

Diritto e politica dei trasporti

rivista semestrale *open access*
di dottrina, giurisprudenza
e documentazione

Fascicolo II/2022

Promossa da
demetra
CENTRO STUDI

anno 5, n. 9 (II-2022)

La Rivista è pubblicata dal Centro Studi Demetra (Development of European Mediterranean Transportation), con sede a Roma, via F. Civinini, 85, 00197, ed è registrata presso il Tribunale di Roma al n. 150/2018 del 19 settembre 2018.

The Journal is published by the Centro Studi Demetra (*Development of European Mediterranean Transportation*), based in Rome, via F. Civinini, 85, 00197, and was registered at the Court of Rome under No. 150/2018 on 19 September 2018.

Direttore responsabile/Editor-in-Chief: Prof. Francesco Gaspari, Università degli Studi “G. Marconi” di Roma, via Plinio 44, 00193, Roma

<http://www.dirittoepoliticadeitrasporti.it/>

ISSN 2612-5056

© Centro Studi Demetra, via F. Civinini, 85, 00197, Roma

info@demetracentrostudi.it

www.demetracentrostudi.it/



Creative Commons (CC BY-NC-ND 3.0 IT)

Consentite la consultazione e la condivisione. Vietate la vendita e la modifica.

Diritto e politica dei trasporti è una Rivista *on-line* e *open-access*, classificata dall'Anvur tra le riviste di classe A nell'area disciplinare 12 (Scienze giuridiche), indicizzata da DOAJ – Directory of Open Access Journals (<https://doaj.org/>) e da ERIH PLUS – European Reference Index for the Humanities and Social Sciences (<https://kanalregister.hkdir.no>).

Diritto e politica dei trasporti is an *on-line*, *open-access* Anvur class A Journal, subject area 12 (Law). It is indexed in DOAJ – Directory of Open Access Journals (<https://doaj.org/>) and in ERIH PLUS – European Reference Index for the Humanities and Social Sciences (<https://kanalregister.hkdir.no>).

Grafica e impaginazione: Centro Studi Demetra
Pubblicato nel mese di gennaio 2023

Comitato di direzione/Executive Editors

Pres. Pierluigi Di Palma (Ente Nazionale Aviazione Civile)
Prof.ssa Maria Alessandra Sandulli (Università Roma Tre e Centro Studi Demetra)
Prof. Ruggiero Dipace (Università del Molise)
Prof. Francesco Gaspari (Università “G. Marconi” – Roma e Centro Studi Demetra)

Comitato scientifico, tecnico e di valutazione/Scientific, Technical and Referees’ Board

Dr. Ruwantissa Abeyratne (Aviation Strategies International - Montreal)
Prof. Marco Calabrò (Università della Campania “Luigi Vanvitelli”)
†Prof. Antonio Catricalà (Università “Link Campus University” - Roma)
Prof. Danilo Ceccarelli Morolli (Università “G. Marconi” - Roma)
Prof. Michele M. Comenale Pinto (Università di Sassari)
Prof. Pierre de Gioia Carabellese (Fellow of Advance HE – York, UK, e full Professor of Business Law and Regulation – ECU, Perth, Australia)
Prof. Massimo Deiana (Università di Cagliari)
Pres. Pierluigi Di Palma (Ente Nazionale Aviazione Civile)
Prof. Ruggiero Dipace (Università del Molise)
Prof. Alberto Emparanza Sobejano (Universidad del País Vasco - Spagna)
Pres. Mario Folchi (Asociación Latino Americana de Derecho Aeronáutico y Espacial - Argentina)
Prof. Fabio Francario (Università di Siena)
Prof. Francesco Gaspari (Università “G. Marconi” – Roma e Centro Studi Demetra)
Prof.ssa Loredana Giani (Università Europea di Roma)
Prof. Brian Havel (McGill University - Montreal)
Avv. Valentina Lener (Aeroporti 2030)
Prof. Mario Libertini (Università “Sapienza” - Roma)
Avv. Gianluca Lo Bianco (Ente Nazionale Aviazione Civile)
Prof. Sergio Marchisio (Università “Sapienza” - Roma)
Prof. José Manuel Martin Osante (Universidad del País Vasco - Spagna)
Pres. Gerardo Mastrandrea (Consiglio di Stato)
Prof. Roberto Miccù (Università Sapienza - Roma)
Prof. Marco Fabio Morsello (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - Brasile)
Prof. Angelo Piazza (Università di Roma “Foro Italico”)
Prof. Aristide Police (L.U.I.S.S. “G. Carli” - Roma)
Prof. Elisabetta G. Rosafio (Università di Teramo)
Prof. Francesco Rossi Dal Pozzo (Università statale di Milano)
Prof.ssa Maria Alessandra Sandulli (Università Roma Tre e Centro Studi Demetra)
Prof. Mario Sebastiani (Università “Tor Vergata” - Roma)
Prof. Christoph Schmid (Universität Bremen - Germania)
Prof. Franco Gaetano Scoca (Università “Sapienza” - Roma)
Prof. Stefano Salvatore Scoca (Università per Stranieri “Dante Alighieri” - Reggio Calabria)
Prof. Leopoldo Tullio (Università “Sapienza” - Roma)

Comitato editoriale/Editorial Board

Dott.ssa Flaminia Aperio Bella	Dott. Guglielmo Aldo Giuffrè	Prof. Marco Ragusa
Avv. Patrizia Beraldi	Prof.ssa Annarita Iacopino	Dott.ssa Lavinia Samuelli Ferretti
Avv. Luigi De Propriis	Prof.ssa Maria Assunta Icolari	Dott.ssa Ersilia Sanginario
Avv. Marco Di Giugno	Avv. Emanuela Lanzi	Avv. Francesco Scalia
Dott. Federico Di Palma	Dott. Antonio Mitrotti	Prof.ssa Martina Sinisi
Avv. Fabrizio Doddi	Avv. Andrea Nardi	Dott.ssa Veronica Sordi
Avv. Francesco Ferrara	Dott. Simone Paoli	Avv. Giovanni Terrano
Dott. Simone Francario	Avv. Anton Giulio Pietrosanti	Dott.ssa Sabrina Tranquilli
Avv. Raissa Frascella		

Modalità di invio dei contributi

Chiunque può inviare il suo scritto in file “.doc” alla direzione della Rivista (redazione@dirittoepoliticadeitrasporti.it) unitamente alle seguenti informazioni:

- 1) i dati personali dell’Autore, la qualifica accademica e/o professionale, nonché i recapiti;
- 2) un abstract in lingua inglese, che non deve superare le 1.000 battute (spazi inclusi), 5 parole chiave;
- 3) l’autorizzazione al trattamento dei dati personali forniti dall’Autore alla Rivista, ai sensi del Regolamento UE 679/2016 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 (Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati), nonché del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali);
- 4) una formale richiesta di pubblicazione, che si intende implicitamente inclusiva delle seguenti dichiarazioni da parte dell’Autore:
 - a) che il lavoro sia esclusivo frutto dell’Autore e sia stato redatto nel rispetto delle norme del diritto d’autore e della riservatezza delle informazioni anche con riferimento alle fonti utilizzate;
 - b) che l’Autore non ha già pubblicato ovvero non ha chiesto la pubblicazione dello scritto ad altra rivista telematica;
 - c) che le posizioni espresse impegnano l’Autore e non la Rivista;
 - d) che l’Autore esonera la Rivista da ogni responsabilità con riguardo alla scelta di pubblicare lo scritto, non pubblicarlo o di rimuoverlo dalla rivista in caso di violazione di norme di legge.

Il Comitato di direzione si riserva di non pubblicare i contributi che non rispettino le caratteristiche editoriali richieste. Gli autori sono gli unici responsabili dei contenuti dei loro scritti. Non si accettano scritti anonimi.

Tutti i contributi sono pubblicati in formato PDF. Si possono stampare gli “estratti” con le indicazioni tipografiche della Rivista e con la data di pubblicazione.

I criteri redazionali sono indicati nell’apposita sezione della Rivista.

Submission of contributions

Manuscripts are sent in “.doc” format to the Journal’s e-mail address (redazione@dirittoepoliticadeitrasporti.it). The e-mail includes the following information:

- 1) Author’s personal data, academic and/or professional qualifications, contacts;
- 2) abstract in Italian language of not more than 1.000 characters (including spaces), 5 key words;
- 3) authorization to process personal data provided by the Author to the Journal in accordance with Regulation EU 679/2016 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 (General Data Protection Regulation), and Legislative Decree 30 June 2003, No. 196 (Italian Personal Data Protection Code);
- 4) request to publish the manuscript, which implicitly includes the following declarations by the Author:
 - a) that the manuscript is the result of research activity conducted by the Author and that it complies with the rules on intellectual property rights and on confidentiality of information, also with regards to the sources used;
 - b) manuscript has not been already published nor has been submitted for publication to another on-line Journal;
 - c) the views expressed in the publication are the sole responsibility of the Author and do not reflect the views of the Journal;
 - d) the Author explicitly exonerates the Journal of all responsibility with regards to the choice to publish the manuscript, not to publish it, as well as to remove it from the Journal in the event of a breach of any legal provisions.

The Executive Editors reserve the right not to publish contributions that do not comply with the editorial criteria. Authors only are exclusively responsible for the contents of their writings. Anonymous writings are not accepted.

All contributions are published in PDF format. Off-prints may be downloaded and printed.

Editorial criteria are available online, in the relevant section of the Journal.

Articoli e Saggi

Cooperative sociali, Organizzazioni di volontariato ed affidamento in convenzione dei servizi di trasporto sanitario d'emergenza e urgenza. I ristorni e lo scopo di lucro *

Walter Spinaplice

*Esperto fiscale
Dottore di ricerca in diritto tributario, Università degli Studi di Foggia
Dirigente P.A.*

Abstract

“Social cooperatives, voluntary organizations and assignment of emergency and urgent medical transport services in agreement. The rebates and the purpose of profit”.

The paper analyzes the concept of “profit” in consideration of the judgements on the Third Sector. In particular, it examines how the asserted difference between voluntary organizations and social cooperatives justifies the derogation from public procurement law by the Third Sector Code. The difference between the two types of entities essentially lies in the fact that the possibility of providing rebates to members prevents the qualification of a social cooperative as a non-profit organization or association pursuant to the article 10, letter h), of Directive 2014/24.

Parole chiave: cooperative; volontariato; sanitario; ristorni; lucro.

Sommario — 1. Mutualità e lucro nelle società cooperative — 2. I profili differenziali tra ristorni e dividendi — 3. Le cooperative sociali ed il Terzo Settore — 4. Le Organizzazioni di Volontariato nel Codice del Terzo Settore — 5. L'affidamento in convenzione dei servizi di trasporto sanitario d'emergenza e urgenza.

1. Mutualità e lucro nelle società cooperative

La mutualità cooperativistica si articola secondo una latitudine che va dalla mutualità c.d. pura, caratterizzata dall'assenza di qualsiasi scopo di lucro, propria delle società cooperative a mutualità prevalente di cui all'art. 2512 cod. civ., alla mutualità c.d. spuria, caratterizzata da una maggiore dinamicità operativa anche nei confronti di terzi non soci, riferibile alle società cooperative “diverse”.

* Sottoposto a referaggio.

¹ Corte Costituzionale, sentenza 12 aprile 2022 n. 93, con nota di L. ABETE, *Società cooperative. Liquidazione coatta amministrativa e fallimento. Brevi spunti*, in *Fallimento*, n. 11, 2022, p. 1353. Un precedente si rinviene nella sentenza Corte Costituzionale, 18 luglio 1989 n. 408, secondo cui vale a giustificare la presenza nel diritto positivo di discipline dirette ad introdurre trattamenti privilegiati a favore di alcune tipologie di società cooperative (in specie di produzione e

La Corte Costituzionale¹ ha affermato che il fine mutualistico è conciliabile con il lucro “oggettivo”, da intendersi come l’economicità della gestione², ovvero il tendenziale “*pareggio di bilancio*” dato dalla proporzionalità tra costi e ricavi, dovendosi al contrario ritenersi incompatibile la mutualità con finalità di lucro “*soggettivo*”.

La tematica è stata approfondita in dottrina e giurisprudenza *in primis* sul versante dell’accesso alle procedure attivabili in presenza di crisi d’impresa.

Dalla ontologica differenza dei modelli societari ne consegue che anche una società cooperativa a mutualità “*spuria*”³, esercente un’attività commerciale e quindi soggetta anche a fallimento a norma dell’art. 2545-*terdecies* cod. civ., mantiene evidenti caratteri di differenziazione rispetto ad un’entità quale la società lucrativa, finalizzata ad un profitto “*soggettivo*”.

E’ inopinabile che anche nella fase patologica della crisi d’impresa, la società cooperativa mantenga profili di specificità rispetto ad una società lucrativa.

Parte della dottrina ha sostenuto, parzialmente discostandosi dall’arresto della Consulta appena citato, che l’asserita mancanza di lucro soggettivo nelle cooperative non sia condivisibile, in quanto è la stessa legge che consente la distribuzione ai soci dei dividendi⁴, per cui sarebbe più corretto considerare nelle cooperative esistente il lucro soggettivo, seppur limitato⁵.

La Suprema Corte di Cassazione ha affermato⁶ che lo scopo di lucro può ben essere presente anche in una società cooperativa, che pure operi solo nei confronti dei propri soci, restando la stessa assoggettata allo statuto dell’impresa, inclusa l’applicazione dell’istituto fallimentare ex art. 2545-*terdecies* c.c.⁷, quale strumento di soluzione e superamento dell’insolvenza che abbia origine in un’iniziativa imprenditoriale⁸.

Lo scopo mutualistico di una società cooperativa⁹ non è, quindi, inconciliabile con quello di lucro, quale obiettiva economicità della gestione, potendo i due fini coesistere ed essere rivolti al conseguimento di uno stesso risultato.

lavoro), tenuto conto “*che, anche se alla protezione costituzionale della cooperazione si attribuisce una finalità che va oltre la generica tutela di categorie produttive deboli, in quanto si estende al riconoscimento e alla promozione di una forma di produzione alternativa a quella capitalistica, la giustificazione della protezione stessa è comunemente rinvenuta nella più stretta inerenza che la “funzione sociale” presenta nell’organizzazione cooperativistica rispetto a quella che la detta funzione riveste nelle altre forme di organizzazione produttiva. Funzione sociale che qui viene individuata nella congiunta realizzazione del decentramento democratico del potere di organizzazione e gestione della produzione e della maggiore diffusione e più equa distribuzione del risultato utile della produzione stessa*”.

² Cfr. G.F. CAMPOBASSO, *Diritto dell’impresa*, Torino, 2003, p. 35 ss. Nel senso di escludere che la nozione di imprenditore presupponga il fine di lucro “*soggettivo*”, ovvero l’intento di conseguire un guadagno o profitto personale; quanto al lucro “*oggettivo*”, in giurisprudenza correlato all’attitudine a conseguire la remunerazione dei fattori produttivi, l’A. propende per il c.d. “*metodo economico*”, secondo cui è sufficiente che l’attività sia svolta con modalità oggettivamente tendenti al pareggio tra costi e ricavi, senza che rilevi la necessità di modalità di gestione volte alla realizzazione di ricavi eccedenti i costi, c.d. “*metodo lucrativo*”. Altra posizione dottrina evidenzia, invece, quale elemento qualificante dell’imprenditore privato lo scopo di trarre un profitto dall’attività economica, in disparte la destinazione concreta dell’utile e le motivazioni soggettive sottese: cfr. G. COTTINO, *L’imprenditore, Diritto Commerciale*, I, n. 1, Padova, 2000, p. 75 ss.

³ Società cui pure vengono riservati benefici dal legislatore, anche di natura fiscale.

⁴ A norma dell’art. 2514, comma 1, lett. a), c.c. la cooperativa a mutualità prevalente deve prevedere nel proprio statuto il divieto di distribuire i dividendi in misura superiore all’interesse massimo dei buoni postali fruttiferi, aumentato di due punti e mezzo rispetto al capitale effettivamente versato.

⁵ Cfr. G. BONFANTE, *L’identità cooperativa secondo la Corte costituzionale*, in *Le Società*, 2022, p. 685.

⁶ Vedi Corte di Cassazione, sentenza 24 marzo 2014 n. 6835, con nota di M. CAVANNA, *Note sul fallimento dell’impresa cooperativa, con qualche spunto in tema di attività agricola per connessione*, in *Fallimento*, 2014, p. 1173.

⁷ Vedi A. BONSIGNORI, *Liquidazione coatta amministrativa, I) Profili sostanziale e processuali*, in *Enc. giur.*, XIX, Roma, 1990.

⁸ Cfr. Corte di Cassazione, sentenza 20 ottobre 2021 n. 29245, con note di A. FICI, *L’insolvenza delle cooperative sociali tra disciplina del tipo e disciplina dello status*, in *Fallimento*, 2022, p. 387, e di E. CUSA, *La fallibilità delle cooperative tra mutualità, lucratività, commercialità e qualifiche speciali*, in *Società*, 2022, p. 148.

La cornice normativa codicistica⁹ depone univocamente nel senso che lo “*scopo mutualistico*”, privo di definizione nel codice, la cui prevalenza caratterizza il modello societario¹¹, è diverso dalla finalità di produrre utili da distribuire ai soci nella quale l’art. 2247 c.c. individua lo scopo del contratto di società delle società lucrative; la costituzione di una cooperativa è funzionale a fornire beni o servizi od occasioni di lavoro direttamente ai membri dell’organizzazione a condizioni più vantaggiose di quelle che otterrebbero sul mercato¹².

In specie nelle ipotesi contemplate ai nn. 2 e 3 del comma 1 dell’articolo 2512 c.c. il predetto vantaggio patrimoniale si affianca allo scopo di lucro, inteso nella sua accezione soggettiva¹³, pur nella mutualità “*pura*”, laddove siano unicamente i soci ad offrire il loro apporto alla cooperativa in termini di lavoro subordinato, beni e servizi.

Nel caso disciplinato dal n. 1 del medesimo comma e articolo, nell’evenienza in cui siano esclusivamente i soci a fungere da consumatori o utenti dei beni o servizi intermediati o prodotti dalla cooperativa, difetta qualsiasi scopo di lucro soggettivo ed il vantaggio patrimoniale è da identificare soltanto nel risparmio di spesa dovuto all’eliminazione del profitto dell’intermediario speculante.

Una tesi dottrinaia, con riferimento all’ipotesi di cui al n. 1 del comma 1 dell’articolo 2512 c.c. disconosce alla cooperativa la qualifica di “*imprenditore*”, nell’evenienza in cui siano unicamente ed esclusivamente i soci a porsi come consumatori o utenti dei beni o servizi intermediati o prodotti dalla cooperativa stessa, in quanto l’attività non è rivolta al mercato¹⁴.

È pressoché consolidata la individuazione di due distinti rapporti giuridici tra cooperativa e propri soci, l’uno di carattere associativo, che direttamente discende dall’adesione al contratto sociale e dalla conseguente acquisizione della qualità di socio, l’altro che deriva dal contratto bilaterale di scambio per effetto del quale egli si appropria del bene o del servizio offertogli dall’organismo collettivo¹⁵.

⁹ Tratto distintivo del tipo societario, cui si aggiunge la previsione del capitale variabile.

¹⁰ Ai sensi del combinato disposto degli artt. 2511 e 2515 c.c. la società cooperativa è la veste propria delle società che hanno scopo mutualistico. La mutualità si sostanzia, in primo luogo, nello svolgimento, in via esclusiva o perlomeno prevalente, dell’attività della cooperativa in favore dei soci, in quanto consumatori o utenti dei beni o servizi dalla medesima società intermediati o prodotti. La mutualità si articola, altresì, nell’avvalersi la cooperativa nello svolgimento della sua attività, in via prevalente o esclusiva, delle prestazioni lavorative dei propri soci ovvero dell’apporto dei beni o dei servizi dei soci.

¹¹ Ai sensi dell’art. 2521, comma 2, c.c. “*l’atto costitutivo... può prevedere che la società svolga la propria attività anche con terzi*”. Le società cooperative sono quindi caratterizzate da uno scopo prevalentemente, ma non esclusivamente mutualistico. L’atto costitutivo può prevedere che le stesse svolgano anche attività con terzi, fornendo ai medesimi le stesse prestazioni che formano oggetto della gestione a favore dei soci. L’attività con i terzi è di regola finalizzata alla produzione di utili, quindi può connotarsi come lucrativa, in senso oggettivo del termine. Si veda G.F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale, II, Diritto delle società*, M. Campobasso (a cura di), Torino, 2006, p. 583.

¹² Il vantaggio patrimoniale per i soci può consistere, a seconda dei casi, in un risparmio di spesa, una maggiore redditività delle loro prestazioni di lavoro subordinato ovvero una maggiore remuneratività dei beni da essi realizzati e conferiti alla società o dei servizi d’opera autonoma da essi resi e conferiti alla società; in ciò risulta eliso il profitto dell’intermediario. L’organismo collettivo cooperativistico si connota per quel particolare modo di organizzazione e di svolgimento dell’attività che sostanzia la cosiddetta “*gestione di servizio*” a favore dei soci.

¹³ Cfr. E. CUSA, *I tipi di società e le società consortili*, in *Riv. dir. civ.*, n. 2, 2022, p. 307, secondo il quale “*la società può inoltre perseguire contemporaneamente più scopi sociali, a condizione che i relativi soci mirino a rispettare almeno lo scopo caratterizzante il tipo di società da loro prescelto; così, a mo’ d’esempio, una cooperativa può prefiggersi lo scopo lucrativo soltanto se la stessa persegua almeno l’inderogabile scopo mutualistico*”.

¹⁴ Cfr. da L. ABETE, *Società cooperative. Liquidazione coatta amministrativa e fallimento. Brevi spunti, in Fallimento*, cit.: si tratta di un caso di società “*senza impresa*” e sul punto viene evidenziato l’abrogato disposto dell’art. 2511 c.c. che riferiva all’impresa lo scopo mutualistico, a confronto dell’attuale formulazione che riferisce lo scopo mutualistico alla società cooperativa. Cfr. altresì F. GALGANO, *Diritto Commerciale, L’imprenditore*, Bologna, 2003, p. 26 ss., secondo cui “*si ritiene, comunemente, che è imprenditore solo chi produce beni o servizi per il mercato*”.

¹⁵ Cfr. Corte di Cassazione, sentenza 16 aprile 2003 n. 6016, in *Giur. comm.*, II, 2004, p. 384 ss., con nota di V. BUONOCORE, *Rapporto sociale e rapporto mutualistico: una distinzione ineludibile*.

2. I profili differenziali tra ristorni e dividendi

L'art. 2545-sexies c.c., dedicato ai ristorni¹⁶ a favore dei soci cooperatori, attiene all'essenza dello scopo mutualistico¹⁷.

Dall'avanzo di gestione si traggono ristorni e utili in senso proprio, o meglio "dividendi"¹⁸. L'art. 2521, comma 3, n. 8, c.c. indica quale contenuto obbligatorio dell'atto costitutivo "le regole per la ripartizione degli utili" accanto ai "criteri per la ripartizione dei ristorni", i quali ultimi devono essere ripartiti proporzionalmente alla "quantità e qualità degli scambi mutualistici" e non già in relazione al capitale conferito.

Visto il variegato configurarsi del fenomeno cooperativo e le differenti modalità di attuazione dello scopo mutualistico, ai fini della declinazione delle modalità di erogazione dei ristorni la legge delega, in specie l'art. 5, comma 2, lett. a), L. n. 366/2001, ha riservato al riguardo i più ampi spazi possibili all'autonomia statutaria.

Il ristorno viene attribuito soltanto ai soci che abbiano partecipato agli scambi mutualistici con la cooperativa, in correlazione con l'utilizzo dei servizi della stessa, senza che rilevi la differenza tra cooperative a mutualità prevalente e diverse, ferma restando la diversa connotazione di operatività il ristorno può assumere in ragione del sottotipo societario.

La tesi da tempo prevalente in dottrina e giurisprudenza disconosce in capo al socio l'esistenza di un diritto soggettivo al vantaggio mutualistico dato dalla percezione del ristorno, ancorché costui abbia partecipato allo scambio con la cooperativa¹⁹.

I ristorni, infatti, si generano soltanto in presenza di un avanzo di gestione e vengono distribuiti soltanto se in tal senso depone la volontà (e insindacabile discrezionalità) dell'assemblea²⁰, fatte salve clausole statutarie che dispongano espressamente per un diritto alla loro percezione.

Si rileva dirimente la distinzione tra dividendi e ristorni al fine di assoggettarne o meno la distribuzione alle limitazioni quantitative legali, previste solo per i dividendi a norma degli artt. 2514, lett. a) e 2545-quinquies, comma 1, c.c.²¹.

Il disposto normativo richiede che nel bilancio venga separatamente indicata l'attività realizzata con i soci, senza specificare se la predetta separazione debba riguardare l'unico avanzo distribuibile a titolo di ristorno, piuttosto che fungere da garanzia di una ripartizione ossequiosa del parametro della proporzionalità²².

¹⁶ Tecnica con la quale i soci della cooperativa conseguono, di norma annualmente a seguito dell'approvazione del bilancio, il vantaggio mutualistico che porta alla neutralizzazione del profitto dell'intermediario. Tale funzione economica dei ristorni li fa assurgere a componente dello scopo mutualistico, ovvero l'aspirazione dei soci ad ottenere beni, servizi od occasioni lavorative a condizioni più vantaggiose di quelle ottenibili sul mercato. Cfr. M.G. PAOLUCCI, *Ristorni*, sub art. 2545-sexies c.c., in *Le società cooperative dopo la riforma*, Appendice, Padova, 2004, p. 99 ss.; G. FALCONE, *Ristorni*, sub art. 2545-sexies c.c., in *La riforma delle società, Società cooperative*, M. SANDULLI, V. SANTORÒ (a cura di), Torino, 2003, 178 ss.; G. BONFANTE, *La nuova società cooperativa*, Bologna, 2010, p. 35 ss.; P.L. MORARA, *Qualità dello scambio mutualistico ed uso del ristorno*, in *Giur. comm.*, 2012, p. 948 ss. In merito alla differenza tra assenza di scopo di lucro e scopi solidaristici, si rinvia a G. PONZANELLI, *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, Torino, 1996.

¹⁷ Cfr. R. SANTAGATA, M. GUARINI, *Commentario del codice civile. Delle società, dell'azienda e della concorrenza*, D.U. SANTOSUOSSO (a cura di), sub art. 2545-sexies. Milanofiori Assago, 2014, p. 469.

¹⁸ Secondo una tesi dottrinale la regolamentazione dei ristorni deve essere contenuta nei regolamenti di cui all'art. 2521, comma 5, c.c.; cfr. E. ROCCHI, sub art. 2521-2523, in AA.VV., *Società cooperative*, PRESTI (a cura di), in *Commentario*, P. MARCHETTI, L. BIANCHI, F. GHEZZI, M. NOTARI (a cura di), Milano, 2006, p. 151. Per altra posizione è l'atto costitutivo ovvero lo statuto la sede naturale delle clausole volte a dettare le regole per la ripartizione dei ristorni, cfr. G. MARASA, *Riflessi dei caratteri funzionali delle nuove cooperative sulla redazione dello statuto*, in *La riforma di società, cooperative, associazioni e fondazioni*, Padova, 2005, p. 174. Vedasi altresì Cfr. G. CAPO, *Commentario del codice civile. Delle società, dell'azienda e della concorrenza*, D.U. SANTOSUOSSO (a cura di), sub art. 2521, cit., p. 161.

¹⁹ Cfr. BASSI, *Principi generali della riforma delle società cooperative*, Milano, 2004, p. 48; M. CIAN, *I ristorni cooperativi*, in *Studium iuris*, 2012, p. 437 ss.

²⁰ Cfr. art. 2545, comma 3, c.c., che utilizza la congiunzione "anche" con riguardo alla possibilità che l'assemblea decida per la capitalizzazione dei ristorni anziché per la loro distribuzione.

²¹ In merito ai profili tributari, vedasi L. SALVINI, *I ristorni nelle società cooperative: note sulla natura civilistica e sul regime fiscale*, in *Rass. Trib.*, 2002, p. 1917, in favore della tesi che limita la distribuzione del solo avanzo della gestione mutualistica.

²² Cfr. R. SANTAGATA, M. GUARINI, *Commentario del codice civile. Delle società, dell'azienda e della concorrenza*, cit.

Parte della dottrina propende per discriminare ristorni da dividendi in relazione alla diversa fonte da cui provengono, rispettivamente attività mutualistica e attività con i terzi²³, altra parte discerne sulla base delle diverse modalità di distribuzione, rispettivamente commisurato agli scambi tra socio e cooperativa piuttosto che in proporzione al capitale sociale²⁴.

Può affermarsi che il ristorno caratterizza il tipo sociale cooperativo dalla società lucrativa, nella quale le utilità che derivano dalla gestione vengono ripartite mediante la distribuzione dei dividendi che valorizzano il conferimento del capitale anziché la partecipazione allo scambio mutualistico.

Altra questione dibattuta è la possibilità di distribuire a titolo di ristorno anche l'avanzo di gestione derivante dai rapporti con i terzi.

In assenza di una disposizione statutaria che disponga in tal senso, non c'è quota di ristorni che va accantonata a riserva legale: il ristorno è un vantaggio per il socio esclusivamente correlato alla quantità di scambi mutualistici con la società.

Ne consegue che l'accantonamento a riserva legale di quota parte del ristorno, senza una clausola statutaria che lo preveda, costituirebbe una distrazione inammissibile di una parte del vantaggio mutualistico a beneficio della remunerazione del capitale sociale²⁵.

Importanti ripercussioni della distinzione tra dividendi e ristorni operano sulle tecniche di redazione dei bilanci e sul trattamento fiscale, sotto il profilo del regime applicabile alla società erogatrice e quello relativo al socio percettore.

Sul punto è intervenuta in più occasioni l'Amministrazione finanziaria, propendendo per una limitazione della distribuibilità a titolo di ristorno al solo avanzo rinveniente dalla gestione mutualistica²⁶.

3. Le cooperative sociali ed il Terzo Settore

Va dato atto del formante giurisprudenziale che riconosce un carattere residuale all'impresa commerciale rispetto a quella agricola che, anche in ragione della necessaria tutela del mercato contro le insolvenze, disconosce altri modelli di imprese.

Non in linea con questa impostazione si pone quella opzione ermeneutica, di matrice giurisprudenziale, che esclude che una cooperativa sociale²⁷, in quanto *ex se* impresa sociale ai sensi dell'art. 1, comma 4, del D.Lgs. n. 112/2017, ancorché insolvente, possa essere dichiarata fallita, dovendo piuttosto essere sottoposta, come tutte le imprese sociali, a liquidazione coatta amministrativa.

²³ Cfr. R. GENCO, art. 2545-*sexies*, in *Codice civile commentato*, G.ALPA, V. MARICONDA (a cura di), Milano 2009, p. 2802.

²⁴ Cfr. N. DE LUCA, *Formazione e ripartizione dei ristorni*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, P. ABBADESSA, G.B. PORTALE (diretto da), IV, Torino, 2007, p. 1073.

²⁵ Il regolamento della società cooperativa europea distingue tra avanzo di bilancio ed utile netto quale base di computo della destinazione a riserva legale, da computarsi al netto della corresponsione dei ristorni. Sul punto cfr. R. SANTAGATA, M. GUARINI, *Commentario del codice civile. Delle società, dell'azienda e della concorrenza cit.*, p. 480, nonché dottrina ivi citata in nota 38.

²⁶ Si vedano, *ex plurimis*, le Circolari dell'Agenzia delle entrate 18 giugno 2002, n. 53/E, 9 luglio 2003, n. 37/E e 9 aprile 2008, n. 35/E.

²⁷ Sulle cooperative sociali cfr. M. IENGO, *Le cooperative di lavoro e di consumo*, in G. BONFANTE, *La società cooperativa*, in Tratt. Cottino, Milano, 2014, p. 572 ss.; G. MARASÀ, *Appunti sui requisiti di qualificazione degli enti del terzo settore: attività, finalità, forme organizzative e pubblicità*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2018, p. 687; A. FICI, *La nuova impresa sociale*, in A. FICI (a cura di), *La riforma del terzo settore e dell'impresa sociale*, Napoli, 2018, p. 343 ss.; E. CUSA, *Cooperative sociali come doverose imprese sociali*, in *Nuove leggi civ.*, 2019, p. 948 ss.; Id., *Frammenti di disciplina delle cooperative con la qualifica di impresa sociale*, in *Nuove leggi civ.*, 2021, p. 267 ss.; A. FICI, *Le cooperative sociali tra RUNTS e legislazione cooperativa*, in *Terzo Settore, non profit e cooperative*, 2021, p. 404.

Quest'ultima posizione riconosce un *tertium genus*, diverso dall'impresa commerciale e da quella agricola, costituito da un modello imprenditoriale caratterizzato dall'esercizio di un'attività operante nel sociale²⁸.

Come è noto le cooperative sociali trovano il primo addentellato normativo nella Legge n. 381 del 1991 che ne statuisce lo scopo nel perseguimento dell'interesse generale della comunità alla promozione umana e all'integrazione sociale dei cittadini attraverso la gestione di servizi socio-sanitari ed educativi oppure lo svolgimento di attività diverse - agricole, industriali, commerciali o di servizi - finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate.

Si tratta di cooperative che rientrano nel campo di applicazione dell'art. 2514 c.c., considerate di diritto a mutualità prevalente, quandanche della loro gestione di servizio possa trarre utilità per lo più i terzi²⁹.

Questa tipologia di cooperative, in ragione delle finalità sociali perseguite, può avvalersi di soci volontari che prestano la loro attività gratuitamente, in numero però non eccedente la metà dei soci, con l'ulteriore vincolo della presenza di c.d. persone svantaggiate per almeno il trenta per cento dei lavoratori della cooperativa.

Alle cooperative sociali, si applicano, in quanto compatibili con la L. n. 381/1991, le norme generali sulle cooperative e quelle del settore in cui operano.

Va rimarcato, sotto l'aspetto tributario, che ai sensi dell'art. 10 del D.Lgs. n. 460/1997 per il riordino della disciplina tributaria degli enti non commerciali e delle organizzazioni non lucrative di utilità sociale anche le cooperative sociali assumevano la qualifica di ONLUS.

L'avvento del D.Lgs. n. 155 del 2006 introduce nell'ordinamento l'impresa sociale esercitante "*un'attività economica organizzata al fine della produzione e dello scambio di beni o servizi di utilità sociale, diretta a realizzare finalità di interesse generale*".

Il quadro normativo viene radicalmente mutato con l'approvazione del Codice del Terzo Settore (di seguito CTS), di cui al D.Lgs. n. 117/2017 e della nuova disciplina dell'impresa sociale recata dal D.Lgs. n. 112/2017 in cui viene statuito che con questa figura si è in presenza di un'impresa che svolge un'attività "*di interesse generale, senza scopo di lucro e per finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale ...*".

La neo disciplina delle imprese sociali deve coordinarsi con il coevo Codice del Terzo Settore, il cui ambito e portata coinvolge enti svolgenti "*attività di interesse generale per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale*" e che espressamente include tra gli Enti del Terzo Settore anche le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, ferme restando le specificità delle discipline di cui al D.Lgs. n. 112/2017 e alla L. n. 381/1991.

4. Le Organizzazioni di Volontariato nel Codice del Terzo Settore

Le Organizzazioni di Volontariato (di seguito ODV)³⁰, come le Associazioni di Promozione Sociale, hanno ad oggetto lo svolgimento in via esclusiva o principale di una o più delle attività di interesse

²⁸ Cfr. Tribunale Siracusa, sez. fall., sentenza 5 maggio 2021, con nota di G. BONFANTE, *Cooperative sociali, imprese sociali e lca: un tertium genus di imprese?*, in *Società*, n. 7, 2021, p. 799. La questione affrontata in giurisprudenza attiene all'insolvenza di una cooperativa sociale: la *vexata quaestio* consiste nel determinare se trovi applicazione la procedura di liquidazione coatta amministrativa prevista per le imprese sociali oppure, in senso contrario, continui a prevalere la disciplina delle cooperative che lascia esperibile anche il fallimento secondo il criterio della prevenzione di cui all'art. 196 della L.fall. *Quid iuris*, tra applicabilità dell'art. 2545-terdecies c.c. ed art. 14 D.lgs. 112/2017 sull'impresa sociale. In passato, atteso che la L. n. 381/1991 non disciplina l'insolvenza della cooperativa sociale, non si opinava circa l'applicazione del disposto generale delle cooperative di cui all'attuale art. 2545-terdecies c.c.

²⁹ A tal riguardo si parla di esse come un caso di mutualità esterna di cui all'art. 2520, comma 2, c.c.

³⁰ Cfr. R. DI GIULIO, *sub artt. 32-34*, in *Codice del Terzo Settore*, C. CONTESSA, D. SIMEOLI, I. VOLPE (a cura di), Piacenza, 2019.

generale, come definite dall'art. 5 del CTS, che non vanno più svolte a favore di specifici beneficiari qualificati come soggetti svantaggiati³¹.

Le ODV possono espletare, in via secondaria, anche attività commerciali, fruendo comunque dei benefici contabili e fiscali di cui agli articoli 84 e 86 del CTS³².

Le attività delle ODV devono essere svolte prevalentemente in favore di terzi, senza escludere che delle stesse possano beneficiare gli associati e l'Organizzazione stessa³³.

Giova evidenziare che le ODV possono ammettere, su espressa disposizione dei relativi atti costitutivi, l'ammissione come associati anche di altri Enti del Terzo Settore o comunque enti senza scopo di lucro.

Regola fondante il modello di Ente è la previsione normativa riguardante l'approvvigionamento delle risorse economiche necessarie al loro funzionamento e allo svolgimento della propria attività.

A tal riguardo, in aggiunta alle liberalità, entrate da quote associative, contributi pubblici e privati, donazioni e lasciti testamentari, rendite patrimoniali ed attività di raccolta fondi, le ODV possono trarre risorse dallo svolgimento delle "attività diverse" di cui all'art. 6 CTS³⁴, a condizione che le stesse siano previste dallo statuto o dall'atto costitutivo, siano connotate dal carattere della secondarietà o strumentalità rispetto alle attività di interesse generale e siano conformi ai criteri e limiti definiti con Decreto ministeriale³⁵.

5. L'affidamento in convenzione dei servizi di trasporto sanitario d'emergenza e urgenza

Così ricostruito sinteticamente il quadro normativo nazionale che regola gli schemi collettivi delle cooperative sociali e delle ODV, va dato atto della recente pronuncia della Corte di Giustizia UE sull'ordinanza di rimessione del Consiglio di Stato italiano³⁶ in merito alla compatibilità dell'art. 57 del CTS con il diritto dell'Unione europea³⁷, in particolare alla

³¹ In questo si registra una fondamentale differenza rispetto alla disciplina previgente portata dall'art. 10, comma 2, del D.lgs. 4 dicembre 1997 n. 460.

³² Cfr. W. SPINAPOLICE, A. APRILE XIMENES, *sub art. 86*, in *Codice del Terzo Settore*, cit.

³³ Le attività svolte nei confronti dei propri associati e dei familiari e conviventi degli stessi in conformità alle finalità istituzionali dell'Ente sono da considerarsi non commerciali ex art. 79, comma 6, come per tutti gli Enti del Terzo Settore; sono invece commerciali le medesime attività, espletate nei confronti degli stessi destinatari, verso un corrispettivo specifico o una quota contributiva supplementare.

³⁴ Cfr. D. SIMEOLI, *sub art. 6*, in *Codice del Terzo Settore*, cit.

³⁵ Decreto di natura regolamentare del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze 19 maggio 2021, n. 107, che ha definito in particolare: all'art. 2, la natura strumentale delle attività diverse, che ricorre "se, indipendentemente dal loro oggetto, sono esercitate dall'ente del Terzo settore, per la realizzazione, in via esclusiva, delle finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale perseguite dall'ente medesimo"; all'art. 3, la natura secondaria delle medesime attività diverse, che si verifica "qualora, in ciascun esercizio, ricorra una delle seguenti condizioni: a) i relativi ricavi non siano superiori al 30% delle entrate complessive dell'ente del Terzo settore; b) i relativi ricavi non siano superiori al 66% dei costi complessivi dell'ente del Terzo settore".

³⁶ Cfr. Consiglio di Stato, sez. III, ordinanza 3 marzo 2021 n. 1797, con nota di S. PELLIZZARI, *L'affidamento dei servizi di ambulanza alle Organizzazioni di Volontariato*, in *Giornale Dir. Amm.*, n. 5, 2021, p. 621.

³⁷ Sull'art. 57 CTS e l'affidamento del servizio di ambulanza si vedano: R. CARANTA, *Affidamento dei servizi di ambulanza al no-profit*, in *Urb. e app.*, 2015, p. 508 ss.; F. SANCHINI, *L'affidamento diretto del servizio di trasporto sanitario al volontariato nella prospettiva della Corte di Giustizia e del Giudice Amministrativo: il problematico contemperamento tra i principi di solidarietà, sussidiarietà e tutela della concorrenza*, in *federalismi.it*, n. 9, 2016, p. 35 ss.; A. ALBANESE, *I servizi sociali nel codice del Terzo settore e nel codice dei contratti pubblici: dal conflitto alla complementarietà*, in *Munus*, n. 1, 2019, p. 139 ss.; M. TIBERI, *Il settore "no profit" nella programmazione e gestione dei servizi pubblici*, in *Munus*, n. 2, 2019, p. 575 ss.; A. SANTUARI, *Il trasporto sanitario di emergenza e urgenza tra principio di concorrenza e affidamento prioritario alle organizzazioni di volontariato nel diritto eurounitario e nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Sanità pubblica e privata*, 2019, p. 11 ss.; C. TAMBURINI, *Pubblica amministrazione e Terzo settore: le convenzioni con le ODV e le associazioni di promozione sociale*, in *Impresa sociale*, I, 2020, p. 73 ss.; F. SANCHINI, *La nuova disciplina dei rapporti fra pubblica amministrazione e terzo settore*, in *Il Codice del Terzo settore*, F. DONATI, F. SANCHINI, (a cura di), Milano, 2020, spec. p. 264 ss.; L. GORI, *Le perduranti tensioni fra diritto pubblico e diritto privato nella qualificazione degli Enti del Terzo Settore*, in *Nuova Giur. Civ.*, n.3, 2022, p. 621 ss. (nota a sentenza).

latitudine applicativa di tale disposizione normativa sotto il profilo soggettivo della esclusività, *rectius* corsia preferenziale, accordata alle ODV³⁸.

A ben vedere anche le cooperative sociali perseguono scopi non lucrativi ai sensi della disciplina nazionale e, in particolare, degli artt. 1 e 3, del D.Lgs. n. 112/2017.

La disposizione domestica disciplina una forma particolare di affidamento del servizio di trasporto sanitario³⁹ di emergenza e urgenza⁴⁰ riservato alle sole ODV escludendo, quindi, gli altri enti privi di scopo di lucro, tra cui le cooperative sociali.

Analogo rinvio era stato già proposto dalla stessa sezione del Consiglio di Stato ed ha interessato anche un pronunciamento della Consulta⁴¹.

³⁸ In passato si riteneva che la natura delle ODV, sfordite di vocazione commerciale e di scopo di lucro, non rendesse possibile alle stesse di partecipare alle gare di appalto in concorrenza con gli operatori economici. La posizione fu ribaltata dalla sentenza della Corte di Giustizia UE, sentenza 29 novembre 2007, C-119/06, *Commissione v Italia*, secondo cui le associazioni di volontariato potevano esercitare un'attività economica in concorrenza con altri operatori in quanto l'assenza di fini di lucro non esclude l'esercizio di un'attività economica in forma d'impresa ai sensi delle disposizioni del Trattato.

³⁹ Nella nota sentenza *Firma Ambulanz Glöckner v Landkreis Südwestpfalz* (C-475/99), pronunciata su rinvio pregiudiziale del giudice amministrativo tedesco, la Corte di Giustizia individuava le peculiarità del servizio pubblico di soccorso sanitario d'urgenza rispetto al mero trasporto di malati, costituendo solo il primo un servizio di interesse economico generale.

⁴⁰ Il servizio viene affidato nell'ambito degli strumenti convenzionali, per il vero già usuali dagli anni '90, contenuti negli artt. 56 e 57 CTS. In tema cfr. P. MICHARA, *Le convenzioni tra pubblica amministrazione e terzo settore*, Roma, 2005; D. MARRAMA, *Volontariato ed attività amministrativa*, in *Dir. e Proc. Amm.*, 2017, p. 1031 ss.; F. GIGLIONI, *Principi e ricadute sistemiche di diritto pubblico nella recente riforma del Terzo settore*, in *Munus*, n. 2, 2019, p. 499 ss.

⁴¹ Ci si riferisce rispettivamente a Cons. Stato, sez. III, ordinanza 18 gennaio 2021 n. 536 e Corte costituzionale sentenza 26 novembre 2020 n. 255. La Consulta, in specie, ha affermato che l'art. 57 Codice del terzo settore non esaurisce o assorbe del tutto le facoltà di deroga permesse dalla disciplina europea la quale delinea, invece, un sistema complesso di organizzazione dei servizi sociali e sanitari (in particolare, di emergenza e urgenza) anche al fine di valorizzare il ruolo delle regioni e l'apporto degli enti non lucrativi. Sul piano della normativa nazionale, già prima del CTS, erano contemplate le convenzioni con le organizzazioni di volontariato (art. 7, L. n. 266/1991) e con le associazioni di promozione sociale (art. 30, L. n. 383/2000), nonché l'art. 9, L. n. 381/1991 (tuttora vigente) in materia di cooperazione sociale, in base al quale le regioni devono determinare le modalità di raccordo con le cooperative sociali per l'espletamento dei servizi socio-sanitari attraverso la stipula di convenzioni-tipo. Inoltre, l'art. 1, comma 18, del D.Lgs. n. 502/1992 disciplina gli accordi tra il Servizio Sanitario Nazionale e gli organismi a scopo non lucrativo. La Corte Costituzionale si è altresì pronunciata in merito a questioni di legittimità costituzionale dell'art. 76 CTS in riferimento agli artt. 2, 3, 4, 9, 18, 76 e 118, quarto comma Cost., nella parte in cui riserva alle ODV i contributi per l'acquisto di autoambulanze, di autoveicoli per attività sanitarie e di beni strumentali, escludendo gli altri Enti del Terzo Settore (di seguito "ETS") svolgenti le medesime attività di interesse generale (vedi A. GIOVANNINI, *Homo homini lupus: dovere contributivo e solidarietà*, in *Dir. e Prat. Trib.*, n. 6, 2022, p. 2004 ss.). La Corte afferma che: "*poiché l'attività di interesse generale svolta senza fini di lucro da tali enti realizza anche una forma nuova e indiretta di concorso alla spesa pubblica (ciò che deriva dal necessario reinvestimento degli utili in attività orientate a una funzione sociale), il Titolo X (Regime fiscale degli enti del terzo settore) del CTS prevede misure di agevolazione fiscale che, sebbene con rilevanti diversità quanto a intensità, forme e modi, interessano però, in ogni caso, tutti gli ETS, comprese le imprese sociali - anche se per queste ultime le misure più consistenti sono previste nel decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 112... L'esigenza di una disciplina unitaria diviene invece recessiva nella disciplina del Capo IV (Delle risorse finanziarie) del Titolo VIII (Della promozione e del sostegno degli Enti del Terzo Settore), che, anche razionalizzando forme di finanziamento preesistenti, identifica un ambito dove è prevalente l'elemento attinente alla tipologia organizzativa, al punto che la normativa in oggetto non riferisce alle imprese sociali alcuna forma di contributo statale diretto, riservandola esclusivamente ad altri ETS". Benché la pronuncia in disamina non analizzi il Titolo VII rubricato "Rapporti con gli enti pubblici", in cui è inserito l'art. 57 commentato nel presente contributo, le argomentazioni della Consulta appaiono rilevanti laddove trattano il carattere discriminante delle ODV rispetto alle imprese sociali: "*la necessaria prevalenza della componente volontaristica nella struttura costitutiva delle ODV si associa al fatto che la disciplina dell'attività di interesse generale di tali enti è permeata da un vincolo particolarmente stringente anche in relazione al modo di svolgimento della stessa, preordinato a esaltare quella caratteristica di gratuità che connota l'attività del volontario... Ciò... preclude alle ODV la possibilità di ottenere dallo svolgimento dell'attività di interesse generale margini positivi da destinare all'incremento dell'attività stessa (salvo che per le attività diverse di cui all'art. 6 cod. terzo settore, che però possono essere solo «secondarie e strumentali rispetto alle attività di interesse generale»), a differenza, in particolare, delle imprese sociali..., che possono percepire forme di corrispettivo dai destinatari delle prestazioni rese.... Se quindi la regola generale è che tutti gli ETS «possono» avvalersi di volontari (art. 17, comma 1, cod. terzo settore), una regola specifica**

L'art. 57 CTS disciplina il servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza, consentendo l'affidamento diretto alle sole ODV in luogo della gara pubblica qualora il predetto affidamento sia idoneo ad assicurare la realizzazione dell'interesse generale nel perseguire finalità sociali, a garanzia degli obiettivi di solidarietà⁴².

Tale sistema di affidamento consiste in una deroga consentita dall'ordinamento europeo per i servizi di trasporto di emergenza e urgenza di cui al considerando 28 e all'art. 10, lett. h), della Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici, che abroga la direttiva 2004/18/CE (GUUE L94/65)⁴³, recepita dall'ordinamento statale dall'art. 17, comma 1, lett. h), del D.Lgs. n. 50 del 2016 (Codice dei contratti pubblici). Le citate disposizioni di matrice unionale escludono, infatti, dal loro ambito di applicazione alcuni *“servizi di difesa civile, di protezione civile e di prevenzione contro i pericoli, se forniti da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro nei limiti in cui ciò sia strettamente necessario per preservare il carattere particolare di tali organizzazioni”*.

La giurisprudenza costante della Corte di Giustizia annovera tra i suddetti servizi anche il trasporto sanitario di emergenza e urgenza⁴⁴.

Secondo gli arresti giurisprudenziali sia l'assistenza di pazienti in situazioni di emergenza in un veicolo di soccorso da parte di un paramedico-soccorritore, che il trasporto qualificato con la presenza a bordo di un soccorritore sanitario e di un aiuto soccorritore pronti all'intervento

impone alle ODV di avvalersene «in modo prevalente» (art. 32, comma 1, cod. terzo settore). Nel caso delle imprese sociali, in particolare, la regola è oltretutto ribaltata, in quanto queste possono avvalersi di volontari, ma il numero degli stessi non può superare quello dei lavoratori (art. 13, comma 2, del d.lgs. n. 112 del 2017). La Corte conclude, quindi, che *“Non appare quindi irragionevole, né discriminatorio, che il contributo oggetto della norma censurata sia accessibile solo a ETS caratterizzati dal vincolo normativo alla prevalenza dei volontari e dal connesso principio di gratuità... Rileva quindi... una giustificata connessione tra la specifica condizione che caratterizza tali soggetti e la ratio della misura di sostegno”*. Il giudice delle leggi aggiunge: *“tuttavia, questa Corte non può non segnalare al legislatore che anche altri ETS si trovano o si possono trovare in una condizione ragionevolmente assimilabile a quella delle ODV. In particolare, ciò vale per le associazioni di promozione sociale”*.

⁴² L'art. 57 CTS recita testualmente: *“nelle ipotesi in cui, per la natura specifica del servizio, l'affidamento diretto garantisca l'espletamento del servizio di interesse generale, in un sistema di effettiva contribuzione a una finalità sociale e di perseguimento degli obiettivi di solidarietà, in condizioni di efficienza economica e adeguatezza, nonché nel rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione”*. Cfr. S. PELLIZZARI, *Social services, services providers and non-economic activities in the realm of the EU social market economy*, in *The EU Social Market Economy and the Law. Theoretical Perspectives and Practical Challenges for the EU*, D. FERRI, F. CORTESE (edited by), Abingdon-New York, 2019, p. 181 ss.

⁴³ Di seguito “Direttiva 2014/24/UE”.

⁴⁴ I giudici lussemburghesi hanno affermato che: l'assenza di scopo di lucro da parte di un organismo che esercita un'attività oggettivamente economica, in quanto scambio di beni e servizi sul mercato, in concorrenza con altri operatori non porta ad escludere la natura di impresa a norma del Trattato di Funzionamento dell'UE; un contratto non esula dalla nozione di appalto pubblico per la mera circostanza che la remunerazione in questo prevista sia limitata al rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio (cfr. Corte di Giustizia UE, sentenza 19 dicembre 2012, C-159/11, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce e Università del Salento v Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a.*). Tuttavia, la Corte ha ritenuto che l'obiettivo di mantenere, per ragioni di sanità pubblica, un servizio medico ed ospedaliero equilibrato ed accessibile a tutti, contribuendo al conseguimento di un livello elevato di salvaguardia della salute e sanità pubblica, può rientrare in una delle deroghe alla libera prestazione di servizi (cfr. Corte di Giustizia UE, sentenza 19 aprile 2007, C-444/05, *Aikaterini Stamatelaki v NPDD Organismos Asfaliseos Eleftheron Epangelmaton (OAE)* e Corte di Giustizia UE, sentenza 2 dicembre 2004, C-41/02, *Commissione delle Comunità europee v Regno dei Paesi Bassi*). Cfr. R. PAPPALARDO, *sub art. 57, Codice del Terzo Settore*, cit. Di rilievo le decisioni pronunciate su rinvio dei giudici italiani nei casi *Spezzino* (C-113/13, *Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» e a. v San Lorenzo Soc. coop. Sociale e Croce Verde Cogema cooperativa sociale Onlus*) e *Casta* (C-50/14, *Consorzio Artigiano Servizio Taxi e Autonoleggio (CASTA) e a. v Azienda sanitaria locale di Ciriè, Chivasso e Ivrea (ASL TO4) e Regione Piemonte*), prima del recepimento delle Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio (GUUE L94/1), Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio (GUUE L94/65) e Direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio (GUUE L94/243). La Corte di Giustizia stabiliva che alcune deroghe all'applicazione della disciplina sui contratti pubblici potevano essere giustificate da ragioni obiettive di interesse generale tali da ammettere previsioni di favore per il settore *no profit* nella misura in cui la partecipazione di questo *“ad un servizio di interesse generale”* si richiami *“al principio di solidarietà”* e garantisca allo Stato membro di evitare *“ogni spreco di risorse finanziarie, tecniche e umane”*. La Corte ha

rientrano nella “*prevenzione contro i pericoli*” di cui all’art. 10, lett. h) della Dir. 2014/24/UE, con la conseguenza che, con riguardo a detti servizi, è legittimo l’affidamento diretto a soggetti privi di scopo di lucro⁴⁵.

Con particolare riferimento al servizio di trasposto sanitario di emergenza e urgenza, i giudici del Lussemburgo hanno già precisato che la sfera di discrezionalità garantita agli Stati membri “*li autorizza, nell’ambito dei servizi di difesa civile, di protezione civile e di prevenzione contro i pericoli, a privilegiare l’aggiudicazione, a favore di organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro, di un appalto..., purché siano rispettate le condizioni previste all’art. 10, lett. h), di tale direttiva*”.

La posizione della Corte volge nel senso che quest’ultima disposizione deve essere interpretata nel senso che rientrano nell’esclusione dall’applicazione delle norme di aggiudicazione degli appalti pubblici prevista in detto articolo l’assistenza prestata a pazienti in situazione di emergenza in un veicolo di soccorso da parte di un paramedico/soccorritore sanitario, di cui al codice CPV 75252000-7 (servizi di salvataggio) e il trasporto in ambulanza qualificato, di cui al codice CPV 85143000-3 (servizi di ambulanza), a condizione che esso sia effettivamente assicurato da personale debitamente formato in materia di pronto soccorso e che riguardi un paziente per il quale esiste un rischio di peggioramento dello stato di salute durante tale trasporto.

La possibilità di beneficiare di tale esclusione presuppone, inoltre, che il servizio di ambulanza venga fornito da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro e che sussista una situazione di emergenza.

Venendo alle ordinanze di rimessione da ultimo avanzate dal Consiglio di Stato, che hanno portato alla pronuncia della Corte di Giustizia indicata in premessa, i giudici di Palazzo Spada hanno sospeso il giudizio di cui avevano cognizione in attesa della decisione della Corte di Giustizia sul rinvio già proposto con l’ordinanza Cons. Stato n. 536/2021, a fronte di una fattispecie analoga, nell’ambito della quale si poneva la questione della compatibilità dell’art. 57 CTS con la normativa eurounitaria “*li dove non contempla le cooperative sociali e più in generale le imprese sociali tra i possibili affidatari tramite convenzionamento del servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza*”.

altresì precisato che il ricorso in via prioritaria agli enti non lucrativi, oltre a contribuire alla finalità sociale, è consentita se questi non traggono alcun profitto dalle loro prestazioni oltre al “*rimborso di costi variabili, fissi e durevoli nel tempo necessari per fornire le medesime*”. In linea con questo orientamento, il legislatore nostrano è intervenuto con l’art. 57 del CTS.

⁴⁵ Vedasi Corte di Giustizia UE, sentenza 21 marzo 2019, C-465/17, *Falck Rettungsdienste GmbH e Falck A/S v Stadt Solingen* e Corte di Giustizia UE, ordinanza 6 febbraio 2020, C-11/19, *Azienda ULSS n. 6 Euganea v Pia Opera Croce Verde Padova*. Quest’ultimo caso riguardava un’azienda sanitaria che si era determinata ad organizzare il servizio di trasporto sanitario d’emergenza mediante accordi di partenariato tra enti pubblici, previsti dalla legge regionale, anziché ricorrere alle procedure di esternalizzazione, tra cui rientra il sistema di convenzionamento di cui all’art. 57 CTS. Ad avviso della Corte: “*l’articolo 10, lettera h), e l’articolo 12, paragrafo 4, della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014... devono essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa regionale che subordina l’aggiudicazione di un appalto pubblico alla condizione che un partenariato tra enti del settore pubblico non consenta di garantire il servizio di trasporto sanitario ordinario, sempre che la scelta espressa a favore di una particolare modalità di prestazione di servizi, ed effettuata in una fase precedente a quella dell’aggiudicazione dell’appalto pubblico, rispetti i principi di parità di trattamento, non discriminazione, riconoscimento reciproco, proporzionalità e trasparenza*”; le medesime disposizioni normative di matrice unionale “*non ostano ad una normativa regionale che impone all’amministrazione aggiudicatrice di giustificare la sua scelta di aggiudicare il servizio di trasporto sanitario ordinario mediante gara d’appalto anziché di affidarlo direttamente mediante una convenzione conclusa con un’altra amministrazione aggiudicatrice*”. Nella nota sentenza *Irgita* (C-285/18), avente ad oggetto una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell’articolo 267 TFUE, dalla *Lietuvos Aukšciausias Teismas* (Corte Suprema di Lituania), nel procedimento promosso da *Kauno miesto savivaldybe, Kauno miesto savivaldybes administracija*, con l’intervento di *UAB «Irgita», UAB «Kauno švara»*, la Corte di Giustizia ha ribadito il principio per cui va riconosciuta la libertà degli Stati membri di scegliere la modalità di prestazione di servizi mediante la quale le amministrazioni aggiudicatrici intendono provvedere alle proprie esigenze, in quanto alla luce del considerando 5, Dir. 2014/24/UE, “*nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva*”.

Con la successiva ordinanza in commento il Consiglio di Stato ha posto il quesito circa la rilevanza per la nozione di “*organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro*”, della possibilità per le cooperative sociali di ripartire ai soci ristorni correlati ad attività di interesse generale ex art. 2545-*sexies* c.c.

In riscontro alle ordinanze di rimessione, la Corte di Giustizia UE, ottava sezione, con sentenza 7 luglio 2022 resa nelle cause riunite C-213/21 e C-214/21⁴⁶, offre un’interpretazione dell’articolo 10, lettera h), della direttiva 2014/24 nel senso che esso non osta a una normativa nazionale che prevede che servizi di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza possano essere attribuiti mediante convenzione, in via prioritaria, soltanto a organizzazioni di volontariato e non a cooperative sociali, in quanto queste ultime possono distribuire ai soci ristorni correlati alle loro attività.

In primo luogo, affermano i giudici europei che la nozione di organizzazioni o di associazioni “*senza scopo di lucro*” è definita in opposizione ad un raggruppamento a scopo di lucro, volto a realizzare un profitto.

Tale nozione viene così a ricomprendere anche organizzazioni basate sull’azionariato dei lavoratori o sulla loro partecipazione attiva al governo societario, quali le cooperative sociali, a condizione che esse non perseguano scopi di lucro.

La Corte chiarisce che l’eccezione prevista all’art. 10, lett. h), della direttiva 2014/24, in quanto di natura derogatoria rispetto all’ambito di applicazione della direttiva, va interpretata restrittivamente⁴⁷.

Il passaggio nodale delle argomentazioni svolte attiene alla nozione di organizzazioni o di associazioni “*senza scopo di lucro*”, che a tali fini deve essere strettamente circoscritta alle organizzazioni e alle associazioni che non perseguono alcun fine di lucro e che non possono procurare alcun utile, neppure indiretto, ai loro membri.

La Corte, ribadendo quanto affermato in un suo precedente⁴⁸, afferma quindi che rientrano in tale nozione le organizzazioni o le associazioni che hanno l’obiettivo di svolgere funzioni sociali, che non hanno finalità commerciali e che reinvestono eventuali utili al fine di raggiungere l’obiettivo della stessa organizzazione o associazione.

Ne consegue che le organizzazioni o le associazioni che hanno la possibilità di distribuire utili ai loro membri non rientrano nell’ambito di applicazione dell’articolo 10, lettera h), della direttiva 2014/24⁴⁹.

La Corte, quindi, partendo dall’assunto che lo statuto della cooperativa in giudizio prevede che l’assemblea possa decidere l’erogazione di ristorni a ciascuno dei soci, considerato che i ristorni costituiscono uno strumento per attribuire un vantaggio ai soci di una cooperativa

⁴⁶ *Italy Emergenza Cooperativa Sociale v Azienda Sanitaria Locale Barletta-Andria-Trani e Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza*.

⁴⁷ Viene all’uopo richiamata Corte di Giustizia UE, sentenza del 20 marzo 2018, C-187/16, *Commissione v Austria (Tipografia di Stato)*, punto 77.

⁴⁸ Cfr. sentenza C-465/17 cit., punto 59.

⁴⁹ Tale interpretazione è peraltro confortata dall’articolo 77 della direttiva 2014/24, in combinato disposto col considerando 118 della stessa, che consente agli Stati membri di prevedere che le amministrazioni aggiudicatrici possano riservare il diritto di partecipare a procedure speciali per l’aggiudicazione di appalti pubblici relativi esclusivamente a determinati servizi alle organizzazioni che soddisfano le condizioni elencate in detto articolo 77, paragrafo 2, in specie: l’eventuale distribuzione o redistribuzione degli utili dovrebbe essere basata su considerazioni partecipative; le strutture di gestione o di proprietà dell’organizzazione che esegue l’appalto si articolano su principi di azionariato dei dipendenti o partecipativi, ovvero richiedono la partecipazione attiva di dipendenti, utenti o soggetti interessati.

conclude nel senso che l'esistenza di siffatta possibilità di distribuzione di "utili"⁵⁰ dovrebbe ostare alla qualificazione di una cooperativa sociale, come organizzazione o associazione "senza scopo di lucro" ai sensi dell'articolo 10, lettera h), della direttiva 2014/24.

Dalle conclusioni e statuizioni della Corte di Giustizia UE emerge la definizione a geometrie variabili di "lucro".

A parere di chi scrive la decisione dei giudici di Lussemburgo non ha condiviso la specificità del modello cooperativo, cui si attaglia forse meglio una nozione di lucro che faccia assumere rilievo, come utile da reinvestire, soltanto alla provvista risultante dopo la ripartizione dei ristorni, in linea con quanto previsto dall'art. 3, comma 1, del D.Lgs. n. 112/2017.

In definitiva, può affermarsi che l'art. 57 CTS assurga ad una delle possibili forme di organizzazione del servizio a disposizione della P.A., che vi ricorre in via prioritaria, fermo restando il ricorso ad accordi o convenzioni con tutte le "organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro" previste dall'ordinamento interno⁵¹.

⁵⁰ A ben vedere, l'art. 3, comma 2-bis, del D.lgs. 112/2017 stabilisce che "...non si considera distribuzione, neanche indiretta, di utili ed avanzi di gestione la ripartizione ai soci di ristorni correlati ad attività di interesse generale di cui all'articolo 2, effettuata ai sensi dell'art. 2545-sexies del codice civile e nel rispetto di condizioni e limiti stabiliti dalla legge o dallo statuto, da imprese sociali costituite in forma di società cooperativa, a condizione che lo statuto o l'atto costitutivo indichi i criteri di ripartizione dei ristorni ai soci proporzionalmente alla quantità e alla qualità degli scambi mutualistici e che si registri un avanzo della gestione mutualistica".

⁵¹ Cfr. art. 55 CTS sulla co-programmazione e co-progettazione con tutti gli ETS e, limitatamente alle ODV e Associazioni di Promozione Sociale, le convenzioni ai sensi dell'art. 56 CTS.

Promossa da:

demetra
CENTRO STUDI