

LA NUOVA MUTUALITÀ NELLE SOCIETÀ COOPERATIVE (*)

Riv. notariato 2004, 3, 633

Ernesto Capobianco

Sommario: 1. La nuova disciplina tra disgregazione e unitarietà del fenomeno cooperativo. - 2. La riscoperta della mutualità e la riaffermazione della sua rilevanza quale connotato funzionale della società cooperativa. - 3. Mutualità e rapporti di scambio. - 4. Le regole dello scambio e il principio della parità di trattamento. - 5. La disciplina dei ristorni. - 6. Le cooperative a mutualità prevalente.

1. La nuova disciplina tra disgregazione e unitarietà del fenomeno cooperativo.

La L. delega 3 ottobre 2001, n. 366, contenente i principi ed i criteri direttivi della riforma delle società di capitali e società cooperative, attuata con il D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, si è posta, con specifico riguardo alla disciplina relativa alle società cooperative, l'obiettivo fondamentale di distinguere una cooperazione protetta da una cooperazione non protetta.

Tale distinzione ha suscitato, da subito, perplessità e critiche da parte di chi ha obiettato che la nuova disciplina avrebbe determinato il tramonto della cooperazione, avendo richiesto, per le società cooperative, il rispetto di requisiti mutualistici eccessivamente rigorosi per la fruizione del trattamento di favore che la legge notoriamente prevede per le cooperative, così svuotando la funzione sociale che il sistema cooperativo, nella sua unitarietà, è in grado di realizzare (1).

Peraltro, sotto il profilo più strettamente tecnico, la legge delega contiene un chiaro errore concettuale, essendosi arrogata la pretesa di riconoscere al legislatore (e, nella sostanza, al Governo delegato) il potere di definire la «cooperazione costituzionalmente riconosciuta» (art. 5, comma 1, lett. b), L. n. 366 del 2001), laddove solo la Costituzione o una legge costituzionale avrebbero potuto effettuare siffatto riconoscimento.

L'incongruenza terminologica e concettuale non è stata, tuttavia, mantenuta nel decreto legislativo di riforma. Il legislatore delegato ha, infatti, modificato l'originaria dicotomia fra cooperative «costituzionalmente riconosciute» e cooperative «diverse», distinguendo le c.d. cooperative a «mutualità prevalente» (che nell'ottica della legge delega corrispondono alle cooperative costituzionalmente riconosciute) dalle cooperative «diverse» (2).

Va tuttavia rilevato che, a ben vedere, la stessa distinzione tra cooperative costituzionalmente riconosciute e cooperative «diverse» risulta attenuata dalla circostanza - attestata dalla stessa legge delega (art. 5, comma 1, lett.a), D.Lgs. cit.) - che con le nuove disposizioni in tema di cooperazione, si sarebbe dovuto «assicurare il perseguimento della funzione sociale delle cooperative, nonché dello scopo mutualistico da parte dei soci operatori»; dal che è dato desumere come lo stesso legislatore della riforma abbia inteso confermare la sostanziale unitarietà del fenomeno cooperativo, richiedendo il perseguimento della funzione sociale e dello stesso scopo mutualistico, non solo alle cooperative costituzionalmente riconosciute, ma a tutte le tipologie di cooperative, facendo delle cooperative a mutualità prevalente e delle cooperative «diverse» due sottotipi appartenenti allo stesso genus, caratterizzato dal requisito della funzione sociale (3).

La distinzione tra cooperative costituzionalmente riconosciute e cooperative diverse e, a seguito dell'emanazione del decreto delegato, fra cooperative a mutualità prevalente e cooperative diverse, mira, come stabilisce l'art. 5, lett.e), della legge delega, a riservare soltanto alle prime l'applicazione delle disposizioni fiscali di carattere agevolativo. Sicché, quando, ai sensi del riformato art. 2512 c.c., l'attività di tali società si connota per realizzare una mutualità prevalente, ad essa sono riconosciuti benefici anche di natura fiscale. Sotto questo profilo non dovrebbe accentuarsi la portata innovativa della riforma giacché anche nel regime previgente vi era una cooperazione che

si ispirava ai requisiti mutualistici di cui all'art. 26 D.Lgs. C.P.S. 14 dicembre 1947, n. 1577 (c.d. legge Basevi) e una cooperazione non agevolata che a tali requisiti non si ispirava. E del resto, come risulta evidenziato nella Relazione ministeriale alla riforma, le agevolazioni di carattere tributario, previste per le sole cooperative riconosciute, non esauriscono tutto il sistema di privilegi, spettante comunque anche alle altre tipologie di cooperative, destinatarie di tutta una serie di incentivi ed esenzioni riferibili «ad uno statuto complessivamente privilegiato ma non costituzionalmente disparitario, in quanto riconducibile ad un sistema di imprese caratterizzato da funzione sociale» (4). Posto quindi che all'intero fenomeno si riconosce una funzione sociale e, quindi, un'attitudine a realizzare il precetto costituzionale di cui all'art. 45, si può ritenere che la riforma si sia mossa complessivamente in un'ottica conforme alla legalità costituzionale (5) e alla legalità comunitaria; sotto quest'ultimo profilo va infatti ricordato che, di recente, è stato emanato dalla Comunità europea il regolamento 12 luglio 2002 sulla società cooperativa europea, di vocazione transnazionale, la cui disciplina risulta fortemente ispirata ai principi mutualistici (6).

2. La riscoperta della mutualità e la riaffermazione della sua rilevanza quale connotato funzionale della società cooperativa.

La nuova normativa ha portato alla riscoperta della mutualità, una riscoperta che sembra contraddire quel progressivo aumento del carattere di lucratività delle cooperative registrato a seguito delle più recenti leggi di riforma della cooperazione (7): è noto, infatti, come, in un trend che temporalmente può dirsi sia iniziato a partire dalla c.d. miniriforma del '71 (L. 17 febbraio 1971, n. 127), la legislazione cooperativa degli ultimi decenni si sia mossa nel senso di una accentuazione del profilo lucrativo della disciplina delle cooperative, giustificato dalla necessità per le stesse di doversi confrontare sul mercato con altre imprese e di dover operare, al pari di queste, con modelli organizzativi e con strumenti giuridici e finanziari propri delle società capitalistiche. Tuttavia il legislatore italiano, senza prendere atto dei reali livelli di meritevolezza che il sistema cooperativo esprimeva (8), aveva riconosciuto a tutte le tipologie di imprese cooperative i trattamenti di favore riconducibili all'art. 45 Cost., determinando così una disparità sotto il profilo concorrenziale fra cooperative che - tali nella forma, ma non sempre nella sostanza - risultavano destinatarie di un trattamento di favore, e imprese lucrative non destinatarie di agevolazioni e incentivi. Di qui la necessità, evidenziata nella attuale riforma, di rimediare a talune storture che la legislazione preesistente di fatto consentiva, rivalutando il ruolo svolto dallo scopo mutualistico nelle cooperative, in un disegno più coerente con lo spirito del dettato costituzionale. La rilevanza attribuita allo «scopo mutualistico» si evince da un'analisi dettagliata dei nuovi articoli del codice civile dedicati alla cooperazione, così come riformati dal decreto delegato.

Il nuovo art. 2511 c.c. recita: «le cooperative sono società a capitale variabile con scopo mutualistico» appunto sottolineando la rilevanza di detto scopo quale connotato funzionale di dette società. Si riafferma, così, come nella precedente versione dello stesso articolo del codice, che la mutualità connota causalmente il contratto di cooperativa e lo diversifica, nei caratteri fondamentali, dai contratti relativi alle altre tipologie societarie (9); in tal senso è ora esplicitamente la Relazione Ministeriale di accompagnamento al D.Lgs. n. 6 del 2003. A rafforzare, con caratteri di maggiore concretezza, tale previsione sta ora - e questa appare una novità di rilievo come oltre si avrà occasione di evidenziare - l'ormai chiara rappresentazione da parte del legislatore che tale scopo si concretizza nella sussistenza di rapporti «di scambio» tra società e soci (10).

Ulteriore riscontro della rilevanza attribuita allo scopo mutualistico si rinviene nel comma 2 dell'art. 2515 c.c. che dispone: «l'indicazione di cooperativa non può essere usata da società che non hanno scopo mutualistico»; ancora, nell'art. 2521 c.c. che, anche in tal caso con una significativa innovazione rispetto al passato (la norma non ha precedenti nel codice civile), richiede che l'atto costitutivo stabilisca «le regole per lo svolgimento dell'attività mutualistica» e che lo stesso possa «prevedere che la società svolga la propria attività anche con terzi», disposizione quest'ultima, che risolvendo una «classica» disputa sorta in passato, riconosce ora in via definitiva l'astratta compatibilità fra scopo mutualistico e svolgimento dell'attività con terzi (11) - del resto ora implicito nello stesso concetto di cooperativa a mutualità prevalente - sebbene condizionato a

un chiaro obbligo di previsione statutaria (12). Ai sensi dell'art. 2521, comma 3, n. 8, c.c., l'atto costitutivo deve, poi, indicare «le regole per la ripartizione degli utili e i criteri per la ripartizione dei ristorni». Compare finalmente nel sistema il riferimento alla tecnica dei ristorni, tipica forma di attribuzione dei vantaggi economici legati allo svolgimento dell'attività mutualistica. L'art. 2545 dispone, inoltre, che «gli amministratori e i sindaci in occasione dell'approvazione del bilancio devono nelle relazioni indicare specificamente i criteri seguiti nella gestione sociale per il conseguimento dello scopo mutualistico».

Molteplici, dunque, e chiari risultano i riferimenti allo scopo mutualistico nel nuovo assetto della società cooperativa. Non solo, ma in tutte le cooperative, e non esclusivamente, in quelle a mutualità prevalente, il carattere lucrativo è oggetto di una sicura compressione: se da un lato, ad esempio, l'art. 2521, comma 3, n. 8, c.c., stabilisce la possibilità di ripartizione degli utili, dall'altro, l'art. 2545-quinquies c.c. dispone che l'atto costitutivo debba indicare modalità e percentuale massima di riparto dei dividendi tra i soci cooperatori. Inoltre l'art. 2545-quater, comma 2, c.c. prevede l'obbligo di corresponsione di una quota degli utili netti annuali ai fondi mutualistici per la promozione e lo sviluppo della cooperazione, in un'ottica di solidarietà di sistema e di promozione della funzione sociale di pubblica utilità svolta dalle cooperative in chiave di mutualità esterna. In questa direzione si segnala pure la norma che prevede la devoluzione del patrimonio sociale a tali fondi mutualistici, in ipotesi di trasformazione delle società cooperative diverse da quelle a mutualità prevalente in società lucrative (art. 2545-undecies c.c.).

È da rilevare che la disciplina suesposta - salvo le precisazioni evidenziate - investe il sistema cooperativo nel suo complesso, a prescindere dalla distinzione tra cooperative a mutualità prevalente e cooperative diverse, rilevante prevalentemente a fini fiscali.

3. Mutualità e rapporti di scambio.

Ulteriore novità della riforma è quella di aver riconosciuto in maniera esplicita, che il fine mutualistico si realizza attraverso il rapporto di scambio tra cooperativa e soci; rapporto che vede come suo presupposto l'esistenza del contratto sociale e su di questo si innesta. Tale riconoscimento ha valorizzato, recependolo dal punto di vista normativo, il pensiero di quella parte della dottrina (13) che, in passato, aveva individuato proprio nello scambio mutualistico, visto negli specifici settori di attività in cui le cooperative operano (grosso modo riconducibili ai due grandi filoni delle cooperative di consumo e delle cooperative di produzione e lavoro), l'elemento caratterizzante di tali enti associativi, superando così quell'orientamento che si limitava a individuare nella compressione dell'utile e nella democraticità della gestione gli unici elementi differenziali delle cooperative rispetto alle società lucrative (14).

La riforma consente ora di affermare, sulla base di precisi dati normativi, che tra la cooperativa e i suoi soci può configurarsi una duplicità di rapporti: da un lato il «rapporto di società», cioè il rapporto di appartenenza all'ente, suggellato dal conferimento del socio, dall'altro il «rapporto di scambio», attraverso il quale si realizza lo scopo mutualistico, identificato in quel rapporto che, per intendersi, consente ai soci della cooperativa di ottenere beni, servizi e occasioni di lavoro direttamente dall'organizzazione societaria e a condizioni più favorevoli rispetto a quelle presenti sul mercato. Rapporto, quest'ultimo, scaturente da un ulteriore contratto (15), diverso dal contratto sociale, ma causalmente ad esso collegato, che il socio instaura con la cooperativa nel momento in cui intende fruire dei beni o servizi resi dalla stessa. Il collegamento tra questi due rapporti è stato opportunamente colto in termini di strumentalità del rapporto di società rispetto a quello di scambio (perché si attui lo scambio mutualistico è necessario l'acquisto della qualità di socio) e di eventualità del rapporto di scambio rispetto a quello di società (il socio potrebbe non chiedere il bene o il servizio offerto dalla cooperativa e rimanere «inerte» limitandosi alla percezione degli eventuali utili) (16). Il riconoscimento, come si è detto ora esplicito nella riforma, della sussistenza di questo rapporto contrattuale, del tutto peculiare alle società cooperative, può rinvenirsi in una serie di indicazioni normative. Tra queste: l'art. 2512 c.c. che individua le cooperative a mutualità prevalente «in ragione del tipo di scambio mutualistico»; l'art. 2516 c.c. che prevede il rispetto del principio della parità di trattamento «nella costituzione e nell'esecuzione dei rapporti

mutualistici»; l'art. 2521, ult. comma, c.c., che prevede che i rapporti tra società e soci possano essere disciplinati da regolamenti che determinano «i criteri e le regole inerenti allo svolgimento dell'attività mutualistica e i soci» (17); l'art. 2532 c.c., che nel disciplinare gli effetti del recesso, distingue, al comma 3, tra quelli che attengono al «rapporto sociale» e quelli che attengono ai «rapporti mutualistici»; gli artt. 2521, comma 3, n. 8 e 2545-sexies c.c. che riguardano i ristorni parametrandone la ripartizione ai soci «proporzionalmente alla quantità e qualità degli scambi mutualistici».

Particolarmente significativa, nel senso della valorizzazione dello scambio mutualistico, è poi la previsione di cui all'art. 2538, comma 4, c.c. relativa al diritto di voto nelle assemblee. Prima della riforma si era soliti considerare il rapporto di scambio causalmente collegato al rapporto sociale, nel senso che il rapporto sociale influiva sulla nascita, sul contenuto, sull'estinzione del rapporto di scambio (c.d. collegamento negoziale unilaterale), mentre si riteneva che, normalmente, le vicende del rapporto di scambio non influissero sul rapporto associativo (18). La citata disposizione ribalta questa prospettiva, consentendo che il collegamento rilevi in senso reciproco, nel momento in cui stabilisce che, nelle cooperative in cui i soci realizzano lo scopo mutualistico attraverso l'integrazione delle rispettive imprese o di talune fasi di esse, l'atto costitutivo può prevedere che il diritto di voto sia attribuito «in ragione della partecipazione allo scambio mutualistico»; ciò vuol dire che addirittura il principio di democraticità nella gestione (il c.d. principio «una testa=un voto») può subire limitazioni allorquando, nella prospettiva segnalata dall'art. 45 Cost., si tratti di valorizzare la «clausola generale» della mutualità. È chiaro come in questa ipotesi - forse inopportuna limitata alle sole cooperative tra imprenditori - il rapporto di scambio incida sul diritto di voto, che è situazione attinente al rapporto sociale (19).

4. Le regole dello scambio e il principio della parità di trattamento.

Le regole sullo scambio, che la dottrina in precedenza tentava di ricostruire in carenza di riferimenti normativi (20), oggi vengono piuttosto chiaramente rappresentate nella nuova disciplina e si ispirano, per espressa previsione (art. 2516 c.c.), al principio generale della parità di trattamento (21). Si può forse dire che la tendenza è oggi quella di spostare la rilevanza del principio ugualitario nelle cooperative dal rapporto sociale al rapporto di scambio. Ciò è testimoniato dalle disposizioni che regolano l'ingresso di nuovi soci in una società cooperativa. L'art. 2528 c.c. stabilisce che l'ammissione di un nuovo socio debba essere fatta a seguito di istanza dell'interessato e con deliberazione degli amministratori. In ipotesi di rigetto della domanda, il consiglio di amministrazione, a differenza di quanto era previsto dalla normativa precedente (se non per le banche popolari e per quelle di credito cooperativo: art. 30, comma 5 e 34, comma 6, t.u. banc.), deve motivare la propria deliberazione di diniego. Peraltro, l'aspirante che abbia richiesto, non ottenendola, l'ammissione alla società può, entro il termine stabilito dal codice civile, ricorrere all'assemblea dei soci perché questa si pronunci sull'istanza. E, comunque, la discrezionalità degli amministratori è fortemente ridotta dall'obbligo, posto a loro carico dal comma 5 dell'art. 2528 c.c., di illustrare, nella relazione al bilancio, le ragioni delle determinazioni assunte con riguardo all'ammissione dei nuovi soci. Sebbene la norma si riferisca a una fase che attiene all'instaurazione del rapporto sociale, in realtà non si può escludere che un ruolo di rilievo nella valutazione della correttezza dell'operato degli amministratori (22) assuma l'individuazione del collegamento del rapporto sociale col rapporto di scambio. In ragione del principio della parità di trattamento nella «costituzione» (art. 2516 c.c.) del rapporto mutualistico, risulterebbe, ad esempio, illegittimo il rigetto della domanda di ammissione a socio di una cooperativa edilizia, il cui programma costruttivo preveda disponibilità di alloggi, di un aspirante che presenti, al pari di altri soci già ammessi, i medesimi requisiti rivelatori del proprio stato di bisogno nell'accesso alla proprietà dell'abitazione, requisiti che devono ora essere previsti dall'atto costitutivo «secondo criteri non discriminatori coerenti con lo scopo mutualistico e l'attività economica svolta» (art. 2527 c.c.). Resterebbe da chiedersi, ma il problema in questa sede può solo essere segnalato, se la tutela dell'aspirante si limiti alla possibilità di invocare gli opportuni controlli in sede di vigilanza sulla società, o se possa venire in rilievo una responsabilità civile degli amministratori ai sensi dell'art. 2395 c.c. (richiamato dall'art. 2519 c.c.) per violazione dell'interesse legittimo di diritto privato

dell'aspirante socio all'ingresso in società (23), o se, addirittura, quantomeno in qualche caso, non si possa ritenere che si verifichi per la cooperativa un caso di obbligo a contrarre (24).

È chiaro quindi come la violazione del principio della parità di trattamento, al momento della costituzione del rapporto, assume indubbia rilevanza; ma tale principio va applicato, ai sensi del citato art. 2516 c.c., anche nella fase dell'«esecuzione» del rapporto: parità di trattamento, per esempio, nella determinazione del prezzo di scambio in una cooperativa di consumo; parità di trattamento nella retribuzione ai soci lavoratori di una cooperativa di lavoro. Naturalmente il principio non andrà inteso come mero egualitarismo (25) ed anzi troverà attuazione rendendo ammissibile una ragionevole disparità in presenza di situazioni diversificate (tra soci e terzi, tra soci e soci) (26), oppure di differenza nelle mansioni dei soci o nelle prestazioni rese alla cooperativa. Risulterà possibile, quindi, anzi dovrebbe essere un dovere per la cooperativa, applicare condizioni quantitativamente o qualitativamente più favorevoli ai soci rispetto ai terzi, o diversificare secondo principi di ragionevolezza, di proporzionalità e di adeguatezza, in ragione della rilevanza dello scambio, il trattamento tra i soci; non dovrebbe essere possibile, invece, a parità di condizioni, effettuare trattamenti diversificati tra soci.

5. La disciplina dei ristorni.

La norma sulla parità di trattamento tra soci, come si diceva, giustifica, se letta in connessione con lo scopo mutualistico, che la cooperativa pratici trattamenti differenziati tra soci e terzi, riservando ai primi condizioni «più favorevoli» come risulta dal noto passo della Relazione al codice civile del 1942. Se così non fosse, non potrebbe spiegarsi la nuova disciplina sul ristorno, che costituisce un'attribuzione al socio di un vantaggio indiretto, tipicamente collegato allo scambio mutualistico. Il socio che acquista un bene dalla cooperativa dovrebbe farlo ottenendo, in via diretta, un risparmio di spesa rispetto all'acquisto che avrebbe potuto fare sul libero mercato; così come il socio lavoratore, nel caso di rapporto di lavoro con la cooperativa, dovrebbe ottenere una retribuzione maggiore rispetto alla retribuzione che un imprenditore normalmente corrisponde ai propri dipendenti sulla base dei contratti collettivi. Il vantaggio cooperativo può essere conseguito immediatamente (col risparmio di spesa o con l'incremento di retribuzione), ma può essere anche conseguito in maniera indiretta: la cooperativa vende allo stesso prezzo il bene, sia al socio che al terzo (oppure retribuisce nella stessa misura il socio e il terzo), ma rimborsa al socio, alla fine dell'esercizio, un ristorno pari al maggior prezzo pagato per l'acquisto dei beni o per la fruizione dei servizi resi dalla cooperativa o alla differenza di retribuzione dedotti i costi di produzione e le spese di gestione (27). Con la riforma (28) il ristorno viene pressoché per la prima volta ad assumere rilevanza sotto il profilo civilistico e non più meramente fiscale come in passato. L'art. 2545-sexies c.c. stabilisce che «l'atto costitutivo determina i criteri di ripartizione dei ristorni ai soci proporzionalmente alla quantità e alla qualità degli scambi mutualistici. Le cooperative devono riportare separatamente nel bilancio i dati relativi all'attività svolte con i soci, distinguendo eventualmente le diverse gestioni mutualistiche». È necessario, perciò, distinguere contabilmente i dati relativi all'attività svolta con i soci dai dati relativi all'attività svolta con i terzi: problema questo oggi non più eludibile - come in passato - stante l'esplicita previsione.

6. Le cooperative a mutualità prevalente.

Fondamentale nella nuova disciplina è la figura della «cooperativa a mutualità prevalente». In realtà, la cooperativa a mutualità prevalente altro non è che un aspetto del fenomeno unitario della cooperazione e la sua tipizzazione è finalizzata esclusivamente al conseguimento di agevolazioni di carattere tributario. La differenza tra cooperative a mutualità prevalente e cooperative diverse ha rilevanza quindi in un'ottica prevalentemente fiscale (29): le cooperative a mutualità prevalente, definite tali ai sensi dell'art. 2512 c.c., a differenza di quelle «diverse», sono beneficiarie di agevolazioni fiscali (artt. 5 della legge delega e 223-duodecies, comma 6, disp. trans. e att., c.c.); non è escluso, quindi, che di tutte le altre forme agevolative previste dal sistema vigente possano essere destinatarie anche queste ultime.

Entrando nel dettaglio della distinzione, il connotato che contraddistingue le cooperative a mutualità prevalente è fondato su una duplice opzione: un'opzione gestionale, identificata nella

«prevalenza», e un'opzione statutaria, contrassegnata dalla necessità di introduzione, all'interno degli statuti, di clausole di non lucratività.

L'opzione gestionale è assolutamente nuova nel nostro sistema, anche se la questione della necessità dell'individuazione della mutualità prevalente, e non solo ai meri fini agevolativi, era stata posta, anche sulla base dello specifico riferimento contenuto nella Relazione al codice civile, in dottrina, in giurisprudenza e nella prassi dell'autorità di vigilanza, onde valutare la meritevolezza di iniziative cooperativistiche che, nonostante la previsione statutaria delle clausole di cui all'art. 26 legge Basevi, svolgevano attività prevalentemente nei confronti dei terzi. La novità è rappresentata proprio dal fatto che la prevalenza da un lato può essere assunta a carattere fondativo dei connotati della cooperativa beneficiaria di agevolazioni, dall'altro come criterio che non incide sulla «sostanza» di iniziative cooperativistiche che ad essa non si ispirino consentendo così di superare le incerte soluzioni prospettate in passato affidate alla diversa sensibilità degli interpreti (30).

L'art. 2512 c.c. stabilisce che sono considerate a mutualità prevalente le cooperative che: 1) svolgono la loro attività prevalentemente in favore dei soci, consumatori o utenti di beni o servizi; 2) si avvalgono prevalentemente, nello svolgimento della loro attività, delle prestazioni lavorative dei soci; 3) si avvalgono prevalentemente, nello svolgimento della loro attività, degli apporti di beni o servizi da parte dei soci. Naturalmente, i requisiti di cui sopra sono da ritenersi alternativi, in relazione alla diversa tipologia di cooperativa, o meglio, alla diversa tipologia di scambio mutualistico instaurato tra socio e cooperativa.

Il successivo art. 2513 c.c. introduce un criterio del tutto nuovo per definire con precisione l'esistenza del requisito della prevalenza. Viene imposto agli amministratori e ai sindaci l'obbligo di documentare, tramite apposita evidenza contabile, nonché specifica indicazione nella nota integrativa al bilancio, che: a) i ricavi dalle vendite dei beni e dalle prestazioni di servizi verso i soci sono superiori al cinquanta per cento del totale dei ricavi delle vendite e delle prestazioni ai sensi dell'art. 2425, comma 1, punto A1, c.c.; b) il costo del lavoro dei soci è superiore al cinquanta per cento del totale del costo del lavoro di cui all'art. 2425, comma 1, punto B9, c.c.; c) il costo della produzione per servizi ricevuti dai soci ovvero per beni conferiti è rispettivamente superiore al cinquanta per cento del totale dei costi dei servizi di cui all'art. 2425, comma 1, punto B7, c.c. e ovvero al costo delle merci o materie prime acquistate o conferite, di cui all'art. 2425, comma 1, punto B6, c.c. L'articolo dispone peraltro che, in presenza di più tipologie di scambio mutualistico, la condizione di prevalenza è documentata facendo riferimento alla media ponderata delle singole percentuali emergenti. Una disposizione particolare vale per le cooperative agricole: la condizione di prevalenza sussiste quando la quantità o il valore dei prodotti conferiti dai soci è superiore al cinquanta per cento della quantità o del valore totale dei prodotti. Importante a tal riguardo una precisazione terminologica: nell'art. 2513 c.c. si parla più volte di beni «conferiti», da soci o da terzi. L'espressione, attinta dal linguaggio degli operatori del settore, è impropria: va letta come equivalente a beni forniti, da soci o da terzi, nell'ambito dei rapporti di scambio che la cooperativa intrattiene con soci o con terzi (31).

L'opzione gestionale, quindi, che si deve presentare congiuntamente all'opzione statutaria, deve attenersi ad una precisa definizione normativa della prevalenza (32); deroghe sono previste per le cooperative sociali le quali, prestando servizi in favore di categorie svantaggiate, non sempre annoverano i destinatari dell'attività tra i propri soci (art. 111-septies disp. att. e trans. c.c.) (33) e per le ipotesi in cui, in relazione alla struttura dell'impresa e del mercato in cui le cooperative operano, o a specifiche condizioni normative cui le cooperative si debbano uniformare, o alla particolare articolazione nel tempo dello scambio mutualistico tale che per la realizzazione del bene da parte della cooperativa richieda il decorso di un periodo di tempo superiore all'anno di esercizio, il Ministro delle attività produttive, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, ritenga, con proprio decreto, di stabilire un diverso regime (art. 111-undecies disp. att. e trans. c.c.).

Come premesso, accanto a questa opzione gestionale, perché possa aversi cooperativa a mutualità prevalente, dovrà formularsi anche un'opzione statutaria, con l'inserimento delle cosiddette

clausole di contenimento della lucratività. Le cooperative dovranno, cioè, ai sensi del riformato art. 2514 c.c., prevedere nei propri statuti: a) il divieto di distribuzione di dividendi in misura superiore all'interesse massimo dei buoni postali fruttiferi aumentati di due punti e mezzo rispetto al capitale effettivamente versato; b) il divieto di remunerare gli strumenti finanziari offerti in sottoscrizione ai soci cooperatori in misura superiore a due punti rispetto al limite massimo previsto per i dividendi; c) il divieto di distribuzione di riserve tra i soci; d) l'obbligo di devolvere, in ipotesi di scioglimento della società, il residuo patrimonio sociale della cooperativa, dedotto soltanto il capitale sociale e i dividendi eventualmente maturati, ai fondi mutualistici per la promozione e lo sviluppo della cooperazione.

La norma si collega idealmente e storicamente ai «requisiti mutualistici» previsti dall'art. 26 della legge Basevi. In realtà, nel mutato assetto normativo, che affida ad altre disposizioni la definizione dei connotati mutualistici e i meccanismi di attuazione del criterio della «prevalenza», può dirsi che l'art. 2514, più che prevedere requisiti mutualistici in senso stretto (eccetto forse l'ultima previsione che si ricollega alla c.d. mutualità esterna o di sistema), preveda meri indici di contenimento della lucratività che devono accompagnare la prevalenza, sì da consentire alle cooperative l'ottenimento delle agevolazioni di carattere tributario. Rispetto a tale norma, il cui contenuto non può in questa sede essere esaminato in dettaglio (34), va solo fatta una precisazione: nelle sue lett. b) e c) le limitazioni sono previste con riferimento alla categoria dei soci cooperatori, mentre quelle di cui alla lett. a) nulla dicono al riguardo. L'interpretazione logica e sistematica della disposizione porta tuttavia a concludere nel senso che anche la limitazione della distribuzione dei dividendi di cui alla lett. a) riguarda i soli soci cooperatori, giacché da un lato non sarebbe spiegabile perché il cooperatore dovrebbe subire limitazione nella distribuzione di riserve e non nella distribuzione di utili, dall'altro perché sarebbe irragionevole l'imposizione di un limite alla remunerazione degli strumenti finanziari (lett. b)) solo se sottoscritti da soci cooperatori se il limite nella distribuzione dei dividendi riguardasse anche i soci finanziatori (35).

Dall'analisi delle nuove disposizioni in tema di società cooperative emerge un quadro complessivamente rinnovato della disciplina codicistica, che per molti versi si ricollega idealmente a taluni schemi di fondo già accolti da leggi che hanno disciplinato particolari settori della cooperazione e, per altri, a interpretazioni, soprattutto della dottrina, che avevano finito in qualche modo per integrare il lacunoso schema codicistico. Senz'altro determinante sarà il ruolo che le varie categorie professionali (notai, dottori commercialisti, avvocati), e gli operatori del mondo cooperativo, chiamati ad utilizzare i nuovi strumenti normativi e ad interpretarli, saranno tenute a svolgere nell'applicazione concreta di una riforma che, a parere di chi scrive, ha fatto meglio di quanto non avesse fatto la stessa legge delega.

(*) Lo scritto riproduce, con l'aggiunta del sommario e delle essenziali note bibliografiche, il testo della relazione svolta in occasione delle giornate di studio sul tema «La riforma del diritto societario», organizzate, a partire dal 10 maggio 2003, presso la Facoltà di Economia dell'Università di Lecce, dal Dipartimento di Studi Aziendali, Giuridici e Ambientali, in collaborazione con il Collegio Notarile di Lecce, la Corte d'Appello di Lecce e l'Ordine dei Dottori Commercialisti di Lecce. È destinato agli Studi in onore di Vincenzo Buonocore.

(1) Per tutti, A. Manzella, Le tentazioni della maggioranza di snaturare le cooperative, in *Repubblica*, 12 agosto 2001, p. 13. Esprime il timore che, «nel retrobottega di questa scelta legislativa» si annidi «la convinzione che solo la cooperativa di dimensioni contenute sia vera cooperazione», P. Bonfante, La riforma della cooperazione della Commissione Vietti, in *Società*, 2002, p. 1335. Possibili discriminazioni che l'art. 5 della legge delega avrebbe introdotto, determinando profili di incompatibilità col diritto comunitario, sono state evidenziate nel ricorso presentato alla Commissione europea da parte dell'Associazione generale delle cooperative italiane e dalla Lega nazionale delle cooperative e mutue in data 17 settembre 2001 (il ricorso può essere consultato sul sito www.legacoop.it/home-2/documenti/Ricorso.htm).

- (2) A. Bassi, *Le società cooperative*, in A. Bassi, V. Buonocore e S. Pescatore, *La riforma del diritto societario*, a cura di V. Buonocore, Torino, 2003, p. 234. Secondo V. Calandra Buonauro, *Lo scopo mutualistico nel progetto di riforma delle cooperative*, in *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private*, a cura di P. Benazzo, S. Patriarca e G. Presti, Milano, 2003, p. 192, «La ragione di questa preferenza va probabilmente individuata nella preoccupazione di evitare i dubbi di legittimità costituzionale conseguenti ad un'identificazione *in court* tra cooperazione «riconosciuta» dall'art. 45 Cost., e quella definita dall'art. 5 della L. n. 366 del 2001 sulla base del possesso dei requisiti richiamati dall'art. 14 del D.P.R. n. 601 del 1973 (le cc.dd. clausole Basevi) e della prevalenza dell'attività in favore dei soci e/o della prevalenza, nello svolgimento dell'attività, delle prestazioni lavorative dei soci».
- (3) Lo evidenzia la Relazione ministeriale di accompagnamento al D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 (§ 15). In dottrina, A. Bassi, *op. cit.*, p. 238 s.; G. Tatarano, *Mutualità e gestione di servizio nelle cooperative: i principi nella riforma del diritto societario*, in *Notariato*, 2002, p. 122 s.; L.F. Paolucci, *La mutualità dopo la riforma*, in *Società*, n. 2-bis, 2003, p. 400.
- (4) Relazione ministeriale di accompagnamento, *cit.*
- (5) Osserva G. Tatarano, *Mutualità e gestione di servizio*, *cit.*, p. 123, che «La discriminazione di che trattasi appare decisamente conforme allo spirito dell'art. 3 della Costituzione. Il favor fiscale dal legislatore ordinario riservato solo alle « cooperative virtuose » trova ampia giustificazione, difatti, nella purezza della loro struttura mutualistica e nel rigore della loro gestione democratica, il che già di per sé determina una posizione di svantaggio concorrenziale sul mercato non solo rispetto alle società capitalistiche lucrative, ma anche nei confronti delle altre società cooperative « non virtuose », che beneficiano dell'innesto di capitale di rischio, di cui si è detto, e che hanno normalmente, in ragione delle loro dimensioni, una gestione interna in concreto meno democratica».
- (6) In argomento, R. La Costa, *La società cooperativa europea per le attività transnazionali*, in *Riv. coop.*, 2002, n. 3, p. 12 ss.
- (7) La dottrina, tuttavia, riconosceva che tali disposizioni, pur comportando un « aumento del tasso di lucratività o, se si vuole, del tasso di "imperfezione" della mutualità [...] non importano cancellazioni e neanche corruzione della mutualità »: in tal senso, G. Oppo, *Finalità mutualistiche e carattere lucrativo nelle società cooperative*, in *AA.VV.*, *La nuova disciplina delle società cooperative*, Padova, 1993, p. 8.
- (8) Nello stesso senso A. Bassi, *Le società cooperative*, *cit.*, p. 234 s.
- (9) Opinione decisamente prevalente in dottrina, per la quale è sufficiente richiamare, anche per ulteriori riferimenti, V. Buonocore, *Diritto della cooperazione*, Bologna, 1997, p. 105 ss.; A. Bassi, *Delle imprese cooperative e delle mutue assicuratrici*, in *Il codice civile. Commentario Schlesinger*, Milano, 1988, p. 26, nota 31 e, più di recente, G. Tatarano, *L'impresa cooperativa*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 2002, p. 31 ss.
- (10) Novità questa che, finalmente, appare « portato diretto della gestione di servizio »: V. Buonocore, *Premessa*, in A. Bassi, V. Buonocore e S. Pescatore, *La riforma del diritto societario*, *cit.*, p. 10.
- (11) Segnala che il problema « rassomiglia sempre più ad un reperto archeologico o, se si vuole, ad un attore che, sia pure con lentezza, sta abbandonando il proscenio », V. Buonocore, *Diritto della cooperazione*, *cit.*, p. 110. In argomento, da ultimi e anche per ulteriori riferimenti, G. Bonfante, *Imprese cooperative*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1999, p. 81 ss.; G. Tatarano, *L'impresa cooperativa*, *cit.*, p. 48 ss.
- (12) È quella della « necessità » della previsione statutaria per lo svolgimento dell'attività con terzi la vera novità. In tal senso si è sostenuto che la nuova disciplina in realtà abbia previsto un altro sottotipo di cooperativa che si aggiunge a quelle a mutualità prevalente e a quelle diverse: quella a mutualità esclusiva, costituita dalle cooperative che non prevedano statutariamente l'attività con terzi (così A. Bassi, *Le cooperative a mutualità prevalente e le cooperative diverse*, in *Guida completa al nuovo diritto societario*, a cura di Italia Oggi - I seminari della Cassa Forense, 9 luglio

2003, p. 249, il quale pone il problema di quali possano essere le conseguenze della violazione della scelta della mutualità esclusiva).

(13) Tra gli altri, A. Bassi, *Cooperazione e mutualità. Contributo allo studio della cooperazione di consumo*, Napoli, 1976, pp. 20 ss., 86 ss.; Buonocore, *Diritto della cooperazione*, cit., p. 141 ss.; G. Tatarano, *Scambio e mutualità nella cooperazione edilizia*, Napoli, 1984, p. 97 ss.; Id., *L'impresa cooperativa*, cit., p. 67 ss. e ivi ulteriori riferimenti.

(14) V., al riguardo, L.F. Paolucci, *La mutualità nelle cooperative*, Milano, 1974, p. 84 ss.; E. Simonetto, *La cooperativa e lo scopo mutualistico*, in *Riv. soc.*, 1971, p. 279.

(15) Trattasi di un «titolo negoziale autonomo e diverso da quello societario»: così, da ultimo, A. Paciello, in N. Abriani (ed altri), *Diritto delle società di capitali [Manuale breve]*, Milano, 2003, p. 354. Della duplicità dei rapporti che si instaurano tra cooperativa e soci è consapevole pure la giurisprudenza: v., ad es., Lodo arb. 15 dicembre 1965, in *Giust. civ.*, 1965, I, p. 422 ss.; Trib. Monza 16 marzo 1992, in *Giur. it.*, 1993, I, 2, c. 23.

(16) Per tutti, G. Tatarano, *L'impresa cooperativa*, cit., p. 69.

(17) La previsione è coerente con l'ampliamento degli ambiti dell'autonomia privata in materia di vita interna e di rapporti tra soci voluto dalla riforma del diritto societario. Sul punto, anche per ulteriori riferimenti, G. Alpa, *La riforma del diritto societario. Percorsi di lettura*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 8 ss. dell'estratto. Di grande interesse sarà l'esame delle prassi nell'autonomia «regolamentare» dello scambio mutualistico, della quale si renderà necessario, come ammonisce autorevole dottrina (V. Buonocore, *Le società cooperative*, Relazione all'incontro di studio su *Le riforme del diritto societario tenutosi a Telesse Terme il 28 marzo 2003*, che cito dal dattiloscritto del testo «sbobinato» della relazione) fare un uso «accorto e prudente», sì da evitare possibili distorsioni. Sul contenuto del regolamento e il suo rapporto con l'atto costitutivo v. la relazione di A.A. Carrabba, *Aspetti negoziali del tipo societario cooperativo*, in questa Rivista, 2003, 1073). Notevole spazio all'autonomia regolamentare era già stato riservato dalla L. 3 aprile 2001, n. 142 (artt. 1 e 6) in materia di cooperative di lavoro.

(18) Per una compiuta trattazione del tema, G. Tatarano, op. ult. cit., p. 76 ss.

(19) Parimenti per la regola di cui all'art. 2543, comma 2, c.c. la quale ammette - in tutte le cooperative, non solo quindi in quelle tra imprenditori - che l'atto costitutivo possa attribuire il diritto di voto nell'elezione dell'organo di controllo anche in ragione della partecipazione allo scambio mutualistico: su tale disposizione v. P. Marano, in *La riforma delle società. Società cooperative*, cit., p. 157 ss.

(20) Pregevoli, a tale riguardo, le indagini di A. Bassi, *Cooperazione e mutualità*, p. 86 ss., con riguardo alla cooperazione di consumo, e di G. Tatarano, *Scambio e mutualità*, cit., p. 131 ss., con riguardo alla cooperazione edilizia. Per le cooperative di lavoro, invece, si è, di recente, addivenuti ad una regolamentazione del rapporto con la citata L. n. 142 del 2001, sulla quale, per un iniziale approfondimento, si rinvia a L. Nogler (e altri), *La riforma della posizione giuridica del socio lavoratore di cooperativa*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2002, p. 339 ss.

(21) Per un primo commento all'art. 2516 c.c. cfr. E. Tonelli, in *La riforma delle società. Società cooperative*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2003, p. 47 ss.

(22) Tra le diverse valenze del concetto di mutualità può senz'altro identificarsi quella che pone a carico della cooperativa (e per essa dei suoi organi sociali) un particolare dovere di correttezza nei confronti dei soci sulla base del combinato disposto degli artt. 1375 c.c. e 45 Cost. Sul punto sia consentito il rinvio a E. Capobianco, *Recesso legale e convenzionale nelle società cooperative e tutela del socio*, in *Riv. dir. comm.*, 1982, p. 407, nota 17; Id., *L'interposizione di persona nell'acquisto di quote di cooperativa edilizia*, in *Rass. dir. civ.*, 1983 ss., in part. p. 189, nota 22; Id., *L'esclusione del socio nelle cooperative d'abitazione*, ivi, 1988, p. 14. L'opinione è condivisa da P. Perlingieri, *Relazione di sintesi*, in AA.VV., *Le cooperative e la proprietà edilizia nei piani di zona*, Napoli, 1989, p. 380 e da G. Tatarano, *L'impresa cooperativa*, cit., p. 89 ss.

(23) Che una tale situazione si possa riscontrare nell'ambito dei rapporti cooperativa-socio, rispettivamente nelle fasi dell'entrata (ammissione), ma anche dell'uscita (esclusione) dalla cooperativa è stato altrove sostenuto: E. Capobianco, *L'esclusione del socio*, cit., p. 31 ss. La

violazione di tale situazione non può non avere i conseguenti riflessi sul piano risarcitorio. Diversamente F. Galgano, *Il nuovo diritto societario*, in *Tratt. dir. comm. e pubbl. econ.* Galgano, Padova, 2003, p. 505, secondo il quale l'ingiustificato rigetto della domanda sarebbe giudizialmente inattaccabile da parte dell'aspirante al pari di qualsiasi proposta non accettata e al limite potrebbe esporre gli amministratori alle sanzioni che, all'interno della società, sono previste per la violazione dei loro doveri. L'opinione non sembra tuttavia condivisibile se si pensa da un lato che il nostro sistema conosce anche la responsabilità precontrattuale, dall'altro che in un sistema che assegna alle cooperative «funzione sociale», il rifiuto ingiustificato non può rimanere del tutto privo di sanzioni. Quantomeno sarà necessario verificare il tipo di cooperativa e il tipo di bisogno che con la domanda di ammissione il socio tende a soddisfare (G. Tatarano, *op. ult. cit.*, p. 91), potendo la posizione del socio in tal caso assumere in concreto sfumature diverse (A.A. Carrabba, *Aspetti negoziali mutualistici*, cit.). Nel senso che la discrezionalità degli amministratori debba essere esercitata secondo correttezza ciò comportando, nell'ipotesi di violazione di tale dovere, possibili conseguenze sul piano risarcitorio v. Trib. Brindisi, 25 marzo 1981, in *Foro pad.*, 1981, I, c. 69; v. pure App. Brescia, 30 dicembre 1993, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, c. 750, con nota di P. Bonfante, *Porta aperta e risarcimento del danno*.

(24) È l'ipotesi formulata da G. Tatarano, *Replica*, in *AA.VV.*, *Le cooperative e la proprietà edilizia nei piani di zona*, cit., p. 365 s., con riferimento al caso di una cooperativa edilizia che abbia realizzato abitazioni in zona 167, con o senza contributo pubblico, e abbia disponibile un numero eccedente di alloggi.

(25) Non sarebbe condivisibile, in questa prospettiva, la decisione di Trib. S. Maria Capua Vetere, 17 marzo 1976, in *Giur. comm.*, 1977, II, p. 81, che ebbe a considerare lecita la delibera di una cooperativa edilizia che ripartiva tra i soci in parti uguali, anziché in proporzione del valore dei singoli appartamenti, il costo del fabbricato. Sulla vigenza del principio di parità di trattamento già prima della riforma cfr. A. Bassi, *Cooperazione e mutualità*, cit., p. 117 ss.; G. Tatarano, *Scambio e mutualità*, cit., p. 179 ss.; V. Buonocore, *Diritto della cooperazione*, cit., p. 148; E. Cusa, *I ristorni nelle società cooperative*, Milano, 2000, p. 220 ss.

(26) Sul punto v. G. Guerrera, *Illecito e responsabilità nelle organizzazioni collettive*, Milano, 1987, p. 265 ss.

(27) I ristorni non vanno confusi con gli utili, sebbene entrambi abbiano la comune caratteristica di essere distribuiti periodicamente tra i soci: infatti gli utili rappresentano una remunerazione del capitale, mentre i ristorni sono l'equivalente monetario del vantaggio mutualistico. In argomento, tra gli altri, A. Bassi, *Dividendi e ristorni nelle società cooperative*, Milano, 1979; G. Bucci, *Utili e ristorni*, in *Giur. comm.*, 1979, p. 8 ss.; E. Cusa, *I ristorni nelle società cooperative*, cit. Diversamente, sopravvalutando la detta comune caratteristica, li qualificava utili in senso tecnico G. Ferri, *La cooperativa come società*, in *Riv. soc.*, 1957, p. 252.

(28) Sulla nuova disciplina del ristorno v. F. Galgano, *Il nuovo diritto societario*, cit., p. 496 ss.; L.F. Paolucci, *La mutualità dopo la riforma*, cit., p. 401; F. Alleva, *La riforma del diritto cooperativo italiano*, in *Contr. impr.*, 2003, p. 263 ss.; G. Falcone, in *La riforma delle società. Società cooperative*, cit., p. 178 ss.; E. Rocchi, *Gli statuti delle imprese cooperative dopo la riforma del diritto societario* (relazione al Convegno di Bologna promosso dall'Associazione Disiano Preite, in data 7 febbraio 2003, in corso di pubblicazione).

(29) Ma non solo. La distinzione rileva anche sotto il profilo sostanziale, come, ad es., con riguardo al divieto per le cooperative a mutualità prevalente di trasformarsi in società (art. 2545-deciesc.c.).

(30) Per riferimenti si rinvia alla precedente nota 11.

(31) Così F. Galgano, *Il nuovo diritto societario*, cit., p. 499.

(32) Il giudizio sulla prevalenza è un giudizio a posteriori da compiersi sulla base degli elementi del bilancio. Sembra quindi esclusa ogni valutazione di tipo «prognostico», e cioè già in fase di programma, sulla prevalenza. Talvolta, infatti, potrebbe essere palese che, già in fase di programma, si rilevi la sproporzione tra numero di soci e dimensioni dell'impresa (es. una cooperativa edilizia che abbia un programma costruttivo di centinaia di alloggi e un basso numero di soci). In tal caso, rileva A. Bassi, *Le cooperative a mutualità prevalente e le cooperative diverse*,

cit., p. 251, la posizione di tali cooperative sembra, paradossalmente, più difendibile di quanto non lo fosse in passato, tenuto conto che in tali cooperative il reclutamento dei soci avviene, in maniera abbastanza libera, al momento dell'ultimazione del programma costruttivo (restando in tal modo esclusa la partecipazione di costoro alla fase, determinante, delle decisioni in ordine alla sua realizzazione). Il fenomeno è stato altrove più da vicino analizzato: E.Capobianco, *Profili costituzionali dell'accesso all'abitazione in cooperativa edilizia e degenerazioni speculative nella mutualità abitativa*, in *Diritto all'abitazione. Finanziamenti all'impresa, alla cooperazione, alla persona*, a cura di G. Tatarano, Napoli, 1986, p. 259 ss.

(33) Sulla questione sia consentito rinviare ad argomentazioni svolte in altra sede: E. Capobianco, *Cooperative sociali e associazioni di volontariato: verso il tramonto della neutralità?*, in *Notariato*, 1996, p. 559 ss.

(34) Sul punto cfr. E. Tonelli, in *La riforma delle società. Società cooperative*, cit., p. 38 ss.

(35) E.Tonelli, op. cit., p. 41 ss.