



PROCURA GENERALE
della Corte di cassazione

Sezione 1^a civile

Udienza Pubblica del 28 giugno 2023

Sostituto Procuratore Generale

Giovanni Battista Nardecchia

Causa n. 4, r.g. n. 13516/2020

Rel. Cons. Mercolino

Con sentenza del 9 ottobre 2018 il Tribunale di xxx dichiarò il fallimento della Società (Omissis), ritenendo irrilevante, a tal fine, la natura di cooperativa a mutualità prevalente della società debitrice, in quanto esercente attività commerciale nel rispetto del criterio di economicità;

che l'impugnazione proposta dalla xxx è stata rigettata dalla Corte d'appello di xxx con sentenza del 21 febbraio 2020, la quale ha confermato l'assoggettabilità a fallimento della società debitrice, ritenendo non ostativo il disposto del D.Lgs. 3 luglio 2017, n. 112, art. 14, avente carattere meramente speciale rispetto alla disciplina generale delle cooperative, e reputando altresì ininfluyente lo svolgimento dell'attività in settori d'interesse generale per il perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale e lo scopo non lucrativo della cooperativa, a fronte dell'obiettivo economicità dell'attività esercitata, intesa quale proporzionalità tra costi e ricavi;

che avverso la predetta sentenza la xxx ha proposto ricorso per cassazione, articolato in sei motivi, illustrati anche con memoria;

che hanno resistito con controricorsi, anch'essi illustrati con memorie, il curatore del fallimento e xxx., mentre gli altri intimati non hanno svolto attività difensiva.

che con il primo motivo d'impugnazione la ricorrente denuncia la violazione del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, art. 18, comma 7, dell'art. 101 c.p.c., e dell'art. 24 Cost., comma 2 e art. 111 Cost., censurando la sentenza impugnata per aver omesso di rilevare la tardività della costituzione in giudizio di xxx, + Altri Omessi;

che con il secondo motivo la ricorrente deduce la violazione dell'art. 112 ed in subordine dell'art. 132 c.p.c., comma 2, n. 4, censurando la sentenza impugnata per aver omesso di pronunciare in ordine ai motivi di reclamo con cui erano stati fatti valere l'inadempimento da parte dei creditori dell'onere di provare il compimento di operazioni commerciali da parte della società e l'inapplicabilità del principio di non

contestazione alla concessione in subappalto dei servizi da essa gestiti, in quanto non indicati specificamente;

che con il terzo motivo la ricorrente lamenta la violazione dell'art. 132 c.p.c., comma 2, n. 4, censurando la sentenza impugnata per omessa motivazione, nella parte riguardante la fallibilità di essa ricorrente e la sussistenza dello stato d'insolvenza;

che con il quarto motivo la ricorrente denuncia la violazione dell'art. 101 c.p.c., comma 2, e dell'art. 24Cost., comma 2, e art. 111 Cost., sostenendo che, nel confermare la sussistenza dello stato d'insolvenza, sulla base di valutazioni espresse da funzionari del Ministero dello sviluppo economico e di frasi pronunciate in sede di approvazione dei bilanci, la Corte territoriale ha fondato la propria decisione su una questione rilevata d'ufficio, senza sottoporla preventivamente al contraddittorio delle parti;

che con il quinto motivo la ricorrente deduce la violazione della L. Fall., art. 5, osservando che, nel confermare la sussistenza dello stato d'insolvenza, la sentenza impugnata non ha tenuto conto del carattere transitorio dello stato d'illiquidità in cui versava essa ricorrente e dello stato di liquidazione in cui era stata posta;

che con il sesto motivo la ricorrente lamenta la violazione o la falsa applicazione della L. Fall., art. 15, art. 111 c.p.c., comma 2, e art. 132 c.p.c., comma 2, n. 4 e dell'art. 24Cost., comma 2, e art. 111 Cost., nonché l'omesso esame di un fatto controverso e decisivo per il giudizio, censurando la sentenza impugnata nella parte in cui ha ritenuto generica la denuncia della violazione dell'art. 101 c.p.c., comma 2.

La Corte, con ordinanza interlocutoria 8700/2023, rilevato che la questione sollevata con il terzo motivo di ricorso, riguardante l'assoggettabilità a fallimento delle società cooperative sociali esercenti un'attività commerciale secondo criteri di economicità, è stata risolta in senso positivo da una recente pronuncia di legittimità, successiva alla proposizione del ricorso per cassazione, la quale ha escluso la natura vincolante dei pareri resi in proposito dal Ministero dello sviluppo economico, nell'esercizio dei poteri di vigilanza attribuitigli dalla legge, nonché la rilevanza dell'eventuale assunzione della qualifica di Onlus, ai sensi del D.lgs. 4 dicembre 1997, n. 460, comma 2, ravvisandovi una norma speciale di carattere fiscale, inidonea ad integrare la diversa previsione di legge prevista dall'art. 2545-terdecies c.c. (cfr. Cass., Sez. I, 20/10/2021, n. 29245);

che il predetto principio, enunciato in Camera di consiglio su una questione in ordine alla quale non si registravano precedenti decisioni di questa Corte, ha costituito oggetto di contrastanti valutazioni in dottrina, parte della quale risulta orientata in senso favorevole all'assoggettabilità a fallimento, sulla base di considerazioni sostanzialmente analoghe a quelle svolte nella pronuncia citata, mentre altra parte appare orientata in senso contrario, in virtù del richiamo alla complessa ed articolata disciplina speciale vigente per le imprese sociali.

La Corte a fronte della novità della questione, avente una particolare rilevanza nomofilattica, in quanto idonea a riproporsi in un numero di casi tutt'altro che esiguo, della sua importanza, collegata all'ampia diffusione del modello societario in questione, e della sua complessità, derivante dalla molteplicità dei profili normativi e dommatici coinvolti, disponeva il rinvio della causa a nuovo ruolo, ai fini della trattazione del ricorso in pubblica udienza.

Il primo motivo è inammissibile ed infondato.

L'inammissibilità del primo motivo consegue alla genericità del vizio dedotto, avendo la ricorrente omesso di precisare quale attività difensiva della fallita penalizzata in ipotesi dalla tardiva costituzione in sede di reclamo, avrebbe implicato un diverso e decisamente alternativo esito in capo alla corte d'appello.

Il motivo è comunque infondato in quanto deve ritenersi di natura perentoria il termine per la costituzione del resistente nell'ambito del giudizio di reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento anche in assenza di un'espressa dichiarazione normativa. La sua inosservanza, tuttavia, non determina, per chi vi sia incorso, la decadenza dal diritto di opporsi al predetto reclamo, essendo facoltà dello stesso intervenire, produrre nuovi documenti o indicare ulteriori mezzi di prova al fine di provare la sussistenza dei presupposti di fallibilità (Cass. 2235/2018; Cass. 765/2018; Cass. 26276/2017).

Con riferimento al secondo motivo va rammentato che ad integrare gli estremi del vizio di omessa pronuncia, come chiarisce la Corte, non basta la mancanza di un'espressa statuizione del giudizio ma è necessario che sia stato completamente omesso il provvedimento che si palesa indispensabile alla soluzione del caso concreto (Cass., 13 ottobre 2017, n. 24155; Cass. civ., 11 gennaio 2016, n. 195; Cass. civ., 11 settembre 2015, n. 17956; Cass., 4 ottobre 2011, n. 20311; Cass. civ., 21 luglio 2006, n. 16788).

Ciò non si verifica quando la decisione comporti la reiezione della pretesa fatta valere dalla parte, anche se manchi in proposito una specifica argomentazione, dovendo ravvisarsi una statuizione implicita di rigetto quando la pretesa avanzata col capo di domanda non espressamente esaminato risulti incompatibile con l'impostazione logico-giuridica della pronuncia (cfr. Cass. civ. 4 ottobre 2011, n. 20311; Cass. civ., 08 marzo 2007, n. 5351; Cass. civ., 10 maggio 2007, n. 10696; Cass. civ., 21 luglio 2006, n. 16788).

Nel caso di specie la ricorrente lamenta il mancato esame di due motivi di reclamo, il secondo ed il quarto.

Con il secondo motivo di reclamo veniva denunciata la mancanza di prova della qualità di imprenditore commerciale della ricorrente, con il quarto la violazione dell'art. 115 in relazione all'applicazione del principio di non contestazione (con particolare riferimento alla concessione in subappalto di servizi gestiti per importi rilevanti).

La decisione della corte d'appello ha motivato su entrambi i profili oggetto dei motivi di reclamo.

Quanto all'attività commerciale esercitata dalla ricorrente, la decisione impugnata ha dapprima correttamente inquadrato quali fossero i requisiti per l'assoggettabilità a fallimento distinguendo tra lucro soggettivo e lucro oggettivo per poi verificare se essi ricorressero nel caso di specie (pagine 4 e 5 della sentenza).

Quanto alla presunta violazione del principio di non contestazione la sentenza affronta la questione con riferimento al terzo motivo di reclamo nella parte in cui veniva specificato che non vi era stata una violazione del contraddittorio poiché il consorzio aveva avuto la possibilità di esercitare il proprio diritto di difesa rispetto agli argomenti sollevati dalle parti ricorrenti.

La Corte ha quindi motivato sul punto integrando la motivazione del tribunale che aveva rilevato l'assenza di contestazioni (specifiche) con conseguente applicazione del principio di non contestazione.

La questione sollevata con il terzo motivo, riguardante l'assoggettabilità a fallimento delle società cooperative sociali esercenti un'attività commerciale secondo criteri di economicità, è stata risolta in senso positivo da una recente pronuncia di legittimità, successiva alla proposizione del ricorso per cassazione, la quale ha escluso la natura vincolante dei pareri resi in proposito dal Ministero dello sviluppo economico, nell'esercizio dei poteri di vigilanza attribuitigli dalla legge, nonché la rilevanza dell'eventuale assunzione della qualifica di Onlus, ai sensi del D.lgs. 4 dicembre 1997, n. 460, comma 2, ravvisandovi una norma speciale di carattere fiscale, inidonea ad integrare la diversa previsione di legge prevista dall'art. 2545-terdecies c.c. (cfr. Cass., Sez. I, 20/10/2021, n. 29245).

Pronuncia che non appare condivisibile alla luce del nuovo regime di cui al D.lgs. n. 112/2017, normativa non considerata dalla decisione della Corte.

La cooperativa sociale è soggetta, in primo luogo, alle norme di cui alla Legge n. 381/1991, e in secondo luogo, per quanto dalle prime non previsto, alle norme sulle cooperative in generale di cui al codice civile. Lo conferma l'art. 2520, comma 1, c.c., secondo cui "le cooperative regolate dalle leggi speciali sono soggette alle disposizioni del presente titolo, in quanto compatibili".

Per quanto qui interessa, ciò comporta che, mancando disposizioni particolari nella L. n. 381/1991, alle cooperative sociali dovrebbe applicarsi l'art. 2545-terdecies, c.c., secondo cui le società cooperative che esercitano un'attività commerciale sono assoggettabili, in caso di insolvenza, sia a l.c.a. che a fallimento (oggi liquidazione giudiziale), secondo il criterio della prevenzione.

Alle cooperative sociali, proprio in ragione del particolare scopo che perseguono, si applicano anche altre discipline promozionali, che individuano qualifiche normative che attribuiscono benefici di varia natura per quegli enti che le possiedono, come le qualifiche di ONLUS e di impresa sociale.

Al fine di valutare la fondatezza dei motivi è quindi necessario verificare se queste normative si occupino di insolvenza ed in caso positivo se prevedano, in favore degli enti muniti della qualifica, misure diverse da quelle loro applicabili in ragione della forma giuridica posseduta.

La prima qualifica normativa rilevante è quella di ONLUS (in particolare l'art. 10) del d.lgs. n. 460/1997, a cui non può attribuirsi rilevanza civilistica, per escludere la fallibilità, in quanto si tratta chiaramente di una normativa speciale, di carattere fiscale - intitolata "Riordino della disciplina tributaria degli enti non commerciali e delle organizzazioni non lucrative di utilità sociale" (cd. Onlus) - e peraltro di stretta interpretazione in quanto introduttiva di agevolazioni tributarie (Cass. 9830/2017, 18396/2015) nel cui ambito di applicazione non rientra affatto la disciplina circa la assoggettabilità o meno a fallimento degli enti (così correttamente Cass. 29245/2021).

Di conseguenza, qualora in base all'attività svolta, un ente fosse qualificabile, sul piano civilistico, come imprenditore ai sensi dell'art. 2082 c.c. e come imprenditore commerciale ai sensi dell'art. 2195 c.c., tali qualificazioni permarrebbero immutate anche nel caso in cui l'ente in questione avesse la qualifica (fiscale) di ONLUS.

La qualificazione come ONLUS non è quindi d'ostacolo all'astratta fallibilità delle cooperative sociali (e dei loro consorzi).

Prima della riforma del terzo settore, l'art. 17, comma 3, D.lgs. 24 marzo 2006, n. 155, di disciplina dell'impresa sociale, prevedeva che "le cooperative sociali ed i loro consorzi, di cui alla legge 8 novembre 1991, n. 381, i cui statuti rispettino le disposizioni di cui agli articoli 10, comma 2, e 12, acquisiscono la qualifica di impresa sociale. Alle cooperative sociali ed i loro consorzi, di cui alla legge 8 novembre 1991, n. 381, che rispettino le disposizioni di cui al periodo precedente, le disposizioni di cui al presente decreto si applicano nel rispetto della normativa specifica delle cooperative".

Le cooperative sociali non erano dunque automaticamente qualificate dal legislatore "imprese sociali", ma potevano ottenere tale qualifica sottoponendosi volontariamente ai due oneri di qualificazione di cui all'art. 17, comma 3, del D.lgs. n. 155/2006.

Potevano dunque a quel tempo esservi cooperative sociali "imprese sociali" e cooperative sociali prive di questa qualifica.

L'art. 15, comma 1, D.lgs. n. 155/2006, che in caso di insolvenza assoggettava le imprese sociali a l.c.a., era dunque una norma della cui concreta applicabilità alle cooperative sociali poteva discutersi soltanto con riferimento alle (poche) cooperative sociali iscritte (anche) nella sezione "imprese sociali" del Registro delle imprese e perciò in possesso della relativa qualifica. Per tutte le altre cooperative sociali (e loro consorzi), l'unica norma applicabile era ancora l'art. 2545-terdecies c.c., non potendo porsi neanche in astratto la questione del possibile concorso del citato art. 15.

Il legislatore delegante aveva incluso tra i principi e i criteri direttivi di esercizio della delega quello relativo alla “acquisizione di diritto della qualifica di impresa sociale da parte delle cooperative sociali e dei loro consorzi” (art. 6, lett. c, L. 6 giugno 2016, n. 106).

Delega in materia di impresa sociale che è stata esercitata nel D.lgs. n. 112/2017 (Nella relazione illustrativa al D.lgs. n. 112/2017 si legge infatti: “in ossequio alla legge delega, [...] si stabilisce [...] che le cooperative sociali, e i loro consorzi acquisiscono di diritto la qualifica di imprese sociali”) dove si stabilisce, nel primo periodo dell’art. 1, comma 4, che “le cooperative sociali e i loro consorzi, di cui alla legge 8 novembre 1991, n. 381, acquisiscono di diritto la qualifica di imprese sociali”.

Ne deriva che le cooperative sociali (e i loro consorzi) di cui alla L. 381/91 sono oggi, a differenza che in passato (vigente l’abrogato D.lgs. n. 155/2006), imprese sociali ex lege, senza la necessità di dimostrare il possesso di quei requisiti di qualificazione che sono invece richiesti a tutti gli altri tipi di enti (incluse le società cooperative non “sociali” ai sensi della L. n. 381/1991) per poter essere considerati “imprese sociali”.

Interpretazione condivisa dal Ministero del Lavoro e delle politiche sociali (competente in materia di imprese sociali e Terzo settore) e dal Ministero dello Sviluppo economico (competente in materia di società cooperative, incluse le cooperative sociali). Nella nota congiunta del 31 gennaio 2019, n. 29103, i due Ministeri sottolineano infatti come l’art. 1, comma 4, D.lgs. n. 112/2017, “attribuisce[] di diritto alle cooperative sociali e ai loro consorzi la qualifica di imprese sociali, con un evidente scopo premiale e agevolativo”, con la conseguenza che “non incomb[e] su tali enti, in via generale, l’onere di dimostrare il possesso dei requisiti previsti per la generalità delle imprese sociali né, di conseguenza, quello di porre in essere modifiche degli statuti finalizzate ad adeguarli alle previsioni di cui al decreto in esame”.

Ai sensi dell’art. 14 comma 1, D. Lgs. 112/2017 (in perfetta continuità col passato cioè con l’art. 15, comma 1, D.lgs. n. 155/2006) dispone che “in caso di insolvenza, le imprese sociali sono assoggettate alla liquidazione coatta amministrativa”.

La questione è quindi quella dell’applicabilità o meno alle cooperative sociali dell’art. 14, comma 1, D.lgs. n. 112/2017. Applicabilità che discende dall’interpretazione della norma di cui all’art. 1, comma 4, D.lgs. n. 112/2017 – là dove si legge che “alle cooperative sociali e ai loro consorzi, le disposizioni del presente decreto si applicano nel rispetto della normativa specifica delle cooperative ed in quanto compatibili”.

Norma di non chiara interpretazione che si presta ad una duplice lettura.

Va sicuramente privilegiata, in chiave sistematica, quella che ritiene che l’art. 14 D.lgs. n. 112/2017 possa applicarsi (anche) alle cooperative sociali (e ai loro consorzi), escludendo così l’art. 2545-terdecies c.c. dovendo prevalere la specialità della disciplina (più vantaggiosa) dello status di impresa sociale su quella (meno vantaggiosa) del tipo, di società cooperativa.

La scelta interpretativa a favore della l.c.a. si giustifica nel caso di specie alla luce di un bilanciamento tra i vari interessi in gioco tenuto conto che l'impresa sociale insolvente, esercita attività d'impresa d'interesse generale, ma che lo fa non già per scopo di lucro, bensì per finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale.

L'assoggettamento in via esclusiva alla l.c.a. presuppone l'attribuzione di una rilevanza centrale ad interessi anche diversi da (e talora addirittura confliggenti con) quelli di cui sono portatori i creditori dell'impresa.

L'opzione ermeneutica prescelta si spiega e si giustifica a fronte dell'interesse pubblico volto a favorire e promuovere, nella prospettiva della sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, comma 4, Cost. (che a sua volta costituisce attuazione dei principi costituzionali di solidarietà, art. 2 Cost., e di eguaglianza sostanziale, art. 3, comma 2, Cost.), le iniziative dei cittadini indirizzate verso il bene comune. Iniziative che trovano nell'impresa sociale e più in generale nell'ente del terzo settore la loro più naturale collocazione giuridica (Cost. sentenza n. 131 del 2020).

Ciò radica tale sistema in una dimensione che attiene ai principi fondamentali della nostra Costituzione, in quanto espressione di un pluralismo sociale rivolto a perseguire la solidarietà che l'art. 2 Cost. pone «tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico» (Cost. sentenza n. 75 del 1992) e a concorrere all'«eguaglianza sostanziale che consente lo sviluppo della personalità, cui si riferisce il secondo comma dell'art. 3 della Costituzione» (Cost. sentenza n. 500 del 1993).

In questo senso, l'art. 14 D.lgs. 112/2017 è norma sulla crisi d'impresa ispirata alla tutela dell'interesse generale piuttosto che di interessi economici particolari.

Senza considerare, infine che una diversa interpretazione condurrebbe a risultati irragionevoli, palesemente lesivi del principio di eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, comma 2, Cost., dovendosi in quel caso ritenere che l'art. 14 D.lgs. n. 112/2017 non si applichi alle cooperative sociali che sono imprese sociali di diritto, ma si applichi alle cooperative che hanno la qualifica di impresa sociale, alle imprese sociali che adottano la forma della cooperativa, oltre che tutte le altre forme adottabili comprese quelle di cui al Libro V del codice civile.

Una qualsiasi cooperativa o figura di cui al Libro V del codice civile che abbia prestato le sue forme giuridiche all'impresa sociale accedrebbe alla sola lca, la cooperativa sociale, anch'essa impresa sociale, di diritto, potrebbe anche fallire (oggi essere assoggettata a liquidazione giudiziale) secondo le regole dell'art. 2545-terdecies c.c.

In definitiva essendo la normativa chiaramente ispirata ad un favor nei confronti dell'impresa sociale sono dunque da considerarsi “compatibili”, e perciò applicabili anche alle cooperative sociali ai sensi dell'art. 1, comma 4, D.lgs. n. 112/2107, tutte le norme dello status che siano più favorevoli di quelle del tipo, tra cui, quindi, anche l'art. 14, comma 1.

Applicazione dell'art. 14, comma 1 che avrebbe dovuto determinare l'esclusione dal fallimento (ed oggi dalla liquidazione giudiziale) della ricorrente.

L'art. 2, comma 2 l.fall., norma applicabile *ratione temporis*, infatti esclude, di norma, il concorso tra liquidazione coatta amministrativa e fallimento, "salvo che la legge diversamente disponga". L'art. 196 l.fall., invece, sembrerebbe, considerare il concorso fra le due procedure come regola generale, stabilendo che "per le imprese soggette a liquidazione coatta amministrativa, per le quali la legge non esclude la procedura fallimentare, la dichiarazione di fallimento preclude la liquidazione coatta amministrativa e il provvedimento di liquidazione coatta amministrativa preclude la dichiarazione di fallimento".

Secondo l'opinione assolutamente prevalente va data la prevalenza alla norma contenuta nell'art. 2 comma 2 l.fall. e, conseguentemente, l'inciso dell'art. 196 va letto come se dicesse "per le quali la legge ammette la procedura di fallimento".

L'art. 196 deve essere interpretato nel senso che la non esclusione della procedura fallimentare debba manifestarsi sotto specie di espressa previsione. In questa prospettiva, per esempio, si poneva il richiamato art. 2545-terdecies c.c.

Interpretazione che trova conforto nel CCII dove il dettato del comma 2 dell'art. 2 l.fall. ed quello dell'art. 196 l.fall. sono congiuntamente riprodotti all'art. 295, 1° e 2° comma, salvo il riferimento alla liquidazione giudiziale in luogo del fallimento e l'opportuna precisazione che il concorso tra procedure è possibile soltanto "Quando la legge ammette la procedura di liquidazione coatta amministrativa e quella di liquidazione giudiziale".

La cooperativa sociale, in quanto impresa sociale di diritto, non poteva quindi essere assoggettata a fallimento dato che l'art. 14 D.lgs. n. 112/2017, a differenza dell'art. 2545-terdecies, c.c. non ammette (anche) la procedura di fallimento.

Si chiede quindi l'accoglimento del ricorso con l'affermazione del seguente principio di diritto: le cooperative sociali ed i loro consorzi, ai quali il D.lgs. n. 112 del 2017 attribuisce di diritto la qualifica di "imprese sociali", in caso di insolvenza sono assoggettate alla sola liquidazione coatta amministrativa, con esclusione dal fallimento.

p.q.m.

Il P.M. chiede

L'accoglimento del ricorso.

Roma, 7 giugno 2023.

**PER IL PROCURATORE GENERALE
IL SOSTITUTO
Giovanni Battista Nardecchia**