *Quali regole giuridiche per il terzo settore?*, in *Rivista di diritto civile*, 1996, II, p. 313 ss.

⁹⁵ Il regolamento comunitario sulle cooperative, rispetto alle legislazioni nazionali degli Stati membri dell'Unione europea, potrebbe pertanto perseguire un obiettivo simile a quello che l'*Organización de las Cooperativas de América* si è data approvando nel 2008 la *Ley Marco para las cooperativas de América Latina* (il cui testo è stato pubblicato in ALIANZA COOPERATIVA INTERNACIONAL, *Ley Marco para las cooperativas de América Latina*, San José, 2009; sul punto cfr. D. CRACOGNA, *Nueva versión de la Ley Marco para las Cooperativas de América Latina*, in *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, 20, 2009, p. 1 ss.); tale legge quadro, infatti, «no pretende ser un modelo a copiar por los legisladores de los diferentes países latinoamericanos. Su propósito es brindar orientación acerca de los lineamientos fundamentales de la legislación cooperativa, tal como surgen de la doctrina, de los estudios académicos y de la experiencia más acreditada del derecho comparado». Sulla necessità che, a livello mondiale, si addivenga ad una condivisa declinazione giuridica della *Dichiarazione sull'identità cooperativa* internazionale elaborata dall'Alleanza Cooperativa Internazionale (cioè concependo una sorta di linea guida in materia, a beneficio dei legislatori nazionali) cfr. H.-H. MÜNKNER, *Worldwide regulation of co-operative societies – an Overview*, in *Euricse Working Paper*, 53/13, 2013, p. 21 s.; INTERNATIONAL CO-OPERATIVE ALLIANCE, *Blueprint for a co-operative decade*, 2013, p. 29 s.

ing field (almeno sul piano della loro organizzazione interna) non solo per gli imprenditori dei Paesi europei che avessero adottato lo stesso modello, ma anche per gli imprenditori degli altri Stati membri, i quali potrebbero esercitare il loro diritto comunitario di stabilimento per scegliere la disciplina nazionale ritenuto migliore, magari proprio per essersi con più decisione adattata al modello comunitario;

ii) potrebbe determinare un avvicinamento volontario del diritto applicato nell'Unione per scelta (non già dei legislatori, bensì) degli stessi cittadini europei, se ciascun Stato membro dell'Unione consentisse ai propri cittadini di scegliere il modello imprenditoriale comunitario anche in assenza di elementi di estraneità con il proprio ordinamento; più precisamente, il legislatore comunitario potrebbe prevedere che tale modello sia utilizzabile anche quando tutti i membri dell'ente appartengano ad un solo Stato membro⁹⁶ o, più drasticamente, quando l'ente sia privo di qualsiasi elemento di transnazionalità⁹⁷; il che farebbe diventare i diversi modelli imprenditoriali comunitari altrettanti negozi tipici, liberamente utilizzabili da qualsiasi cittadino europeo⁹⁸.

4.2.2. *Economia sociale e impresa sociale*

Nell'immaginare i diversi modelli europei di impresa non necessariamente lucrativa occorre ricordare l'attuale tendenza della Commissione europea – spinta certamente dalla crisi economico-finanziaria e da due istituzioni comunitarie rappresentative dei cittadini europei (Parlamento europeo⁹⁹ e Comitato economico e sociale europeo¹⁰⁰), ma pro-

⁹⁶ Per ora inammissibile in presenza di una società europea [ai sensi dell'art. 2 reg. (CE) n. 2157/2001] o di una società cooperativa europea (ai sensi dell'art. 2 reg. n. 1435/2003/CE).

⁹⁷ I suddetti elementi sono invece richiesti nell'ultima proposta di società privata europea (*European Private Company*) il cui acronimo comunitario è SPE (cfr. art. 3, par. 3), corrispondente al documento del Concilio del 23 maggio 2011 (n. 10611/11 DRS 84 SOC 432).

⁹⁸ Sul punto cfr. le ulteriori considerazioni di H. FLEISCHER, *op. cit.*, pp. 1707-1711.

⁹⁹ Della quale si rammenta, tra le altre, la risoluzione del 19 febbraio 2009 sull'economia sociale [2008/2250(INI)].

¹⁰⁰ Tra gli altri pareri del suddetto Comitato si segnala quello del 1° ottobre 2009 sul tema *Diversità delle forme d'impresa* (in *GU* n. C318 del 23 dicembre 2009, p. 22) e

babilmente anche dalla percezione di molti secondo cui l'Unione europea farebbe più gli interessi delle banche che della gente comune – ad occuparsi (per ora, in modo vago e confuso) delle imprese non esercitate solo dalle società di capitali lucrative.

Più precisamente, la Commissione potrebbe essere prossimamente chiamata a delimitare con più precisione due ulteriori concetti giuridici a livello europeo: economia sociale e impresa sociale.

Il primo termine, presente anche fuori dai confini dell'Unione europea¹⁰¹, è stato da tempo utilizzato dal legislatore francese¹⁰² e spagnolo¹⁰³ e recentemente da quello portoghese¹⁰⁴, ma è ad esempio perlopiù estraneo alla cultura giuridica e agli operatori della Germania¹⁰⁵ e dell'Italia. L'economia sociale è usualmente delimitata in base non già alle attività economiche esercitate, bensì alle forme legali mediante le quali si esercitano le attività economiche; infatti, si definisce comunemente per economia sociale l'insieme delle imprese imputabili principalmente alle

quello del 26 ottobre 2011 sul tema *Imprenditoria sociale e impresa sociale* (in *GU* n. C24 del 28 gennaio 2012, p. 1).

¹⁰¹ Come in Québec, ove nel 2013 è stato presentato un disegno di legge di iniziativa governativa (n. 27), denominato *Loi sur l'économie sociale*.

¹⁰² In Francia è addirittura presente il Ministro delegato all'*économie sociale e solidaire*, il quale, assieme al Primo Ministro e a quello dell'economia e delle finanze, ha presentato il 24 luglio 2013, al Senato, il progetto di legge n. 805, *relatif à l'économie sociale e solidaire*. Tale progetto, dopo aver definito che cosa sia tale economia sulla base (non delle attività esercitate, bensì) dei soggetti che la compongono, principalmente riforma la disciplina delle cooperative, delle associazioni, delle fondazioni e delle istituzioni assicurative e previdenziali.

¹⁰³ Da ultimo, nella *Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social*, il cui art. 4 stabilisce che sono enti dell'economia sociale quelli che rispettano i seguenti principi: (i) primazia delle persone e del fine sociale sul capitale, avendo una gestione autonoma, trasparente, democratica e partecipativa; (ii) distribuzione degli utili principalmente in funzione degli scambi tra l'ente e i suoi membri; (iii) promozione della solidarietà tra i membri dell'ente e con la comunità in cui l'ente opera; (iv) indipendenza dai poteri pubblici. Sul punto cfr. G. FAJARDO GARCÍA, *El fomento del la "economía social" en la legislación española*, in *Revesco. Revista de Estudios Cooperativos*, 107, 2012, p. 58 ss.

¹⁰⁴ Con la *Lei* n. 30/2013, *de 8 de maio*, intitolata *Lei de Bases da Economia Social*.

¹⁰⁵ Come ricordato da H. MÜNKNER, *Legal Framework for Enterprises with Social Objectives in Germany*, Marburg, 2001, pp. 9-12.

cooperative¹⁰⁶ e poi alle mutue, alle associazioni e alle fondazioni¹⁰⁷; il descritto perimetro dell'economia sociale trova conferma nel sito ufficiale della Commissione europea e, da ultimo, nella risoluzione del 20 novembre 2012 del Parlamento europeo¹⁰⁸.

Il secondo termine, di più recente conio, *in un primo tempo* è stato provvisoriamente definito dalla Commissione europea come l'insieme delle imprese che, a prescindere alla loro forma giuridica, possiedono le seguenti tre caratteristiche (desunte, almeno secondo tale istituzione, dal TFUE e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea¹⁰⁹):

¹⁰⁶ Essendo la cooperativa la forma d'impresa più significativa (storicamente, quantitativamente e qualitativamente) all'interno dell'economia sociale. Come indiretta conferma della centralità della forma cooperativa all'interno dell'economia sociale si rammentano i cambiamenti del titolo di una delle più importanti riviste scientifiche europee del settore: *Recma, Revue internationale de l'économie sociale*; tale rivista è nata nel 1921 come *Revue des études coopératives (Rec)*, si è poi chiamata nel 1986 *Revue des études coopératives, mutualistes et associatives* (da cui l'acronimo *Recma*) per divenire, infine, nel 2000, *Revue internationale de l'économie sociale*.

¹⁰⁷ Tutte queste imprese sono rappresentate a livello europeo (al fine di poter interloquire in modo unitario con le istituzioni dell'Unione europea) da *Social Economy Europe* (<http://www.socialeconomy.eu.org>), la quale rappresenta quasi esclusivamente imprese dell'economia sociale non in forma cooperativa, e da *Cooperatives Europe* (<http://www.coopseurope.coop>), la quale rappresenta solo cooperative e corrisponde all'ufficio europeo dell'Alleanza Cooperativa Internazionale. Queste organizzazioni hanno un interlocutore politico privilegiato nell'*Intergruppo Economia Sociale* del Parlamento europeo, esistente fin dal 1989.

¹⁰⁸ Ove tra l'altro è precisato che le imprese dell'economia sociale «impiegano almeno 11 milioni di persone nell'Unione europea» e «rappresentano il 6% di tutta la forza lavoro o il 10% di tutte le imprese europee, vale a dire 2 milioni di imprese».

¹⁰⁹ Cfr., infatti, la Comunicazione, *Iniziativa per l'imprenditoria sociale. Costruire un ecosistema per promuovere le imprese sociali al centro dell'economia e dell'innovazione sociale* {SEC(2011) 1278 definitivo}, p. 2, nt. 7, da cui sono tratti i virgolettati contenuti nell'elenco di caratteristiche indicate nel testo. In tale documento la Commissione comunque precisa (*ivi*, p. 4) che essa «non pretende di dare una definizione normativa che si imporrebbe a tutti traducendosi in un "corsetto" normativo. Essa propone una descrizione fondata su principi comuni alla maggior parte degli Stati membri, di cui intende rispettare la diversità delle scelte politiche, economiche e sociali nonché la capacità d'innovazione degli imprenditori sociali. Ecco perché la Commissione adotterà, se del caso, una definizione più precisa (coinvolgendo a tal fine i rappresentanti del settore) solo qualora misure normative o incentivanti dovessero circoscriverne precisamente il campo di applicazione».

i) «forniscono servizi sociali e/o beni e servizi destinati a un pubblico vulnerabile» ovvero producono qualsiasi bene o servizio con modalità tali da perseguire «un obiettivo di natura sociale (integrazione sociale e professionale tramite l'accesso al lavoro di persone svantaggiate soprattutto in ragione di una scarsa qualificazione o di problemi sociali o professionali che ne determinano l'esclusione e l'emarginazione)»;

ii) «le modalità di organizzazione o il sistema di proprietà riflettono la missione, in quanto si basano su principi democratici o partecipativi o mirano alla giustizia sociale»;

iii) i loro «utili sono principalmente reinvestiti nella realizzazione di tale obiettivo sociale»¹¹⁰.

In un secondo tempo, con l'art. 3, par. 1, lett. *d*), reg. (UE) n. 346/2013, del 17 aprile 2013, relativo ai fondi europei per l'imprenditorialità sociale¹¹¹, il Parlamento europeo e il Consiglio dell'Unione europea hanno per la prima volta introdotto nel vigente diritto UE una assai lasca definizione di impresa sociale; tale definizione è però stata concepita per un limitato scopo: individuare quali imprese debbano beneficiare di almeno il 70% del patrimonio dei fondi europei per l'imprenditoria sociale per consentire a questi fondi di utilizzare la denominazione "Eu-SEF" (il segno distintivo comunitario dei fondi per l'imprenditoria sociale); ebbene, secondo questa definizione, v'è un'impresa sociale se la stessa possiede queste quattro caratteristiche:

i) non ha emesso strumenti negoziati in un mercato regolamentato o partecipanti a un sistema multilaterale di negoziazione;

ii) ha come obiettivo «il raggiungimento di impatti sociali positivi misurabili» mediante la fornitura di «servizi o merci a persone vulnerabili, emarginate, svantaggiate o escluse» e l'impiego di «un metodo di produzione di merci o servizi che incorpora il proprio obiettivo socia-

¹¹⁰ La Commissione europea, in *Social economy and social entrepreneurship*, cit., p. 32 s., aggiunge che un'impresa sociale dovrebbe altresì eterodestinare il patrimonio residuo al termine della propria liquidazione.

¹¹¹ In argomento cfr. M. VALCÁRCCEL DUEÑAS, *Los fondos europeos de emprendimiento social: su aplicación en España*, in *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 75, 2012, p. 105 ss.

le», ovvero fornisce «sostegno finanziario esclusivamente alle imprese» che forniscono tali beni e servizi e impiegano il predetto metodo;

iii) «utilizza prioritariamente i propri utili» per l'autofinanziamento; l'impresa sociale può però, in casi eccezionali predeterminati, distribuire gli utili ai propri proprietari;

iv) «è gestita in modo responsabile e trasparente, in particolare coinvolgendo dipendenti, clienti e soggetti interessati dalle sue attività».

Dalle sopra riportate caratteristiche si ricava che le imprese sociali, nell'accezione comunitaria, sono costituibili in forme giuridiche differenti¹¹² e corrispondono a un sottoinsieme dell'economia sociale¹¹³ e, marginalmente, dei modelli organizzativi corrispondenti alle società lucrative.

Se confrontassimo i due termini poc' anzi tratteggiati con l'ordinamento italiano, potremmo:

i) equiparare l'economia sociale (non già al «complesso delle istituzioni *nonprofit*»¹¹⁴, bensì) all'economia del terzo settore¹¹⁵ solo a condi-

¹¹² Come espressamente precisato nel quattordicesimo considerando del reg. (UE) n. 346/2013.

¹¹³ Il che è confermato dal dodicesimo considerando del reg. (UE) n. 346/2013: «un'impresa sociale dovrebbe essere definita come un attore dell'economia sociale il cui principale obiettivo non è generare utili per i suoi proprietari o azionisti, ma esercitare un impatto sociale». Sul tema cfr. M. ENCISO SANTOCILDES - L. GÓMEZ URQUIJO - A. MUGURRA ELORRIAGA, *La iniciativa comunitaria en favor del emprendimiento social y su vinculación con la economía social: una aproximación a su delimitación conceptual*, in *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 75, 2012, p. 63 ss.

¹¹⁴ Come invece opinano CONSIGLIO NAZIONALE DELL'ECONOMIA E DEL LAVORO - ISTITUTO NAZIONALE DI STATISTICA, *Primo Rapporto CNEL/ISTAT sull'economia, sociale*, Roma, giugno 2008.

¹¹⁵ Per la prima volta legislativamente evocato con l'art. 3, comma 191°, l. 23 dicembre 1996, n. 662, allorché il Parlamento delegò il Governo a istituire un organismo di controllo «investito dei più ampi poteri di indirizzo, promozione e ispezione per la corretta osservanza della disciplina legislativa e regolamentare in materia di terzo settore».

Il significato del termine terzo settore è solitamente individuato in base alla forma giuridica degli enti in esso inclusi e non in base all'attività che svolgono tali enti. Poiché queste attività possono anche essere non economiche (si pensi ad enti non qualificabili

zione di includervi le cooperative (enti necessariamente democratici e mutualistici¹¹⁶, i quali possono perseguire uno scopo lucrativo, molto limitato se rispettosi dell'art. 2514 c.c.¹¹⁷), essendo queste imprese di gran lunga maggioritarie in tale settore¹¹⁸;

ii) ritenere (rischiando però di sbagliare, a causa della pochezza terminologica del dettato comunitario) che la speciale definizione comunitaria di impresa sociale costituisca un sottoinsieme dell'impresa

come imprenditori, avendo la loro attività non organizzata secondo il metodo economico), nel testo non ci si è limitati a scrivere terzo settore, poiché quest'ultimo è il genere all'interno del quale v'è la specie dell'economia del terzo settore, corrispondente all'insieme delle imprese esercitate dagli enti del terzo settore.

¹¹⁶ *Contra*, tra gli altri, S. LA PORTA, *op. cit.*, pp. 3 ss. e 75.

¹¹⁷ Si ricorda che anche le cooperative sociali (pacificamente inserite nel terzo settore dalla pubblicistica e qualificabili come imprese sociali se rispettose dell'art. 17, comma 3°, d.lgs. n. 155/2006), contrariamente a quanto molti pensano, possono perseguire uno scopo lucrativo, a condizione che rispettino, al pari di tutte le cooperative a mutualità prevalente (corrispondenti alla gran parte delle cooperative italiane attualmente in attività), l'art. 2514 c.c.

¹¹⁸ Il sintagma terzo settore avrebbe pertanto un significato corrispondente a quello attribuibile all'insieme degli enti di diritto privato elencati nell'art. 1, comma 4°, l. 8 novembre 2000, n. 328, il quale così recita: «Gli enti locali, le regioni e lo Stato, nell'ambito delle rispettive competenze, riconoscono e agevolano il ruolo degli organismi non lucrativi di utilità sociale, degli organismi della cooperazione, delle associazioni e degli enti di promozione sociale, delle fondazioni e degli enti di patronato, delle organizzazioni di volontariato, degli enti riconosciuti delle confessioni religiose con le quali lo Stato ha stipulato patti, accordi o intese operanti nel settore nella programmazione, nella organizzazione e nella gestione del sistema integrato di interventi e servizi sociali».

Una diversa opinione è però espressa da chi [come P. ADDIS, in *Libro bianco sul Terzo settore*, a cura di S. Zamagni, Bologna, 2011, pp. 81-84] equipara il terzo settore all'insieme degli enti senza scopo di lucro con finalità di solidarietà sociale (ovverosia, parrebbe, delle organizzazioni non lucrative di utilità sociale di cui all'art. 10, d.lgs. n. 460/1997) o da chi indirettamente fa corrispondere il terzo settore all'insieme degli enti democratici non lucrativi operanti nell'interesse collettivo, come il Forum Nazionale del Terzo Settore (associazione volta a «rappresentare i valori e le istanze comuni e promuovere, valorizzare e potenziare l'azione del volontariato, dell'associazionismo, della cooperazione sociale, dell'economia sociale, della mutualità volontaria, della solidarietà sociale e internazionale») e le sue articolazioni territoriali, quando determinano nei rispettivi statuti i requisiti per essere ammessi come loro associati.

sociale definita nel d.lgs. n. 155/2006¹¹⁹, finora scarsamente applicato¹²⁰, ovvero costituisca l'insieme nel quale è compresa l'organizzazione non lucrativa di utilità sociale disciplinata dall'art. 10, d.lgs. n. 460/1997¹²¹.

Accanto all'auspicata razionalizzazione dei modelli comunitari di impresa, gli Stati membri dovrebbero fare altrettanto nelle rispettive legislazioni, iniziando a prevedere espressamente modelli non ancora regolati o disciplinandoli più chiaramente, senza dimenticare di regolare i passaggi da un modello all'altro¹²².

¹¹⁹ Poiché la disciplina italiana consente all'impresa sociale di avere come beneficiari persone non svantaggiate (cfr. art. 2, d.lgs. n. 155/2006).

¹²⁰ Lo scarso utilizzo dei modelli imprenditoriali regolati dal d.lgs. n. 155/2006 dipende non solo dall'assenza di una specifica loro disciplina fiscale di favore (come sostengono i più), ma anche, e soprattutto, dall'insoddisfacente redazione di tale decreto (dello stesso avviso, da ultimo, G. SALATINO, *L'impresa sociale*, in *Contratto e impresa*, 2011, pp. 414-416). Una recente declinazione dell'impresa sociale di cui al d.lgs. n. 155/2006 è rappresentata dalla *start-up* innovativa a vocazione sociale di cui all'art. 25, comma 4°, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 (conv., con mod., dall'art. 1, l. 17 dicembre 2012, n. 221); quest'ultima, infatti, è una *start-up* innovativa (regolata in quest'ultimo decreto) che può esercitare soltanto una o più delle attività tassativamente elencate, per l'impresa sociale, dall'art. 2, comma 1°, d.lgs. n. 155/2006. M. CAPECCHI, *Evoluzione del terzo settore e disciplina civilistica. Dagli enti non lucrativi alla "impresa sociale"*, Padova, 2005, p. 256 ss., conclude il suo libro (concepito prima del d.lgs. n. 155/2006, il quale – come detto – contiene però una disciplina insoddisfacente), affermando che, *de iure condito*, «gli enti disciplinati dal primo libro del codice civile non sembrano soddisfare le esigenze di crescita dell'impresa sociale», «le esigenze di crescita dell'impresa sociale paiono essere pressoché completamente soddisfatte dal modello cooperativo» e, pertanto, «è verosimile che l'impresa sociale tenda a "migrare" verso la cooperativa».

¹²¹ Non potendo l'organizzazione non lucrativa di utilità sociale essere costituita nella forma di uno degli enti di cui al titolo V del libro V del codice civile, ai sensi dell'art. 10, comma 10°, d.lgs. n. 460/1997. Secondo il già ricordato MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI - MINISTERO DELLO SVILUPPO ECONOMICO, *Piano d'azione nazionale sulla responsabilità sociale d'impresa 2012-2014*, cit., p. 13, si dovrebbe intendere per impresa sociale «l'impresa che fornisce servizi sociali e/o beni e servizi a soggetti esclusi socialmente e/o vulnerabili, e/o imprese le cui modalità di produzione di beni e servizi perseguono un obiettivo di natura sociale (es. integrazione sociale e professionale di persone svantaggiate)».

¹²² La disciplina italiana dei suddetti passaggi, purtroppo, è ancora incompleta, nonostante l'introduzione nel codice civile, dal 2003, dei nuovi artt. 2500-*septies*, 2500-*octies*, 2500-*novies* e 2545-*decies*.

Da precisare, infine, che le discipline nazionali (o regionali, come accade in Spagna) sulle diverse forme di impresa non costituiranno certamente un illegittimo aiuto di Stato, nella misura in cui il loro regime organizzativo (tra cui spicca quello offerto dal loro diritto societario) non attribuirà «risorse statali, sotto qualsiasi forma» (art. 107, par. 1, TFUE); il che non dovrebbe di norma accadere¹²³.

4.3. L'equiparazione e la promozione dei modelli

Già scrivevo in questa ricerca che, una volta chiariti i diversi modelli organizzativi di impresa, i legislatori dovrebbero concepire delle norme volte, da un lato, a equiparare gli imprenditori non necessariamente lucrativi a quelli lucrativi e, dall'altro, a promuovere solo i primi rispetto ai secondi, se gli imprenditori diversi dalle società lucrative risultassero meritevoli di essere favoriti sulla base degli obiettivi fondamentali delle rispettive Costituzioni economiche.

Sul piano comunitario ricordo, come esempio di intervento perequativo, il già citato reg. (UE) n. 346/2013, il cui obiettivo è quello di «incrementare la crescita delle imprese sociali nell'Unione»¹²⁴, altrimenti svantaggiate nell'accesso al capitale di rischio; come esempi di interventi promozionali rammento invece la proposta della Commissione di utilizzare parte dei fondi europei per finanziare solo imprese sociali¹²⁵ o alcune delle dodici azioni elencate nella citata *Comunicazione sulla promozione delle società cooperative* che la Commissione si era impegnata a realizzare in favore delle cooperative¹²⁶.

¹²³ Esemplificando, se la costituzione di un ente imprenditoriale dipendesse dalla disponibilità di un patrimonio minimo maggiore di quello richiesto per la costituzione di un'altra tipologia di ente, il regime organizzativo del secondo ente non potrebbe qualificarsi come illegittimo aiuto di Stato, se e quando il vantaggio riconosciuto al secondo ente non comportasse un esborso (o un mancato introito) di risorse pubbliche.

¹²⁴ Così il sedicesimo considerando del reg. (UE) n. 346/2013.

¹²⁵ Cfr. le Azioni chiave nn. 3 e 4 contenute nella *Comunicazione Iniziativa per l'imprenditoria sociale*, cit., p. 8.

¹²⁶ Sulla base della disciplina vigente, l'Unione europea non può promuovere fiscalmente certi modelli organizzativi di impresa, non avendo essa poteri reali in riferimento alla tassazione; tuttavia, l'Unione europea ha un ruolo significativo nell'armonizzare

Sempre sul piano comunitario, al fine di incrementare il grado di certezza del diritto circa le prossime decisioni della Commissione europea su misure nazionali rivolte alle sole cooperative, questa autorità potrebbe prossimamente approvare una propria comunicazione su tali misure; l'auspicata comunicazione, infatti, partendo dalla sentenza *Paint Graphos*, potrebbe indicare con più precisione agli Stati membri, ad esempio, (i) quali requisiti dovrebbe avere un'impresa promossa a livello nazionale per essere qualificabile come vera cooperativa nel significato tratteggiato dalla Corte di giustizia e/o (ii) in quali casi una misura nazionale potrebbe essere ritenuta compatibile con il diritto UE, qualora fosse qualificabile come un aiuto di Stato.

Sul piano nazionale alcune esemplificazioni tratte dal diritto tributario italiano (ma non solo¹²⁷) possono ulteriormente spiegare che cosa

le discipline nazionali della tassazione indiretta (come anche di recente è apparso evidente in Italia, allorché è stata modificata con la l. 24 dicembre 2012, n. 228 l'aliquota dell'imposta sul valore aggiunto relativa ad alcune prestazioni erogate dalle cooperative sociali) e comunque nell'evitare che la tassazione degli Stati membri ostacoli le quattro libertà del mercato interno (libera circolazione di persone, beni e capitali e libera prestazione di servizi) e la concorrenza comunitaria (sul punto, da ultimo, C. BUZZACCHI, *La concorrenza ed il principio di neutralità fiscale*, in *Concorrenza e mercato*, 2012, p. 513 ss.).

¹²⁷ Come potrebbe accadere a seguito dell'attuazione del seguente principio generale, il quale concorre a definire lo statuto delle imprese e dell'imprenditore: «il riconoscimento e la valorizzazione degli statuti delle imprese ispirati a principi di equità, solidarietà e socialità» [art. 2, comma 1°, lett. p), l. 11 novembre 2011, n. 180]; analogamente, della medesima legge, cfr. l'art. 1, comma 5°, lett. d), secondo il quale «lo statuto delle imprese e dell'imprenditore ... mira ... a promuovere l'inclusione delle problematiche sociali e delle tematiche ambientali nello svolgimento delle attività delle imprese e nei loro rapporti con le parti sociali».

Come esempio di premio non fiscale a favore delle imprese ritenute meritevoli di promozione, si rammenta l'art. 5-ter, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 (conv., con mod., dall'art. 1, l. 18 maggio 2012, n. 62), il quale, «al fine di promuovere l'introduzione di principi etici nei comportamenti aziendali», ha previsto «un rating di legalità per le imprese operanti nel territorio nazionale che raggiungano un fatturato minimo di due milioni di euro, riferito alla singola impresa o al gruppo di appartenenza»; chi ottiene tale rating dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (sulla base della sua delibera del 14 novembre 2012, la quale sarà prossimamente modificata), beneficia di un miglior trattamento «in sede di concessione di finanziamenti da parte delle pubbliche amministrazioni, nonché in sede di accesso al credito bancario, secondo le modalità stabilite con decreto

intento per interventi perequativi e promozionali.

L'equiparazione tra imprenditori può avvenire prevedendo trattamenti fiscali differenziati per diverse forme imprenditoriali, di regola giustificabili nella logica del sistema tributario in cui si inseriscono (ovverossia, usando le parole della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato, giustificabili in ragione della «natura o della struttura generale del sistema tributario» nel quale tali misure si collocano). Mi riferisco, ad esempio, alla possibilità di non computare gli utili nella base imponibile dell'imposta sul reddito delle società nei seguenti tre casi:

- i)* quando sono distribuiti a titolo di ristorno (evitandosi una doppia tassazione sullo stesso reddito)¹²⁸;
- ii)* quando sono distribuiti a titolo di dividendo in misura non superiore alla svalutazione verificatasi nell'anno in cui sono maturati detti utili in presenza di cooperative a mutualità prevalente; il che si giustificerebbe per tre ragioni: (*a*) queste cooperative hanno una maggior difficoltà a capitalizzarsi¹²⁹; (*b*) il socio uscente può vedersi riconosciuta una quota di

[non ancora pubblicato a luglio 2013] del Ministro dell'economia e delle finanze e del Ministro dello sviluppo economico».

¹²⁸ Nella stessa direzione si orientano molti ordinamenti nazionali, tra cui quello tedesco (sul quale si legga G. SPECKER, *Zwischen Sondersteuerrecht und verdeckter Gewinnausschüttung*, Aachen, 2007, *passim*), italiano e spagnolo (su questi due ultimi si rinvia a M. NEGRINOTTI, *op. cit.*, pp. 730-732), e, soprattutto, la stessa Commissione europea (da ultimo, rispetto al diritto italiano) con il citato comunicato stampa del 17 giugno 2008 (IP/08/953).

Che la particolare tassazione dei ristorni delle cooperative sia non già una vera e propria agevolazione fiscale, bensì una misura di esclusione, diretta ad evitare una doppia imposizione, è espressamente sostenuto addirittura dalla Corte costituzionale italiana, nella sentenza n. 431 depositata il 23 dicembre 1997, nella quale si dichiarò infondata la questione di legittimità costituzionale (tra l'altro) dell'art. 11, d.p.r. n. 601/1973; articolo, quest'ultimo, il quale è stato l'unico su cui la Corte di giustizia si è espressa nella sentenza *Paint Graphos* e il cui ultimo comma disciplina proprio il trattamento tributario dei ristorni (nelle cooperative di lavoro).

¹²⁹ A seguito della sentenza *Paint Graphos*, F. PISTOLESI, *Il finanziamento dei soci alle cooperative*, in *Rivista di diritto tributario*, 2012, I, p. 502 ss., ritiene che non possa qualificarsi come indebito aiuto di Stato la particolare disciplina tributaria dei prestiti dei soci alla cooperativa, essendo tale disciplina «una lecita misura compensativa giustificata dalla difficoltà che la cooperativa incontra nel ricorso al credito e dalla propria istituzionale sottocapitalizzazione».

liquidazione non superiore al valore nominale della partecipazione da liquidarsi; (c) le partecipazioni emesse da tali società non sono negoziabili in mercati regolamentati per le limitazioni legali alla loro circolazione¹³⁰;

iii) quando sono destinati a riserve indivisibili tra i soci (anche in sede di liquidazione della società, ai sensi degli artt. 2514 e 2545-ter c.c. per le cooperative), come sostengono alcuni tributaristi¹³¹; questa misu-

¹³⁰ Più in generale, si rammenta sul punto il seguente passo tratto dal par. 25 della già citata Comunicazione della Commissione *sull'applicazione delle norme relative agli aiuti di Stato alle misure di tassazione diretta delle imprese* (ricordato anche nel punto 71 della sentenza *Paint Graphos*): «potrebbe essere giustificato dalla natura del sistema fiscale che le cooperative che distribuiscono *tutti gli utili* [il corsivo è di chi scrive] ai propri soci non siano tassate a livello della cooperativa quando l'imposta viene riscossa in capo ai soci».

¹³¹ Per i quali la suddetta regola non sarebbe qualificabile come agevolazione fiscale, «essendo necessitata dal rispetto del principio costituzionale, nell'interpretazione offerta dalla Corte [costituzionale italiana], secondo il quale la mancata disponibilità di un cespite reddituale comporta l'inattitudine del medesimo a contribuire alle pubbliche spese» e pertanto, per giustificarla, non sarebbe nemmeno necessario invocare «il disposto dell'art. 45 della Costituzione» [così G. MARONGIU, *Il regime fiscale delle cooperative: profili costituzionali*, in *La società cooperativa: aspetti civilistici e tributari*, a cura di G. Schiano di Pepe - F. Graziano, Padova, 1997, pp. 319 e 321, e, analogamente, F. GALLO, *L'accumulazione indivisibile e l'art. 12 della legge n. 904 del 1977*, *ivi*, p. 277 ss.]. Di opinione opposta, però, tra gli altri, M. NEGRINOTTI, *op. cit.*, pp. 726-730 e 734-737 [il quale (*ivi* alla p. 727) invita a riflettere sul fatto che «ciò che rileva ai fini dell'analisi comunitaria degli aiuti di Stato è il punto di vista dell'impresa, non già quello del socio»] e, soprattutto, la Commissione europea con il più volte ricordato comunicato stampa del 17 giugno 2008 (IP/08/953).

Sulla base dell'oscuro punto 72 della sentenza *Paint Graphos* (ove la Corte, condividendo la posizione della Commissione, sostiene che sarebbe selettiva «l'esenzione dall'imposta sugli utili derivanti da scambi con soggetti non membri della cooperativa»), qualcuno potrebbe argomentare – come rilevano G. BONFANTE, *Aiuti di Stato alle cooperative: la decisione della Corte UE*, cit., p. 7, V. CONTARINO, *Il problema delle agevolazioni fiscali*, in L.F. Paolucci, *Le società cooperative*, Assago, 2012, p. 262 e P. ROSSI-MACCANICO, *Paint Graphos*, cit., p. 1236 – che sarebbe un aiuto di Stato la misura che agevolasse fiscalmente la destinazione a riserva indivisibile anche degli utili realizzati dalla cooperativa nell'esercizio dell'attività mutualistica coi terzi. Categoricamente G. FAJARDO GARCÍA, *La especificidad de las sociedades cooperativas frente a las sociedades mercantiles*, cit., p. 212, trae dalla sentenza *Paint Graphos* l'assunto che «*en ningún caso podrán ser objeto de exención en el impuesto de sociedades los beneficios procedentes de intercambios con terceros no socios de la cooperativa*». In argomento è d'interesse riportare anche l'opinione di H. MÜNKNER, *Legal Framework*, cit., p. 90, il quale, rivolgendosi al legislatore tedesco, suggerisce di prevedere la deduzione (dal reddito delle sole piccole o nuove

ra sarebbe certamente non selettiva (dovendosi qualificare come misura fiscale generale) e pertanto non integrante l'art. 107, par. 1, TFUE, qualora tutte le società di un dato Paese ne potessero beneficiare¹³².

La promozione di certe forme organizzative di impresa può avvenire a prescindere da ragioni tributaristiche o perequative, giustificandosi la diversità di trattamento per motivi esterni al sistema tributario (o alle peculiarità organizzative dei modelli imprenditoriali) e interni ai principi costituzionali, i quali (come accade in Bulgaria, Grecia, Italia¹³³, Malta, Portogallo e Spagna) possono addirittura imporre di promuovere determinati modelli imprenditoriali¹³⁴. Si pensi così alle norme italiane che

cooperative) degli utili destinati a riserva indivisibile, a condizione che tale particolare trattamento fiscale cessi alla scadenza di un certo lasso di tempo (compreso tra i cinque e i dieci anni) o dopo che tale riserva abbia raggiunto un certo importo.

¹³² Tuttavia, la misura fiscale generale sopra ventilata solleverebbe due seri problemi in presenza di società lucrative: uno di natura tipologica, imperniato sul necessario scopo lucrativo di queste, con il conseguente rischio che una facoltà illimitata di destinare gli utili a riserva indivisibile possa contrastare con il predetto scopo; uno di natura pratica, nell'individuare il soggetto cui devolvere le riserve indivisibili al termine della liquidazione della società lucrativa ormai estinta.

¹³³ Circa il nostro ordinamento, se la promozione pubblica degli enti suscumbibili nella «cooperazione a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata» di cui all'art. 45 Cost. è costituzionalmente doverosa in forza della predetta disposizione, la stessa promozione, se tributaristica, potrebbe essere sostenuta anche in base al combinato disposto degli artt. 2, 3 e 53 Cost., potendosi considerare l'art. 45, comma 1°, Cost. come una declinazione degli artt. 2 e 3 Cost. In effetti, seguendo il ragionamento di C. BUZZACCHI, *La solidarietà tributaria. Funzione fiscale e principi costituzionali*, Milano, 2011, pp. 40 ss. e 242 ss., si potrebbe affermare che una tassazione più favorevole prevista per i predetti enti si giustificerebbe anche in base all'articolazione orizzontale (tra chi è tenuto a pagare le imposte) del principio solidaristico (di rango costituzionale), secondo il quale le risorse private non acquisite (o acquisite in misura minore) per l'operare di agevolazioni fiscali anticiperebbero l'effetto redistributivo delle prestazioni pubbliche (attribuibili grazie alle contribuzioni ricevute dai consociati) e così concorrerebbero a realizzare l'eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, comma 2°, Cost.

¹³⁴ In argomento è interessante riportare il seguente passo della già citata *The Promotion of Cooperatives Recommendation, 2002*, rivolta agli Stati membri dell'OIL: «Cooperatives should be treated in accordance with national law and practice and on terms no less favourable than those accorded to other forms of enterprise and social organization. Governments should introduce support measures, where appropriate, for the activities of cooperatives that meet specific social and public policy outcomes, such as employment promotion or the development of activities benefiting disadvantaged groups or regions. Such

esentano certe forme di imprese non lucrative (come le organizzazioni non lucrative di utilità sociale o le società di mutuo soccorso) da alcune imposte (come quella di bollo), oppure alle norme che riducono la base imponibile di altre imposte (come quella sul reddito delle società) per le cooperative italiane di lavoro, agricole o sociali¹³⁵.

Naturalmente, circa le sopra ipotizzate norme promozionali (spesso di natura fiscale), il legislatore nazionale potrebbe avere una maggior libertà nel concepirle (senza violare cioè gli artt. 107 ss. TFUE)¹³⁶, se l'impresa beneficiaria fosse una vera cooperativa ai sensi della sentenza *Paint Graphos*¹³⁷. In effetti, tale legislatore, se così individuasse i beneficiari delle

measures could include, among others and in so far as possible, tax benefits, loans, grants, access to public works programmes, and special procurement provisions». Secondo H. HENRÝ, *Basics and New Features*, cit., p. 210 s., il riportato passo della *Recommendation* non sarebbe da interpretare nel senso che l'*International Labour Conference* era d'accordo a riconoscere un trattamento preferenziale alle cooperative.

In ogni caso, il seguente brano dalla citata Comunicazione della Commissione *sulla promozione delle società cooperative* inequivocabilmente dimostra come tale istituzione comunitaria non fosse (almeno nel 2004) pregiudizialmente contraria ad agevolazioni fiscali in favore delle cooperative: «un trattamento fiscale particolare [in favore delle cooperative] può essere accettato, ma in tutti gli aspetti della legislazione sulle cooperative andrebbe rispettato il principio secondo il quale le protezioni o i vantaggi concessi ad un tipo particolare di organismo devono essere proporzionati ai vincoli giuridici, al valore aggiunto sociale e alle limitazioni proprie di tale forma e non devono dar luogo ad una concorrenza sleale».

¹³⁵ In argomento cfr. G. BONFANTE, *La nuova società cooperativa*, cit., pp. 81-83.

¹³⁶ Naturalmente, se il beneficiario delle norme promozionali non è qualificabile come imprenditore secondo il diritto UE, il legislatore nazionale è sovrano nel concepire dette norme; ciò è stato più volte ribadito dalla Corte costituzionale italiana in merito a particolari trattamenti tributari (da ultimo con l'ordinanza n. 103 del 16-20 aprile 2012, ove si chiarisce che «la concessione di agevolazioni relative a tributi erariali, attraverso norme di carattere eccezionale e derogatorio ..., costituisce esercizio di un potere discrezionale del legislatore, censurabile solo per l'eventuale palese arbitrarietà o irrazionalità»).

¹³⁷ A.J. MARTÍN JIMÉNEZ, *Ayudas de estado de carácter tributario*, in *Revista española de Derecho Financiero*, 153, 2012, p. 337, scrive che la suddetta sentenza «representa una consagración de los regímenes especiales para las cooperativas en los impuestos sobre la renta». Non si capisce invece il ragionamento di M. INGROSSO, *Le cooperative e le nuove agevolazioni fiscali*², cit., p. 327 ss., il quale, nonostante riporti le conclusioni contenute nella sentenza *Paint Graphos*, sostiene che le agevolazioni fiscali oggi fruibili da tutte le cooperative non sarebbero aiuti di Stato (in quanto le cooperative si differenziano dalle altre società per la loro diversa «natura giuridica» e «funzione economica e sociale»), mentre

norme di favore, potrebbe prevedere, in una norma generale e astratta¹³⁸, un vantaggio senza scadenza¹³⁹ e senza costringere i beneficiari a provare di esercitare un'attività qualificabile come non economica o non competitiva¹⁴⁰.

Tuttavia, un'efficace promozione di un dato modello imprenditoriale presuppone che siano indicati chiaramente sia i presupposti per beneficiare delle agevolazioni sia le reazioni dell'ordinamento al mancato rispetto dei predetti presupposti.

Tali reazioni, infatti, potrebbero diventare un mezzo per orientare le scelte di comportamento dei beneficiari della promozione: innanzi tutto, facendo leva sugli effetti di intimidazione correlati al contenuto af-

lo sarebbero le agevolazioni fiscali applicabili alle sole cooperative a mutualità prevalente, anche se in tal caso se ne potrebbe sostenere la compatibilità con l'ordinamento comunitario almeno quando non avessero come destinatari le grandi cooperative di consumo.

¹³⁸ E non in un atto amministrativo rivolto a specifici imprenditori non lucrativi, come accadrebbe se si volesse riconoscere un vantaggio a chi esercita un'attività di interesse generale ai sensi dell'art. 106 TFUE.

¹³⁹ La temporaneità del vantaggio è invece normalmente richiesta dalla Commissione europea per considerare come compatibile con il diritto UE una certa misura qualificata come aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107, par. 1, TFUE. In questo senso, a titolo esemplificativo, cfr. la già citata decisione della Commissione del 20 dicembre 2011 sulla *Big Society Capital*.

¹⁴⁰ Come invece dovrà fare chi volesse beneficiare della particolare disciplina dell'imposta municipale propria (IMU) riservata dal d.m. 19 novembre 2012, n. 200 a determinati enti non lucrativi; l'aspirante beneficiario dovrà infatti provare di esercitare la propria attività «con modalità non commerciali». Su questa disciplina cfr. anche il parere del Consiglio di Stato n. 10380/2012, espresso dalla Sezione consultiva per gli atti normativi nell'adunanza dell'8 novembre 2012, il quale ruota attorno alla nozione comunitaria di impresa (cioè di attività economica). Da ultimo, va ricordata la decisione della Commissione europea del 19 dicembre 2012 (2013/284/UE), pubblicata in *GU* n. L166 del 18 giugno 2013, p. 24; in questa decisione tra l'altro si stabilisce, da un lato, che l'esenzione dall'imposta comunale sugli immobili (ICI) in favore degli enti non commerciali, fino a quando tale esenzione è stata in vigore (31 dicembre 2011), ha costituito un aiuto (nuovo, non essendo mai stato notificato) di Stato; dall'altro, che la vigente esenzione dell'IMU prevista per gli enti non commerciali non è qualificabile come un aiuto di Stato, poiché tali enti, in ragione delle stringenti regole da rispettare per beneficiare dell'esenzione in parola, sono tenuti ad esercitare solo attività (negli immobili che sarebbero soggetti a tale imposta) qualificabili come non economiche (cioè non imprenditoriali).

flittivo della reazione, la quale avrebbe l'effetto di neutralizzare le spinte allo snaturamento del modello imprenditoriale promosso; nel lungo periodo, creando tra i beneficiari una spontanea adesione ai valori espressi dall'intera disciplina promozionale e così passando dall'obbedienza alla legge, dettata dal timore della sanzione, ad un nuovo orientamento culturale relativo all'esercizio dell'impresa.

Se applicassimo l'astratto ragionamento appena prospettato al vigente ordinamento cooperativo italiano, rimarremmo però assai delusi per l'inadeguatezza di quest'ultimo.

In effetti, c'è molta incertezza (pure dopo la riforma societaria del 2003) non solo sui presupposti per beneficiare delle agevolazioni fiscali (come dimostrano le continue prese di posizione dell'Agenzia delle entrate sul punto, non di rado capaci di aumentare la confusione normativa¹⁴¹), ma anche sulle sanzioni (come dimostrano i forti dubbi interpretativi circa l'applicazione della sanzione più grave irrogabile alle cooperative che perdono le agevolazioni fiscali: la devoluzione altruistica della gran parte del loro patrimonio, ai sensi dell'art. 17 l. 23 dicembre 2000, n. 388¹⁴²).

¹⁴¹ In effetti, la suddetta autorità ha ritenuto che alle cooperative non basta rispettare gli artt. 2512-2514 c.c. per poter continuare ad essere agevolate fiscalmente, dovendo le stesse osservare, più in generale, i «principi della mutualità previsti dalle leggi dello Stato» (art. 14, comma 1°, 29 settembre 1973, n. 601).

¹⁴² Per chi scrive è evidente la funzione generalpreventiva esercitata dalla suddetta disposizione, la cui *ratio* è probabilmente la seguente: la promozione della cooperativa si giustifica per la sua funzione sociale, cioè per il fatto che l'esercizio di un'impresa con tali modalità fa bene all'intera comunità; ma allora, se volontariamente (e infatti la sola inosservanza dell'art. 2513 c.c. non fa sorgere l'obbligo della devoluzione ai sensi dell'art. 111-*decies*, disp. att., c.c.) la cooperativa non intende più avere una funzione sociale (ad esempio, perché decide di violare l'art. 2514 c.c.), il patrimonio che nel frattempo è stato accumulato (non solo grazie alle agevolazioni fiscali; il che determina la natura sanzionatoria-afflittiva dell'art. 17, l. n. 388/2000) con l'impresa (non più) mutualistica deve ritornare alla comunità (attraverso i gestori dei fondi di cui all'art. 11, l. n. 59/1992). A favore del fatto che la devoluzione in parola abbia natura sanzionatoria cfr., tra gli altri, G. MINERVINI, *La «cooperazione di sistema» e la disciplina delle società cooperative*, in *Studi per Franco Di Sabato*, III, Società, t. I, Napoli, 2009, p. 745 ss.

4.4. I controlli sui modelli

Se si riconoscono dei vantaggi o comunque dei particolari trattamenti (come agevolazioni fiscali, corsie preferenziali negli appalti pubblici o accreditamenti per poter svolgere attività di interesse generale) a specifici modelli imprenditoriali nei loro rapporti con le istituzioni pubbliche, occorre che tali istituzioni (a livello nazionale o comunitario, nel rispetto del principio di sussidiarietà verticale) controllino costantemente che i relativi beneficiari mantengano le caratteristiche giustificative della loro promozione.

Se invece non sono riservati particolari trattamenti a specifici modelli imprenditoriali in funzione della loro peculiarità organizzativa, prevedere un controllo pubblico sul rispetto di tali modelli (aggiuntivo a quello base previsto per gli altri modelli) potrebbe mettere questi imprenditori in una posizione di svantaggio (anche economico) rispetto ai loro competitori¹⁴³.

Circoscrivendo il mio ragionamento al modello di impresa privata non necessariamente lucrativa più disciplinato e controllato d'Europa, le cooperative agevolate dovrebbero essere sottoposte ad uno specifico controllo, come è d'altra parte imposto dalla stessa nostra Costituzione¹⁴⁴ e, pare, anche dal diritto UE¹⁴⁵. Tale controllo, almeno circa le agevola-

¹⁴³ Specie se, come accade in casi crescenti, agli operatori vigilati si chiedesse una compartecipazione nelle spese sostenute dall'ente vigilante per l'esercizio delle sue funzioni; il che vale, ad esempio, (i) per le società con personalità giuridica con ricavi superiori ai 50 milioni di euro relativamente all'attività dell'Attività garante della concorrenza e del mercato, ai sensi dell'art. 10, comma 7-ter, l. n. 287/1990, (ii) per i soggetti (non solo in forma societaria) elencati nella delibera della Commissione nazionale per le società e la borsa n. 18426 del 21 dicembre 2012, relativamente all'attività di questa autorità, ai sensi dell'art. 40, l. 23 dicembre 1994, n. 724 e (iii) per tutte le cooperative relativamente alla revisione cooperativa cui sono periodicamente soggette, ai sensi dell'art. 8, commi 1°-4°, d.lgs.C.p.S. 14 dicembre 1947, n. 1577.

¹⁴⁴ Sul fatto che il tema della vigilanza sulla cooperazione sia stato il punto di maggior contrasto tra i costituenti nel concepire l'art. 45 Cost. cfr. M.C. PELLEGRINI, *Il contributo della cooperazione cattolica negli anni della Costituente (1946-1947)*, in *Mezzo secolo di ricerca storica sulla cooperazione bianca*, a cura di S. Zaninelli, II, Verona, 1996, p. 670 ss.

¹⁴⁵ Così si potrebbe argomentare dal punto 74 della sentenza *Paint Graphos*: spetta «allo Stato membro interessato realizzare e far applicare procedure di controllo e di vi-

zioni fiscali, dovrebbe avere come minimo obiettivo quello di accertare che la scelta di costituire una cooperativa discenda (non già da ragioni economicamente apprezzabili, bensì) esclusivamente dalla volontà di beneficiare delle connesse agevolazioni¹⁴⁶; se così accadesse, infatti, la cooperativa violerebbe il divieto (comunitario per i tributi armonizzati dal diritto UE¹⁴⁷ e anche o solo italiano, per tributi disciplinati solo dal diritto nazionale) di abuso del diritto¹⁴⁸.

gilanza opportune al fine di garantire la coerenza delle specifiche misure fiscali introdotte a favore delle società cooperative con la logica e la struttura generale del sistema tributario ed evitare che enti economici scelgano questa specifica forma giuridica esclusivamente al fine di godere delle agevolazioni in materia d'imposte previste per siffatto tipo di società. Spetta al giudice del rinvio verificare se tale condizione sia soddisfatta nella causa principale»; sull'argomento si soffermano F. PEPE, *Il problema della «giusta» mutualità cooperativa*, cit., p. 417 ss. e G. PIZZONIA, *op. cit.*, pp. 60-63.

¹⁴⁶ Da ultimo, l'Agenzia delle entrate, con circolare n. 25/E del 31 luglio 2013, nel fissare i propri indirizzi operativi in tema di prevenzione e contrasto dell'evasione, ha precisato che, «con riferimento all'attività di controllo nei confronti delle società cooperative, l'analisi di rischio deve garantire l'individuazione di elementi che possano far supporre la mancanza delle finalità mutualistiche e, di conseguenza, l'abusivo ricorso alla forma cooperativa allo scopo di fruire indebitamente dei benefici fiscali previsti». D'altra parte, il necessario legame tra agevolazione delle cooperative e il perseguimento dello scopo mutualistico è già stato messo in luce dalla stessa Corte costituzionale, ad esempio nella sua sentenza di rigetto n. 170, depositata il 23 maggio 2008, ove si chiarisce che la finalità di certe norme volte a comprimere lo scopo lucrativo delle cooperative [nel caso di specie erano gli artt. 26, comma 1°, lett. c) d.lgs.C.p.S. n. 1577/1947 e 11, comma 5°, l. 31 gennaio 1992, n. 59 in materia di devoluzione altruistica del patrimonio residuo al termine della liquidazione della cooperativa] è «quella di garantire che i benefici conseguiti grazie alle agevolazioni previste per incentivare lo scopo mutualistico non siano destinati allo svolgimento di un'attività priva di tale carattere e, comunque, non siano fatti propri da coloro che ne hanno fruito».

¹⁴⁷ Tra cui non v'era quello esaminato nella sentenza *Paint Graphos* e proprio per tale ragione la Corte di giustizia ha rigettato una delle questioni sollevate dalla Corte di Cassazione, escludendo, al punto 41 di tale pronuncia, che nella fattispecie in parola vi fosse «una violazione del principio del divieto di abuso del diritto in forza del diritto dell'Unione».

¹⁴⁸ Divieto, quello sopra evidenziato, che non è ancora stato positivamente previsto in forma generalizzata (per un'importante normativa antielusiva, relativa però solo ad alcune operazioni, cfr. l'art. 37-*bis*, d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600) nel nostro ordinamento, ma che è ritenuto già vigente dalla Suprema Corte, potendolo ricavare dai principi costituzionali di capacità contributiva (art. 53, comma 1°, Cost.) e di progres-

Da rilevare, comunque, che diversi Stati membri dell'Unione europea (tra cui il Belgio, l'Italia, la Germania e l'Austria) prevedono un controllo obbligatorio aggiuntivo per tutte le cooperative, quand'anche esse non godano di particolari trattamenti in ragione della loro forma organizzativa¹⁴⁹. Il che parrebbe in contrasto con l'idea di garantire un *level playing field* tra modelli imprenditoriali non agevolati, poiché ciò potrebbe addirittura sfavorire gli imprenditori in forma cooperativa¹⁵⁰.

A favore di un controllo aggiuntivo esterno su tutte le cooperative, si potrebbe però argomentare nel senso che esso servirebbe comunque a promuoverle (atteso che le si controllerebbe e, nel contempo, le si assisterebbe¹⁵¹) o almeno a preservarne le caratteristiche¹⁵², altrimenti in pericolo in ragione della (supposta) naturale tendenza degli enti imprenditoriali ad essere governati da logiche lucrative e antidemocratiche¹⁵³.

sività dell'imposizione (art. 53, comma 2°, Cost.) (così Cass., SS.UU., 23 dicembre 2008, nn. 30055 e 30057, in *Obbligazioni e Contratti*, 2009, p. 212).

¹⁴⁹ Una comparazione dell'assai diversificata legislazione degli Stati membri dell'Unione europea in materia di controlli sulle cooperative può leggersi in *Study on the implementation of the Regulation 1435/2003 on the Statute for European Cooperative Society (SCE)*, curato da Cooperatives Europe, Euricse ed Ekai Center, pubblicato nell'ottobre del 2010, finanziato dall'Unione europea e scaricabile dal sito della Commissione europea.

¹⁵⁰ Come ricorda E. CUSA, *Il controllo amministrativo sulle cooperative*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2012, I, p. 220, «tra i tipi di società previsti nel codice civile italiano la cooperativa è l'unico tipo la cui disciplina imponga un controllo amministrativo sul rispetto del diritto societario».

¹⁵¹ Ciò accade (o almeno dovrebbe accadere) per le cooperative italiane, ai sensi dell'art. 4, d.lgs. n. 220/2002.

¹⁵² Ad esempio, in una cooperativa di lavoro (anche non a mutualità prevalente) i cooperatori devono effettivamente lavorare per la loro società, naturalmente nel rispetto della normativa applicabile a tali lavoratori. Il corretto perseguimento dello scopo mutualistico non caratterizza però tutte le cooperative di lavoro, come può desumersi dall'art. 82, comma 3-*bis*, d.l. 21 giugno 2013, n. 69, conv., con mod., dall'art. 1, l. 9 agosto 2013, n. 98; questa nuova norma, infatti, consente alla cooperativa di lavoro di avvalersi del privilegio generale sui mobili per alcuni dei crediti vantati (cioè i corrispettivi dovuti alla stessa per la vendita di beni o la fornitura di servizi) ai sensi dell'art. 2751-*bis*, comma 1°, n. 5, c.c., solo se la società in parola abbia superato positivamente la revisione cooperativa di cui al d.lgs. n. 220/2002 o ne abbia almeno richiesto l'espletamento a chi di dovere (di solito, in questi casi, al Ministero dello sviluppo economico).

¹⁵³ Sulle quali cfr. E. CUSA, *Il controllo amministrativo sulle cooperative*, cit., p. 224 s.

A prescindere dal perimetro applicativo del controllo sulle cooperative¹⁵⁴, quest'ultimo dovrebbe essere condotto normalmente da soggetti di diritto privato, auspicabilmente rappresentanti di significativi segmenti di imprenditorialità cooperativa, mossi principalmente da finalità *lato sensu* consortili, al fine di garantire l'efficienza e l'efficacia del controllo e la sua diretta strumentalità all'imprenditorialità mutualistica e democratica degli enti controllati-consorziati (attraverso l'offerta di adeguati servizi a questi ultimi).

Ma, allora, solo sui controllori di diritto privato opererebbe la vigilanza pubblica (ove necessario¹⁵⁵, decentrata o devoluta a livello locale¹⁵⁶), realizzandosi così una sana applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, comma 4°, Cost.¹⁵⁷, tanto spesso evocato, quanto raramente invero. Ciò però presupporrebbe, diversamente dall'attuale disciplina italiana sulle cooperative, o un obbligo (certamente

¹⁵⁴ Circa l'attuale situazione italiana v. ancora E. CUSA, *Il controllo amministrativo sulle cooperative*, cit., p. 226 ss.

¹⁵⁵ Cioè qualora i controllori privati non abbiano una dimensione nazionale.

¹⁵⁶ Ci si domanda se sia meglio realizzare il suddetto decentramento attribuendo le relative competenze ad uffici periferici della pubblica amministrazione centrale (al fine di garantire massimamente un'uniforme applicazione della normativa sull'intero territorio nazionale; il che non necessariamente accade, come dimostra il controllo prefettizio sugli enti del primo libro del codice civile ai sensi del d.p.r. 10 febbraio 2000, n. 361, spesso esercitato in modo diverso da Provincia a Provincia), ovvero ad appositi uffici degli enti locali (come accade oggi per associazioni e fondazioni sottoposte a particolari discipline speciale, quali quelle sulle organizzazioni di volontariato o sulle associazioni di promozione sociale, ai sensi rispettivamente dell'art. 6, l. 11 agosto 1991, n. 266 e dell'art. 7, l. 7 dicembre 2000, n. 383), ovvero ancora alle Camere di commercio per la loro notoria maggior efficienza (rispetto a quella della restante pubblica amministrazione) nell'esercizio di poteri pubblici nei confronti delle imprese.

¹⁵⁷ Quand'anche si seguisse l'interpretazione di alcuni costituzionalisti (tra cui S. LA PORTA, *op. cit.*, p. 66), secondo la quale per attività di interesse generale dovrebbe intendersi soltanto quella che si connota per essere doverosa e universale (sul punto cfr. anche F. GIGLIONI, *op. cit.*, p. 181 s. e D. DONATI, *op. cit.*, p. 207 s., il quale precisa che «l'interesse generale, quello che costituisce l'oggetto del modello sussidiario, ... è l'interesse di una comunità in quanto tale, non ancora assunto in seno ai pubblici poteri, ma da questi lasciato, in forza del principio in esame, alla cura degli stessi cittadini»); in effetti, ai sensi dell'art. 45, comma 1°, Cost., si può pianamente affermare che la vigilanza delle cooperative è doverosa e universale (essendo rivolta almeno a tutte quelle con funzione sociale costituzionalmente intesa).

conforme con la nostra Costituzione) in capo a ciascuna cooperativa di aderire ad un ente vigilante di diritto privato¹⁵⁸, o un obbligo di essere iscritti in un apposito elenco tenuto dal medesimo ente i cui organi siano composti da persone fisiche elette dai controllati¹⁵⁹.

Una stessa architettura potrebbe essere immaginata, più in generale, per i controlli sui modelli imprenditoriali diversi dalle società lucrative, specialmente se promossi dai poteri pubblici.

In ogni caso, almeno in Italia, occorre legiferare non solo in modo che i confini tra i diversi modelli imprenditoriali diversi dalle società lucrative siano definiti a livello codicistico¹⁶⁰, ma anche in modo che si preveda un sistema di controlli su tali modelli secondo le linee poc'anzi suggerite¹⁶¹. Il che potrebbe ad esempio significare l'istituzione di un'autorità indipendente chiamata a promuovere e vigilare l'imprenditoria con funzione sociale¹⁶², cioè, direi, quella svolta dalle formazioni sociali di cui all'art. 2

¹⁵⁸ Similmente a quanto prevede l'ordinamento tedesco con il § 54 *GenG*, rubricato come *Pflichtmitgliedschaft im Prüfungsverband*: «Die Genossenschaft muss einem Verband angehören, dem das Prüfungsrecht verliehen ist (*Prüfungsverband*)»; sulla revisione cooperativa delle cooperative tedesche cfr. A. DONSCHEIN, *Die genossenschaftliche Pflichtprüfung*, Aachen, 2008.

¹⁵⁹ La suddetta soluzione organizzativa è stata immaginata, ad esempio, per i consulenti finanziari e le società di consulenza finanziaria, per le società esercenti il microcredito, per i confidi che non devono iscriversi nell'albo di cui all'art. 106 TUB, per gli agenti in attività finanziaria (non necessariamente persone fisiche) e per le società di mediazione creditizia, i quali sono vigilati da un organismo di diritto privato ai sensi, rispettivamente, degli artt. 18-*bis* e 18-*ter* TUF, 113, commi 4° e 5°, TUB, 112-*bis* TUB e 128-*undecies* TUB. Dal che ci si può chiedere se anche in tema di vigilanza sulle imprese il diritto bancario possa realizzare sperimentazioni normative così valide da suggerire poi il loro trasferimento (con gli opportuni adattamenti) nel diritto societario (ciò accade non di rado, come segnala E. CUSA, *Gli strumenti ibridi delle banche*, in *Banca impresa società*, 1, 2010, p. 84) e, più in generale, nel diritto dei modelli organizzativi delle imprese.

¹⁶⁰ In proposito cfr. *Associazioni e fondazioni. Dal codice civile alle riforme annunciate*, a cura di D. Carusi, Milano, 2001.

¹⁶¹ *De iure condendo*, per una riforma dei controlli sulle imprese non esercitate (o comunque non controllate) da società lucrative si legga *Libro bianco sul Terzo settore*, a cura di R. Cartocci - F. Maconi, Bologna, 2006, pp. 96-109.

¹⁶² Denominabile Autorità Garante dell'Economia Sociale, scegliendo l'aggettivo sociale [invece che, ad esempio, quello civile, termine caro ad alcuni economisti, tra cui L. BRUNI - S. ZAMAGNI, *Introduzione*, in *Dizionario di economia civile*, a cura di L. Bruni - S. Zamagni, Roma, 2009, p. 5 ss.] sia per il suo richiamo alla termi-

Cost., tra cui sono certamente da annoverare gli imprenditori sussumibili nella nozione di cooperazione di cui all'art. 45 Cost.¹⁶³ e le «comunità di lavoratori o di utenti» di cui all'art. 43 Cost.¹⁶⁴.

Ciò però significa muoversi in direzione opposta a quella seguita dall'Italia negli ultimi vent'anni, nei quali si è depotenziata¹⁶⁵, eccessivamente frazionata¹⁶⁶ o, addirittura, eliminata¹⁶⁷ la pubblica amministra-

nologia della nostra Costituzione (ove la scelta del termine sociale pare fondarsi sul principio personalista e sul concetto di persona nella sua necessaria dimensione relazionale e comunitaria), sia perché maggiormente riconoscibile dagli altri Stati Membri dell'Unione europea e dalla stessa Unione. Ovviamente, l'imprenditoria con funzione sociale non corrisponde alle attività di pubblica utilità, le quali, spesso, non sono qualificabili nemmeno imprese per il diritto UE e italiano (come accade per le attività dei già esaminati istituti di patronato e di assistenza sociale di cui alla l. n. 152/2001).

¹⁶³ Una parte minoritaria della dottrina italiana [qui rappresentata da R. COSTI, *Relazione di sintesi*, in *La riforma delle società cooperative*, a cura di C. Borzaga - A. Fici, Trento, 2004, p. 175 s. e da E. CUSA, *Il socio finanziatore nelle cooperative*, cit., p. 123 s. (ove citazioni di segno opposto)] sostiene che, tra le imprese in forma di cooperativa, sono conformi al paradigma delineato dall'art. 45 Cost. solamente quelle a mutualità prevalente (cioè rispettose degli artt. 2512-2514 c.c.).

¹⁶⁴ Ai quali venissero ad esempio assegnati dalla pubblica amministrazione attività qualificabili come servizi di interesse economico generale ai sensi dell'art. 106 TFUE; sul rapporto tra tale nozione comunitaria, le comunità di cui all'art. 43 Cost. e le formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost. cfr., tra gli altri, M. GIAMPIERETTI, *op. cit.*, pp. 450-452.

¹⁶⁵ Ciò è accaduto per il controllo statale sulle cooperative, ove si è sostanzialmente messa in liquidazione, per mancanza di risorse, la Direzione generale per le piccole e medie imprese e gli enti cooperativi presso il Ministero dello sviluppo economico; un'analoga opinione è stata espressa da G. BONFANTE, *Aiuti di Stato alle cooperative*, cit., p. 8.

¹⁶⁶ Si rammenta, ad esempio, che il Ministero del lavoro vigila sulle imprese sociali (ai sensi dell'art. 16, d.lgs. n. 155/2006, sul quale cfr., tra gli altri, A. BUCCELLI, in *La nuova disciplina dell'impresa sociale*, a cura di M.V. De Giorgi, Padova, 2007, p. 330 ss.), il Ministero dell'economia vigila sulle fondazioni di origine bancaria ai sensi dell'art. 10, d.lgs. 17 maggio 1999, n. 153 (il quale, in forza del comma 1° di quest'ultima disposizione, rimane organo vigilante «fino all'entrata in vigore della nuova disciplina dell'autorità di controllo sulle persone giuridiche di cui al titolo II del libro primo del codice civile») e il Ministero dello sviluppo economico vigila sulle società di mutuo soccorso (art. 18, comma 2-bis, d.lgs. n. 220/2002).

¹⁶⁷ Ci si riferisce a quella che sarebbe potuta diventare l'autorità di vigilanza di una parte dell'imprenditorialità non lucrativa esercitata dagli enti su cui poteva intervenire l'Agenzia per le organizzazioni non lucrative di utilità sociale (dal 2011 denominata A-

zione specializzata nel vigilare o comunque nel promuovere i modelli imprenditoriali non esclusivamente lucrativi.

5. Sintesi

Nelle precedenti pagine ho sostenuto che la concorrenza intracomunitaria può essere dinamica ed effettiva, solo se si garantisce la presenza sia di più imprenditori, sia di più modelli organizzativi d'impresa.

Tutelare la diversità imprenditoriale significa anche garantire che tutte le imprese siano messe nelle stesse condizioni di concorrere. Il che può non accadere in caso di concorrenti costituiti secondo forme giuridiche diverse. In effetti, proprio alcune delle regole caratterizzanti un certo modello organizzativo possono rappresentare un ostacolo concorrenziale per l'imprenditore che lo scelga. Queste stesse regole possono però rendere il predetto modello astrattamente più idoneo a realizzare gli obiettivi che l'Unione europea si è data nella propria Costituzione economica.

In presenza di forme d'impresa maggiormente sinergiche con gli obiettivi costitutivi dell'Unione europea e con i principi costituzionali degli Stati membri, tali soggetti di diritto internazionale non devono limitarsi a tutelare il bene concorrenza, ma devono anche promuoverlo nel rispetto delle finalità per cui detto bene è tutelato, favorendo, appunto, la capacità competitiva delle forme imprenditoriali più coerenti con i ricordati obiettivi e principi.

Il che è massimamente coerente con il fatto che la concorrenza tra imprese è un bene non assoluto, ma strumentale (a che il maggior numero possibile di cittadini stia meglio).

genzia per il terzo settore), prevista dall'art. 3, commi 190° ss., l. n. 662/1996, istituita con il d.p.c.m. 26 dicembre 2000, n. 229 e insediata il 8 marzo 2002; Agenzia che, pur avendo avuto un limitato potere di vigilanza [lo si veda descritto in AGENZIA PER IL TERZO SETTORE, *Relazione Annuale sull'attività svolta dall'Agenzia per il terzo settore (1° gennaio-31 dicembre 2011) e Bilancio di Mandato, 2007-2011*, Milano, 2012, pp. 13-22], non lo avrà in futuro, essendo stata soppressa dal 2 marzo 2012 (ai sensi dell'art. 8, comma 23°, d.l. 2 marzo 2012, n. 6, conv., con mod., dall'art. 1, l. 26 aprile 2012, n. 44) ed essendo state trasferite le sue funzioni al Ministero del lavoro.

Ho poi individuato queste cinque ragioni a sostegno del fatto che i modelli imprenditoriali non esclusivamente lucrativi (tra cui spicca quello cooperativo) meritino una specifica promozione:

i) se l'economia comunitaria deve tendere alla piena occupazione, si dovrebbero preferire (nei settori economici ove è possibile) modelli d'impresa a più alta intensità di lavoro (senza che ciò pregiudichi l'innovazione dei processi produttivi);

ii) se la democrazia economica rafforza e rende più stabile la democrazia politica, le forme democratiche d'impresa dovrebbero essere favorite;

iii) se si danneggia l'impresa adottando perlopiù scelte gestorie di breve periodo, occorre agevolare le imprese la cui struttura proprietaria premi (o comunque non disincentivi) le scelte gestorie di lungo periodo;

iv) se cresce la disuguaglianza tra ricchi e poveri, occorre premiare i modelli imprenditoriali capaci di migliorare la distribuzione della ricchezza nel momento in cui viene prodotta;

v) se la cooperativa trasforma il consumatore in produttore, questo modello consente al consumatore di tutelare meglio (non dovendo ricorrere ad intermediari) i suoi interessi economici.

Che i modelli d'impresa non esclusivamente lucrativi debbano essere visti con un occhio di riguardo dal legislatore europeo e da quelli nazionali è provato non solo dalle ripetute e recenti prese di posizione di alcune istituzioni comunitarie (Parlamento europeo, Commissione europea e Comitato economico e sociale europeo), ma anche dalle Costituzioni di taluni Stati membri, nelle quali si impone addirittura di promuovere i modelli in parola.

Dall'evidenziata disciplina costituzionale ho arguito (almeno per gli Stati ove questa è presente) la scorrettezza della tesi secondo la quale il diritto societario (e, più in generale, il diritto delle organizzazioni imprenditoriali) sarebbe politicamente neutro; questo diritto, infatti, fissando funzioni e strutture di tali organizzazioni, incide all'interno e all'esterno delle rispettive imprese regolate, concorrendo così a plasmare una certa forma di mercato e, pertanto, in ultima analisi, la società in cui viviamo. Più in generale, mi è parso che il diritto delle organizzazioni imprenditoriali, dovendo sottostare al diritto costituzionale, dovrebbe tratteggiare

re una pluralità di strutture imprenditoriali capaci, secondo diversi gradi, di combinare interessi particolari e interessi generali, di modo da evitare che questi ultimi siano per forza perseguibili dalla sola impresa pubblica. Una tale riforma potrebbe pertanto consentire ai privati, anche grazie al diritto delle organizzazioni imprenditoriali, di concorrere ad inverare il principio costituzionale (europeo e italiano) di sussidiarietà, qui inteso nel senso che, nella produzione di beni e servizi, il potere pubblico non deve fare ciò che possono fare meglio i privati.

Probabilmente la riscontrata primazia del modello cooperativo tra quelli alternativi ai modelli di società lucrativa discende dal fatto che la cooperativa rappresenta sì la forma imprenditoriale più evoluta dopo le società lucrative, ma è governata soprattutto, se autentica, dal principio della preminenza della persona (usando le parole della Corte di giustizia nel caso *Paint Graphos*) o dai principi personalista e solidarista (incardinando il ragionamento sull'art. 2 Cost., di cui l'art. 45 Cost. costituisce una delle declinazioni più significative nella disciplina costituzionale dei rapporti economici).

Visti gli elementi indefettibili della vera cooperazione e la sua coerenza con gli obiettivi fondamentali sia dell'Unione europea sia di alcuni suoi Stati membri, non può mai essere considerata in contrasto con il diritto UE una misura proporzionata che agevoli solo il predetto modello imprenditoriale; tale misura, infatti, attuerebbe l'art. 3, par. 3, TUE (se corrispondesse ad un atto comunitario) o la disciplina costituzionale (se corrispondesse ad un atto di uno Stato membro).

Una volta appurata la legittimità (anzi, l'opportunità e, in alcuni casi, la necessità) di favorire le forme imprenditoriali alternative alle società lucrative, ho chiarito che tale intervento promozionale (a livello nazionale e comunitario) deve essere tripartito.

In primo luogo, è necessario delineare con sufficiente chiarezza e sinteticità – auspicabilmente partendo da un regolamento comunitario per ciascuna forma d'impresa alternativa alla società lucrativa (similmente a quelli già concepiti per la società europea e la società cooperativa europea) – il regime organizzativo di ciascuno dei predetti modelli alternativi, tra l'altro accertando se, tra essi, quelli tradizionali (associazione, fondazione, società cooperativa), pur ammodernati, possano ritenersi ancora sufficienti per rispondere ai bisogni attuali di forme imprenditoriali.

In secondo luogo, devono concepirsi regole che equiparino gli imprenditori in competizione tra loro e, nel contempo, favoriscano le sole forme imprenditoriali capaci di facilitare la realizzazione di un'economia rispettosa degli obiettivi di cui all'art. 3, par. 3, TUE.

In terzo e ultimo luogo, va costruito un nuovo sistema di controlli, il quale garantisca che le risorse pubbliche siano destinate solo ai soggetti meritevoli di promozione.

CONCLUSIONI

Nell'introdurre questo libro ho chiarito che intendevo verificare gli spazi di libertà lasciati agli Stati membri dell'Unione europea per sostenere i modelli imprenditoriali più funzionali ad invertere i loro principi costituzionali, senza che il conseguente loro intervento violasse il diritto comunitario.

Al termine di questa indagine sono giunto alla conclusione che i predetti Stati devono tutelare e promuovere la diversità delle forme giuridiche di esercizio dell'impresa, poiché ciò migliora la concorrenza e soprattutto contribuisce a realizzare in Europa un'economia sociale di mercato.

Riguardo all'obiettivo appena indicato un posto di rilievo deve essere assegnato dall'Unione europea e dai suoi Stati membri al modello della vera cooperativa, se non altro perché la Corte di giustizia ha finora ritenuto che solo le vere cooperative non si trovano «in una situazione di fatto e di diritto analoga a quella delle società commerciali» e pertanto possono essere trattate meglio di queste ultime, senza che ciò costituisca una violazione della disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato.

A mio modo di vedere, il primato riconosciuto dalla Corte di giustizia al modello cooperativo tra quelli alternativi alle società lucrative è corretto storicamente e tecnicamente: storicamente, poiché il modello cooperativo è stato concepito dai legislatori nazionali europei a partire dalla seconda metà del diciannovesimo secolo proprio come alternativa alle società lucrative, non ritenendosi invece, né ieri né oggi, le associazioni e le fondazioni come modelli ottimali per esercitare (in via esclusiva o principale) un'attività economica; tecnicamente, poiché il diritto delle cooperative, nella gran parte degli Stati membri, contempera meglio (se rapportato al diritto delle associazioni e delle fondazioni) i diversi interessi da tutelare (da quelli dei membri dell'ente a quelli degli aspiranti mem-

bri o dei creditori dell'ente medesimo) in presenza di un'organizzazione imprenditoriale.

Se poi si aspira ad avere ordinamenti giuridici il più possibile razionali nella loro architettura interna, non va dimenticato che il modello cooperativo è regolabile mediante importanti rinvii a quei segmenti della disciplina delle società lucrative che determinano un'ottimale organizzazione imprenditoriale funzionalmente neutra; il che realizza vantaggiosi (specialmente in un periodo di ipertrofia normativa) risparmi di regole giuridiche.

A partire dagli ultimi decenni del secolo scorso sono cresciute in numero e importanza le imprese private entificate in forma diversa da quella societaria. Purtroppo, tale crescita è avvenuta, almeno in Italia, entro una normativa certamente inadeguata, essendo perlopiù composta da molte e disordinate leggi speciali difficilmente inseribili in una comune cornice di riferimento (quasi assente, tanto è vero che nel nostro ordinamento, da quasi vent'anni, si cerca di riformare l'intera disciplina civilistica delle associazioni e delle fondazioni).

Dunque, se si vuole razionalizzare giuridicamente la diversità imprenditoriale presente nell'economia europea, in modo da tutelarla e promuoverla, occorre riformare il diritto delle diverse forme imprenditoriali.

Nel riformarlo si potrebbero seguire quattro direttive sinergicamente volte a realizzare un'ottimale differenziazione tra i modelli imprenditoriali.

In primo luogo, si dovrebbero suddividere in quattro gruppi i molti modelli imprenditoriali presenti nell'ordinamento vigente, riconducendo ciascuno di questi modelli ad una delle seguenti forme basilari: la società lucrativa, la società cooperativa, l'associazione, la fondazione.

In secondo luogo, si dovrebbero distinguere le relative discipline delle predette quattro forme imprenditoriali in funzione, essenzialmente, delle risposte da fornire a queste tre questioni: quale è l'interesse ad entrare nell'organizzazione, come si decide nell'organizzazione e come si dividono gli utili e il patrimonio dell'organizzazione.

In terzo luogo, il modello associativo, se utilizzato per esercitare (principalmente o esclusivamente) un'impresa, dovrebbe essere almeno disincentivato (come già accade nella realtà, ove un'associazione esercente un'impresa, quando cresce, si trasforma spesso in società) se non precluso (ad esempio, imponendo, a determinate condizioni, la trasformatio-

ne dell'associazione in altro ente), qualora l'impresa esercitata dall'associazione avesse o raggiungesse dimensioni o caratteristiche tali da doversi ricorrere ad un più articolato modello organizzativo (di regola, quello societario) per tutelare efficacemente tutti gli interessi coinvolti.

In quarto e ultimo luogo, accanto alla pluralità di tipi prevista da tempo per l'impresa lucrativa, dovrebbe migliorarsi l'articolazione del modello mutualistico, suddividendolo in due copie di sub-modelli, tra loro sovrapponibili (similmente a quanto già prevede, seppur in modo ancora insufficiente, il diritto cooperativo italiano): una copia dovrebbe tratteggiare le linee di confine fra la cooperativa vera (conforme cioè al modello delineato nella sentenza *Paint Graphos*) e la cooperativa non vera; l'altra copia dovrebbe regolare la cooperativa strutturata per persone (similmente alle società di persone italiane) e la cooperativa strutturata per uffici (similmente alle società di capitali italiane).

Una volta differenziati adeguatamente i vari modelli imprenditoriali, si dovrebbero promuovere quelli ritenuti più funzionali al perseguimento degli obiettivi sottesi alle Costituzioni economiche dell'Unione e/o degli Stati membri.

L'auspicata promozione potrebbe essere effettuata adottando queste due scelte di fondo.

Da un lato, si potrebbe escludere tra i modelli promossi quello fondazionale, il quale, caratterizzandosi per non essere democratico (e comunque, in presenza delle cosiddette fondazioni di partecipazione, per essere impeditivo in ordine alla possibilità che i suoi membri assumano alcune decisioni fondamentali, tra cui quelle sulla destinazione del patrimonio dell'ente), non sarebbe in grado di rispettare compiutamente il principio della preminenza della persona; principio, quest'ultimo, sul quale la Corte di giustizia ha basato la primazia del modello cooperativo tra quelli alternativi ai modelli di società lucrativa.

Dall'altro lato, senza demonizzare lo scopo lucrativo nell'esercizio di un'impresa (ma, semmai, evitando che questo si trasformi pericolosamente in scopo speculativo), si potrebbe promuovere il modello associativo (necessariamente non lucrativo) e quello cooperativo (possibilmente lucrativo, anche se in modo necessariamente limitato), immaginando il primo come un'organizzazione imprenditoriale che può (o, in alcuni casi, deve) evolversi nel secondo.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Diritto delle imprese. Manuale breve*, Milano, 2012.
- ADAMSKI Dariusz, *Europe's (Misguided) Constitution of Economic Prosperity*, in *Common Market Law Review*, 50, 2013, p. 47 ss.
- ADDIS Paolo, in *Libro bianco sul Terzo settore*, a cura di S. Zamagni, Bologna, 2011, p. 81 ss.
- AGSTNER Peter, *Le società cooperative a mutualità non prevalente e la (presunta) unitarietà del fenomeno cooperativo nella riforma del diritto societario*, in *Rivista di Diritto Societario*, 4, 2012, p. 714 ss.
- ALFANDARI Elie - PIOT Bernard, *Die Mitgliedschaft in der SCE*, in *Europäische Genossenschaft SCE*, a cura di R. Schulze, Baden-Baden, 2004, p. 77 ss.
- ALGUACIL MARÌ María Pilar, *Condicionantes del régimen de ayudas de Estado en la fiscalidad de cooperativas*, in *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 69, 2010, p. 27 ss.
- ALGUACIL MARÌ María Pilar, *Empresas sociales y políticas europeas: los servicios sociales de interés económico general*, in *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 75, 2012, p. 81 ss.
- ANGELICI Carlo, *La società per azioni*, I, *Principi e problemi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 2012.
- APARÍCIO MEIRA Deolinda, *O quadro jurídico-constitucional do cooperativismo em Portugal*, in *Cooperativismo e Economía Social*, 33, 2010-2011, p. 31 ss.
- ARANA LANDÍN Sofía, *El régimen fiscal del las cooperativas españolas en la Unión Europea: conclusiones para las líneas de reforma del cooperativismo español*, in *Revista Vasca de Economía Social. GEZKI*, 7, 2011, p. 77 ss.
- ASCARELLI Tullio, *Cooperativa e società. Concettualismo giuridico e magia delle parole*, in *Rivista delle società*, 1957, p. 397 ss.
- BACON Kelyn, *European Community Law of State Aid*, Oxford, 2009.
- BARIATTI Stefania, *Le fonti del diritto della concorrenza dell'Unione europea*, in *Disciplina della concorrenza nella UE*, a cura di A. Frignani - S. Bariatti, in

- Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, 64, Padova, 2012, p. 75 ss.
- BARTOLACELLI Alessio, in *Percorsi di diritto societario europeo*², a cura di E. Pederzini, Torino, 2012, pp. 177 ss.
- BASSI Amedeo, *Delle imprese cooperative e delle mutue assicuratrici*, Milano, 1988.
- BAUER Heinrich, *Genossenschafts-Handbuch. Kommentar zum Genossenschaftsgesetz*, Berlin, 2012.
- BAUMAN Zygmunt, *Conversazioni sull'educazione*, Trento, 2012.
- BENEDETTO XVI, *Caritas in Veritate*, Città del Vaticano, 2009.
- BENTIVOGLI Chiara - VIVIANO Eliana, *Le trasformazioni del sistema produttivo italiano: le cooperative*, in Banca d'Italia, *Questioni di Economia e Finanza (Occasional papers)*, n. 113, Roma, 2012.
- BEUTHIEN Volker, *Genossenschaftsgesetz: GenG, mit Umwandlungs- und Kartellrecht sowie Statut der Europäischen Genossenschaft Kommentar*¹⁵, München, 2011.
- BIONDI Andrea, *Gli aiuti di Stato*, in *La concorrenza*, a cura di A. Frignani - R. Pardolesi, in *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, diretto da G. Ajani e G.A. Benacchio, VII, Torino, 2006, p. 447 ss.
- BIRCHALL Johnston, *Resilience in a downturn: The power of financial cooperatives*, Geneve, 2013.
- BONFANTE Guido, *La nuova società cooperativa*, Bologna, 2010.
- BONFANTE Guido, *Aiuti di Stato alle cooperative: la decisione della Corte UE*, in *Cooperative e Consorzi*, 10, 2011, p. 5 ss.
- BORZAGA Carlo - GALERA Giulia, *New opportunities for cooperatives in the changing landscape of the welfare systems*, in *New opportunities for co-operatives: new opportunities for people*, a cura di J. Heiskanen - H. Hénry - P. Hytinkoski - T. Köppä, Mikkeli (Finland), 2012, p. 14 ss.
- BOSCIA Vittorio - CARRETTA Alessandro - SCHWITZER Paola, *Cooperative Banking: Innovations and Developments*, Basingstoke, 2009.
- BOSI Giacomo - TRENTO Sandro, *Il governo dell'impresa. Economia e diritto della corporate governance*, Bologna, 2012.
- BUCCIROSSI Paolo - FRIGNANI Aldo, *Nozioni introduttive economiche e giuridiche*, in *Disciplina della concorrenza nella UE*, a cura di A. Frignani - S. Barriatti, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, 64, Padova, 2012, p. 3 ss.
- BUCELLI Andrea, in *La nuova disciplina dell'impresa sociale*, a cura di M.V. De Giorgi, Padova, 2007, p. 330 ss.
- BUONOCORE Vincenzo, *Un nuovo tipo di cooperativa? A proposito della nuova legge sulle cooperative sociali*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, 1992, p. 249 ss.

- BUONOCORE Vincenzo, *Diritto della cooperazione*, Bologna, 1997.
- BRUNI Luigino - ZAMAGNI Stefano, *Introduzione*, in *Dizionario di economia civile*, a cura di L. Bruni - S. Zamagni, Roma, 2009, p. 5 ss.
- BUZZACCHI Camilla, *Gli aiuti di Stato tra politica della concorrenza e politica sociale*, in *Il diritto dell'economia*, 3-4, 2004, p. 623 ss.
- BUZZACCHI Camilla, *La solidarietà tributaria. Funzione fiscale e principi costituzionali*, Milano, 2011.
- BUZZACCHI Camilla, *La concorrenza ed il principio di neutralità fiscale*, in *Concorrenza e mercato*, 2012, p. 513 ss.
- BUZZACCHI Camilla, *Aiuti di Stato tra misure anti-crisi ed esigenze di modernizzazione: la politica europea cambia passo?*, in *Concorrenza e mercato*, 2013, p. 77 ss.
- CAMELLINI Alberto, *Modelli alternativi per la quotazione in Borsa*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2, 2008, p. 461 ss.
- CAPECCHI Marco, *Evoluzione del terzo settore e disciplina civilistica. Dagli enti non lucrativi alla "impresa sociale"*, Padova, 2005.
- CAPELLI Fausto, *Valutazioni critiche e riflessioni propositive sulla relazione del Prof. E.F.M. Emanuele dedicata al progetto "Big Society" (o "Terzo Pilastro")*, in *Quaderno della Rivista Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 3, 2011, Napoli, 2012, p. 17 ss.
- CARIO Daniela, in *Lang/Weidmüller Genossenschaftsgesetz Kommentar*³⁷, Berlin, 2011, p. 505 ss.
- CARRARO Giuseppe, *Società di capitali e diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto civile*, 2012, I, p. 205 ss.
- CARRERAS ROIG Lluís, *Consideraciones en torno al posible carácter mercantil de las sociedades cooperativas y acerca de las limitaciones a la realización de operaciones con terceros no socios de estas entidades*, in *Revesco. Revista de Estudios Cooperativos*, 106, 2011, p. 55 ss.
- CARTOCCI Roberto - MACONI Fausto (a cura di), *Libro bianco sul Terzo settore*, Bologna, 2006.
- CARUSI Donato (a cura di), *Associazioni e fondazioni. Dal codice civile alle riforme annunciate*, Milano, 2001.
- CONTARINO Vincenzina, *Il problema delle agevolazioni fiscali*, in L.F. Paolucci, *Le società cooperative*, Assago, 2012, p. 245 ss.
- CORSO Guido, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle regioni e dello Stato)*, in *Diritto Pubblico*, 3, 2002, p. 981 ss.
- COSSIRI Angela, in *Commentario breve alla Costituzione*², a cura di S. Bartole - R. Bin, Padova, 2008, p. 88 ss.

- COSTA Paolo, *Sui debiti concettuali del principio di sussidiarietà. Contributo allo studio di un concetto quasi-moderno*, in *Il lato oscuro della sussidiarietà*, a cura di F. Pizzolato - P. Costa, Milano, 2013, p. 47 ss.
- COSTAS COMESAÑA Julio, *O regime fiscal das cooperativas como auxílio público que falseia a concorrência no mercado interno*, in *Jurisprudência Cooperativa Comentada*, 2012, p. 107 ss.
- COSTI Renzo, *Relazione di sintesi*, in *La riforma delle società cooperative*, a cura di C. Borzaga - A. Fici, Trento, 2004, p. 173 ss.
- CRACOGNA Dante, *El Estatuto de las Cooperativas del Mercosur*, in *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, 43, 2009, p. 17 ss.
- CRACOGNA Dante, *Nueva versión de la Ley Marco para las Cooperativas de América Latina*, in *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, 20, 2009, p. 1 ss.
- CUSA Emanuele, *I ristorni nelle società cooperative*, Milano, 2000.
- CUSA Emanuele, *Die Verwendung des Betriebsergebnisses*, in *Europäischen Genossenschaft SCE*, a cura di R. Schulze, Baden-Baden, 2004, p. 123 ss.
- CUSA Emanuele, *La funzione sociale delle banche di credito cooperativo tra legge e contratto*, in *Rivista della cooperazione*, 4, 2005, p. 11 ss.
- CUSA Emanuele, *Il socio finanziatore nelle cooperative*, Milano, 2006.
- CUSA Emanuele, *Democrazia cooperativa e legislatori nazionali*, in *Società*, 2010, p. 277 ss.
- CUSA Emanuele, *Gli strumenti ibridi delle banche*, in *Banca, impresa, società*, 1, 2010, p. 81 ss.
- CUSA Emanuele, *Il controllo amministrativo sulle cooperative*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2012, I, p. 220 ss.
- CUSA Emanuele, *Il diritto delle banche di credito cooperativo tra legge e contratto*, Torino, 2013.
- DANIELE Luigi, *Diritto dell'Unione europea*³, Milano, 2008.
- DANIELE Luigi, *Diritto del mercato unico europeo*², Milano, 2012.
- DE ANGELIS Lorenzo, *Riflessioni sulla partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese*, in *Ricerche giuridiche*, 1, 2012, I, p. 11 ss.
- DELLI PRISCOLI Lorenzo, *Mercato e diritti fondamentali*, Torino, 2011.
- DENOZZA Francesco, *Norme, principi e clausole generali nel diritto commerciale: un'analisi funzionale*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2011, p. 345 ss.
- DE PASQUALE Patrizia, *Libera concorrenza ed economia sociale nel Trattato di Lisbona*, in *Diritto pubblico ed europeo*, 2009, p. 81 ss.
- DIVERIO Davide, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo e alle banche. Dalla crisi di settore alla crisi di sistema*, Milano, 2010.

- DONATI Daniele, *La sussidiarietà orizzontale nell'evoluzione normativa dello Stato e delle Regioni*, in *Il valore aggiunto. Come la sussidiarietà può salvare l'Italia*, a cura di G. Arena - G. Cotturri, Roma, 2010, p. 183 ss.
- DONSCHEN Alexander, *Die genossenschaftliche Pflichtprüfung*, Aachen, 2008.
- EBNER Martin - GAMBARO Edoardo, *La nozione di aiuto di Stato*, in *Concorrenza e Aiuti di Stato. Un osservatorio sulla prassi comunitaria*, a cura di A. Santa Maria, Torino, 2006, p. 17 ss.
- ENCISO SANTOCILDES Marta - GÓMEZ URQUIJO Laura - MUGURRA ELORRIAGA Aitziber, *La iniciativa comunitaria en favor del emprendimiento social y su vinculación con la economía social: una aproximación a su delimitación conceptual*, in *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 75, 2012, p. 55 ss.
- FAJARDO GARCÍA Gemma, *El fomento de la "economía social" en la legislación española*, in *Revesco. Revista de Estudios Cooperativos*, 107, 2012, p. 58 ss.
- FAJARDO GARCÍA Gemma, *La especificidad de las sociedades cooperativas frente a las sociedades mercantiles y la legitimidad de su particular régimen jurídico y fiscal según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, in *Revista de Derecho Mercantil*, 288, 2013, p. 189 ss.
- FATTORI Piero - TODINO Mario, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2010.
- FECHER-BOURGEOIS Fabienne - CHAVES Rafael - MONZON CAMPOS José Luis, *Introduction: recent trends in social economy research*, in *Annals of Public and Cooperative Economics*, 2012, p. 251 ss.
- FELICE Flavio, *L'economia sociale di mercato*, Soveria Mannelli, 2008.
- FERRARESI Marco, *Responsabilità sociale dell'impresa e diritto del lavoro*, Padova, 2012.
- FERRI Giuseppe - PESCE Giuseppe, *The perverse effects of compliance costs for the local co-operative banks*, in *New opportunities for co-operatives: new opportunities for people*, a cura di J. Heiskanen - H. Henry - P. Hytinkoski - T. Köppä, Mikkeli (Finland), 2012, p. 223 ss.
- FIEDZIUK Natalia, *Putting Services of General Economic Interest up for Tender: Reflections on Applicable EU Rules*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 87 ss.
- FICI Antonio, *L'identità delle società cooperative, i Principi dell'Alleanza Cooperativa Internazionale e le legislazioni nazionali europee*, in *Rivista di Diritto Societario*, 2, 2012, p. 426 ss.
- FICI Antonio, *Cooperative Identity and the Law*, in *European Business Law Review*, 2013, p. 37 ss.

- FLEISCHER Holger, *Supranational corporate forms in the European Union: prolegomena to a theory on supranational forms of association*, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 1671 ss.
- FONTANA Chiara, *Gli aiuti di Stato di natura fiscale*, Torino, 2012.
- FONTANA Elisa, *Aiuti di Stato e diretta efficacia*, Napoli, 2006.
- FORTEYNE Wim, *Cooperative Banks in Europe-Policy Issues*, in *International Monetary Fund, Working Paper WP/07/159*, 2007.
- FORTE Francesco - FELICE Flavio (a cura di), *Il liberalismo delle regole. Genesi ed eredità dell'economia sociale di mercato*, Soveria Mannelli, 2010.
- FORTE Francesco - FELICE Flavio - FORTE Clemente (a cura di), *L'economia sociale di mercato e i suoi nemici*, Soveria Mannelli, 2012.
- FORTUNATO Sabino, *Aiuti di stato e mercato creditizio fra orientamenti comunitari e interventi nazionali*, in AA.VV., *Diritto, mercato ed etica dopo la crisi. Omaggio a Piergaetano Marchetti*, Milano, 2010, p. 335 ss.
- GALEAZZI Giancarlo, voce «*Personalismo*», in *Dizionario di filosofia di Nicola Abbagnano*³, aggiornato e ampliato da G. Fornero, Torino, 1998, p. 814 s.
- GALLO Franco, *L'accumulazione indivisibile e l'art. 12 della legge n. 904 del 1977*, in *La società cooperativa: aspetti civilistici e tributari*, a cura di G. Schiano di Pepe - F. Graziano, Padova, 1997, p. 277 ss.
- GHEZZI Federico, in *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*⁵, a cura di L.C. Ubertazzi, Padova, 2012, p. 2478 ss.
- GHEZZI Giorgio, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca, *Rapporti economici*, t. III, Bologna-Roma, 1980, p. 69 ss.
- GHIDINI Gustavo - AREZZO Emanuela, *La prospettiva costituzionale della tutela della concorrenza*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2012, I, p. 459 ss.
- GIAMPIERETTI Marco, in *Commentario breve alla Costituzione*², a cura di S. Bartole - R. Bin, Padova, 2008, pp. 447 ss. e 463 ss.
- GIANONCELLI Stefania, *Sulla compatibilità con il divieto di aiuti di Stato del regime fiscale agevolato delle società cooperative di produzione e lavoro*, in *Rivista di diritto finanziario e scienze finanze*, 2011, II, p. 89 ss.
- GIGLIONI Fabio, *La sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza*, in *Il valore aggiunto. Come la sussidiarietà può salvare l'Italia*, a cura di G. Arena - G. Cotturri, Roma, 2010, p. 159 ss.
- GIULIANI Marco, *Le imprese pubbliche*, in *Disciplina della concorrenza nella UE*, a cura di A. Frignani - S. Bariatti, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, 64, Padova, 2012, p. 463 ss.
- GRILLO Michele, *Competition rules and the cooperative form*, in *Journal of Entrepreneurial and Organizational Diversity*, 2013, p. 36 ss.

- GROENEVELD Hans, *The Cooperative Banking Model: Performance and Opportunities*, in *New Paradigms in Banking, Financial Markets and Regulation?*, a cura di M. Balling - F. Lierman - F. Van den Spiegel - R. Ayadi - D.T. Llewellyn, Vienna, 2012, p. 101 ss.
- HANCHER Leich, *The general framework*, in *EU State Aids*⁴, a cura di L. Hancher - T. Ottervanger - P.J. Slot, London, 2012, p. 49 ss.
- HANSMANN Henry, *La proprietà dell'impresa*, Bologna, 2005, (trad. it. di *The Ownership of Enterprises*, Cambridge, Mass., 1996).
- HEIDENHAIN Martin, *General Principles*, in *European State Aid Law*, a cura di M. Heidenhain, München, 2010, p. 1 ss.
- HEIDENHAIN Martin, *The Concept of State Aid*, in *European State Aid Law*, a cura di M. Heidenhain, München, 2010, p. 13 ss.
- HEMELS Sigrid J.C. - STEVENS Stan A., *The European Foundation Proposal: A Shift in the EU Tax Treatment of Charities?*, in *EC Tax Review*, 6, 2012, p. 293 ss.
- HENRÿ Hagen, *Basics and New Features of Cooperative Law-The Case of Public International Cooperative Law and the Harmonisation of Cooperatives Laws*, in *Uniform Law Review*, 2012, p. 197 ss.
- HENRÿ Hagen, *Guidelines for Cooperative Legislation*³, Geneve, 2012.
- HORSLEY Thomas, *Reflections on the Role of the Court of Justice as the "Motor" of European Integration: Legal Limits to Judicial Lawmaking*, in *Common Market Law Review*, 50, 2013, p. 931 ss.
- KRAAKMAN Reiner R. - DAVIES Paul - HANSMANN Henry - HERTIG Gérard - HOPT Klaus J. - KANDA Hideki - ROCK Edward B., *Diritto societario comparato*, Bologna, 2006 (trad. it. curata da L. Enriques, *The Anatomy of Corporate Law. A comparative and functional approach*, Oxford, 2004).
- INGROSSO Manlio, *La pronuncia pregiudiziale della Corte di Giustizia sulle agevolazioni fiscali alle cooperative italiane*, in *Rassegna Tributaria*, 2, 2012, p. 529 ss.
- INGROSSO Manlio, *Le cooperative e le nuove agevolazioni fiscali*², Torino, 2013.
- JONES Derek C. - KALMI Panu, *Economic of Scale Versus Participation: a Cooperative Dilemma?*, in *Journal of Entrepreneurial and Organizational Diversity*, 2012, p. 37 ss.
- LANG Michael, *State Aid and Taxation: Recent Trends in the Case Law of ECJ*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2, 2012, p. 411 ss.

- LA PORTA Salvatore, *L'organizzazione delle libertà sociali*, Milano, 2004.
- LA PORTA Salvatore, *Il commercio: una materia al vaglio del "custode della tutela della concorrenza"*, in *Rivista AIC*, 2, 2012, p. 1 ss.
- LIBERTINI Mario, *Le fonti private del diritto commerciale. Appunti per una discussione*, in *Rivista di diritto commerciale*, 2008, I, p. 599 ss.
- LIBERTINI Mario, voce «Concorrenza», in *Enciclopedia del Diritto*, Annali III, Milano, 2010, p. 191 ss.
- LIBERTINI Mario, *A "Highly Competitive Social Market Economy" as a Founding Element of the European Economic Constitution*, in *Concorrenza e mercato*, 2011, p. 504 ss.
- LIBERTINI Mario, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2011, p. 345 ss.
- LIBERTINI Mario, *Economia sociale di mercato e responsabilità sociale dell'impresa*, in *La responsabilità sociale dell'impresa. In ricordo di Giuseppe Auletta*, a cura di V. Di Cataldo - P.M. Sanfilippo, Torino, 2013, p. 9 ss.
- MACPHERSON Ian, *Cooperatives' concern for the community: from members towards local communities' interests*, in *Euricse Working Paper*, 46/13, 2013.
- MAGLIUOLO Antonio, *Gli economisti e la cooperazione*, in *La funzione sociale della cooperazione*, a cura di L. Bagnoli, Roma, 2010, p. 21 ss.
- MARASÀ Giorgio, *La riforma di società, cooperative, associazioni e fondazioni. Scritti*, Padova, 2005.
- MARASÀ Giorgio, *Lucro, mutualità e solidarietà nelle imprese (riflessioni sul pensiero di Giorgio Oppo)*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2012, I, p. 197 ss.
- MARCHETTI Piergaetano, *Il nuovo Action Plan europeo in materia societaria e di corporate governance*, in *Rivista delle società*, 2013, p. 225 ss.
- MARINELLO Antonio, *Regimi impositivi differenziati e società cooperative secondo la Corte di Giustizia UE*, in *Rivista trimestrale di diritto tributario*, 1, 2012, p. 218 ss.
- MARONGIU Gianni, *Il regime fiscale delle cooperative: profili costituzionali*, in *La società cooperativa: aspetti civilistici e tributari*, a cura di G. Schiano di Pepe - F. Graziano, Padova, 1997, p. 305 ss.
- MARTÍN JIMÉNEZ Adolfo J., *Ayudas de estado de carácter tributario*, in *Revista española de Derecho Financiero*, 153, 2012, p. 334 ss.
- MATTIONI Angelo, *Profili costituzionali della partecipazione politica. Prime considerazioni*, in *Scritti in onore di G. Balladore Pallieri*, I, Milano, 1978, p. 300 ss.
- MINERVINI Gustavo, *La «cooperazione di sistema» e la disciplina delle società cooperative*, in *Studi per Franco Di Sabato*, III, Società, t. I, Napoli, 2009, p. 743 ss.

- MORI Pier Angelo, *Beni comuni, beni di comunità e gestione comunitaria*, in *ParadoXa*, ottobre-dicembre 2011, p. 13 ss.
- MORI Pier Angelo, *Customer Ownership of Public Utilities: New Wine in Old Bottles*, in *Journal of Entrepreneurial and Organizational Diversity*, 2013, 1, p. 54 ss.
- MOTTURA Paolo, *Lo strano caso di Northern Rock*, in *Banca, impresa società*, 1, 2010, p. 19 ss.
- MOTTURA Paolo, *Banche cooperative e crisi finanziarie. Forme istituzionali da valorizzare con modelli di governance appropriati*, in *Bancaria*, 12, 2011, p. 2 ss.
- MOUNIER Emmanuel, *Il Personalismo*, Roma, 2004 (trad. it. curata da G. Campanini e M. Pesenti, *Le personnalisme*, Paris, 1949).
- MÜNKNER Hans-H., *Legal Framework for Enterprises with Social Objectives in Germany*, Marburg, 2001.
- MÜNKNER Hans-H., *PECOL Chapter 2: "Cooperative Governance", the German Case*, Marburg, 2013.
- MÜNKNER Hans-H., *Worldwide regulation of co-operative societies – an Overview*, in *Euricse Working paper*, 53/13, 2013.
- NEGRINOTTI Matteo, *Le cooperative e la disciplina comunitaria degli aiuti di Stato*, in *La cooperativa-s.r.l. tra legge e autonomia statutaria*, a cura di E. Cusa, Padova, 2008, p. 705 ss.
- NICOLAIDES Phedon - RUSU Ioana Eleonora, *The Concept of Selectivity: An Ever Wider Scope*, in *European State Aid Law Quarterly*, 4, 2012, p. 791 ss.
- NOTARI Mario, in AA.VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*², Milano, 2013, p. 97 ss.
- OPPO Giorgio, *Principi*, Torino, 2001.
- ORLANDI Marco, *La prima "doppia condanna" dell'Italia per violazione della normativa dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1, 2012, p. 157 ss.
- ORY Jean-Noël - LEMZERI Yasmina, *Efficiency and hybridization in cooperative banking: the French case*, in *Annals of Public and Cooperative Economics*, 83:2, 2012, p. 215 ss.
- PAOLUCCI Luigi Filippo, *L'influenza del diritto europeo sulle cooperative*, in *Contratto e impresa. Europa*, 1, 2009, p. 378 ss.
- PARLEANI Gilbert, *La CJUE donne une leçon de droit coopératif*, in *Revue des sociétés*, 2012, p. 104 ss.
- PASTOR SEMPERE Maria del Carmen, *Empresa cooperativa y modelo constitu-*

- cional: una aproximación*, in *Revista de Derecho des Sociedades*, 16, 2001, p. 191 ss.
- PELEGRINI Maria Cristina, *Il contributo della cooperazione cattolica negli anni della Costituente (1946-1947)*, in *Mezzo secolo di ricerca storica sulla cooperazione bianca. Risultati e prospettive*, a cura di S. Zaninelli, II, Verona, 1996, p. 667 ss.
- PEPE Francesco, *Il problema della «giusta» mutualità cooperativa e l'(in)efficacia dei controlli: osservazioni in tema di «aiuti di Stato» a margine della sentenza Paint Graphos della Corte di Giustizia delle Comunità europee*, in *Diritto e pratica tributaria*, 3, 2012, II, p. 395 ss.
- PIPITONE Maurizio, in *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di C. Costa, t. I, Torino, 2013, p. 252 ss.
- PISTOLESI Francesco, *Il finanziamento dei soci alle cooperative*, in *Rivista di diritto tributario*, 2012, I, p. 489 ss.
- PIZZOLATO Filippo, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Milano, 1999.
- PIZZOLATO Filippo, *Formazioni e ... deformazioni sociali*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2005, p. 137 ss.
- PIZZOLATO Filippo - BUZZACCHI Camilla, voce «*Doveri costituzionali*», in *Digesto, Discipline Pubblicistiche*, III, Agg., Torino, 2008, p. 319 ss.
- PIZZOLATO Filippo, *La concorrenza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Il diritto dell'economia*, 2-3, 2010, p. 507 ss.
- PIZZOLATO Filippo, *Il principio costituzionale di fraternità*, Roma, 2012.
- PIZZOLATO Filippo, *La sussidiarietà nell'eclisse del bene comune: la mediazione costituzionale*, in *Il lato oscuro della sussidiarietà*, a cura di F. Pizzolato - P. Costa, Milano, 2013, p. 103 ss.
- PIZZONIA Giuseppe, *Agevolazioni fiscali per le cooperative, aiuti di Stato, ruolo dei Giudici nazionali*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 2012, II, p. 57 ss.
- PONZANELLI Giulio, *Quali regole giuridiche per il terzo settore?*, in *Rivista di diritto civile*, 1996, II, p. 313 ss.
- PREK Miro - LEFÈVRE Silvère, *The Requirement of Selectivity in the Recent Case-Law of the Court of Justice*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2, 2012, p. 335 ss.
- RACUGNO Gabriele, *Aiuti di Stato e amministrazione straordinaria*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1995, I, p. 529 ss.
- RASI Federico, *I confini della nozione*, in *Aiuti di Stato in materia fiscale*, a cura di L. Salvini, Padova, 2007, p. 55 ss.

- RICCI Concetta, *Aiuti di Stato e agevolazioni fiscali alle società cooperative secondo la Corte di Giustizia UE*, in *Rivista di diritto tributario internazionale*, 2012, p. 174 ss.
- ROSSI-MACCANICO Pierpaolo, *The Notion of Indirect Selectivity in Fiscal Aids: A Reasoned Review of the Community Practice*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2, 2009, p. 161 ss.
- ROSSI-MACCANICO Pierpaolo, *Paint Graphos – La Corte precisa la dottrina degli effetti nell'esame degli aiuti fiscali*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 2011, p. 1213 ss.
- SAITTO Francesco, *Economia di mercato e regolazione statale: la controversia tedesca sulla Wirtschaftsverfassung e il "posto" dell'art. 41 della Costituzione italiana*, in *Janus*, 5, 2011, p. 5 ss.
- SALATINO Gregorio, *L'impresa sociale*, in *Contratto e impresa*, 2011, p. 394 ss.
- SÁNCHEZ HUETE Miguel Ángel, *Aplicación del régimen de operaciones vinculadas a las operaciones cooperativas-socio. Las operaciones cooperativizadas*, in *CIRIEC-España, Revista jurídica de economía social y cooperativa*, 21, 2010, p. 1 ss.
- SANDULLI Maria Alessandra, *La legittimazione dell'AGCM a ricorrere avverso i provvedimenti della p.a. ex art. 21-bis l. 287/1990 e la violazione delle norme sugli aiuti di Stato*, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, a cura di L.F. Pace, Napoli, 2013, p. 785 ss.
- SANTORO Vittorio, *I limiti del mercato e il fallimento della regolamentazione*, in *La crisi dei mercati finanziari: analisi e prospettive*, a cura di V. Santoro, I, Milano, 2012, p. 3 ss.
- SARTI Adele, *L'analisi della Corte di Giustizia CE sul regime fiscale delle cooperative di produzione e lavoro*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2012, II, p. 605 ss.
- SCHEPISI Cristina, *Aiuti di Stato e tutela giurisdizionale. Completezza e coerenza del sistema giurisdizionale dell'Unione europea ed effettività dei rimedi dinanzi al giudice nazionale*, Torino, 2012.
- SCHULTE Günther, in *Lang/Weidmüller Genossenschaftsgesetz Kommentar*³⁷, Berlin, 2011, p. 130 ss.
- SCHÖN Wolfgang, *State aid in the area of taxation*, in *EU State Aids*⁴, a cura di L. Hancher - T. Ottervanger - P.J. Slot, London, 2012, p. 321 ss.
- SCIARRA Silvana, *L'Europa e il lavoro. Solidarietà e conflitto in tempi di crisi*, Roma-Bari, 2013.
- SOMMA Alessandro, *L'economia sociale di mercato*, 1, *Il fascino della terza via: torna di moda un passato mai passato*, in *Biblioteca della libertà*, maggio-ago- sto 2009, p. 1 ss.

- SOMMA Alessandro, *L'economia sociale di mercato*, 3, *L'ordoliberalismo al crollo del fascismo*, in *Biblioteca della libertà*, gennaio-aprile 2011, p. 1 ss.
- SPECKER Gerhard, *Zwischen Sondersteuerrecht und verdeckter Gewinnausschüttung*, Aachen, 2007.
- STIGLITZ Joseph, *Moving beyond market fundamentalism to a more balanced economy*, in *Annals of Public and Cooperative Economics*, 3, 2009, p. 345 ss.
- TANZI Maurizio, *Sulle c.d. fondazioni bancarie: alcune considerazioni critiche*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2013, I, p. 257 ss.
- TEDESCHI Claudia, *Appunti sulla funzione concorrenziale del diritto societario*, Milano, 2012.
- TESAURO Giuseppe, *Diritto dell'Unione europea*⁷, Padova, 2012.
- TOMAT Flavia, *The Preliminary Ruling of the Court of Justice on Preferential Taxation of Cooperatives and State Aid Rules*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2, 2012, p. 462 ss.
- VALCÁRCEL DUEÑAS Mercedes, *Los fondos europeos de emprendimiento social: su aplicación en España*, in *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 75, 2012, p. 105 ss.
- VATIERO Massimiliano, *Ordoliberal Competition*, in *Concorrenza e mercato*, 2010, p. 371 ss.
- VELO Dario, *I modelli economici-sociali europeo e statunitense: dalla diversità alla convergenza*, in L. Bonini, *Economia sociale di mercato*, Bologna, 2012, p. 11 ss.
- VENDITTI Carlo, *Causa e scopo mutualistico delle cooperative sociali*, in *Diritto e Giurisprudenza*, 1994, p. 19 ss.
- VERRUCOLI Piero, *Non-profit organizations (a comparative approach)*, Milano, 1985.
- VEZZOSO Simonetta, *La cooperativa di fronte al diritto antitrust*, in *La cooperativa-s.r.l. tra legge e autonomia statutaria*, a cura di E. Cusa, Padova, 2008, p. 615 ss.
- VIGEVANI Giulio Enea, in *Commentario breve alla Costituzione*², a cura di S. Bartole - R. Bin, Padova, 2008, p. 496 ss.
- VITALE Francesca, *Le prospettive di sviluppo*, in *Aiuti di Stato in materia fiscale*, a cura di L. Salvini, Padova, 2007, p. 506 ss.
- VITALE Marco, *L'economia sociale di mercato e la dottrina sociale della Chiesa cattolica*, in L. Bonini, *Economia sociale di mercato*, Bologna, 2012, p. 247 ss.
- VIOLINI Lorenza - VITTADINI Giorgio, *La sfida del cambiamento. Superare la crisi senza sacrificare nessuno*, Milano, 2012.

- VITELLI Silvia, *L'approccio della dottrina alla sussidiarietà*, in *Il valore aggiunto. Come la sussidiarietà può salvare l'Italia*, a cura di G. Arena - G. Cotturri, Roma, 2010, p. 137 ss.
- WACHTER Martin, *Die Investierende Mitgliedschaft bei der eingetragenen Genossenschaft*, Jena, 2011.
- ZAMAGNI Stefano - ZAMAGNI Vera, *La cooperazione*, Bologna, 2008.
- ZILLER Jacques, *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell'Unione europea*, Bologna, 2013.
- ZOPPINI Andrea, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, in *Rivista di diritto civile*, 2013, I, p. 515 ss.
- ZULEGER Volker, *De Minimis Aid*, in *European State Aid Law*, a cura di M. Heidenhain, München, 2010, p. 61 ss.

Il diritto dei modelli organizzativi delle imprese può concorrere alla realizzazione di «un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale» (art. 3, par. 3, Trattato sull'Unione europea), poiché le caratteristiche di un dato mercato dipendono anche dalla struttura degli operatori che vi concorrono. Sarebbe pertanto auspicabile che gli Stati membri dell'Unione europea promuovano i modelli imprenditoriali più efficaci nel conformare l'economia reale al paradigma legale appena ricordato. Tuttavia, questa promozione trova un limite nella disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato. Oggetto pertanto di questo libro è verificare quale libertà abbia uno Stato dell'Unione europea nell'incentivare i modelli ritenuti migliori nell'inverare i suoi principi costituzionali, certamente sinergici con gli obiettivi fondamentali dell'Unione europea. Tra i modelli d'impresa potenzialmente più virtuosi un posto di rilievo deve essere assegnato dall'Unione europea e dai suoi Stati membri alla vera cooperativa, se non altro perché la Corte di giustizia ha finora ritenuto che solo le vere cooperative non si trovano «in una situazione di fatto e di diritto analoga a quella delle società commerciali» e dunque possono essere trattate meglio di queste ultime, senza che ciò costituisca una violazione della disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato.

Emanuele Cusa insegna Diritto commerciale e Diritto dell'impresa mutualistica e *nonprofit* presso l'Università degli Studi di Milano-Bicocca.

