

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ COOPERATIVE: UN'ANALISI ECONOMICA (*)

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. La funzione di utilità rappresentata dalla società cooperativa. — 3. Taluni profili della disciplina: in particolare il voto capitario. — 4. Le critiche rivolte alla causa mutualistica e alla struttura cooperativa. — 5. Una diversa spiegazione dell'efficienza della società cooperativa. — 6. Le risposte del legislatore delegato. — 7. Congedo.

1. — Non è agevole, per nessun interprete, proporre un quadro completo o forse anche approssimativo della nuova disciplina delle società cooperative ⁽¹⁾.

Intendo, pertanto, limitare le mie riflessioni al significato che nelle cooperative riformate assumono quelle che una voce autorevole della dottrina ⁽²⁾ ha definito le « parole d'ordine » della riforma: l'*autonomia statutaria*, l'*efficienza economica*, la *concorrenza tra ordinamenti giuridici*. Si tratta, a ben

(*) È il testo, rielaborato e integrato con le indicazioni bibliografiche che mi sono parse essenziali, della relazione presentata al convegno di Piacenza del 15 marzo 2003, organizzato dall'Università Cattolica del Sacro Cuore, sede di Piacenza, sulla riforma del diritto societario.

(1) Per taluni primi commenti sulla nuova disciplina v. V. BUONOCORE, *La società cooperativa riformata: i profili della mutualità*, in questa *Rivista*, 2003, I, p. 507 ss.; G. MARASÀ, *Problemi della legislazione cooperativa e soluzioni della riforma*, *ivi*, 2003, II, p. 639 ss., e a cura di *Id.*, *Le cooperative prima e dopo la riforma del diritto societario*, Padova, 2004; AA.VV., *La riforma del diritto societario cooperativo*, Atti del convegno di Genova, 14 febbraio 2003, Roma, 2003; a cura di A. RIZZI, *La riforma del diritto societario per le cooperative*, Milano, 2003; a cura di R. GENCO, *La riforma delle società cooperative*, Milano, 2003; le relazioni di A. BASSI, *La « filosofia » della riforma delle società cooperative*, e di G. BONFANTE, *La società cooperativa*, in AA.VV., *La riforma del diritto societario*, Atti del convegno di Courmayeur, 27-28 settembre 2002, Milano, 2003, rispettivamente pp. 271 ss. e 281 ss.; e i saggi raccolti da P. BENAZZO, S. PATRIARCA e G. PRESTI, *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, Milano, 2003, alle pp. 181 ss. Prima dell'attuazione della legge delega v. a cura di F. GRAZIANO, *La riforma del diritto cooperativo*, Padova, 2002; A. BASSI, *Il futuro della cooperazione nei progetti di riforma delle società non quotate*, in *Riv. dir. impr.*, 2000, p. 3 ss.

Sulla previgente disciplina v. per l'evoluzione storica della materia G. BONFANTE, *La legislazione cooperativa. Evoluzione e problemi*, Milano, 1984 e per la disciplina vigente sino al 2003, naturalmente, *Id.*, *Imprese cooperative*, in *Commentario del cod. civ. Scialoja e Branca*, a cura di F. Galgano, II, *Del lavoro* (art. 2511-2545), Bologna, 1999; A. BASSI, *Delle imprese cooperative e delle mutue assicuratrici*, in *Codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1988; V. BUONOCORE, *Diritto della cooperazione*, Bologna, 1997; G. TATARANO, *L'impresa cooperativa*, in *Trattato di dir. civ. e comm. Cicu-Messineo*, diretto da L. Mengoni, Milano, 2002. E soprattutto i molti e fondamentali studi di G. OPPO (ad iniziare da *L'essenza della società cooperativa e gli studi recenti*, in questa *Rivista*, 1959, I, p. 376 ss.) ora raccolti in *Diritto delle società. Scritti giuridici*, II, Padova, 1992, p. 494 ss.

(2) C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2003.

guardare, dei principî che il legislatore delegante ha indicato all'art. 2 della l. 3 ottobre 2001, n. 366, e che hanno costituito un vincolo per il legislatore delegato, ma che del pari oggi costituiscono un vincolo per l'interprete, chiamato a dare un senso alle nuove norme del diritto societario ⁽³⁾. Infatti, gli obiettivi fissati dal legislatore delegante all'art. 2 sono richiamati dall'art. 5 che, tuttavia — ed è questo il punto meritevole di attenzione —, trovano applicazione « in quanto compatibili » con la funzione e la struttura della società cooperativa e della causa mutualistica.

Ritengo che questa riflessione sia particolarmente rilevante, almeno per due ordini di ragioni.

La prima è che nella nostra letteratura giuridica, per ragioni culturali che sono ben note, prevalgono talora modelli di spiegazione di tipo ideologico degli istituti della società cooperativa. Intendo dire che quando la letteratura deve spiegare perché nella società cooperativa trovi applicazione inderogabilmente il voto capitaro fa frequentemente appello al principio generale della democrazia politica; il che naturalmente è senz'altro una spiegazione plausibile, e lo è particolarmente nell'esperienza italiana, ma come vedremo non è l'unica possibile (come dimostra, in fondo, il fatto che i caratteri fisionomici della mutualità sono ricorrenti nelle principali esperienze giuridiche, sia capitalistiche sia anticapitalistiche).

La seconda ragione che m'induce a richiamare l'attenzione sul coordinato disposto degli artt. 2 e 5 della legge delega, consiste nel fatto che l'interpretazione che la Commissione di riforma del diritto societario ha proposto dell'art. 5 non sarebbe stata la medesima se proprio quel riferimento all'art. 2 fosse mancato. Basti prestare attenzione, a questo riguardo, all'interpretazione teleologica e adeguatrice — ma ispirata, in ultima analisi, a criterî di ragionevolezza — che si è realizzata per le norme in materia di strumenti finanziari o di ristori.

Circoscritto, a questo punto, l'argomento della relazione, intendo concentrare la mia attenzione essenzialmente su tre profili.

a) Il primo problema, di carattere essenzialmente teorico, concerne il modello allocativo sotteso alla società cooperativa, volendosi così intendere quali sono le regole di comportamento individuale e collettivo e le modalità di finanziamento che meglio si attagliano ai problemi che la società cooperativa propone. Se volessimo esprimere in altri e più semplici termini questo concetto, ci si può chiedere — seguendo Henry Hansmann — perché in tutto il mondo sono cooperative le società di taxi. Ci dovrà pur essere, cioè, una ragione di efficienza economica che giustifichi il fatto che, in ordinamenti caratterizzati da una diversa imposizione fiscale, l'esercizio in forma collettiva dell'autotrasporto urbano a noleggio è organizzato nella forma della società cooperativa; così come

⁽³⁾ Sia consentito rinviare al mio saggio su *La concorrenza tra gli ordinamenti giuridici*, in A. ZOPPINI (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma-Bari, 2004, p. 5 ss.

ci dovrà essere pure una ragione di efficienza economica per la quale le cooperative si affermano di più nel settore agricolo e meno nel settore industriale, più nella grande distribuzione e meno nel commercio al dettaglio.

b) Intendo poi rivolgere la mia attenzione alle critiche che, in termini di efficienza economica, sono state rivolte al modello della società cooperativa, e segnatamente alla società cooperativa c.d. Basevi, che nell'esperienza italiana ha costituito il modello per così dire dominante di cooperativa.

c) Infine, ed è il terzo punto, proverò con talune esemplificazioni ad illustrare quali sono state le risposte che ha dato il legislatore delegato ai due problemi appena sollevati.

2. — Veniamo al primo punto: qual è il modello allocativo sotteso alla società cooperativa ⁽⁴⁾.

Vi sono delle premesse che non sarà possibile qui illustrare, ma che dovranno essere in certo modo date per presupposte e che qui mi limito a richiamare. Si tratta, peraltro, di idee ormai entrate nel bagaglio culturale anche dei giuristi. Così è per l'elaborazione di Coase, in ordine al quale mercato e impresa possono considerarsi modelli alternativi per realizzare utilità che vengono selezionate dagli operatori economici in ragione dei costi transattivi che generano. Nell'un caso le utilità si realizzano attraverso una forma di cooperazione *orizzontale*; nell'altro caso la cooperazione assume una dimensione *verticale* caratteristica dell'organizzazione gerarchica dell'impresa. In questa prospettiva, la struttura associativa riduce i problemi di comunicazione delle preferenze e i conflitti di interesse che si determinerebbero qualora il coordinamento dei fattori produttivi avvenisse esclusivamente tramite rapporti di scambio (tema rispetto alla quale è stata fondamentale l'analisi di Williamson in ordine all'efficienza dei meccanismi gerarchici) ⁽⁵⁾.

Su quest'ultimo presupposto si basa la considerazione che la proprietà e il controllo, tra tutte le classi dei possibili contraenti con l'impresa, è nelle

⁽⁴⁾ Sono debitore, per il modello analitico, allo studio di D. PREITE, *La destinazione dei risultati nei contratti associativi*, Milano, 1988, e *Id.*, *Modificazioni dell'ordinamento sulle imprese cooperative al fine di favorirne le funzioni di efficienza ed equità sociale*, a cura di E. GRANAGLIA e L. SACCONI, *Cooperazione, benessere e organizzazione economica*, Milano (Franco Angeli), 1992, p. 241 ss.

⁽⁵⁾ Un'applicazione nel libro di H. HANSMANN, *The Ownership of Enterprise*, Cambridge (Mass.)-London, 1996; anche per ulteriori indicazioni bibliografiche si v. F. BARCA e F. BRIOSCHI, *Allocazione della proprietà e del controllo ed efficienza economica*, a cura di P. RANCI, *Diritti di proprietà e privatizzazioni*, Bologna, 1995, p. 15 ss. Cfr. C. ANGELICI, *Diritto societario*, in *Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto*, a cura di P. Grossi, Milano, 1997, p. 41 ss., e *Id.*, *Le basi contrattuali della società per azioni*, in *Id.* e G.B. FERRI, *Studi sull'autonomia dei privati*, Torino, 1997, p. 300 ss.; J. KÖNDGEN, *Die Relevanz der ökonomischen Theorie der Unternehmung für rechtswissenschaftliche Fragestellungen - ein Problemerkatalog*, a cura di C. OTT e H.-B. SCHÄFER, *Ökonomische Analyse des Unternehmensrechts*, Heidelberg, 1993, p. 128 ss.

mani di chi può realizzare il maggiore risparmio sul piano dei costi transattivi (intendendosi qui il concetto di « costo » come comprensivo anche delle aspirazioni e finalità individuali). Si tratta, perciò, della classe di soggetti che hanno maggiore convenienza a contrattare con quanti non sono proprietari e ai quali conseguentemente la proprietà del controllo costa meno ⁽⁶⁾. Ciò evidentemente presuppone che anche per le forme giuridiche che l'ordinamento propone (: la società lucrativa, la società cooperativa, l'ente non lucrativo) sia possibile concepire un mercato, all'interno del quale gli operatori economici scelgono la struttura organizzativa che ritengono più conveniente ed efficiente rispetto agli obiettivi che si prefiggono.

In questa prospettiva, ciò che identifica e distingue la cooperativa è il fatto che il controllo è assegnato a quanti (siano essi lavoratori, produttori, consumatori) sono interessati ad ottenere attraverso l'attività d'impresa, non la massima remunerazione del capitale conferito, ma la massima utilità attraverso le occasioni di scambio con la società ⁽⁷⁾.

Alla luce di questa premessa, provo a sintetizzare avvalendomi della formula di Ward e Vaneck la funzione di utilità sottesa ad una società cooperativa di produzione e lavoro ⁽⁸⁾.

$$V = \frac{R(Q) - rK(Q)}{L}$$

Secondo questa equazione, una società cooperativa si risolve in un reddito (R data la quantità Q) cui si sottrae il costo dei fattori della produzione (rK), fratto il numero dei soci (L).

In fondo, non si tratta certamente d'una novità, perché Maffeo Pantaleoni già nell'Ottocento aveva scritto che in una cooperativa ogni volta che si consente l'ingresso di un nuovo socio cooperatore, si aggiunge un'ulteriore unità al denominatore ⁽⁹⁾. Quindi, l'utilità complessivamente prodotta è divisa con un ulteriore soggetto.

Il discorso diviene più chiaro se confrontiamo la funzione rappresentativa dell'utilità prodotta dalla società cooperativa con la funzione di utilità di una

⁽⁶⁾ « The least-cost assignment of ownership is therefore that which minimizes the sum of all the costs of a firm's transactions. That is, it minimizes the sum of (1) the costs of market contracting for those classes of patrons that are not owners and (2) the costs of ownership for the class of patrons who own the firm », così H. HANSMANN, *The Ownership of Enterprise*, cit., p. 22.

⁽⁷⁾ H. HANSMANN, *The Ownership of Enterprise*, cit., p. 13; D. PREITE, *La destinazione dei risultati nei contratti associativi*, cit., p. 274.

⁽⁸⁾ Una compiuta illustrazione in D. FACCIOI e C. SCARPA, *Il vantaggio comparato delle imprese cooperative: aspetti teorici*, a cura di G. FIORENTINI e C. SCARPA, *Cooperative e mercato. Aspetti organizzativi, finanziari e di strategie*, Roma, 1998, p. 35 ss.

⁽⁹⁾ M. PANTALEONI, *Principi teorici della cooperazione* (1898), in *Erotemi di economia*, II, Padova, 1963, p. 49 ss.

società capitalistica, perché caratteristica della società lucrativa è quella di mirare a massimizzare il rendimento atteso dell'investimento. Volendo formalizzare il discorso in maniera molto elementare, in questo caso sottrarremo al reddito (R data la quantità Q) il costo del lavoro (L moltiplicato per il salario w) e il costo dei fattori della produzione (R). Equazione che può convenientemente così rappresentarsi:

$$\pi = R(Q) - wL(Q) - rK(Q)$$

Questa rappresentazione consente, soprattutto, di pervenire agevolmente a due preliminari conclusioni.

La prima, *normativa*, è che per il nostro sistema l'impresa cooperativa è un'impresa necessariamente collettiva, perché L nella prima equazione necessariamente deve essere uguale (almeno) a tre o (almeno) a nove a seconda del modello societario di riferimento (art. 2519 c.c.), mentre la società lucrativa organizzata su base capitalistica può senz'altro essere unipersonale. Il che — mi sembra — significhi anche che non può darsi, economicamente e giuridicamente, l'esercizio di un'impresa cooperativa che non sottenda l'integrazione di più economie individuali. Quindi, che la società cooperativa non possa, comunque, ridursi a forma organizzativa neutrale d'esercizio di un'attività economica.

D'altra parte, questa volta sul piano *sistematico*, le due equazioni dimostrano visivamente, meglio di tanti argomenti, l'esistenza di una *discontinuità* sul piano causale tra società cooperativa e società lucrativa. Basti pensare al fatto che la cooperativa mira a massimizzare il profitto *medio* attribuito a ciascun socio cooperatore, mentre nella società lucrativa ciò che si vuole massimizzare è, come detto, il profitto totale. Il che, per altro, verso significa che la società cooperativa non costituisce solo un modello organizzativo alternativo a quello propriamente societario, ma soprattutto che la funzione di utilità tipica della società cooperativa è in radice diversa da quella della società lucrativa.

3. — Quanto ho appena considerato consente, ad esempio, di spiegare i tratti strutturali peculiari dell'organizzazione della società cooperativa, che devono essere considerati in quanto strumentali a conseguire il risultato mutualistico e devono, quindi, trovare una coerente spiegazione in termini allocativi ⁽¹⁰⁾. Come dicevo un attimo fa, anche nei Paesi tipicamente capitalisti o

⁽¹⁰⁾ Tema sul quale vedi soprattutto gli studi a cura di G. FIORENTINI e C. SCARPA, *Cooperative e mercato. Aspetti organizzativi, finanziari e di strategie*, cit., *passim*; a cura di E. GRANAGLIA e L. SACCONI, *Cooperazione, benessere e organizzazione economica*, cit.; S. VECA *et al.*, *Cooperare e competere*, con introduzione di E. Morley-Fletcher, Milano, 1986; R. DE BONIS, B. MANZONE e S. TRENTO, *La proprietà cooperativa: teoria, storia e il caso delle banche popolari*, Temi di discussione del Servizio Studi della Banca d'Italia, n. 238, Roma, 1994. Per una ricognizione della letteratura economica sul tema v. segnatamente J.P. Bo-

a capitalismo avanzato come gli Stati Uniti, uno degli elementi strutturali tipici della società cooperativa è il voto capitaro.

Così è perché il voto capitaro agevola l'obiettivo della produzione ed imputazione della ricchezza nelle economie individuali dei soci. Infatti, il voto capitaro annulla i costi transattivi che inevitabilmente sarebbero generati se si dovesse considerare in ogni momento qual è stato l'apporto di ciascun socio al benessere comune. Quindi sostanzialmente annulla quelli che normalmente sono definiti i « costi di governo » della società. Inoltre, il voto capitaro agevola la manifestazione delle preferenze individuali, in quanto favorisce le preferenze del soggetto *mediano*, piuttosto che del soggetto marginale. Soprattutto, il voto capitaro concorre a creare quello che può dirsi il mercato « interno » alla società cooperativa, in quanto favorisce e promuove le occasioni di scambio dei soci piuttosto che la remunerazione del capitale sottoscritto.

In questa medesima linea logica, si può dare una spiegazione coerente al fatto che una società cooperativa deve *normativamente* prevedere un limite all'utile ripartibile tra i soci (art. 2514 e 2545 *quinquies* c.c.), così come spiega la ragione per cui la disciplina delle riserve nella società cooperativa è diversa da quella dettata per le società lucrative (art. 2545 *quater*). Imporre un limite all'utile ripartibile tra i soci mira a scoraggiare le forme di investimento capitalistico, costituisce un limite alla discrezionalità degli amministratori e promuove, al contempo, le occasioni di scambio « ulteriore » tra il socio e la cooperativa rispetto alla remunerazione del capitale.

4. — Con questo ho esaurito il primo punto, su ci sarebbe ancora moltissimo da aggiungere, e intendo con eguale sintesi muovere al secondo punto.

La società cooperativa, quale modello di produzione e imputazione dei risultati dell'esercizio collettivo d'un'impresa, ha sollecitato storicamente non poche riserve e critiche nella letteratura gius-economica. In fondo, non si comprenderebbe la travagliata vicenda dell'art. 5 della legge delega, se non tenendo conto (*anche*) delle molte critiche che, dal fronte delle imprese lucrative, sono state rivolte alle società cooperative, accusate di beneficiare di vantaggi competitivi ingiustificati.

Delle principali critiche su cui è caduta l'attenzione della letteratura economica se ne possono ricordare almeno tre.

i) In primo luogo, la società cooperativa determina significativi disincentivi alla produttività, perché — come detto — massimizza il profitto *medio* di ciascun socio e non necessariamente quello totale.

Inoltre, il socio cooperatore tende a pensare la gestione dell'impresa considerando un orizzonte temporale che, in sostanza, coincide con l'appartenenza alla società cooperativa. Conseguentemente, il socio sceglie la strategia di sviluppo dell'impresa che assicura un ritorno in termini di profitto non supe-

NIN, D.C. JONES e L. PUTTERMAN, *Theoretical and Empirical Studies of Producer Cooperatives: Will Ever the Twain Meet?*, in *J. of Econ. Lit.*, 31 (1993), p. 1290 ss.

riore al termine presumibile di durata del proprio rapporto associativo. Nell'esperienza italiana si è avviato a questo limite attraverso la costituzione di riserve indivisibili tra i soci, che in questa prospettiva costituiscono una sorta di patrimonio istituzionalmente « destinato » al conseguimento della causa mutualistica ⁽¹¹⁾. L'importanza di questo dato, ad un tempo giuridico ed economico, va colta in tutta la sua complessità, basti pensare al fatto che, senza le riserve indivisibili, sarebbe impossibile spiegare il successo delle cooperative di consumo nel nostro Paese.

ii) La seconda critica che viene mossa a questo modello d'integrazione economica riguarda le inefficienze sul piano della *governance*. Sul punto faccio rinvio recettizio a molte considerazioni assolutamente condivisibili svolte in più sedi ed occasioni da Gaetano Presti ⁽¹²⁾: è, infatti, indubbio che il modello di governo della società cooperativa ponga a questo riguardo seri problemi ⁽¹³⁾.

La previsione del voto capitario, se incentiva lo scambio mutualistico, impedisce, tuttavia, l'esistenza di un mercato del controllo nella società cooperativa, perché per definizione il controllo della società cooperativa non può essere acquistato da chi lo apprezza di più, posto che il governo dell'impresa si forma sulla base del principio « una testa un voto ».

D'altra parte, e costituisce un'ulteriore ragione delle inefficienze sul piano della *governance* della società, il coinvolgimento personale del socio nella società fa sì che taluni vantaggi connessi al controllo diretto si perdano a fronte dell'incrementarsi della base sociale. È evidente che in una cooperativa composta da centinaia di migliaia di persone è del tutto illusorio pensare che possa determinarsi un controllo reciproco delle prestazioni dei soci ovvero che essi possano controllare l'operato del *management*.

iii) Infine, sono stati posti interrogativi inerenti alla struttura finanziaria della società cooperativa, perché evidentemente la partecipazione allo scambio mutualistico non avviene in funzione della remunerazione del conferimento. Ciò significa che ad un maggior investimento — dico una cosa assolutamente scontata — non coincide un incremento del potere decisionale del socio. Il che, evidentemente, sottrae incentivi a investire nella società e a dotarla di capitali sufficienti.

A queste riflessioni si aggiungono quelle che specificamente sono state rivolte a quel modello di società cooperativa storicamente affermatosi in Italia, che è appunto il modello definito dalla c.d. legge Basevi (D.L.C.P.S. 14 dicembre 1947, n. 1577), caratterizzato dalle clausole prefigurate all'art. 26,

⁽¹¹⁾ Cfr. R. COSTI, *Proprietà e imprese cooperative nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2001, I, p. 128 ss.

⁽¹²⁾ G. PRESTI, *Le banche cooperative. Funzione economica e forme giuridiche*, ed. provv., Milano, 1999.

⁽¹³⁾ V. ad es. AA.Vv., *Cooperazione e corporate governance. Regole per un mercato efficiente*, Roma, 1998.

ove è previsto il divieto di distribuzione dei dividendi per un ammontare superiore ad una soglia fissa; il divieto di distribuire ai soci le riserve durante la vita sociale; infine, allo scioglimento della società, la devoluzione dell'intero patrimonio sociale a scopi di pubblica utilità conformi allo spirito mutualistico, potendosi restituire ai soci solo il valore nominale del capitale versato e i dividendi eventualmente maturati.

Già nel « Progetto Mirone » si era delineata un'ipotesi di riforma che aveva sostanzialmente accolto la fondatezza di queste critiche. Per comprendere la genesi della riforma è, infatti, opportuno rileggere le parole della relazione illustrativa di quel progetto, che mette esplicitamente in evidenza l'eccessiva rigidità della società cooperativa sul piano della struttura finanziaria, che non incentiva l'investimento e, allo stesso tempo, determina taluni dei problemi di *governance* cui ho già fatto riferimento ⁽¹⁴⁾.

Soprattutto, il modello della cooperativa « Basevi » ha evidenziato un duplice limite: da un lato, non ha incentivato le cooperative che realizzano un'effettiva integrazione mutualistica tra i soci (: la cooperativa poteva godere delle agevolazioni fiscali indipendentemente dal fatto che effettivamente attribuisse benefici e vantaggi collegati allo scambio mutualistico ai soci); dall'altro, il modello della cooperativa Basevi non era in grado di selezionare i programmi imprenditoriali capaci di coniugare mutualità e imprenditorialità ⁽¹⁵⁾.

Se noi guardiamo alle dinamiche reali, le evidenze empiriche confermano quanto sto dicendo. Una ricerca Nomisma fatta a metà degli anni novanta conferma che le imprese cooperative italiane sono significativamente più sottocapitalizzate delle concorrenti imprese lucrative, hanno una struttura finanziaria che tende ad orientarsi verso il breve termine e, infine, evidenziano un indebitamento che può essere fisiologicamente non opportuno ⁽¹⁶⁾.

5. — In realtà, molte delle critiche che ho appena ricordato, in particola-

⁽¹⁴⁾ Nella relazione illustrativa al c.d. progetto Mirone (in *Riv. soc.*, 2000, p. 25 ss., alla p. 47) si legge che « L'insufficienza dello statuto civilistico della società cooperativa è apparsa particolarmente grave soprattutto sotto i seguenti profili: a) non consente alle imprese in forma cooperativa di acquisire capitale di rischio nella misura necessaria per far fronte alle esigenze che i mercati in cui operano propongono a tutte le imprese; b) non prevede strumenti di governo societario che incentivino nella misura necessaria l'efficienza e la qualità delle gestioni, non sottoposte neppure ai vincoli che il mercato del controllo impone alle società lucrative; c) presenta, come del resto quello della società per azioni su cui è modellato, una rigidità incompatibile con la complessità e la profonda articolazione che distinguono il mondo cooperativo in relazione sia alla dimensione delle imprese sia al tipo di attività esercitata ».

⁽¹⁵⁾ Veramente significativo è quanto scrive D. PREITE, *Modificazioni dell'ordinamento sulle imprese cooperative al fine di favorirne le funzioni di efficienza ed equità sociale*, cit., p. 241 ss.

⁽¹⁶⁾ NOMISMA, *Regole e istituzioni per un mercato efficiente. La forma cooperativa fra antiche esperienze e nuovi bisogni*, Ricerca promossa della Lega Nazionale Cooperative e Mutue, Bologna, 1995.

re quelle disancorate dalla realtà italiana, nascono da un'impostazione metodologica che presuppone il mercato perfetto.

Il discorso concettualmente si modifica in radice se si ravvisa nella cooperativa una risposta al *fallimento* e alle *inefficienze* del mercato, il che accade in tutti i casi in cui il mercato presenta un assetto monopolistico o oligopolistico, ovvero è caratterizzato da forti asimmetrie informative o da patologie di funzionamento. Basti pensare alle situazioni di mercato caratterizzate da elevata ciclicità (come l'edilizia e l'impiantistica), da un eccesso di offerta strutturale endemico (come l'agricoltura), dall'assenza d'una domanda privata⁽¹⁷⁾.

Tanto più si registrano inefficienze nel funzionamento del mercato, tanto più la cooperativa appare in grado di assicurare un saldo attivo in termini di efficienza, scontando così i costi sottesi all'adozione di questa forma giuridica. Non a caso, la cooperativa si caratterizza per essere una forma economicamente *anticiclica*, atteso che incontra un maggiore successo quando il ciclo economico è negativo (il che spiega perché i soci accettino una remunerazione del capitale inferiore a quella offerta dai mercati finanziari; ovvero così può spiegarsi perché l'andamento dei titoli delle cooperative quotate in borsa registri una *performance* superiore alla media quando il ciclo economico è negativo).

6. — Veniamo, a questo punto, alle risposte che ha dato il legislatore delegato. Mi limito a proporre solo taluni esempî per tentare di mostrare come la riflessione sin'ora svolta abbia inciso sulla nuova disciplina.

a) Iniziamo dalle regole di *governance*⁽¹⁸⁾. Tra le forme cooperative, l'accesso al modello della società a responsabilità limitata è previsto solo nelle compagini sociali molto ristrette, composte da meno di venti soci, ovvero è consentito in ipotesi di minor rilievo socio-economico quando l'attivo dello stato patrimoniale è inferiore ad un milione di euro. (art. 2519 c.c.).

Credo che una spiegazione di ciò possa trarsi dalle analisi svolte in materia di società a responsabilità limitata⁽¹⁹⁾: la *nuova* società a responsabilità limitata presuppone che i soci negozino la propria posizione nella società e nei loro rapporti reciproci. Questo, direi *per definizione*, nella società cooperativa non accade, perché esiste una rilevante asimmetria tra la posizione contrattuale del socio e il ruolo economico della società. Ciò si spiega in ragione della strutturale

⁽¹⁷⁾ G. FIORENTINI e C. SCARPA, *Introduzione*, al volume che i due a. hanno curato, *Cooperative e mercato. Aspetti organizzativi, finanziari e di strategie*, cit., p. 17.

⁽¹⁸⁾ V. R. COSTI, *Il governo delle società cooperative: alcune annotazioni esegetiche*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 233 ss. Cfr. anche R. GENCO, *Note sui principi di corporate governance e sulla riforma del diritto societario nella prospettiva delle società cooperative*, in *Giur. comm.*, 2000, I, p. 274 ss.; per taluni utili spunti cfr. P. SANTELLA, *Cooperative o fondazioni bancarie? Corporate governance nelle banche di credito cooperativo*.

⁽¹⁹⁾ V., a questo riguardo, il numero monografico di *AGE*, 2/2003, a cura di Gaetano Presti, M. Rescigno e L. Stanghellini dedicato alla nuova società a responsabilità limitata.

disparità nella forza contrattuale che contrappone la società al socio; al contempo, nella società cooperativa sono accentuati i problemi — peraltro tipici dei contratti associativi — connessi alla *razionalità limitata* dei soci, i quali non sono in grado di valutare le informazioni che provengono dalla società e, soprattutto, di prevedere l'evoluzione del rapporto mutualistico ⁽²⁰⁾.

b) La legge delega ha inteso introdurre deroghe al voto capitaro. Va detto che se s'identifica il voto capitaro con il principio generale che vige nella democrazia politica, stabilire un criterio rispetto al quale introdurre delle deroghe sarebbe stato estremamente complesso. Se si ragiona, invece, nel senso che il voto capitaro è strumentale al funzionamento del mercato « interno » alla società cooperativa, in quanto è il modo economicamente meno costoso per far partecipare i soci alla formazione della volontà comune, sulla base di questo presupposto si possono spiegare i criteri che hanno guidato l'introduzione di talune deroghe.

La prima è prevista all'art. 2538, comma 3°, c.c., alla stregua del quale « [n]elle 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 ». La norma, da un lato, indica, quale criterio di partecipazione alla formazione della volontà comune alternativo al voto capitaro, la commisurazione dell'apporto di ciascun socio allo scambio mutualistico; dall'altro, ammette una deroga solo nelle cooperative tra imprenditori ovvero nelle cooperative di secondo grado, su un duplice presupposto: a) che in queste ipotesi il diverso criterio di calcolo dei diritti amministrativi dei soci determini un incentivo significativo e apprezzabile nell'integrazione delle rispettive economie; b) che in quei casi l'apporto di ciascun socio allo scambio mutualistico sia più agevolmente misurabile, senza determinare soverchi conflitti di interesse nei rapporti tra soci.

La seconda deroga introdotta dalla riforma concerne l'elezione dell'« organo di controllo », ai sensi dell'art. 2543, comma 2°, c.c., per il quale « [l]'atto costitutivo può attribuire il diritto di voto nell'elezione dell'organo di controllo proporzionalmente alle quote o alle azioni possedute ovvero in ragione della partecipazione allo scambio mutualistico ». Il legislatore prende, dunque, atto che il controllo ha un *costo* a sostenere il quale sono più incentivati coloro che hanno una più rilevante partecipazione al capitale, ovvero che sono maggiormente coinvolti nello scambio mutualistico. Al contempo, la norma implicitamente suggerisce che in una società cooperativa vi possa essere un elemento di efficienza e di maggiore trasparenza nella gestione dell'impresa sociale *disallineando* le regole che determinano l'elezione degli amministratori e quelle che consentono di eleggere il collegio sindacale o di designare il revisore contabile (ovvero di scegliere gli amministratori indipendenti che

⁽²⁰⁾ In termini generali v. ad es. H. FLEISCHER, *Grundfragen der ökonomischen Theorie im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht*, in ZGR, 2001, p. 1 ss.

compongono il comitato di controllo interno sulla gestione nel modello di amministrazione monista).

c) Coll'esigenza di correggere i potenziali effetti negativi sulla *governance* della società, si spiega la norma che ha fissato nel limite massimo di tre mandati consecutivi la possibilità di eleggere gli amministratori (art. 2542, comma 3°, c.c.). In un modello organizzativo in cui il voto capitaro è inderogabile, i benefici privati del controllo fanno sì che l'amministratore, specie nelle grandi cooperative in cui la partecipazione effettiva dei soci è ridotta, possa divenire tendenzialmente inamovibile. Infatti, chi amministra può utilizzare la propria posizione per acquisire e conservare il consenso, venendo così a consolidare una tecnostuttura sostanzialmente sottratta a qualsiasi effettivo controllo ⁽²¹⁾.

d) Una qualche rapida considerazione merita un nuovo istituto, che supera l'idea che non sia possibile costituire più categorie di soci nelle società cooperative: si tratta della previsione che autorizza l'ammissione del « nuovo socio cooperatore in una categoria speciale in ragione dell'interesse alla sua formazione ovvero del suo inserimento nell'impresa » (art. 2527, comma 3°, c.c.). La fattispecie accoglie la proposta di James Meade, formulata in *Agathotopia*, e muove dal presupposto che l'utilità marginale apportata dal nuovo socio è (*rectius*, può essere) inferiore all'apporto che alla società cooperativa danno quanti sono soci da più tempo ⁽²²⁾. Un effetto economico che in concreto può disincentivare il funzionamento della porta aperta e l'ammissione di nuovi soci.

In questa prospettiva, la legittimità della costituzione di una categoria speciale di soci « in prova » dovrà vagliarsi, prima sul piano economico e poi in termini normativi, in relazione al fatto che *effettivamente* sussista uno scallino nell'apporto di utilità del nuovo socio a raffronto delle prestazioni di quanti sono già soci (quindi, ad esempio, appare difficilmente immaginabile nelle cooperative di consumo).

e) Un discorso a sé stante meriterebbe l'analisi della struttura finanziaria, mi limiterò pertanto a segnalare due ricadute nel nuovo testo normativo del discorso sin'ora svolto ⁽²³⁾.

La prima concerne l'inversione sistematica che si registra rispetto al regime giuridico del patrimonio sociale quale risulta dalla legge Basevi e che si traduceva nell'inappropriabilità di tutto il patrimonio sociale, con l'unica esclu-

⁽²¹⁾ Sia consentito rinviare sul punto a quanto ho scritto in *Relazione introduttiva ad una proposta per la disciplina dell'« impresa sociale »*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 335 ss.

⁽²²⁾ J. MEADE, *Agathotopia. Istruzioni per l'uso imprenditoriale della ricchezza pubblica, del lavoro e della proprietà privata*, Milano (Feltrinelli), 1989.

⁽²³⁾ R. COSTI, *I profili patrimoniali del nuovo diritto della cooperazione*, a cura di P. BENAZZO, S. PATRIARCA e G. PRESTI, *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, cit., p. 219 ss. Per taluni utili spunti v. A. MAZZONI, *Intervento alla Tavola rotonda: Quale futuro per la disciplina giuridica delle società cooperative?*, in *Le società cooperative negli anni novanta. Problemi e prospettive*, Atti del convegno internazionale in memoria di P. Verrucoli, Genova 18-19 maggio 1990 (Supplemento degli *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Genova*), Milano, 1993, p. 201 ss.

sione del capitale nominale. Nel nuovo sistema, invece, la convivenza di riserve indivisibili e di riserve divisibili — ammissibili anche nelle società cooperative a mutualità prevalente, seppure solo a favore dei soci investitori (arg. *a contrario* dall'art. 2524, comma 1°, lett. c), c.c.) — impone una coerente rappresentazione della struttura finanziaria della società e richiede, nella redazione dello stato patrimoniale, la specifica individuazione della destinazione patrimoniale delle poste e così pure del regime giuridico che le caratterizza ⁽²⁴⁾.

La seconda concerne la caratteristica dell'investimento dei soci finanziari ⁽²⁵⁾, rispetto al quale può registrarsi una *subordinazione* con l'interesse alla gestione mutualistica. Di ciò possono derivarsi concorrenti indizi significativi dalle regole che impongono che l'investitore sia necessariamente una *minoranza* nei processi decisionali della società, al fine di assegnare la gestione della società cooperativa esclusivamente alle decisioni dei soci cooperatori (art. 2526, comma 2°, c.c.). D'altra parte, il legislatore ha stabilito una precisa gerarchia, antergando la posizione dei finanziatori rispetto alla gestione mutualistica, come si evince dalla disciplina della riduzione delle riserve, prevista dall'art. 2445 *quater*, ai sensi della quale le riserve indivisibili possono essere utilizzate per la copertura di perdite solo *dopo* che sono state utilizzate le riserve divisibili tra i soci.

7. — Il lettore paziente mi vorrà perdonare per questa finale notazione.

Nella settimana della creazione si decise di progettare un quadrupede perfetto, il cavallo. Venne anche allora costituita una commissione di professori che lavorò alacremente. All'esito dei lavori della commissione, fu creato il cammello. Anche allora i professori che non avevano partecipato alla commissione criticarono molto le gobbe del cammello, perché giustamente si attendevano un purosangue. Nel nostro caso, fortunatamente, le gobbe delle norme potranno essere appianate dall'interpretazione sistematica, che è lo strumento con cui ciascuno di noi quotidianamente compone e ricomponi il tessuto normativo.

ANDREA ZOPPINI

Prof. ord. dell'Università Roma Tre

⁽²⁴⁾ Su cui, nella letteratura anteriore alla riforma, v. E. ROCCHI, *Le società a capitale variabile*, I, *Una ricognizione dei modelli*, II, *Profili ricostruttivi*, ed. provv., Modena, 2000; G. DE CECCO, *Variabilità e modificazioni del capitale sociale delle cooperative*, ed. provv., Napoli, 2002; cfr. anche gli studi raccolti a cura di P. ABBADESSA e A. FUSCONI, *Mutualità e formazione del patrimonio nelle casse rurali*, Milano, 1985.

⁽²⁵⁾ Per quanto concerne le problematiche connesse alla previgente disciplina v. in part. E. CUSA, *Il socio sorrentore nelle cooperative*, ed. provv., Trento, 2000; T. D'AMARO, *I profili patrimoniali delle società cooperative*, a cura di A. BASSI, *Società cooperative e mutue assicuratrici*, Torino, 1999, p. 297 ss.