

Emanuele Cusa

**IL DIRITTO DELLE
ORGANIZZAZIONI
IMPRENDITORIALI
NELL'ACCERTAMENTO DEL
REQUISITO DI SELETTIVITÀ IN
MATERIA DI AIUTI DI STATO**

Estratto



Lefebvre Giuffrè

EMANUELE CUSA *

Il diritto delle organizzazioni imprenditoriali nell'accertamento del requisito di selettività in materia di aiuti di Stato

SOMMARIO: 1. Inquadramento. — 2. Cenni sulla nozione di aiuto di Stato. — 3. Il requisito di selettività e il relativo test per accertarlo. — 4. La centralità del caso Paint Graphos. — 5. Il requisito di comparabilità. — 5.1. Il significato. — 5.2. Il parametro di verifica. — 6. I valori costituzionali. — 7. Il principio di coerenza. — 8. La giustificazione della misura pubblica. — 9. Il principio di proporzionalità.

1.1. Il diritto sugli aiuti di Stato è poco studiato dai giuscommercialisti (almeno italiani ⁽¹⁾), forse in ragione del fatto che questa disciplina si basa solo sul diritto dell'Unione europea e riguarda l'intervento dei poteri pubblici nell'economia, non di rado mediante misure fiscali ⁽²⁾; il che, in Italia, ha attirato l'attenzione soprattutto degli studiosi di diritto unionale ⁽³⁾, amministrativo ⁽⁴⁾ o tributario ⁽⁵⁾.

Tuttavia, gli aiuti di Stato (o le misure supposte tali) possono impattare significativamente sugli assetti degli imprenditori italiani (intesi secondo il diritto dell'Unione europea e non invece secondo il nostro codice civile), di qualsiasi natura o dimensione, fino a poter diventare un fattore decisivo nell'individuazione della forma giuridica degli enti mediante i quali costoro esercitano le loro attività economiche.

La promozione nazionale di determinate forme imprenditoriali si trova in costante tensione con il diritto sugli aiuti di Stato, poiché questa promozione potrebbe essere qualificata come aiuto di Stato incompatibile con il mercato interno e, dunque, inattuabile dai pubblici poteri per contrasto con il diritto unionale.

(*) Professore associato di Diritto commerciale nell'Università degli Studi di Milano-Bicocca.

(1) Tra i pochi svelta M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Milano, 2014, 569 ss.

(2) In EUROPEAN COMMISSION, *State aid Scoreboard 2023, 2024* e *State aid Scoreboard 2024, 2025*, reperibili in www.ec.europa.eu, ho trovato questi interessanti dati statistici: (i) circa la ripartizione, in percentuale e per categorie di spesa, delle risorse pubbliche complessivamente destinate dagli Stati membri per aiuti di Stato, i due relativi strumenti più utilizzati sono stati le erogazioni a fondo perduto (61% nel 2021, 43% nel 2022 e 59% nel 2023) e le agevolazioni fiscali (15% nel 2021, 20% nel 2022 e 22% nel 2023); (ii) circa la stessa ripartizione, ma suddivisa per Stati membri, Danimarca (52% nel 2022 e 58% nel 2023) e Italia (52% nel 2022 e 48% nel 2023) hanno avuto la quota più elevata di aiuti concessi nella forma di agevolazioni fiscali.

(3) Cfr., *ex multis*, *Competition and State Aid. An Analysis of the EU Practice*³, a cura di A. Santa Maria, Alphen aan den Rijn, 2025.

(4) Per gli amministrativisti segnalo G. FONDERICO, *L'amministrazione razionalizzata. Disciplina degli aiuti di Stato e attività amministrativa*, Torino, 2022.

(5) Tra questi v. R. MICELI, *The Role of State Aid in the European Fiscal Integration*, Cham - Torino, 2022.

1.2. Uno dei luoghi più significativi per analizzare la tensione appena descritta è l'economia sociale, stante le seguenti due sinergiche ragioni ⁽⁶⁾.

La prima ragione. Questo settore economico è stato delimitato — prima dagli studiosi delle scienze sociali diversi dai giuristi e successivamente dai legislatori — sulla base delle forme organizzative degli imprenditori che ne fanno parte e non delle loro attività economiche.

La perimetrazione giuridica di questo fenomeno è partita da alcuni Stati membri (*in primis*, dalla Francia ⁽⁷⁾) per poi arrivare all'Unione europea; il Consiglio dell'Unione europea, infatti, mediante la raccomandazione UE/2023/1344 del 27 novembre 2023, così definisce l'economia sociale: « un insieme di soggetti di diritto privato che forniscono beni e servizi ai propri membri o alla società, tra cui rientrano forme organizzative quali cooperative, società mutualistiche, associazioni (anche di beneficenza), fondazioni o imprese sociali e altre forme giuridiche, che operano in conformità dei principi e delle caratteristiche seguenti: *i*) il primato delle persone, nonché del fine sociale o ambientale, rispetto al profitto; *ii*) il reinvestimento della totalità o della maggior parte degli utili e delle eccedenze per perseguire le proprie finalità sociali o ambientali e svolgere attività nell'interesse dei loro membri/utenti ("interesse collettivo") o della società in generale ("interesse generale"); e *iii*) la governance democratica o partecipativa » ⁽⁸⁾.

La seconda ragione. L'economia sociale è stata tradizionalmente beneficiaria di promozione pubblica, essendo il relativo settore economico coerente con i principi e i valori delle nostre società ⁽⁹⁾. Ad esempio, l'Unione europea ha deciso di incrementare l'economia sociale europea, poiché questa, « grazie alle sue modalità di funzionamento, alle sue azioni e agli scopi da essa perseguiti, (...) svolge un ruolo chiave nel miglioramento dell'inclusione sociale e della parità di accesso al mercato del lavoro » (terzo considerando della raccomandazione UE/2023/1344) ⁽¹⁰⁾.

⁽⁶⁾ L'espressione "economia sociale" è sostituita da "economia sociale e solidale" (ESS; *social and solidarity economy*: SSE) in alcuni Stati membri e nel mondo, come attesta, da un lato, la Francia (con la *loi* n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire) e, dall'altro lato, due organizzazioni internazionali cui partecipano tutti gli Stati membri dell'Unione: l'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL o ILO), adottando la sua Conferenza generale, il 10 giugno 2022, la *Risoluzione sul lavoro dignitoso e l'economia sociale e solidale*, 2022 (n. 110); le Nazioni Unite, adottando la sua Assemblea generale, il 18 aprile 2023, la risoluzione *Promoting the Social and Solidarity Economy for Sustainable Development* (A/RES/77/281), mutuando dalla risoluzione ILO 2022, n. 110 la definizione di ESS. In generale, sull'ESS cfr. UNITED NATIONS RESEARCH INSTITUTE FOR SOCIAL DEVELOPMENT, *Encyclopedia of the Social and Solidarity Economy*, Cheltenham - Northampton, 2023, reperibile in www.e-elgar.com, commissionata a una serie di studiosi dalla *United Nations Inter-Agency Task Force on Social Solidarity Economy*.

⁽⁷⁾ Un aggiornato elenco di Stati membri con apposite leggi sull'economia sociale si trova in C. CARINI - G. GALERA - G. TALLARINI - R. CHAVES AVILA - B. SAK, *Benchmarking the socio-economic performance of the EU Social Economy. Improving the socio-economic knowledge of the proximity and social economy ecosystem*, 2024, 39, reperibile in <https://op.europa.eu>.

⁽⁸⁾ Naturalmente, il sintagma "economia sociale", così come definito ancora in modo insoddisfacente dalla raccomandazione UE/2023/1344, ha un significato diverso da quello dello stesso sintagma, contenuto ma non definito nell'art. 3, par. 3, trattato sull'Unione europea (di seguito TUE); in questa disposizione, infatti, si indica come obiettivo dell'Unione che essa si adoperi « per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su (...) un'economia sociale di mercato fortemente competitiva (...) ». In ogni caso, rapportando i due significati appena evocati, il primo perimetra un sottoinsieme del secondo.

⁽⁹⁾ Nella promozione dell'economia sociale lo strumento tributario assume certamente un ruolo centrale, come dimostra il documento della Commissione europea, datato 13 giugno 2023 e denominato *Relevant taxation frameworks for Social Economy Entities* (reperibile in www.ec.europa.eu).

⁽¹⁰⁾ Da ultimo, con la decisione 2024/3134/UE del 2 dicembre 2024, *relativa agli orientamenti per le politiche degli Stati membri a favore dell'occupazione*, il Consiglio dell'Unione propone il seguente orientamento

Per un giurista italiano l'esame del rapporto tra economia sociale e aiuti di Stato è particolarmente rilevante, sia perché l'economia sociale italiana è una delle più importanti in Europa ⁽¹¹⁾, sia perché il diritto italiano che governa i relativi modelli imprenditoriali è tra i più studiati e ammirati, anche fuori dall'Europa ⁽¹²⁾.

1.3. Nel presente saggio approfondisco principalmente la promozione pubblica delle cooperative italiane per le seguenti cinque motivazioni:

(i) questi imprenditori costituiscono la componente di gran lunga prevalente dell'economia sociale italiana ⁽¹³⁾;

(ii) le cooperative italiane beneficiano da più di un secolo di una particolare e multiforme promozione pubblica;

(iii) dal diritto italiano delle cooperative derivano alcune disposizioni importanti sugli enti del Terzo settore (disciplinati principalmente nel d.lgs. 3 luglio 2017, n. 112 e nel d.lgs. 3 luglio 2017 n. 117), la cui componente imprenditoriale (l'unica d'interesse per una trattazione relativa agli aiuti di Stato) rappresenta la parte crescente dell'economia sociale italiana ed è destinataria di un'articolata promozione pubblica, in forme analoghe a quelle rivolte alle cooperative ⁽¹⁴⁾;

(iv) una delle più rilevanti decisioni della Corte di giustizia dell'Unione europea (di seguito, CGUE) in materia di aiuti di Stato riguarda un segmento della disciplina tributaria delle cooperative italiane e corrisponde alla sentenza, 8 settembre 2011, cause riunite C-78/08, C-79/08, C-80/08, *Paint Graphos e a.* (di seguito, Sentenza *Paint Graphos*) ⁽¹⁵⁾;

agli Stati membri: essi « dovrebbero promuovere attivamente lo sviluppo dell'economia sociale, compreso quello delle imprese sociali, e sfruttarne appieno le potenzialità. Dovrebbero elaborare misure e strategie per l'economia sociale, promuovere l'innovazione sociale e incoraggiare modelli imprenditoriali che creino opportunità di lavoro di qualità e generino benessere sociale, in particolare a livello locale, anche nell'economia circolare e nei territori maggiormente colpiti dalla transizione verso un'economia verde, utilizzando tra l'altro un sostegno finanziario e tecnico mirato ».

⁽¹¹⁾ Assieme a quella francese, tedesca e spagnola, come si ricava da C. CARINI - G. GALERA - G. TALLARINI - R. CHAVES ÁVILA - B. SAK (nt. 7), 42 ss.

⁽¹²⁾ Per una prima ricognizione dei modelli organizzativi di diritto italiano che possono essere sussunti nella nozione unionale di economia sociale cfr. A. FICI, *L'evoluzione del Terzo settore tra numeri e norme*, in *A due passi dalla meta. Verso il completamento della riforma. 4° rapporto sullo stato e le prospettive del diritto del Terzo settore in Italia. Terzjus Report 2024*, Napoli, 2025, 68-74, reperibile in www.terzjus.it.

⁽¹³⁾ In termini (certamente) di persone impiegate e (probabilmente) di fatturati e membri dei relativi enti: così C. CARINI - G. GALERA - G. TALLARINI - R. CHAVES ÁVILA - B. SAK (nt. 7), 166.

⁽¹⁴⁾ Come le cooperative sono state promosse sia nel rapporto con la pubblica amministrazione circa l'offerta di beni o servizi (rammento solo, in ordine di tempo, la l. 25 giugno 1909, n. 422, poi attuata con il r.d. 12 febbraio 1911, n. 278, in materia di appalti di lavori pubblici, il cui allegato è tuttora vigente), sia mediante lo strumento tributario (cfr., in particolar modo, gli artt. 10-14 d.P.R. 29 settembre 1973, n. 601, in materia di agevolazioni tributarie, anch'essi ancora in vigore, seppur con alcuni necessari adattamenti), così accade oggi per gli enti del Terzo settore ai sensi degli artt. 55-57 d.lgs. 117/2017 circa il suddetto rapporto con la pubblica amministrazione e ai sensi degli artt. 79-83 d.lgs. 117/2017 e 18 d.lgs. 112/2017 sul piano fiscale. Una situazione simile è presente in ordinamenti diversi dal nostro, come ricordano I. DOUVITSA - C. GIAGNOCAVO - H. HENRY - D. HIEZ - I. SNAITH, *Foreword*, in *International Journal of Cooperative Law*, 2023, 8, reperibile in <https://iuscooperativum.org>, quando affermano che « cooperative law is undoubtedly a major source of inspiration for the elaboration of the definition and principles of the social and solidarity economy ».

⁽¹⁵⁾ EU:C:2011:550. Suggestisco i commenti dei seguenti tre esperti di diritto sugli aiuti di Stato, al fine di comprendere l'importanza della suddetta sentenza: (i) 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*, 2012, 462 ss.;

(v) la cooperativa è l'unica forma privata di imprenditore entificato che la nostra Carta fondamentale indica espressamente come meritevole di doverosa promozione pubblica ⁽¹⁶⁾.

2. La nozione di aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107, par. 1, trattato sul funzionamento dell'Unione europea (di seguito TFUE) è stata precisata nel 2016 dalla Commissione europea ⁽¹⁷⁾, sulla base delle sue decisioni e, soprattutto (in ragione del grado superiore nella gerarchia delle fonti giuridiche), della giurisprudenza della CGUE.

Secondo questa ricostruzione l'aiuto di Stato è integrato dai seguenti sei presupposti: (i) un imprenditore unionalmente inteso (pertanto, anche pubblico o non lucrativo), la cui fattispecie dipende non già dal suo stato giuridico (e, più in generale, dal diritto che governa la sua organizzazione), bensì dalla sola natura (economica) delle sue attività ⁽¹⁸⁾; (ii) una misura pubblica, in vario modo congeniata, mediante la quale il settore pubblico rinuncia a ricevere risorse (come accade in caso di agevolazioni fiscali) o trasferisce risorse di cui ha la disponibilità o il controllo (si immaginino erogazioni di fondi pubblici); (iii) un vantaggio, diretto o indiretto, comunque di natura economica (diverso dalla compensazione dei costi sostenuti per la prestazione di servizi di interesse economico generale di cui all'art. 106, par. 2, TFUE ⁽¹⁹⁾), in favore dei beneficiari della misura pubblica, il quale mancherebbe in assenza di quest'ultima; (iv) la selettività della misura pubblica, « favorendo talune imprese o talune produzioni » (art. 107, par. 1, TFUE); (v) una distorsione della concorrenza, nel senso che la misura pubblica migliora la posizione concorrenziale del beneficiario dell'aiuto nei confronti dei suoi concorrenti; (vi) l'incidenza sugli scambi commerciali tra Stati membri, cioè la misura pubblica è almeno potenzialmente in grado di incidere su detti scambi ⁽²⁰⁾.

3. Tra i sopra elencati sei presupposti della nozione di aiuto di Stato esaminerò

(ii) R. SZUDOCZKY, *Convergence of the Analysis of National Tax Measures under the EU State Aid Rules and the Fundamental Freedoms*, *ivi*, 2016, 357 ss.; (iii) J.L. BUENDIA SIERRA, *Finding Selectivity or the Art of Comparison*, *ivi*, 2018, 85 ss. La Sentenza *Paint Graphos* non ebbe alcun impatto sulle successive tre sentenze della Suprema Corte (Cass., 23 maggio 2012, n. 8109; Cass., 13 luglio 2012, n. 11169; Cass., 13 luglio 2012, n. 11972), con le quali terminarono le relative cause davanti a questa Corte, già sospese per il rinvio alla CGUE.

⁽¹⁶⁾ In quanto membri dell'OIL, in forza del paragrafo 7 (2) della raccomandazione n. 93 dell'OIL (*Raccomandazione sulla promozione delle cooperative*, 2002, approvata a Ginevra, il 20 giugno 2002, dalla Conferenza generale di tale organizzazione internazionale), tutti gli Stati membri dell'Unione europea dovrebbero introdurre appropriate misure promozionali in favore di cooperative che ottengano specifici risultati di politica sociale e pubblica; a favore del carattere vincolante di tale raccomandazione per i membri dell'OIL cfr. E. CUSA, *Energy Cooperatives and Sustainable Development*, in *Perspectives on Cooperative Law. Festschrift In Honour of Professor Hagen Henjř*, a cura di W. Tadjudje - I. Douvitsa, Singapore, 2022, 243 ss., ove ulteriori citazioni.

⁽¹⁷⁾ *Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, in GUUE, 19 luglio 2016, C 262/1 (di seguito la Comunicazione).

⁽¹⁸⁾ La suddetta fattispecie è rilevante in tutti i campi della disciplina unionale della concorrenza, di cui il diritto sugli aiuti di Stato è una parte; sul punto rimando alla Comunicazione, punti 6-16.

⁽¹⁹⁾ Così la Comunicazione, punto 70.

⁽²⁰⁾ Circa il quinto e il sesto presupposto elencati nel testo, nella Comunicazione, punto 186, così è precisato: « si tratta di due elementi distinti e necessari della nozione di aiuto. In pratica, tuttavia, questi criteri sono spesso trattati congiuntamente nella valutazione degli aiuti di Stato, in quanto, di norma, sono considerati indissociabilmente connessi ».

soltanto quello solitamente denominato come requisito di selettività; questo requisito è sì cruciale nella recente giurisprudenza della CGUE, ma è anche il più controverso ⁽²¹⁾.

La misura pubblica da valutare ai sensi dell'art. 107, par. 1, TFUE, se non è generale (cioè applicabile a tutti gli imprenditori), è selettiva e, in tal caso, può riguardare un singolo imprenditore (aiuto individuale) o una categoria di imprenditori (regime di aiuto).

La selettività può essere regionale (se la relativa misura vale solo in una porzione del territorio di uno Stato membro dell'Unione ⁽²²⁾) o materiale; quella materiale è a sua volta bipartita in selettività di diritto (o *de iure*) e in selettività di fatto ⁽²³⁾, a seconda che la misura da scrutinare indichi espressamente i criteri (ad esempio, uno specifico settore produttivo) per determinare i relativi beneficiari (nel primo caso) o non contenga i predetti criteri (nel secondo caso).

In questo saggio concentro la mia attenzione su un sottoinsieme della selettività di diritto (denominabile selettività *ratione personae* ⁽²⁴⁾), il quale si caratterizza per differenziare i beneficiari della misura pubblica in base al diritto delle organizzazioni imprenditoriali ⁽²⁵⁾.

Per diritto delle organizzazioni imprenditoriali intendo la parte del diritto commerciale attinente ai modelli organizzativi degli enti (non solo appartenenti al libro V del codice civile) qualificabili come imprenditori ai sensi del diritto unionale della concorrenza; questa porzione dell'ordinamento giuridico — regolante funzioni e strutture dell'imprenditore e, pertanto, tra l'altro, vuoi i rapporti tra il relativo ente e i corrispondenti membri, vuoi i suoi mezzi di finanziamento (interno o esterno) — può diventare in tutto o in parte il presupposto applicativo di altre discipline, come il diritto tributario o il diritto amministrativo.

Di norma, la Commissione europea accerta la selettività della misura, una volta eseguito, nell'ordine di seguito riportato, un test al massimo trifasico ⁽²⁶⁾: (i) si individua il “sistema di riferimento appropriato” (cioè l'insieme di norme nel quale va collocata la misura per verificarne la selettività) ⁽²⁷⁾, ricostruendolo, normalmente ⁽²⁸⁾, sulla base del

⁽²¹⁾ Di questo avviso è, ad esempio, A. BIONDI, *Per una teoria della selettività in materia di aiuti fiscali*, in Liber Amicorum Antonio Tizzano, Torino, 2018, 126.

⁽²²⁾ In argomento si legga la Comunicazione, punti 142 ss. e il *leading case* deciso in Corte giust., sent. 6 settembre 2006, causa C-88/03, *Repubblica portoghese c. Commissione*, EU:C:2006:511.

⁽²³⁾ Nella selettività di fatto riconduco l'ipotesi in cui il carattere selettivo della misura discenda non dalla formulazione della stessa misura ma dalla discrezionalità della pubblica amministrazione nell'applicarla; sulla selettività derivante da prassi amministrative discrezionali rimando alla Comunicazione, punti 123-125.

⁽²⁴⁾ Mutuando il suddetto termine dall'attuale Presidente della CGUE, K. LENAERTS, *State Aid and Direct Taxation*, in *EU competition law in context. Essays in Honour of Virpi Tiili*, a cura di H. Kanninen - N. Korjus - A. Rosas, Oxford - Portland, 2009, 126.

⁽²⁵⁾ In favore della suddetta particolare selettività si leggano le conclusioni dell'Avvocato Generale N. JÄÄSKINEN nella Sentenza *Paint Graphos*, EU:C:2010:411, punti 83-84 e la Comunicazione, punto 121.

⁽²⁶⁾ Di recente ribadito in Corte giust., sent. 10 settembre 2024, causa C-465/20 P, *Commissione/Irlanda e a.*, EU:C:2024:724, punti 295 ss.

⁽²⁷⁾ Il suddetto sistema « si compone di un insieme coerente di norme che generalmente si applicano, sulla base di criteri oggettivi, a tutte le imprese che rientrano nel campo di applicazione definito dal suo obiettivo. Di solito, queste norme definiscono non solo il campo di applicazione del sistema ma anche le condizioni alle quali viene applicato, i diritti e gli obblighi delle imprese ad esso assoggettate e le modalità tecniche di funzionamento del sistema stesso » (Comunicazione, punto 133).

⁽²⁸⁾ Per i casi eccezionali in cui la Commissione deve agire in modo diverso cfr. Comunicazione, punti 129-131, ove si richiama anche il famoso caso deciso da Corte giust., sent. 15 novembre 2011, cause riunite C-106/09 P e C-107/09 P, *Commissione e Spagna/Government of Gibraltar e Regno Unito*, EU:C:2011:732.

diritto nazionale che prevede la misura ⁽²⁹⁾; (ii) si valuta se la misura sotto scrutinio costituisca una deroga a tale sistema ⁽³⁰⁾, così determinando una disparità di trattamento tra imprese che si trovano in condizioni paragonabili (in fatto e in diritto) ⁽³¹⁾; (iii) se si conclude positivamente la seconda fase, con l'accertamento di una misura selettiva *prima facie*, si verifica nella terza e ultima fase che la relativa deroga non sia giustificata dalla natura e dalla struttura del corrispondente sistema di riferimento; tuttavia, a sostegno della giustificazione in parola, non si possono addurre « obiettivi politici estranei e non inerenti al sistema stesso » ⁽³²⁾, dovendo derivare la predetta deroga, unicamente e direttamente, « dai principi informativi o basilari di tale sistema » ⁽³³⁾.

Nel procedimento disciplinato dal regolamento 2015/1589/UE del Consiglio del 13 luglio 2015 recante *modalità di applicazione dell'articolo 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea* ⁽³⁴⁾ e negli eventuali successivi procedimenti davanti ai giudici unionali (aventi a oggetto l'impugnazione delle relative decisioni prese dalla Commissione sulla base di tale regolamento), l'onere della prova circa il test trifasico è così ripartito: nelle prime due fasi spetta alla Commissione europea ⁽³⁵⁾, mentre nella terza e ultima fase spetta allo Stato membro che ha concepito la misura ⁽³⁶⁾.

Come preciserò ⁽³⁷⁾, una misura pubblica può differenziare i corrispondenti destinatari sulla base del loro peculiare diritto organizzativo senza che tale misura sia qualifi-

⁽²⁹⁾ Se la misura è tributaria, al di fuori dei settori in cui il diritto tributario è stato oggetto di armonizzazione, spetta allo Stato membro interessato disciplinare il sopra indicato sistema di riferimento: così, tra le altre, Corte giust., sent. 5 dicembre 2023, cause riunite C-451/21 P e C-454/21 P, *Lussemburgo e a. c. Commissione*, EU:C:2023:948, punti 112 e 118.

⁽³⁰⁾ Quando la suddetta valutazione sia positiva, si parla solitamente di misura a prima vista selettiva o di misura selettiva *prima facie*.

⁽³¹⁾ Sul punto cfr. Corte giust., sent. 19 dicembre 2018, causa C-374/17, *Finanzamt B c. A-Brauerei*, EU:C:2018:1024, punti 35 ss.

⁽³²⁾ Comunicazione, punto 138.

⁽³³⁾ GCUE, sentenza del 10 settembre 2024 (nt. 26), punto 307.

⁽³⁴⁾ Ma, direi, anche nella possibile fase di pre-notificazione — regolata dalla Commissione nel paragrafo 3 del *Codice delle migliori pratiche applicabili nei procedimenti di controllo degli aiuti di Stato* (2009/C 136/04) — la quale inizia con la cosiddetta pre-notifica dello Stato membro, cui dovrebbe comunque seguire una notifica completa alla Commissione da parte del medesimo Stato, ai sensi del regolamento 2015/1589/UE. Questa fase eventuale è stata prescelta dal Governo italiano per avviare un'interlocuzione con la Commissione circa il particolare trattamento tributario riservato agli enti del Terzo settore e alle imprese sociali (contenuto negli artt. 18, comma 1, d.lgs. 112/2017 e 79, comma 2-bis, 80 e 86 d.lgs. 117/2017); il che si ricava leggendo la comunicazione della Commissione europea del 7 marzo 2025, corrispondente alla *Comfort Letter for the Terzo Settore PN Case* (SA.63927) (di seguito *Comfort Letter* 2025).

⁽³⁵⁾ Così, da ultimo, Corte giust., sent. 19 settembre 2024, cause C-555/22 P, C-556/22 P, C-564/22 P, *Regno Unito c. Commissione e a.*, EU:C:2024:763, punto 93.

⁽³⁶⁾ In questo senso, chiaramente, la Comunicazione, punto 141. Tuttavia, più in generale, va rilevato che la posizione probatoria dello Stato membro è fortemente svantaggiata rispetto a quella della Commissione, almeno fino a quando il primo decida di impugnare la decisione della seconda davanti ai giudici di Lussemburgo. In effetti, la Commissione, fino alla propria decisione conclusiva del procedimento disciplinato dal regolamento 2015/1589/UE, è l'unica a giudicare se e quando sia stato adempiuto l'onere (anche proprio) della prova nella relativa istruttoria circa l'esistenza dell'aiuto di Stato. Non va dimenticato, infine, che, in caso di regime di aiuto, la Commissione adempie il proprio onere probatorio basandosi specialmente su quanto comunicato dallo Stato membro che ha notificato la misura da scrutinare; tale Stato, infatti, ai sensi del regolamento 2015/1589/UE, deve fornire tutte le informazioni atte a consentire alla Commissione di adottare la sua decisione e, conseguentemente, di adempiere anche al proprio onere probatorio.

⁽³⁷⁾ *Funditus*, nel par. 5.1.

cabile come selettiva *prima facie* (cioè senza che la medesima integri il presupposto denominato come selettività *ratione personae*) ⁽³⁸⁾.

4. La Sentenza *Paint Graphos* rappresenta ancora oggi una delle più importanti sentenze della CGUE circa il rapporto tra diritto delle organizzazioni imprenditoriali e test di selettività, tra l'altro introducendo degli elementi relativi alla nozione di aiuto di Stato (la vigilanza sul rispetto delle misure pubbliche promozionali e la proporzionalità delle stesse misure) che non sono stati sufficientemente sviluppati dalla successiva giurisprudenza dei giudici europei.

La Sentenza *Paint Graphos*, diversamente da molti precedenti rilevanti in materia di aiuti di Stato, è stata poi pronunciata non in secondo grado, ai sensi dell'art. 56 dello statuto della CGUE, a seguito di un'impugnazione di una precedente decisione del Tribunale dell'Unione europea su una controversia tra uno Stato membro e la Commissione europea, ma ai sensi dell'art. 267 TFUE, in via pregiudiziale, su richiesta di un giudice di uno Stato membro (nel caso specifico, della nostra Corte di Cassazione).

La Sentenza *Paint Graphos* ha dunque una portata più generale (nel senso di una potenziale maggior ampiezza applicativa come precedente) delle numerose sentenze della CGUE, in materia di aiuti di Stato, pronunciate ai sensi dell'art. 56 dello statuto della CGUE ⁽³⁹⁾ (); tuttavia, la decisione sotto scrutinio non valuta la compatibilità di norme nazionali con l'art. 107 TFUE ⁽⁴⁰⁾, bensì fornisce al potere giudiziario (ma anche a quello esecutivo e legislativo) di qualsiasi Stato membro (e, *in primis*, ai poteri pubblici dello Stato cui appartengono i rimettenti) « gli elementi di interpretazione di diritto dell'Unione che gli consentano di stabilire se una misura nazionale possa essere qualificata come aiuto di Stato » ai sensi dell'art. 107 TFUE (cfr. punti 34 e 35) ⁽⁴¹⁾.

⁽³⁸⁾ Nel presente saggio non esamino come il diritto delle organizzazioni imprenditoriali possa essere determinante nel giudizio di compatibilità dell'aiuto di Stato (ai sensi del combinato disposto degli artt. 107, par. 3 e 108 TFUE), condotto in prima battuta esclusivamente dalla Commissione europea, osservando il regolamento 2015/1589/UE; tuttavia, raramente (sul punto v., *infra*, nt. 48) la Commissione ha ritenuto compatibile un aiuto di Stato (individuale o regime di aiuto) sulla base esclusiva della particolare forma giuridica dei relativi beneficiari. Sul punto è comunque d'interesse leggere il regolamento 651/2014/UE della Commissione del 17 giugno 2014 *che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato* (di seguito GBER, acronimo di *General Block Exemption Regulation*); questo regolamento è stato di recente analizzato, circa la sua capacità di supportare le imprese sociali e quelle che si avvalgono di persone svantaggiate, in EUROPEAN COMMISSION, *Study on State aid for access to finance for social enterprises and for the recruitment of disadvantaged workers in the form of wage subsidies*, marzo 2024 (reperibile in <https://employment-social-affairs.ec.europa.eu>). La Commissione, con la decisione conclusiva del procedimento disciplinato dal regolamento 2015/1589/UE, può anche constatare che la misura notificata non costituisca un aiuto (non integri cioè l'art. 107, par. 1, TFUE); sicché, può accadere che uno Stato membro, dopo aver notificato per sicurezza una misura alla Commissione nel rispetto del regolamento 2015/1589/UE (magari avendo fatto precedere alla notifica completa una pre-notifica), sostenga la non sussumibilità di tale misura nella fattispecie di cui all'art. 107, par. 1 TFUE, in ragione dell'incomparabilità tra i beneficiari di detta misura e gli altri imprenditori, argomentando sulla base del diritto dell'organizzazione imprenditoriale relativo ai predetti beneficiari.

⁽³⁹⁾ Naturalmente, anche le suddette sentenze possono contenere principi interpretativi utilizzabili al di fuori delle relative fattispecie concrete ivi giudicate.

⁽⁴⁰⁾ La suddetta valutazione è preclusa alla Corte, quando sia adita, vuoi *ex art. 267 TFUE*, vuoi *ex art. 56* del suo statuto.

⁽⁴¹⁾ Come chiarisce la comunicazione della Commissione europea *relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali* (2021/C 305/01), punto 4, « i giudici nazionali hanno il potere di interpretare e applicare l'articolo 107, paragrafo 1, e l'articolo 108, paragrafo 3, del TFUE. In particolare, in mancanza di una decisione della Commissione in merito alla stessa misura, i giudici nazionali, nell'esercizio della loro competenza a valutare l'esistenza di un aiuto di Stato, sono vincolati solo dalla nozione

La *quaestio iuris* esaminata dalla CGUE nel caso di specie è la seguente: « se, ed eventualmente in che misura, le agevolazioni fiscali di cui beneficiano le società cooperative di produzione e lavoro del tipo di quelle oggetto delle cause principali, in forza di una normativa come quella contenuta nell'art. 11 del d.P.R. 601/1973, possano essere qualificate come “aiuti di Stato” » ⁽⁴²⁾.

5.1. Nella Sentenza *Paint Graphos* si prende atto (ai punti 51 e 52) che l'art. 11 d.P.R. 601/1973 contempla una misura tributaria che non sarebbe selettiva *prima facie*, qualora le cooperative beneficiarie fossero accertate dai giudici italiani come non comparabili con le società lucrative ⁽⁴³⁾.

Pertanto, se i giudici italiani ritenessero che tali cooperative (il *comparatum*) non si trovasse in una situazione analoga (in fatto e in diritto) a quelle delle società lucrative (il *comparandum*) circa la disciplina italiana sulla tassazione dei redditi delle società (il *tertium comparationis* ⁽⁴⁴⁾), l'art. 11 d.P.R. 601/1973 non integrerebbe l'art. 107, par. 1, TFUE, mancando il citato art. 11 del requisito di selettività.

La posizione della CGUE, come sviluppata nei punti 54, 61 e 63 della Sentenza *Paint Graphos*, contrasta implicitamente con la posizione rigida della Commissione europea ⁽⁴⁵⁾, espressa nella comunicazione, datata 23 febbraio 2004, *sulla promozione delle società cooperative in Europa* [COM(2004) definitivo] ⁽⁴⁶⁾; in quest'ultima, infatti, si afferma che « non vi sono ragioni per un trattamento speciale delle cooperative nel quadro delle norme generali sulla concorrenza »; sicché, la Commissione, in coerenza con quanto espresso nel 2004, fino al 2011 continuò a ritenere determinati trattamenti tributari riservati alle cooperative di alcuni Stati membri come illegittimi aiuti di Stato ⁽⁴⁷⁾; la stessa Commissione si accordò comunque con lo Stato italiano nel 2014, affinché determinate

oggettiva di aiuto di Stato »; in caso di dubbi, inoltre, come ricorda la Commissione nella comunicazione appena citata (punto 5.1.1.2), il giudice nazionale può sempre richiedere un parere alla predetta autorità unionale. In argomento, circa la Sentenza *Paint Graphos*, cfr. G. PIZZONIA, *Agevolazioni fiscali per le cooperative, aiuti di Stato, ruolo dei Giudici nazionali*, in *Riv. dir. fin. scien. fin.*, 2012, II, 77 ss., ove è esaminato anche il ruolo dei giudici nazionali in caso di recupero degli illegali aiuti concessi.

⁽⁴²⁾ Punto 38 della Sentenza *Paint Graphos*.

⁽⁴³⁾ La gran parte degli interpreti (per tutti P. ROSSI-MACCANICO, *Paint Graphos - La Corte precisa la dottrina degli effetti nell'esame degli aiuti fiscali*, in *Dir. prat. trib. internaz.*, 2011, 1228) ritiene che la Sentenza *Paint Graphos* vada letta come un precedente utile per comparare tutte le cooperative (e non solamente quelle di produzione e lavoro, oggetto del quesito posto dalla nostra Corte di Cassazione) con le altre forme imprenditoriali e, in particolare, con le società lucrative.

⁽⁴⁴⁾ In argomento cfr. S. GARROY, *Contribution à l'étude du régime de fiscalité directe des entreprises sociales en Belgique*, Liège, 2023, 599-601.

⁽⁴⁵⁾ Anche G. BONFANTE, *La società cooperativa*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, V, 3, Assago, 2014, 177, segnala la svolta, avvenuta con la Sentenza *Paint Graphos*, rispetto alla precedente posizione della Commissione europea in materia.

⁽⁴⁶⁾ Reperibile in <https://eur-lex.europa.eu/>; la suddetta comunicazione è stata 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.

⁽⁴⁷⁾ Come risulta leggendo E. CUSA, *Le forme di impresa privata diverse dalle società lucrative tra aiuti di Stato e Costituzioni economiche europee*, Torino, 2013, 43-45, reperibile in www.unimib.it/emanuele-cusa.

misure tributarie rivolte alle cooperative italiane diventassero aiuti di Stato compatibili con il mercato interno, ai sensi dell'art. 107, par. 3, lett. c), TFUE ⁽⁴⁸⁾.

Dalla Sentenza *Paint Graphos* può dunque enuclearsi il requisito di comparabilità, da accertarsi in presenza di una selezione *ratione personae*.

Se i beneficiari della misura a loro riservata in ragione del loro particolare diritto organizzativo rimangono comparabili ai destinatari del sistema di riferimento (individuato nella prima fase del test) entro il quale collocare tale misura, questa costituisce una deroga del sistema in parola e dunque è selettiva *prima facie* ⁽⁴⁹⁾.

Se invece i predetti beneficiari sono non comparabili, la misura non è selettiva e il correlato diritto delle organizzazioni imprenditoriali concorre (assieme dell'eventuale disciplina volta a garantire l'osservanza di tale diritto ⁽⁵⁰⁾) a formare un particolare sottosistema del sopra precisato sistema di riferimento, entro il quale valutare la proporzionalità di tale misura ⁽⁵¹⁾.

Il sistema di riferimento individuato nella prima fase del test corrisponde a « un insieme coerente di norme » e, nel caso delle imposte, alla disciplina del tributo stesso, il quale ha propri obiettivi intrinseci ⁽⁵²⁾. In questa prima fase può emergere che tale sistema è scomponibile in più sottosistemi tra loro intrecciati, come accade per la disciplina italiana in materia di imposta sul reddito delle società (di seguito, IRES); in essa, infatti, sono presenti almeno due di tali sottosistemi: uno corrispondente a quello dell'IRES valevole per le cooperative in generale e l'altro corrispondente a quello dell'IRES valevole per le cooperative a mutualità prevalente in particolare.

Anche i sottosistemi appena evidenziati devono costituire un insieme coerente di norme, ciascuno dei quali può caratterizzarsi per uno o più obiettivi intrinseci diversi da quelli dell'insieme cui appartiene. Orbene, anche quando la misura appartenga a un sottosistema di riferimento, si rispetta la regola, ormai consolidata nella giurisprudenza della CGUE ⁽⁵³⁾, secondo la quale si deve valutare la selettività della misura sugli obiettivi (non

⁽⁴⁸⁾ Il punto è illustrato in CAMERA DEI DEPUTATI, *Disposizioni urgenti per il settore agricolo, la tutela ambientale e l'efficientamento energetico dell'edilizia scolastica e universitaria* (D.L. Competitività) D.L. 91/2014 - A.C. 2568. *Schede di lettura*, n. 209, 29 luglio 2014, 254-259, reperibile in www.camera.it; l'accordo indicato nel testo si raggiunge con l'art. 17-bis d.l. 24 giugno 2014, n. 91, conv. con l. 11 agosto 2014, n. 116 (rubricato *Disposizioni in materia di società cooperative di consumo e loro consorzi e di banche di credito cooperativo. Procedura di cooperazione per aiuti esistenti n. E1/2008*) e con il d.m. 18 settembre 2014 (intitolato *Individuazione delle misure volte a rafforzare la governance delle società cooperative di consumo con numero di soci superiore a centomila*).

⁽⁴⁹⁾ Il che è accaduto in Corte giust., sent. 10 gennaio 2006, causa C-222/04, *Ministero dell'economia e delle finanze c. Cassa di Risparmio di Firenze e a.*, EU:C:2006:8; in questo caso i giudici europei ritennero la misura selettiva, essendo stata giustificata nella terza fase del test di selettività in base non alla natura e alla struttura del sistema di riferimento appropriato, ma all'« obiettivo del legislatore nazionale di favorire finanziariamente enti ritenuti socialmente meritevoli » (punto 137). P. ROSSI-MACCANICO, *The Paint Graphos Case: A Comparability Approach to Fiscal Aid*, in *EU Income Tax Law: Issues for the Years Ahead*, a cura di D. Weber - G. Maisto, Amsterdam, 2013, 123-124, evidenzia il sorprendente contrasto tra questa decisione della CGUE e la successiva Sentenza *Paint Graphos*.

⁽⁵⁰⁾ Come si osserverà nel par. 7, il suddetto particolare sistema sarà integrato anche dall'eventuale disciplina volta a vigilare il rispetto dei requisiti organizzativi che rendono incomparabili i beneficiari della corrispondente misura.

⁽⁵¹⁾ Circa il principio di proporzionalità v. *infra*, par. 9.

⁽⁵²⁾ Così Comunicazione, punti 132-134.

⁽⁵³⁾ Cfr., da ultimo, Corte giust., sent. 19 settembre 2024 (nt. 35), punti 93 e 94.

estrinseci ⁽⁵⁴⁾, ma) intrinseci del corrispondente sistema (o sottosistema) di riferimento ⁽⁵⁵⁾.

Tornando allora alla fattispecie vagliata nella Sentenza *Paint Graphos* e inquadrandola nello schema logico-giuridico appena ricostruito, la misura corrispondente all'art. 11 d.P.R. 601/1973 può essere valutata come non selettiva (dunque non integrante l'art. 107, par. 1, TFUE), solo dopo essere stata collocata nel sottosistema di riferimento corrispondente alla disciplina dell'IRES valevole per le cooperative osservanti anche l'art. 14 d.P.R. 601/1973 ⁽⁵⁶⁾, essendo questa disposizione necessariamente collegata con il citato art. 11.

Se si condivide quanto illustrato in questo paragrafo, l'accertamento del requisito della comparabilità va effettuato non prima del test trifasico (poiché altrimenti la misura sarebbe valutata senza collocarla in un sistema di riferimento e dunque senza poterne vagliare la selettività) ⁽⁵⁷⁾, ma nella seconda fase di tale test ⁽⁵⁸⁾; manca infatti una deroga al sistema di riferimento (e dunque non si passa alla terza fase), se i destinatari della misura sono incomparabili con gli altri cui si applica il sistema di riferimento individuato nella prima fase.

Quindi, in presenza di una selezione *ratione personae*, può non aversi o aversi una misura selettiva *prima facie*; si verifica quest'ultima situazione, se il particolare diritto delle organizzazioni imprenditoriali non determina l'incomparabilità dei destinatari della misura rispetto agli altri cui si applica il sistema di riferimento in cui collocare tale misura; il che può accadere, ad esempio, quando il predetto diritto non integra il sistema (o sottosistema) di riferimento entro cui effettuare la comparazione durante la seconda fase del test o è comunque inconferente con l'oggetto e gli obiettivi intrinseci di tale sistema ⁽⁵⁹⁾.

5.2. Nella Sentenza *Paint Graphos* si individuano le caratteristiche che dovrebbero avere le cooperative per differenziarsi dalle società lucrative sulla base non del diritto italiano, bensì del diritto unionale (punti 55-62); più precisamente, la Corte ricava tali caratteristiche dal regolamento 1435/2003/CE del Consiglio del 22 luglio 2003 *relativo*

⁽⁵⁴⁾ Esempi di obiettivi estrinseci al sistema di riferimento si trovano in Corte giust., sent. 18 luglio 2013, *P Oy*, C-6/12, ECLI:EU:C:2013:525, punti 26-32.

⁽⁵⁵⁾ Il punto 54 della Sentenza *Paint Graphos* va dunque inteso nel senso che il giudizio sulla comparabilità debba essere condotto « sotto il profilo dello scopo perseguito dal regime dell'imposta sulle società, ossia l'imposizione dei redditi delle società [cooperative aventi i requisiti che le rendono non comparabili con le società lucrative] ». Sull'individuazione di un sottosistema di riferimento in ambito tributario, ai fini dell'applicazione del requisito di selettività, cfr., da ultimo, Corte giust., sent. 29 aprile 2025, *E.sp.z o.o. c. Prezydent Miasta Mielca*, C-453/23, ECLI:EU:C:2025:285, punto 47, pronunciata ai sensi dell'art. 267 TFUE; in questa sentenza si afferma, in caso di misura fiscale scindibile dal sistema generale di riferimento, che « non si può escludere che l'ambito di riferimento che dev'essere preso in considerazione sia più ristretto del sistema generale di cui trattasi, o addirittura che esso si identifichi con la misura stessa, qualora essa si presenti come una norma dotata di una logica giuridica autonoma e sia impossibile identificare un insieme normativo coerente al di fuori di tale misura ».

⁽⁵⁶⁾ Sull'ambito di operatività del citato art. 14 rimando a F. PEPE, *La fiscalità delle cooperative. Riparto dei carichi pubblici e scopo mutualistico*, Milano, 2009, 203.

⁽⁵⁷⁾ Come invece si sostiene nella Comunicazione, punto 159, basandosi sulla Sentenza *Paint Graphos*.

⁽⁵⁸⁾ Non solo la Sentenza *Paint Graphos* è compatibile con la conclusione indicata nel testo, ma questa è confermata dalla giurisprudenza unionale più recente, qui rappresentata da Corte giust., sent. 10 settembre 2024 (nt. 26), punto 76 e Corte giust., sent. 19 settembre 2024 (nt. 35), punto 93.

⁽⁵⁹⁾ In Corte giust., sent. 21 dicembre 2016, causa C-76/15, *Vervloet e a.*, EU:C:2016:975, è stato qualificato come selettivo un regime di garanzia delle partecipazioni emesse soltanto da determinate cooperative finanziarie, poiché queste « si trovano — rispetto all'obiettivo perseguito dal regime di garanzia dei depositi (...) — in una situazione di fatto e di diritto equiparabile, nonostante talune peculiarità che dipendono dalla forma giuridica di dette società, a quella di altri operatori economici » (punto 100).

allo statuto della Società cooperativa europea e dalla ricordata comunicazione del 2004 *sulla promozione delle società cooperative in Europa* ⁽⁶⁰⁾.

La Corte poi conclude la ricostruzione del requisito di comparabilità, affermando (punto 63) che « spetta al giudice del rinvio verificare, alla luce del complesso delle circostanze che caratterizzano le cause di cui è investito, se, in funzione dei criteri di cui ai punti 55-62 della presente sentenza, le cooperative di produzione e lavoro in discussione nelle cause principali si trovino effettivamente in una situazione analoga a quella delle società a scopo di lucro soggette all'imposta sulle società ».

Questo cruciale passaggio della Sentenza *Paint Graphos* va però correttamente inteso, di modo da non fraintendere il pensiero della CGUE; se è vero infatti che il diritto delle forme imprenditoriali è di competenza nazionale *ex art. 4, par. 1, TUE*, potendo il diritto unionale intervenire in materia nei soli casi contemplati dall'art. 5 TUE ⁽⁶¹⁾, ne consegue che occorre basarsi sui diritti nazionali, sempre più in competizione tra loro ⁽⁶²⁾, per accertare il requisito di comparabilità, qualora questo requisito sia incardinato sul diritto delle organizzazioni imprenditoriali ⁽⁶³⁾.

A mio avviso, il vigente diritto italiano delle cooperative a mutualità prevalente prescrive già il rispetto di tutte le caratteristiche enucleate dalla CGUE ⁽⁶⁴⁾; dunque, questi enti, se ovviamente rispettano la loro stringente disciplina (anche extracodicistica, tra cui il d.lgs. 2 agosto 2002, n. 220), possono essere non comparabili con le società lucrative e pertanto beneficiare di determinate misure di favore (senza dover essere valutate come compatibili dalla Commissione europea ai sensi dell'art. 107, par. 3, TFUE), qualora le medesime misure, collocate nel loro sistema (o sottosistema) di riferimento, risultino non selettive per il diritto unionale in materia di aiuti di Stato ⁽⁶⁵⁾.

⁽⁶⁰⁾ Le suddette caratteristiche sono esaminate da E. CUSA (nt. 47), 52-55, 60 e 61, il quale precisa inoltre, da un lato che alla cooperativa vera si richiede di essere (non a mutualità pura, ma) almeno a mutualità prevalente e, dall'altro lato, che la Sentenza *Paint Graphos* « non consolida, deduce o induce regole giuridiche dall'attuale diritto UE sulle cooperative », ma « crea nuovo diritto UE », concependo la fattispecie di vera cooperativa (cioè quella certamente incomparabile con la società lucrativa).

⁽⁶¹⁾ Sui casi indicati nel testo cfr., tra gli altri, AA.Vv., *Percorsi di diritto societario europeo*⁴, a cura di E. Pederzini, Torino, 2020, 43 ss. e 197 ss. Detti casi possono essere essenzialmente bipartiti in provvedimenti di armonizzazione (come le molte direttive in materia societaria, tra cui spicca la direttiva UE/2017/1132 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 giugno 2017 *relativa ad alcuni aspetti di diritto societario*) e provvedimenti di (almeno parziale) uniformazione, prevedendo modelli organizzativi opzionali, come la società europea, ai sensi del regolamento 2157/2001/CE del Consiglio dell'8 ottobre 2001 *relativo allo statuto della Società europea*.

⁽⁶²⁾ A partire dal famoso precedente rappresentato da Corte giust., sent. 9 marzo 1999, causa C-212/97, *Centros Ltd c. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, EU:C:1999:126; in argomento, da ultimo, L. ENRIQUES, *Concorrenza tra ordinamenti e migrazioni opportunistiche: che fare?*, in questa *Rivista*, 2024, 596 ss.

⁽⁶³⁾ Detto altrimenti, se gli imprenditori destinatari di una misura pubblica si differenziano dagli altri imprenditori sulla base del diritto nazionale (come accade per alcune misure tributarie concepite dal legislatore italiano per certe cooperative e per le imprese del Terzo settore), è sulla base di questo diritto che si deve giudicare la comparabilità tra le corrispondenti classi di imprenditori; tuttavia, in caso di controversia, l'ultima parola spetta alla CGUE, la quale, ai sensi del predetto diritto, accetterà se sia stata raggiunta un'incomparabilità sufficiente da impedire di qualificare la misura contestata come aiuto di Stato.

⁽⁶⁴⁾ Similmente C. RICCI, *Aiuti di Stato e agevolazioni fiscali alle società cooperative secondo la Corte di Giustizia UE*, in *Riv. dir. trib. internaz.*, 2012, 188, 189, 199 e 200. Secondo M. INGROSSO, *La pronuncia pregiudiziale della Corte di Giustizia sulle agevolazioni fiscali alle cooperative italiane*, in *Rass. Trib.*, 2012, 549, il giudice italiano potrebbe comunque ritenere non comparabile la cooperativa italiana con la società lucrativa, quand'anche il diritto italiano non prescrivere tutte le caratteristiche della cooperativa vera elencate nella Sentenza *Paint Graphos*.

⁽⁶⁵⁾ Ma, allora, il modello europeo di vera cooperativa, coniato dalla CGUE, potrebbe indirettamente comportare un'armonizzazione tra gli Stati membri che volessero promuovere le loro cooperative: così S. GIA-

Come esempio di misura non selettiva *prima facie*, rammento l'art. 11 d.P.R. 601/1973, il quale vale oggi solo per le cooperative di lavoro che siano a mutualità prevalente, dovendosi sostituire l'art. 26 d.lgs.C.P.S. 14 dicembre 1947, n. 1577 (richiamato dall'art. 14 d.P.R. 601/1973) con gli artt. 2512-2514 c.c.; in effetti, le cooperative a mutualità prevalente sono incomparabili alle società di capitali circa l'IRES.

Invece, come esempio di misura selettiva *prima facie* prospetto gli artt. 12 l. 16 dicembre 1977, n. 904 e 1, comma 464, l. 30 dicembre 2004, n. 311, i quali valgono per le cooperative a mutualità non prevalente ⁽⁶⁶⁾; questa classe di cooperative, sulla base delle indicazioni contenute nella Sentenza Paint Graphos, si trova in condizioni paragonabili a quelle delle società lucrative nel sistema di riferimento rappresentato dall'IRES; sicché, tale misura fiscale, rappresentando una deroga a questo sistema, costituisce un aiuto di Stato, qualora non si riesca a giustificarla sulla base dei principi informatori del medesimo sistema (o di un suo sottosistema).

Mutatis mutandis, i ragionamenti appena condotti per le cooperative possono applicarsi anche alla disciplina dell'IRES valevole per gli imprenditori che, rispettosi del loro speciale diritto organizzativo, intendano qualificarsi come ente del Terzo settore o come impresa sociale; tale disciplina, infatti, va a comporre almeno un altro sottosistema dell'IRES ⁽⁶⁷⁾.

Purtroppo, è scadente la disciplina dell'IRES relativa sia alle cooperative sia agli enti del Terzo settore; il che non facilita la promozione dei relativi enti e la correlata vigilanza; si spera pertanto in una prossima riforma di questa disciplina.

6. L'allocazione di risorse pubbliche va decisa in conformità con i principi e i valori della nostra Carta fondamentale, dai quali traggono giustificazione eventuali trattamenti di favore; il che è pacifico circa le agevolazioni fiscali, se è vero che queste debbano con-

NONCELLI, *Sulla compatibilità con il divieto di aiuti di Stato del regime fiscale agevolato delle società cooperative di produzione e lavoro*, in *Riv. dir. fin. scien. fin.*, 2011, II, 97-100; A. FIGI, *Società cooperativa europea*, in *Enc. dir., Annali IX*, 2016, 988-989; E. CUSA (nt. 47), 57-58. Attualmente gli Stati dell'Unione sono caratterizzati da diversi diritti societari sulle cooperative, con correlati diversi cataloghi delle loro caratteristiche funzionali e strutturali e diversi trattamenti tributari; per una sintetica panoramica comparatistica in materia, riguardante anche Paesi esterni all'Unione, cfr. H. GROENEVELD, *Doing Co-operative Business Report*, 2016, 59-71 (reperibile in *www.ica.coop*) e l'intero numero di *International Journal of Cooperative Law*, 2022, a cura di P. Alguacil-Marí (reperibile in *www.iuscooperativum.org*); in questo numero (12) i relativi curatori evidenziano, giustamente, due aspetti: (i) la stretta correlazione tra trattamento tributario e identità cooperativa; (ii) quest'ultima deve essere sottolineata, protetta e monitorata, poiché, altrimenti, lo speciale trattamento tributario riservato alle cooperative può diventare un privilegio.

⁽⁶⁶⁾ Circa il succitato art. 12 (disposizione tributaria, ma con significati effetti privatistici) cfr., da ultimo, E. CUSA, *Le riserve indivisibili nelle cooperative*, in *Giur. comm.*, 2023, I, 113 ss.

⁽⁶⁷⁾ Nello stesso senso la Commissione europea, mediante la Comfort Letter 2025, ove si richiama espressamente la Sentenza Paint Graphos; tuttavia, questo pronunciamento, essendo stato espresso nella fase dei contatti pre-notificazione è di natura provvisoria e dunque insufficiente per qualificare definitivamente le relative misure fiscali italiane come non aiuti di Stato o come aiuti di Stato compatibili; di conseguenza, sul punto occorre ancora una decisione della Commissione a seguito di una notifica completa del Governo italiano. In generale, sul rapporto tra normativa fiscale del Terzo settore e il divieto di aiuti di Stato cfr., tra gli altri, S. VALLENTI, *Il regime di tassazione dei redditi degli enti del terzo settore: problematiche e prospettive evolutive alla luce dei principi costituzionali ed europei*, in *Dir. processo trib.*, 2022, 459-474.

siderarsi, normalmente ⁽⁶⁸⁾, deroghe basate su valori giuridici di rilevanza costituzionale ⁽⁶⁹⁾.

Addirittura, di fronte a forme imprenditoriali riconducibili al paradigma costituzionale della « cooperazione a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata » (art. 45, comma 1, primo periodo, Cost.), la nostra Repubblica non tanto può, quanto deve promuoverle e favorirle « con i mezzi più idonei » (art. 45, comma 1, secondo periodo, Cost.), tra i quali è certamente annoverabile lo strumento tributario ⁽⁷⁰⁾.

Tuttavia, l'esposta promozione doverosa può essere realizzata solo se risulti conforme con gli artt. 107-109 TFUE, stante la prevalenza di queste disposizioni sull'art. 45 Cost. ⁽⁷¹⁾; può così accadere che una misura promozionale (statale o regionale), benché attuativa della Costituzione, sia qualificabile come aiuto di Stato; aiuto che però potrebbe essere legittimo, se ritenuto compatibile dalla Commissione ai sensi dell'art. 107, par. 3, TFUE.

Contrariamente all'opinione di alcuni ⁽⁷²⁾, sostengo da tempo che nel predetto paradigma costituzionale sono da includere le cooperative a mutualità prevalente ma non quelle a mutualità non prevalente; queste ultime, infatti, possono essere con « fini di speculazione privata », non dovendo rispettare gli stringenti vincoli dell'art. 2514 c.c.

Quindi, solo le cooperative a mutualità prevalente sono conformi sia al modello costituzionale sia al modello europeo coniato nella Sentenza Paint Graphos ⁽⁷³⁾.

⁽⁶⁸⁾ In effetti, secondo Corte cost., 23 giugno 2020, n. 120, le agevolazioni fiscali possono anche non attuare « principi costituzionali (quali, a titolo esemplificativo, la tutela della famiglia, del diritto alla salute o lo sviluppo della previdenza) », a condizione che attengano almeno « al bene comune ».

⁽⁶⁹⁾ Sul punto v., per tutti, R. ZENNARO - F. MOSCHETTI, *Agevolazioni fiscali*, in *Digesto*, Torino, 1987, 63 ss., ove si analizza il rapporto tra il principio di capacità contributiva ex art. 53, comma 1, Cost., l'eguaglianza sostanziale ex art. 3, comma 2, Cost. e le specifiche norme costituzionali di favore, tra cui l'art. 45, comma 1, Cost.

⁽⁷⁰⁾ Altri Stati membri hanno una disposizione costituzionale analoga a quella indicata nel testo, come riporta E. CUSA (nt. 47), 81 s.; in argomento, per una panoramica mondiale, cfr. I. DOUVITA, *National constitutions and cooperatives: an overview*, in *International Journal of Cooperative Law*, 2018, 128 ss., reperibile in *www.iuscooperativum.org*. Tutto ciò rafforza, di fatto, la posizione dell'Italia nel dialogo con la Commissione europea in materia di (reali o presunti) aiuti di Stato all'economia sociale italiana.

⁽⁷¹⁾ Non è infatti sostenibile che l'art. 45 Cost. appartenga al ristretto catalogo dei principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, i quali non possono essere limitati o compressi neppure dal diritto unionale e dunque anche dagli artt. 107-109 TFUE; sicché, esemplificando, se un'agevolazione fiscale decisa dalla Stato italiano in favore di una classe meritevole di cooperative fosse ritenuta dalla Commissione europea contrastante con il diritto unionale (e ciò fosse confermato in ultima istanza dalla CGUE), la nostra Corte costituzionale non potrebbe difendere tale misura promozionale, avvalendosi della cosiddetta teoria dei controlli-miti. Di contro, circa il diritto tributario degli enti con la qualifica di impresa sociale (oggi, costituiti principalmente in forma di cooperativa), A. GIOVANNINI, da ultimo in *Homo homini lupus: dovere contributivo e solidarietà*, in *Dir. prat. trib.*, 2022, I, 2020-2021, sostiene che tale disciplina risponderebbe ai principi fondamentali del nostro ordinamento (contenuti negli artt. 2 e 3 Cost.) e, pertanto, non sarebbe comprimibile dal diritto dell'Unione europea.

⁽⁷²⁾ Per autorevolezza, rammento soltanto V. BUONOCORE, *La società cooperativa riformata: i profili della mutualità*, in *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, a cura di G. Cian, Padova, 2004, 60 e 64.

⁽⁷³⁾ A maggior ragione, le cooperative a mutualità prevalente sono conformi con la *Dichiarazione di identità cooperativa* approvata dall'Assemblea generale dell'Alleanza Cooperativa Internazionale, a Manchester, il 23 settembre 1995. A questo documento (come interpretato da questa organizzazione non governativa) si deve infatti ispirare il legislatore italiano nel disciplinare le cooperative, ai sensi del paragrafo 10 (1) della già citata raccomandazione n. 93 dell'OIL, in ragione del rinvio ad essa operato dal paragrafo 3 di tale raccomandazione. Anche le Nazioni Unite, di recente con il rapporto del Segretario generale del luglio 2021 (*Cooperatives in social development*, A/76/209) e dalla conseguente risoluzione 76/135 dell'Assemblea generale del 16 dicembre 2021

Secondo me, la condivisibile ragione che ha portato l'Assemblea Costituente, approvando la nostra Carta fondamentale il 22 dicembre 1947, a indicare la sola cooperazione tra le forme di impresa privata meritevoli di una doverosa promozione pubblica è rappresentata dal fatto che queste organizzazioni economiche, se conformi al paradigma costituzionale, si caratterizzano per mettere al centro delle loro attività la persona umana ⁽⁷⁴⁾; in effetti, le vere cooperative rispondono direttamente ai bisogni dei cooperatori mediante imprese mutualistiche esercitate da enti democratici e non speculativi ⁽⁷⁵⁾.

De iure condito, mi chiedo se all'interno dell'art. 45, comma 1, Cost. possano essere incluse forme imprenditoriali diverse dalla cooperativa a mutualità prevalente ⁽⁷⁶⁾, come le comunità di lavoratori o di utenti *ex art.* 43 Cost. (così rispolverando la tripartizione tra imprese che era stata concepita dai nostri costituenti fino al 24 gennaio 1947 ⁽⁷⁷⁾) o gli imprenditori con la qualifica di ente del Terzo settore ⁽⁷⁸⁾.

De iure condendo, se si facesse coincidere l'ambito di applicazione dell'art. 45 Cost. con la nozione unionale di economia sociale, si avrebbe una perfetta sinergia tra l'Italia e l'Unione europea ⁽⁷⁹⁾; quest'ultima, infatti, tramite la Commissione europea, si è impegnata a promuovere l'economia sociale, adottando il 9 dicembre 2021 un piano di azione

(A/res/76/135), hanno ribadito che i loro Stati membri dovrebbero promuovere e trattare diversamente (anche fiscalmente) solo le cooperative che rispettino la *Dichiarazione di identità cooperativa*. Una prova indiretta, presente nel nostro ordinamento, del fatto che non basti essere un ente mutualistico (quand'anche esso svolgesse l'attività mutualistica solo coi soci) per essere incomparabile con le società lucrative è data dalla legittimità delle società lucrative mutualistiche (sostenuta da E. CUSA, *La società consortile*, Torino, 2021, 210-211, ove citazioni di segno opposto); similmente Corte cost. 23 dicembre 1997, n. 431, nel distinguere le compagnie portuali dalle cooperative di lavoro agevolate fiscalmente.

⁽⁷⁴⁾ Analoghi ragionamenti possono condursi circa l'imposizione rivolta al potere legislativo, contenuta nell'art. 45, comma 2, Cost., di tutelare e di sviluppare l'artigianato; questo, infatti, è una forma di produzione imprenditoriale che dovrebbe essere incentrata sul lavoro delle persone umane qualificabili come artigiani; il che non accade sempre sulla base della legislazione vigente in materia, certamente da riformare, nella quale spicca la l. 8 agosto 1985, n. 443. Nella stessa direzione del testo la Sentenza *Paint Graphos*, punto 56, quando statuisce che le vere cooperative sono organizzazioni imprenditoriali imperniate attorno al « principio della preminenza della persona ».

⁽⁷⁵⁾ Il suddetto tema è stato approfondito in E. CUSA (nt. 47), 81-88.

⁽⁷⁶⁾ E. CUSA, *Sanità integrativa, welfare aziendale ed economia sociale*, in *Rivista ODC*, 2021, 911, sostiene che anche le società di mutuo soccorso, regolate dalla l. 15 aprile 1886, n. 3818, rientrino nel perimetro dell'art. 45, comma 1, Cost.

⁽⁷⁷⁾ Il 26 ottobre 1946, la terza Sottocommissione della Commissione per la Costituzione approvò il seguente articolo 11, sostituendo la precedente versione del 1° ottobre 1946: « 1. Le imprese economiche possono essere private, cooperativistiche, collettive. 2. L'iniziativa privata è libera. L'impresa privata non può essere esercitata in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recar danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. 3. L'impresa cooperativa deve rispondere alla funzione della mutualità ed è sottoposta alla vigilanza stabilita per legge. Lo Stato ne favorisce l'incremento con i mezzi più idonei. 4. Allo scopo del bene comune, quando l'impresa per riferirsi a servizi pubblici essenziali, o a situazioni di privilegio o di monopolio, o a fonti di energia, assume carattere di preminente interesse generale, la legge può autorizzare l'espropriazione mediante indennizzo, devolvendone proprietà ed esercizio, diretto o indiretto, allo Stato o ad altri enti pubblici o a comunità di lavoratori e di utenti ».

⁽⁷⁸⁾ Gli imprenditori sopra indicati sono certamente « senza fini di speculazione privata », ma non necessariamente « a carattere di mutualità », a meno che si consideri integrato quest'ultimo carattere esercitando le attività di interesse generale di cui all'art. 118, comma 4, Cost (come declinato, nel caso di specie, dagli artt. 2 d.lgs. 112/2017 e 5 d.lgs. 117/2017).

⁽⁷⁹⁾ Per quanto mi consta, non esiste ancora una Costituzione di uno Stato membro che imponga di promuovere l'economia sociale; ciò non avviene neanche nella Costituzione portoghese, probabilmente in Europa la più favorevole alle cooperative.

per l'economia sociale⁽⁸⁰⁾. Se si avesse tale riformulazione dell'art. 45 Cost., i fondi pubblici (italiani e unionali) potrebbero essere usati, in modo coordinato, al fine di promuovere forme imprenditoriali particolarmente coerenti coi principi delle rispettive costituzioni economiche; principi icasticamente descritti, per l'Italia, nell'art. 3, comma 2, Cost.⁽⁸¹⁾ e, per l'Unione europea, nell'art. 3, par. 3, TUE⁽⁸²⁾.

Quand'anche non si modificasse l'art. 45 Cost., migliorerebbe molto la promozione pubblica degli enti dell'economia sociale, in Italia e nell'intera Unione europea, se la Commissione europea, in favore di tali enti, valorizzasse le deroghe *ex art.* 107, par. 2 e 3, TFUE e introducesse apposite categorie di aiuti *ex art.* 108, par. 4, TFUE (ad esempio integrando il vigente GBER). Tutto ciò incrementerebbe la sostenibilità sociale dell'economia europea, come sta già accadendo per la sua sostenibilità ambientale⁽⁸³⁾.

7. Se per l'oggetto e gli obiettivi del sistema di riferimento (di cui al test di selettività) è rilevante il diritto organizzativo dei destinatari della misura collocabile in tale sistema, quest'ultimo deve includere la correlata porzione vuoi del diritto delle organizzazioni imprenditoriali vuoi dell'eventuale diritto posto a garanzia dell'osservanza delle caratteristiche dei predetti destinatari⁽⁸⁴⁾.

In effetti, in questi casi, lo Stato deve concepire il corrispondente sistema di riferimento, rispettando ciò che la Sentenza *Paint Graphos* denomina come requisito di coerenza (al punto 73) o principio di coerenza (al punto 82 e nelle conclusioni)⁽⁸⁵⁾; agendo diversamente, infatti, si favorirebbero enti irrispettosi dei requisiti giustificanti la loro promozione.

Diversamente da quanto parrebbe ricavarsi dal punto 73 e dalle conclusioni della Sentenza *Paint Graphos*, il principio di coerenza attiene solamente alla disciplina nazionale volta a vigilare il diritto organizzativo fondante la selezione dei beneficiari della misura pubblica e non anche all'applicazione concreta di tale disciplina⁽⁸⁶⁾; in effetti, il sistema (o sottosistema) di riferimento, in base al quale accertare il requisito di comparabilità, è costituito unicamente da disposizioni nazionali e non anche dagli effet-

⁽⁸⁰⁾ Corrispondente alla comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, denominata *Creare un'economia al servizio delle persone: un piano d'azione per l'economia sociale* (COM(2021) 778 final).

⁽⁸¹⁾ « È compito della Repubblica [costituita anche dagli imprenditori entificati] rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese ».

⁽⁸²⁾ Nella disposizione sopra citata si prevede infatti, dal 2007, che l'Unione europea « 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 ».

⁽⁸³⁾ Come evidenziato da R. MICELI, *La funzione degli aiuti di Stato europei nella fiscalità del XXI secolo*, in *Studi Tributari Europei*, 2021, 31 ss., rispetto alle misure fiscali.

⁽⁸⁴⁾ Circa il sistema di riferimento rappresentato dalla fiscalità delle cooperative, è dello stesso avviso 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 *Dir. prat. trib.*, 2012, II, 418-422.

⁽⁸⁵⁾ Il requisito della coerenza impone una vigilanza sul rispetto dei requisiti che rendono la misura pubblica non solo non selettiva (riguardando forme imprenditoriali non comparabili con quelle non agevolate), ma anche giustificata (se la medesima fosse ritenuta selettiva *prima facie*).

⁽⁸⁶⁾ Così già F. PEPE (nt. 84), 417.

tivi comportamenti dei relativi controllori; sicché, qualora la vigilanza in parola si rivelasse inefficace e inefficiente, consentendo a diversi soggetti di beneficiare di una misura pubblica senza osservarne uno o più dei presupposti organizzativi, tale misura potrebbe rimanere comunque non selettiva (cioè non integrante l'art. 107, par. 1, TFUE).

Tuttavia, in caso di sistematica inadeguatezza dei controlli sulle peculiarità organizzative dei beneficiari delle misure promozionali, il relativo Stato potrebbe subire delle conseguenze negative ⁽⁸⁷⁾, avendo il medesimo Stato agito in difformità con il principio di leale collaborazione di cui all'art. 4, par. 3, TUE, poi declinato negli artt. 19, par. 1, comma 2, TUE e 47 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ⁽⁸⁸⁾.

Ebbene, se la disciplina della vigilanza sulle società cooperative e sugli enti imprenditoriali del Terzo settore concorre a formare i relativi sottosistemi di riferimento entro i quali collocare le misure tributarie promozionali rivolte a tali imprenditori, allora il nostro ordinamento deve finalmente migliorare la predetta disciplina, assicurandone poi un'efficace ed efficiente attuazione ⁽⁸⁹⁾.

Anche in ragione della forte crescita dell'economia sociale italiana, specialmente a causa della conclamata crisi dell'offerta di servizi sanitari e sociali da parte di enti pubblici (o di organismi di diritto pubblico), è ormai indifferibile la riforma della vigilanza sugli enti di questo settore economico. Il che dovrebbe iniziare nel 2025, grazie vuoi a un recente disegno di legge di iniziativa governativa riguardante (anche) gli enti cooperativi ⁽⁹⁰⁾, vuoi a un imminente decreto ministeriale in materia di controlli sugli enti del Terzo settore e sulle imprese sociali.

Tuttavia, per una buona vigilanza sugli enti dell'economia sociale non basta ammodernare il relativo apparato, con le sue procedure; in effetti, occorre altresì sgombrare il campo da ricorrenti ambiguità circa i concetti chiave, sui quali si basa la diversità e si giustifica la meritevolezza degli enti in parola; questi concetti, se riferiti alle cooperative, sono oggetto di consulenza e di controllo nella vigilanza cooperativa e corrispondono ai seguenti: (i) democrazia e partecipazione, (ii) scopo mutualistico ⁽⁹¹⁾, (iii) assenza di speculazione privata e utile di esercizio ⁽⁹²⁾.

⁽⁸⁷⁾ Naturalmente, anche le cooperative irrispettose dei loro tratti qualificanti potrebbero subire conseguenze negative, tra cui il loro commissariamento disposto dal Ministero delle imprese e del *made in Italy* e/o l'obbligo di pagare tutte le imposte da loro non assolute, nei limiti temporali previsti per l'esercizio del potere di accertamento, a seguito di appositi atti dell'Agenzia delle entrate.

⁽⁸⁸⁾ Similmente, prima della riforma dei trattati dell'Unione europea, v. F. PEPE (nt. 56), 289-295. Sul suddetto principio, collegato a quello del primato del diritto unionale, i quali devono essere applicati dai giudici italiani anche in materia di aiuto di Stato, cfr., da ultimo, Cass., 11 aprile 2025, n. 9451. In argomento si legga anche C. FAVA, *Aiuti di Stato in materia tributaria ed economia sociale di mercato in Europa*, Milano, 2024, 143-144.

⁽⁸⁹⁾ Tra i due obiettivi sopra indicati il secondo è molto più difficile da raggiungere del primo, stante le note difficoltà della nostra pubblica amministrazione; quanto mai cruciale sarà allora concepire valide forme di sussidiarietà orizzontale ai sensi dell'art. 118, comma 4, Cost., favorendo competenti enti di diritto privato, cui affidare in tutto o in parte la vigilanza indicata nel testo, vista la numerosità dei soggetti da controllare.

⁽⁹⁰⁾ Il suddetto disegno è stato approvato dal Consiglio dei ministri del 28 marzo 2025 con il seguente titolo: *Delega al Governo per la riforma delle amministrazioni straordinarie e per la riforma della vigilanza sugli enti cooperativi e mutualistici; de iure condendo*, sulla vigilanza delle società cooperative cfr., da ultimo, E. CUSA, *Come è e come dovrebbe essere la vigilanza cooperativa*, in corso di pubblicazione in *Giur. comm.*

⁽⁹¹⁾ Da intendersi come gestione di servizio; il che si può ormai pianamente ricostruire dagli artt. 2511 ss. c.c. Il diritto vigente impone anche un limitato scopo solidaristico (inteso come aiuto a chi ha più bisogno) a qualsiasi cooperativa, prescrivendo (in forza dell'art. 2545-*quater*, comma 2, c.c., come attuato dall'art. 11,

Infine, il punto 74 della Sentenza *Paint Graphos* non sarebbe condivisibile, se imponesse al giudice nazionale di ritenere abusivo il comportamento dell'imprenditore che avesse scelto una determinata forma organizzativa agevolata, regolata dal diritto nazionale, al solo scopo di godere del relativo trattamento di favore ⁽⁹³⁾; leggendo però le diverse versioni linguistiche di questo punto, lo si può interpretare nel senso che la CGUE abbia voluto precisare unicamente che un'effettiva ed efficace vigilanza serve a evitare che possano beneficiare di determinate misure pubbliche soggetti irrispettosi dei requisiti per avvalersene.

8. Come già precisato ⁽⁹⁴⁾, una volta che un provvedimento di uno Stato membro sia stato qualificato dalla Commissione europea come misura selettiva *prima facie*, spetta poi a tale Stato provare (per non integrare l'art. 107, par. 1, TUF) che la predetta misura sia giustificata dalla natura e dalla struttura del corrispondente sistema di riferimento (cioè dai soli principi di tale sistema).

Se la relativa misura è di natura tributaria ⁽⁹⁵⁾, non è facile per lo Stato giustificarla sulla base del diritto delle organizzazioni imprenditoriali, dovendo provare che la misura sotto scrutinio discenda direttamente dai principi informatori o basilari del suo sistema tributario (cioè dai meccanismi inerenti al sistema tributario, come precisato nei punti 64-70 della Sentenza *Paint Graphos*).

Al fine di esemplificare come possa ragionare lo Stato italiano nella terza fase del test di selettività, se intende dimostrare che una misura pensata per le cooperative non sia qualificabile come selettiva e pertanto fuoriesca dalla fattispecie di cui all'art. 107, par. 1, TUF, immagino due gruppi di misure tributarie rientranti nel sistema di riferimento rappresentato dal diritto dell'IRES: (i) uno esemplificativo di misure ingiustificabili sulla base del precisato sistema, anche se potrebbero essere spiegate (ma ciò sarebbe irrilevante per superare la terza fase del test di selettività) sulla base del diritto costituzionale o del

commi 4, 6, e 7 e dall'art. 20 l. 31 gennaio 1992, n. 59) la destinazione altruistica di almeno il 3% dei suoi utili netti di esercizio.

⁽⁹²⁾ Esemplificando, ricordo l'opaca ricostruzione, da una parte degli operatori e dei loro consulenti (specialmente contabili), delle fattispecie di utile di esercizio (sulla quale si basa il particolare trattamento delle cooperative in materia di IRES, tenuto conto di come si calcola la base imponibile di questa imposta) e di avanzo di gestione, a volte in palese contrasto con il diritto vigente, pur volendo beneficiare di correlate promozioni pubbliche; sul punto rimando a E. CUSA, *Il diritto contabile delle cooperative*, in *Riv. dir. comm.*, 2022, I, 662-667.

⁽⁹³⁾ In ogni modo, in presenza di agevolazioni tributarie nazionali basate sull'adozione di specifiche forme imprenditoriali, difficilmente la sola scelta di dette forme potrà qualificarsi di per sé abusiva, ai sensi dell'art. 10-bis l. 27 luglio 2000, n. 212 (sul quale, ad esempio, G.M. COMMITTERI - A. DODERO, *Abuso del diritto, c'è ancora molta strada da fare*, in *Corr. Trib.*, 2024, 704 ss.); non si dimentichi, infatti, che il contribuente (cioè l'ente imprenditoriale nel caso di specie) è libero di scegliere « tra regimi opzionali diversi offerti dalla legge e tra operazioni comportanti un diverso carico fiscale » (art. 10-bis, comma 4, l. 212/2000).

⁽⁹⁴⁾ Nel par. 2.

⁽⁹⁵⁾ Un discorso diverso può condursi, quando la deroga al sistema di riferimento attenga a misure relative a fondi pubblici destinati a imprenditori sovvenzionati, se è vero che la struttura finanziaria delle forme imprenditoriali dipende anche dal loro specifico diritto organizzativo. Il che è evidente per le cooperative a mutualità prevalente, stante la necessaria variabilità del loro capitale sociale, l'indivisibilità di una consistente parte del loro patrimonio netto, le forti limitazioni degli intenti lucrativi dei soci cooperatori e il regime circolatorio delle partecipazioni di cooperazione; tutti elementi che incidono in modo più o meno significativo sull'accesso di questi imprenditori ai mercati dei capitali. Il che è ben chiaro perfino alla CGUE, come provato dal punto 59 della Sentenza *Paint Graphos*.

diritto commerciale; (ii) l'altro esemplificativo di misure invece giustificabili sulla base del medesimo sistema, senza doversi rifare a motivazioni esterne a tale sistema.

Circa il primo gruppo, non si può giustificare sulla base dei principi che governano il diritto dell'IRES un abbattimento della relativa aliquota, se tale imposta fosse dovuta da una cooperativa a mutualità prevalente o da un'impresa sociale, essendo costretti a trovare fuori dal relativo sistema le ragioni dell'ipotizzata agevolazione ⁽⁹⁶⁾. Parimenti, non si riuscirebbe a trovare una giustificazione dal medesimo sistema di riferimento, se si volesse dedurre dalla relativa base imponibile l'utile (da ripartire a titolo di dividendo o di ristorno) proveniente dall'attività mutualistica (cioè dall'attività economica funzionalmente collegata allo scopo mutualistico) svolta con soggetti diversi dai cooperatori, come si rammenta nel punto 72 della Sentenza *Paint Graphos*.

Circa il secondo gruppo, ricordo che le società cooperative non pagano l'IRES ⁽⁹⁷⁾, vuoi sugli utili allocati nelle riserve indivisibili di cui all'art. 2545-ter c.c. ⁽⁹⁸⁾, in forza dell'art. 12 l. 904/1977, vuoi sugli utili distribuiti tra i cooperatori di una società di consumo (in senso lato) a titolo di ristorno, in forza dell'art. 12 d.P.R. 601/1973. Queste due misure si possono spiegare ricorrendo ai principi che governano il sottosistema di riferimento rappresentato dall'IRES delle cooperative ⁽⁹⁹⁾ e, conseguentemente, non integrano la fattispecie di cui all'art. 107, par. 1, TFUE. In effetti, da un lato, gli utili imputati a riserva indivisibile non sono computati nella base imponibile dell'IRES di qualsiasi cooperativa — nel rispetto di soglie diverse, a seconda dello scopo mutualistico perseguito (ad esempio, da una cooperativa sociale o da una cooperativa agricola) o del sottotipo di cooperativa prescelto (corrispondente o alla cooperativa a mutualità prevalente o alla cooperativa non a mutualità prevalente) — non già in ragione della mancata disponibilità del relativo reddito ⁽¹⁰⁰⁾ (potendo, anzi dovendo gli utili così allocati servire per coprire le

⁽⁹⁶⁾ La misura sopra indicata potrebbe però essere comunque lecita, se la Commissione la ritenesse compatibile con il diritto unionale, ad esempio ai sensi dell'art. 107, par. 3, lett. c), TUE. In argomento, circa un'esenzione generale relativa a un'imposta diretta, la quale potrebbe essere basata sulle caratteristiche richieste agli imprenditori beneficiari, cfr., da ultimo, Corte giust., sent. 29 aprile 2025 (nt. 55), punti 55 ss.

⁽⁹⁷⁾ Nel rispetto della quota minima degli utili netti annuali che concorrono alla formazione del reddito imponibile; sull'evoluzione diacronica di questa quota, con particolare riferimento alle banche di credito cooperativo, cfr. E. CUSA, *L'intricato rapporto tra utili, perdite, riserve e imposte nelle banche di credito cooperativo*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2017, 437-440 e 443-445.

⁽⁹⁸⁾ Circa le suddette riserve v., da ultimo, E. CUSA (nt. 66), 85-117.

⁽⁹⁹⁾ Così condivido il pensiero di F. PEPE (nt. 56), 216, il quale sostiene che il suddetto sottosistema è composto non solo dalla disciplina dell'IRES contenuta nel d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (di solito citato come TUIR), ma anche dalle esclusioni fiscali (sparse nell'ordinamento cooperativo) e dai relativi presupposti applicativi (di natura giuscommerciale) valevoli per le cooperative; a questi segmenti dell'ordinamento — come già sostenuto nel par. 7 — deve aggiungersi la disciplina amministrativa volta a verificare l'osservanza di questi ultimi presupposti.

⁽¹⁰⁰⁾ Come sostenevano nel secolo scorso, sulla base dell'art. 53 Cost., 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, 319 e 321 e F. GALLO, *L'accumulazione indivisibile e l'art. 12 della legge n. 904 del 1977*, *ivi*, 287. Sul rapporto tra aiuti di Stato e art. 12 l. 904/1977 cfr., tra gli altri, A. QUATTROCCHI, *Gli aiuti di Stato nel diritto tributario*, Milano, 2020, 199 ss., ove ulteriori citazioni. In direzione analoga, partendo dal concetto di « possesso di redditi » di cui all'art. 72 TUIR, la Comfort Letter 2025; in essa, infatti, si afferma provvisoriamente (essendosi nella fase dei contatti pre-notificazione) l'assenza di un aiuto di Stato (non essendo selettiva la relativa misura), quando gli enti beneficiari di questa misura non posseggano effettivamente il reddito astrattamente tassabile (corrispondente al loro utile o avanzo di gestione); il che si verificherebbe, secondo la Commissione, ogniqualvolta sia vietato distribuire l'utile o l'avanzo tra i membri dei predetti enti, o per essere in presenza di soggetti assolutamente non lucrativi (come sono gli enti del Terzo settore), o per aver allocato il

perdite sociali, ai sensi dell'art. 2543-ter, comma 2, c.c.), bensì in ragione del sottosistema di riferimento dell'IRES delle cooperative (caratterizzato da un generale regime di sostanziale trasparenza fiscale, cioè da una tassazione soprattutto a livello dei soci⁽¹⁰¹⁾), secondo il quale sono deducibili dalla base imponibile ciò che non è appropriabile dai soci della cooperativa⁽¹⁰²⁾. Dall'altro lato, gli utili ristornati (a condizione che siano ristornabili) ai soci sono deducibili dalla cooperativa, al fine di evitare la doppia tassazione su uno stesso reddito; sicché tali utili devono essere tassati in capo ai relativi soci beneficiari⁽¹⁰³⁾. Quindi, gli artt. 12 l. 904/1977 e 12 d.P.R. 601/1973 rappresentano non tanto agevolazioni fiscali (derogando le logiche fondanti il prelievo), quanto esclusioni fiscali (applicando specificatamente tali logiche)⁽¹⁰⁴⁾.

Se colleghiamo la bipartizione tra agevolazioni ed esclusioni fiscali con il diritto unionale sugli aiuti di Stato⁽¹⁰⁵⁾, si può affermare, più in generale, che le seconde non sono mai qualificabili come misure selettive, mentre le prime possono esserlo, sempreché distorcano la concorrenza e siano in grado di incidere sugli scambi commerciali tra Stati membri; le agevolazioni fiscali, tuttavia, possono essere legittimi aiuti di Stato, se, ad esempio, siano ritenute compatibili dalla Commissione europea *ex art.* 107, par. 3, TUE.

9. Lo Stato membro dell'Unione europea, se concepisce misure promozionali che siano state qualificate dalla Commissione europea come selettive *prima facie*, deve garantire che tali misure « siano conformi al principio di proporzionalità » (punto 75 della Sentenza *Paint Graphos*).

presupposto dell'imposta a riserva indivisibile (come accade per le società con la qualifica di impresa sociale). Si muove in una direzione diversa G. BOLETTO, da ultimo in *La fiscalità degli ETS: possibili riforme e compatibilità con il diritto comunitario*, in *Manuale del terzo settore*, a cura di V. Ficari - N. Ricciardelli, Milano, 2024, 584 ss., circa la seguente disposizione, di contenuto analogo all'art. 12 l. 904/1977: l'art. 18, comma 1, d.lgs. 112/2017, nella parte in cui detassa gli utili destinati alle riserve indivisibili delle imprese sociali e dunque investiti per esercitare almeno prevalentemente attività di interesse generale; ebbene, per tale autrice, quest'ultima disposizione non integrerebbe l'art. 107, par. 1, TUE, poiché le imprese sociali sarebbe imparagonabili con gli enti lucrativi e poiché il citato art. 18 sarebbe qualificabile come una misura di esclusione e non di agevolazione e dunque sì selettiva, ma giustificabile sulla base della struttura del sistema fiscale.

⁽¹⁰¹⁾ Seguo pertanto la seguente ricostruzione, relativa al sottosistema dell'IRES delle cooperative, prospettata da F. PEPE (nt. 56), 260, 267 e 268: « sia dalla parte della società che dei soci, l'ordinamento tributario sembra indirizzarsi verso un *tendenziale superamento dello schermo societario*, una (ovviamente non formale, ma) *sostanziale "trasparenza fiscale"*, suscettibile, dunque, di imprimere alla fiscalità cooperativa una connotazione di base di stampo *personalistico* »; dunque, v'è una coerenza tra « l'impostazione tendenzialmente personalistica della speciale fiscalità cooperativa » e un tendenziale « superamento dello schermo societario (...) a livello di normativa *civilistica* »; « superamento da intendersi nel senso di dare centralità, nella configurazione e disciplina dell'istituto, alle caratteristiche ed all'azione organizzativa e produttiva delle *persone dei soci* ».

⁽¹⁰²⁾ Sul punto v. ancora F. PEPE (nt. 56), 275-277.

⁽¹⁰³⁾ Quanto sostenuto nel testo trova una più articolata argomentazione in E. CUSA, *I ristorni nelle società cooperative*, Milano, 2000, 108-114; nella stessa direzione vanno Corte cost. 23 dicembre 1997, n. 431 e il seguente punto 71 della Sentenza *Paint Graphos*: « come emerge dal punto 25 della comunicazione sulla tassazione diretta delle imprese [in GUCE del 10 dicembre 1998, C 384/3, sostituita dalla già ricordata Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato del 2016], la Commissione ritiene che la natura o la struttura generale del sistema tributario nazionale possa essere legittimamente addotta per giustificare la circostanza che le cooperative che distribuiscono tutti gli utili ai propri soci non siano tassate a livello della cooperativa, purché l'imposta venga riscossa in capo ai soci ».

⁽¹⁰⁴⁾ Rimando a F. PEPE (nt. 56), 9 ss., circa la suddetta bipartizione.

⁽¹⁰⁵⁾ Il collegamento prospettato nel testo è assai utile per il diritto tributario delle cooperative, se è vero che le agevolazioni fiscali possono essere riconosciute solo alle cooperative a mutualità prevalente, ai sensi dell'art. 223-duodecies, comma 6, disp. trans., c.c.

Il contenuto di questo principio, allorché è applicato nel test di selettività ⁽¹⁰⁶⁾, è assai controverso tra gli interpreti ⁽¹⁰⁷⁾, benché la necessità di osservarlo sia stata ribadita dalla Commissione europea, richiamando proprio la Sentenza *Paint Graphos* ⁽¹⁰⁸⁾.

Da questo precedente giurisprudenziale è ricavabile che l'onere di provare la proporzionalità della misura selettiva *prima facie* spetti sì unicamente allo Stato membro che l'abbia concepita ⁽¹⁰⁹⁾, ma solo dopo che sia dimostrato dalla Commissione europea la comparabilità dei destinatari di tale misura con quelli cui si applica il corrispondente sistema di riferimento ⁽¹¹⁰⁾.

Lo Stato in parola adempie tale onere probatorio, se dimostra che la misura sotto scrutinio non ecceda « i limiti di ciò che è necessario »; ciò significa che il legittimo obiettivo perseguito con tale misura non sarebbe raggiungibile attraverso una misura « di portata minore » ⁽¹¹¹⁾.

Il principio di proporzionalità discende — come il già esaminato requisito di selettività ⁽¹¹²⁾ e come il principio con la stessa denominazione valevole in presenza delle quattro libertà fondamentali di circolazione garantite dal TFUE ⁽¹¹³⁾ — dal principio generale di eguaglianza (non solo formale, ma anche sostanziale), da cui si ricava ulteriormente quello di non discriminazione ⁽¹¹⁴⁾ o, simmetricamente, quello di parità di trattamento ⁽¹¹⁵⁾.

⁽¹⁰⁶⁾ L'inciso sopra riportato è quanto mai opportuno, tenuto conto della polisemia del suddetto principio nel diritto unionale, come sottolinea, tra gli altri, L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*⁶, Milano, 2018, 181 ss. e 446 ss.

⁽¹⁰⁷⁾ A. BIONDI (nt. 21), 138, ritiene che lo Stato membro non debba provare che la propria misura sia proporzionale per giustificarla, una volta che sia stata valutata dalla Commissione come selettiva *prima facie*. Sul punto v. anche R. SZUDOCZKY (nt. 15), 377 s. e J.L. BUENDIA SIERRA (nt. 15), 91.

⁽¹⁰⁸⁾ Comunicazione, punto 160.

⁽¹⁰⁹⁾ Similmente accade quando la Commissione richieda allo Stato membro di provare la proporzionalità della misura nei casi in cui vada accertata la compatibilità dell'aiuto di Stato con il mercato interno, ai sensi dell'art. 107, par. 2 e 3, TFUE; per un esempio di detta prova, fornita dallo Stato italiano nel caso delle misure a favore delle comunità energetiche italiane, si legga la decisione della Commissione europea del 22 novembre 2023 così contrassegnata: C(2023) 8086 final - State Aid SA.106777 (2023/N); questa decisione è reperibile in <https://competition-cases.ec.europa.eu>.

⁽¹¹⁰⁾ Conseguentemente, lo Stato membro non deve provare la proporzionalità della misura, quando questa riguardi imprenditori che non si trovino « in una situazione di fatto e di diritto analoga a quella » (usando le parole della Sentenza *Paint Graphos*, ai punti 54 e 61) degli imprenditori cui sia inapplicabile tale misura promozionale con certezza. In effetti, l'incomparabilità tra i beneficiari della misura e gli altri imprenditori fa venir meno il carattere selettivo della stessa misura.

⁽¹¹¹⁾ Così Sentenza *Paint Graphos*, punto 75. Alcuni esempi di applicazione del principio di proporzionalità nel valutare la selettività di misure fiscali sono offerti da F. TOMAT (nt. 15), 475 e da P. ROSSI-MACCANICO (nt. 43), 1236.

⁽¹¹²⁾ Della stessa opinione è, tra gli altri, K. LENAERTS (nt. 24), 299.

⁽¹¹³⁾ Rimando a R. SZUDOCZKY (nt. 15), 357 ss., per un'analitica comparazione tra il concetto di selettività nel diritto degli aiuti di Stato e il concetto di non discriminazione nelle quattro libertà fondamentali del TFUE.

⁽¹¹⁴⁾ Nella direzione del testo, si legga, da ultimo, I. DONATI, *La gestione delle crisi bancarie: verso una maggiore (e desiderabile) proporzionalità?*, in *BIS*, 2023, 315, 316 e 323, il quale precisa che la proporzionalità « richiede l'eguaglianza degli effetti, non delle norme, e ciò può essere conseguito solo attraverso norme proporzionate che tengano adeguatamente conto delle diverse premesse applicative ».

⁽¹¹⁵⁾ Secondo la giurisprudenza della CGUE [qui rappresentata da Corte giust., sent. 21 dicembre 2016 (nt. 59), punto 74], « il principio della parità di trattamento costituisce un principio generale del diritto dell'Unione, sancito dagli articoli 20 e 21 della Carta [dei diritti fondamentali dell'Unione europea], il quale richiede che situazioni paragonabili non siano trattate in maniera diversa e che situazioni diverse non siano trattate in maniera uguale, salvo che siffatto trattamento non sia obiettivamente giustificato ».