

Accertamento del passivo

Iscrizione all'albo delle società cooperative e riconoscimento del privilegio ex art. 2751-bis n. 5), codice civile

TRIBUNALE MONZA 13 luglio 2005

Pres. Paluchowski - Est. D'Aquino - C.G.W. S.c. a r.l. c. fall. C.G.

Fallimento - Accertamento del passivo - Crediti delle cooperative di produzione e lavoro - Privilegio - Mancata iscrizione - Configurabilità

La mancata iscrizione della cooperativa all'apposito registro prefettizio ex art. 14 del regolamento approvato con r.d. 12 febbraio 1911, n. 278, non preclude il riconoscimento del privilegio di cui all'art. 2751-bis n. 5 codice civile.

Fallimento - Accertamento del passivo - Crediti delle cooperative di produzione e lavoro - Privilegio - Prevalenza del lavoro dei soci sui salariati esterni e sul capitale - Configurabilità

Il privilegio di cui all'art. 2751-bis n. 5 codice civile compete alle cooperative che realizzino il principio della mutualità prevalente e che, nel periodo cui risalgono le prestazioni, si siano avvalse del lavoro dei soci in modo prevalente rispetto a quello dei salariati esterni e all'apporto di capitale.

Fallimento - Accertamento del passivo - Crediti delle cooperative di produzione e lavoro - Privilegio - Limiti

Il privilegio di cui all'art. 2751-bis n. 5 codice civile si estende ai corrispettivi dei servizi prestati e della vendita dei manufatti, non anche ad altri crediti della cooperativa.

(Artt. 93, 99 legge fallimentare; 13 D.Lgs. 1577/47; 2751-bis codice civile)

Il Tribunale (omissis).

È incontestata la tempestività del ricorso, non risultando che l'opposizione sia stata presentata oltre il termine di cui all'art. 98, primo comma, legge fallimentare.

L'opposizione incardinata dall'opponente attiene al mancato riconoscimento del carattere privilegiato del credito già ammesso al passivo del fallimento opposto al chirografo il cui importo - peraltro documentato da titolo esecutivo - non è stato oggetto di contestazione né nell'an, né nel quantum.

A questo proposito deve rilevarsi come la ragione dell'esclusione della natura privilegiata del credito è stata fondata sul fatto che la società opponente non risultava autorizzata dal Ministero competente e in quanto non risultavano provati i presupposti di legge previsti dall'art. 2751-bis, n. 5, codice civile in relazione ai crediti delle società od enti cooperativi di produzione e di lavoro,

per i corrispettivi dei servizi prestati e della vendita dei manufatti.

Deve, quindi, preliminarmente valutarsi se una società cooperativa, benché in liquidazione, come la ricorrente possa invocare il privilegio di cui all'art. 2751-bis n. 5, codice civile pur non essendo iscritta all'apposito registro previsto dall'art. 13 D.Lgs. C.p.s. 14 dicembre 1947 n. 1577 e oggi - analogamente che per le imprese artigiane - le quali devono essere iscritte in un albo provinciale e in una sezione istituita presso la C.C.I.A.A.

La odierna opponente non ha, difatti, dimostrato di essere iscritta al registro di cui all'art. 13 D.Lgs. c.p.s. 14 dicembre 1947 n. 1577 (registro prefettizio delle cooperative di cui all'art. 14 del regolamento approvato con R.D. 12 febbraio 1911, n. 278).

Sotto questo profilo si riscontrano diversi orientamenti in giurisprudenza. Secondo una prima opinione richia-

mata dalla stessa opponente, ai fini del riconoscimento del privilegio del credito vantato da una cooperativa di produzione e di lavoro, ai sensi dell'art. 2751-bis, n. 5, codice civile, non è rilevante la struttura formale dell'ente, né la sua iscrizione nel registro prefettizio, ma è necessario dimostrare che i soci della cooperativa sono persone fisiche che svolgono un'attività lavorativa corrispondente all'oggetto sociale della società (Trib. Reggio Emilia 1° marzo 1988). In particolare, la mancata iscrizione nel registro prefettizio non esclude l'applicazione del privilegio generale mobiliare poiché tale privilegio non rientra tra le agevolazioni cui si riferisce l'art. 16, D.Lgs. c.p.s. 14 dicembre 1947, n. 1577 (App. Roma 30 aprile 1981).

Secondo altro orientamento l'aspetto formale dell'iscrizione nella sezione del registro prefettizio ai fini del riconoscimento del privilegio previsto dall'art. 2751-bis, n. 5, codice civile, è requisito necessario - benché non sufficiente, dovendosi verificare anche attraverso lo statuto il perseguimento di scopi mutualistici attraverso la gestione associata dell'attività dei soci (Trib. Perugia 13 marzo 1992). Ulteriore orientamento ritiene che - ai fini della tutela privilegiata del credito ex art. 2751-bis n. 5, codice civile - l'iscrizione del creditore nel registro delle cooperative di produzione e lavoro ha valore di presunzione semplice, la quale può essere vinta dalla prova che in concreto la cooperativa non abbia i requisiti della mutualità e della prevalenza dell'apporto del lavoro personale dei soci sul capitale (Trib. Bologna 1° febbraio 1993).

Viceversa la dottrina ritiene che l'iscrizione del creditore nella apposita sezione del registro prefettizio di cui all'art. 13 D.Lgs. C.p.s. non è non solo sufficiente, ma neanche necessaria ai fini del riconoscimento del privilegio in questione.

Tale ultima opinione deve ritenersi condivisibile. La cooperativa, a differenza dell'impresa artigiana, ha una struttura formale che la caratterizza specificamente. Tale struttura - richiamata dalla norma di cui all'art. 2751-bis, n. 5, codice civile - è quella delle società cooperative, ovvero quella di «enti» cooperativi di produzione e lavoro, ovvero persone giuridiche private (come ad es. le compagnie portuali) per i quali - pur svolgendosi in concreto attività imprenditoriale - ricorrano i requisiti della mutualità.

Viceversa, ai fini dello svolgimento dell'attività artigiana non è necessaria una specifica strutturazione dell'attività secondo un determinato schema imprenditoriale, potendo l'artigiano esercitare la propria attività anche nelle forme delle società di capitali (escluse S.p.a. e S.a.a.), unipersonali e pluripersonali (artt. 3 e 5 l. 443/85 come modificato dalla l. 133/97), circostanza che attribuisce - rispetto alle società ed enti cooperativi - maggiore rilievo al dato formale amministrativo dell'iscrizione nell'Albo Imprese Artigiane (albo provinciale e sezione istituita presso la C.C.I.A.A.). Difatti, se la mancata iscrizione all'Albo Imprese Artigiane può astratta-

mente precludere la valutazione dell'esistenza di una attività artigiana «di fatto», diversamente la mancata iscrizione nel registro prefettizio delle cooperative -nonché la mancanza dei requisiti indicati dall'art. 23 D.Lgs. C.p.s. - non influisce sulla esistenza della cooperativa (Cass. 6 luglio 1953, n. 2137). La società od ente cooperativo sussiste, pertanto, di per sé ai fini civilistici, senza che, peraltro, possa usufruire delle agevolazioni tributarie e delle altre misure di sostegno di carattere pubblicistico.

Deve, pertanto, ritenersi non ostativo ai fini civilistici, e pertanto, ai fini del riconoscimento del privilegio di cui all'art. 2751-bis, n. 5, codice civile la mancata iscrizione *ratione temporis* al registro di cui all'art. 13 D.Lgs. c.p.c. come modificato dalla l. n. 381/1991, essendo requisito necessario ai fini formali che l'opponente sia strutturata in forma di società cooperativa. Essendo la ricorrente una società cooperativa, deve ritenersi rispettato il requisito formale necessario per l'invocazione del privilegio generale mobiliare di cui all'art. 2751-bis n. 5 codice civile.

La struttura di società cooperativa della opponente è requisito necessario ma non sufficiente per la ricorrente perché possa invocare il nominato privilegio generale mobiliare. Deve, quindi, passarsi all'esame dei requisiti che l'ente cooperativo opponente deve assumere per godere effettivamente ai fini civilistici del privilegio di cui all'art. 2751-bis n. 5 codice civile.

Tradizionalmente si ritiene che i requisiti essenziali perché una cooperativa di produzione e lavoro (società o ente) sia ammessa al privilegio del credito ex art. 2751-bis n. 5 codice civile - introdotto dalla l. n. 426/75 - sono, per un verso, correlati alla effettività e «pertinenza» professionale del lavoro dei soci, e, per altro verso, alla prevalenza del lavoro di questi ultimi rispetto a quello dei non soci (Cass., sez. I, 7 aprile 1997, n. 2984). La circostanza che - in caso di concorso di soci lavoratori e salariati esterni alla compagine societaria - il lavoro dei soci prevalga sul lavoro dei non soci, ai fini del riconoscimento del privilegio dei crediti delle cooperative di produzione e lavoro è consequenziale alla ricorrenza della c.d. «gestione di servizio», ossia della creazione a beneficio dei soci di occasioni di lavoro a condizioni più favorevoli e remunerative di quelle altrimenti conseguibili alle dipendenze altrui e alla eliminazione del profitto dell'imprenditore capitalista che si limita alla mera prestazione dei beni strumentali (Trib. Napoli 2 marzo 1999).

Tali requisiti sono ricavabili sia dalla genesi normativa dell'art. 2751-bis codice civile - requisiti peraltro già richiesti ai fini fiscali dall'art. 23 D.Lgs. c.p.s. n. 1577/47: costituzione con almeno nove soci (requisito oggi confermato dal novellato art. 2522 codice civile per le società cooperative) e identificazione tra soci e lavoratorisia dalla natura dei crediti assistiti dal privilegio, che, per essere relativi esclusivamente alla vendita dei manu-

fatti e alla somministrazione dei servizi, appaiono strettamente correlati al lavoro personale e diretto dei soci. Tali principi devono ritenersi ulteriormente vigenti anche alla luce della novella della mutualità e del sistema delle cooperative di cui al D.Lgs. 6/03 e al novellato art. 2512 codice civile. In particolare, deve ritenersi che possano definirsi società cooperative di produzione e lavoro tali da poter accedere alle provvidenze civilistiche - e in particolare al privilegio di cui all'art. 2751-bis, n. 5 codice civile le cooperative che realizzino il principio della mutualità prevalente e che, nella specie, si avvalgano prevalentemente nello svolgimento della loro attività delle prestazioni lavorative dei soci (art. 2512, n. 2, codice civile). Sono, pertanto, società cooperative di lavoro le società cooperative c.d. a mutualità prevalente, in cui - in relazione alla attività caratteristica della cooperativa (di produzione, di lavoro, di consumo) - risulti prevalente l'attività proveniente dall'organizzazione dei fattori produttivi ascrivibili ai soci (ovvero svolta prevalentemente a beneficio dei soci).

Tale giudizio di prevalenza va effettuato a termini dell'art. 2513 codice civile (nella specie delle cooperative di lavoro, prevalenza del costo del lavoro dei soci), norma che di fatto ha codificato la precedente e menzionata giurisprudenza in materia di prevalenza nelle cooperative del lavoro dei soci rispetto a quello dei salariati esterni e di prevalenza del fattore lavoro dei soci sull'apporto di capitale. Tale ultimo requisito (prevalenza del lavoro dei soci rispetto all'apporto di capitale - è, del resto, comune a tutte le prestazioni aventi come causa del credito il lavoro, sia pure non subordinato, caratteristica propria dei crediti di cui all'art. 2751-bis codice civile. Requisito, peraltro, caratteristico del credito ugualmente privilegiato ex art. 2751-bis n. 5 codice civile (credito dell'artigiano), secondo cui il creditore deve dimostrare che l'impiego del fattore produttivo lavoro (proprio o dei soci della società artigiana) sia prevalente sull'apporto del fattore capitale. Se, pertanto, la cooperativa formalmente strutturata in forma di cooperativa di produzione e lavoro presenti una struttura tale da comportare l'utilizzazione del capitale finanziario accumulato e del lavoro dei non soci in misura preponderante rispetto alla attività degli associati il privilegio di cui all'art. 2751-bis n. 5, codice civile non può essere riconosciuto (Cass., sez. I, 24 gennaio 1995, n. 840).

Il periodo in relazione al quale va accertato il giudizio di prevalenza è quello nel quale sono state eseguite le prestazioni per le quali si richiede il riconoscimento del privilegio. Pertanto va verificato se, nell'anno di esercizio nel corso del quale sono state eseguite le prestazioni, l'ente cooperativo opponente abbia sostenuto costi per il lavoro dei soci in misura prevalente rispetto agli altri fattori produttivi.

A questo proposito devono esaminarsi i seguenti elementi ricavabili dalla documentazione in atti, riassunti sinteticamente da parte opponente nella propria comparsa conclusionale.

Come risulta dal decreto ingiuntivo già agli atti del fascicolo fallimentare, le fatture si riferiscono a prestazioni relative al periodo ottobre 2000 - agosto 2001, eseguite prevalentemente durante l'anno di esercizio 2001. Peraltro, la ricorrente ha dichiarato di avere percepito acconti, per cui ha chiesto l'ammissione di una minor somma, pari a poco più di un terzo del credito. Dovendosi imputare gli acconti al credito più antico ex art. 1193, secondo comma codice civile deve dedursi che i crediti siano relativi alle prestazioni effettuate nell'anno 2001. Deve, quindi, ritenersi che il periodo al quale deve aversi riguardo per valutare l'esistenza del privilegio richiesto è quello di maturazione del credito insinuato, ovvero l'esercizio 2001. A questo proposito l'opponente ha prodotto in atti la dichiarazione dei redditi dell'anno 2002, che comprende anche i dati del bilancio al 31 dicembre 2001, il cui esame si rivela decisivo per la decisione.

L'opponente non ha denunciato nell'anno di imposta 2002 alcun ricavo, circostanza del resto compatibile con il fatto che fosse già all'epoca in liquidazione. Né risulta che in tale periodo di imposta ha sostenuto alcun costo per il personale, risultando viceversa di avere riportato una perdita per Euro 11.827,00.

Viceversa, la società opponente ha denunciato nell'anno di imposta 2001 ricavi per Euro 1.299.669,00 e ha sostenuto oneri per Euro 671.772,00 per costo del personale.

L'opponente assume che, oltre tali costi, ha sopportato - presumibilmente per il medesimo anno di imposta, posto che i valori che offre per fatturato e costi per personale sono i medesimi - ulteriori costi derivanti dall'impiego del fattore lavoro per Euro 671.772,00. La circostanza non è provata. A parte la singolarità che il costo del lavoro dei soci lavoratori coincida con quello dei soci non lavoratori, non è pensabile che una società che abbia ricavi per Euro 1.299.669,00 e presenti costi per il solo personale per oltre Euro 1.340.000,00. Evidentemente, come risulta dal bilancio in atti, i dati cui fa riferimento l'opponente consistono nell'esplosione delle singole voci costitutive del costo complessivo del lavoro, voci che non possono costituire duplicazione della voce generale, bensì individuano la singola voce costitutiva della voce generale (retribuzioni, T.F.R., oneri accessori).

Deve, pertanto, ritenersi che la società opponente abbia sostenuto nel 2001 costi per il personale per Euro 671.772,00 comprensivi di oneri aggiuntivi.

Resta, peraltro, da stabilire, quanto pesi all'interno di tale somma il reddito da lavoro dipendente dei soci e quanto il reddito dei soci non lavoratori e come tale reddito sia bilanciabile con l'impiego dei fattori produttivi derivanti dall'impiego del capitale accumulato.

In proposito decisiva appare la circostanza che i soci lavoratori - come risulta dalla documentazione in atti - sono - alla data dell'agosto 2001 (ultima delle fatture azionate dall'opponente) - in numero di almeno qua-

ranta e precedentemente la società aveva avuto fino a cinquanta soci alla data del 31 dicembre 2000.

Presupponendo - secondo *l'id quod plerumque accidit* e in assenza di ulteriori elementi ovvero contestazioni sul punto - un costo del lavoro di circa Euro 15.000,00 - 18.000,00 *pro capite*, quaranta soci lavoratori sono in grado di assorbire l'intero costo del lavoro risultante dalla dichiarazione del 2001. Di converso, dividendo il costo del lavoro esposto in dichiarazione per Euro 671.772,00 per il numero dei soci alla data dell'agosto 2001, risulta erogata in ragione di ciascun socio lavoratore una somma annua media pari ad Euro 16.794,30, la quale appare in linea con la retribuzione annua di un lavoratore.

Pertanto, deve ritenersi che la somma di Euro 671.772,00 esposta per costo del personale sia ascrivibile esclusivamente al costo per remunerazione del fattore lavoro dei soci lavoratori.

Tale costo appare superiore al volume degli ulteriori costi esposti alla data del 31 dicembre 2001 per Euro 585.699,00 (Euro 529.504,00 per materie prime, Euro 34.982,00 per servizi ed Euro 21.213,00 per godimento di beni di terzi), risultando - pertanto - assorbita la valutazione del costo per materie prime come fattore capitale ovvero come fattore lavoro.

Tali elementi appaiono sufficienti a ritenere - come correttamente sostenuto dalla ricorrente in comparsa conclusionale - che le risorse finanziarie della società opponente sono in gran parte destinate a remunerare il fattore lavoro e, precisamente, i compensi dei soci lavoratori.

Il privilegio compete unicamente per i corrispettivi dei servizi prestati e della vendita dei manufatti, non anche ad altri crediti della cooperativa, come, ad esempio, i crediti per noleggio di attrezzature da cantiere (Cass., sez. I, 27 marzo 1995, n. 3592).

Per il vero, dal decreto ingiuntivo azionato da parte opponente nei confronti della società fallita non è dato desumere il contenuto della prestazione, non essendo stata indicato l'oggetto della prestazione. Né il creditore ha prodotto, sia in sede tempestiva, sia in sede di opposizione - nonostante espressa riserva sul punto - le fatture che hanno giustificato l'emissione della fattura.

Pertanto, sin dalla domanda ex art. 93 legge fallimentare, il creditore ha dichiarato di avere eseguito prestazioni di servizi di manodopera a beneficio della società fallita documentata dall'emissione di fattura e tale asserzione non è mai stata oggetto di contestazione in sede di udienza di verifica dei crediti da parte del curatore. Inoltre, l'oggetto sociale risultante dalla visura C.C.I.A.A. e dall'atto costitutivo in atti consiste nell'assumere lavori di pulizie n genere (...) disinfestazione, derattizzazione (...) servizi alberghieri (...) lavori di trasporto e facchinaggio (...) autotrasporto (...) etichettatura (...) magazzinaggio, tutti scopi sociali in cui la prestazione a svolgersi è essenzialmente basata sulla prestazione di manodopera.

Pertanto deve ritenersi, sulla base della documentazione agli atti e del principio di non contestazione, che la prestazione resa dalla opponente alla ditta fallita sia una prestazione di manodopera e, quindi, servizio prestato ai sensi dell'art. 2751-bis, n. 5, codice civile.

Stanti tali elementi, in accoglimento dell'opposizione il credito dell'opponente va ammesso al passivo al privilegio ex art. 2751-bis, n. 5, codice civile.

(*omissis*).

Osservazioni

I. La sentenza in commento, riformando il decreto del giudice delegato che aveva negato natura privilegiata al credito insinuato da una cooperativa di produzione e lavoro, ribadisce il principio (già oggetto di pronunce in senso conforme: cfr. Cass. 27 marzo 1995, n. 3592, in questa *Rivista*, 1995, 1131; Trib. Trento 7 giugno 2001, in *Giur. mer.*, 2002, 371; Trib. Napoli 2 marzo 1999, in questa *Rivista*, 1999, 1270; ma *contra* Trib. Padova 7 agosto 2001, *ivi*, 2002, 111) per cui, ai fini del riconoscimento in sede di accertamento del passivo del privilegio ex art. 2751-bis, n. 5), codice civile, non è rilevante la formale osservanza degli oneri iscrizionali da parte della società cooperativa - e, in particolare, dell'iscrizione presso il registro prefettizio ex art. 13 D.Lgs. C.p.S. 14 dicembre 1947, n. 1577, ora abrogato e sostituito dall'albo delle società cooperative di cui al decreto ministeriale 23 giugno 2004, attuativo degli artt. 2512 codice civile e 223-sexiesdecies disp. att. codice civile (Paolucci, *sub* artt. 2512-2514, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, Padova, IV, 2005, 2649) - bastando che sussista in concreto, nello scambio mutualistico, la prevalenza dell'apporto lavorativo dei soci sugli altri fattori della produzione e, segnatamente, sul lavoro dei salariati esterni (G. Minutoli, *Cooperative*, in *Le insinuazioni al passivo*, a cura di M. Ferro, Padova, II, 2005, 469; V. Napoleoni, *Questioni controverse in tema di privilegi generali ex art. 2751-bis c.c.*, in *Giur. comm.*, 1996, I, 34).

La conclusione, condivisibile, cui perviene il Tribunale di Monza si articola comparativamente sulla disciplina dettata in materia di impresa artigiana, per cui, al contrario, l'iscrizione nell'apposito albo (istituito dall'art. 5 legge quadro 8 agosto 1985, n. 443, e disciplinato dall'art. 19 D.P.R. 7 dicembre 1995, n. 581) è condizione necessaria, ancorché non sufficiente, per il riconoscimento del privilegio (cfr. Trib. Milano 21 maggio 1998, in questa *Rivista*, 1998, 1093; Trib. Bergamo 23 ottobre 1997, *ivi*, 1998, 104; F. Aprile, *Artigianato*, in *Le insinuazioni al passivo*, cit., 156; G. Bozza - G. Schiavon, *L'accertamento dei crediti nel fallimento e le cause di prelazione*, Milano, 1992, 939-946).

II. Non è superfluo rammentare - prima di approfondire alcune delle problematiche sottese all'ampia e motivata pronuncia in rassegna - come, ai fini del privilegio *de quo*, non conti l'impresa cooperativa o artigiana in sé considerata, e anzi, se così fosse, si porrebbe qualche problema di costituzionalità, sia in eccesso (la tutela della cooperazione ex art. 45, primo comma, Costituzione dovrebbe comportare il riconoscimento del privilegio a tutte le cooperative, non solo a quelle di produzione e lavoro), sia in difetto (la norma prelativa sarebbe illegittima nella parte in cui si limita ai crediti da corrispettivo). Ciò che conta invece è il rapporto funzionale tra lavoro e capitale *lato sensu*, in termini di prevalenza del primo sul secondo - dato questo ormai incontestabile a mente dell'accertata

ratio lavoristica della prelazione in esame (cfr. Cass. 26 agosto 2005, n. 17396, in *Guida dir.*, 2005, n. 37, 42; Cass. 7 aprile 1997, n. 2984, in *Giur. comm.*, 1998, II, 686; Trib. Udine 23 settembre 2004, in questa *Rivista*, 2005, 927; G. Minutoli, *Cooperative*, cit., 467; Id., *Riflessioni sul rapporto tra riforma delle società cooperative e privilegio ex art. 2751-bis codice civile*, in questa *Rivista*, 2005, 611; Id., *Il privilegio codicistico e la riforma delle cooperative*, *ivi*, 2002, 588-589; S. Del Core, *Il privilegio delle imprese artigiane e degli enti cooperativi*, Padova, 1996, 48-49; G. Bozza - G. Schiavon, *op. cit.*, 980). In realtà, disquisendo per un momento, ci si accorge che la tutela lavoristica ex art. 35 Costituzione sottesa all'art. 2751-bis codice civile è stata in parte ridimensionata, avendo subito colpi (non mortali, ma) abbastanza violenti: si pensi alla «discontinuità» introdotta dal privilegio dei consorzi agrari o da quello delle agenzie di somministrazione di lavoro, che nulla hanno a che fare con il lavoro propriamente detto (F. Aprile, *Enti consortili cooperativi e privilegio ex art. 2751-bis*, n. 5), *codice civile*, in questa *Rivista*, 2005, 931). Sembra allora possibile tentare un'opzione, per così dire, reinterpretativa del favor costituzionale per la cooperazione alla luce (anche) dell'art. 3, secondo comma, Costituzione (A. Bonechi, *La Società Cooperativa*, Napoli, 2005, 20), che, non va dimenticato, è preordinato alla rimozione degli ostacoli che impediscono l'effettiva partecipazione, tra l'altro, dei lavoratori all'organizzazione economica del Paese. Si tratterebbe dunque di ritenere che il privilegio cooperativo, oltre che sulle premure lavoristiche (indubbiamente imprescindibili, come dimostra d'altronde l'impianto della legge 3 aprile 2001, n. 142, sui soci-lavoratori di cooperative), si fonda pure sull'esigenza di tutelare le cooperative di lavoro più deboli - quali quelle a mutualità prevalente - che costituiscono un elemento di efficienza del sistema economico (spesso anche migliore delle imprese lucrative), specie quando si fanno espressione di interessi omogenei, ma che difficilmente possono competere sul mercato dei capitali di rischio (cfr. F. Locatelli, *Le coop, singolari public company*, in *Il Sole-24ore*, 23 agosto 2005, 11).

III. Tutto ciò premesso, si deve ora spendere qualche considerazione comparativa - sulla falsariga della sentenza in nota - sui due soggetti (impresa cooperativa e artigiana) elettivamente considerati dal privilegio. Sebbene entrambe costituzionalmente rilevanti (art. 45 Costituzione, che riconosce in special modo alla cooperazione una determinante «funzione sociale») ed equiparate *quoad beneficium* (anche relativamente alla tipologia del credito, limitato ai corrispettivi dei servizi prestati e della vendita dei manufatti), nondimeno l'impresa cooperativa e l'impresa artigiana differiscono radicalmente tra di loro. In quest'ultima svolgono un ruolo essenziale (non tanto le finalità economiche perseguite, che afferiscono sempre ex art. 2195 codice civile alla produzione di beni e alla prestazione di servizi, quanto) la dimensione e l'organizzazione dell'impresa, poiché, ai sensi del combinato disposto degli artt. 2083 codice civile e 2, primo comma, legge n. 443/85, è artigiano il piccolo imprenditore che esercita personalmente e professionalmente l'impresa artigiana, assumendone la piena responsabilità con tutti gli oneri e i rischi inerenti alla sua direzione e gestione e svolgendo in misura prevalente il proprio lavoro, anche manuale, nel processo produttivo; ed è tanto bastevole tale dato dimensionale-organizzativo - come evidenziato dai Giudici monzesi, che tuttavia sembrano porre sullo stesso piano, benché concettualmente distinte, la «struttura imprenditoriale» con la «forma societaria» - a tal punto da potersi ten-

denzialmente prescindere dal tipo societario con cui può manifestarsi l'impresa collettiva artigiana, che, non a caso, può assumere pressoché tutte le forme di società, con l'unica esclusione di quelle azionarie (e, ovviamente, delle s.s.).

Nell'impresa cooperativa è invece elemento determinante il fine mutualistico (ovvero, *a contrario*, secondo l'espressione costituzionale, l'assenza di fini di speculazione privata), che coglie l'essenza della cooperazione (cfr. A. Bonechi, *op. cit.*, 17-18 e 39-44; F. Galgano, *Il nuovo diritto societario*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, a cura di Galgano, Padova, XXIX, 2003, 487-489) e che determina ricadute anche sulla veste societaria, la quale, ai sensi dell'art. 2511 codice civile (ma anche dell'art. 2515, secondo comma, codice civile), non può che essere quella della società cooperativa, modellata sulla S.p.a. (art. 2519, primo comma, codice civile) e caratterizzata, oltre che dallo scopo mutualistico, anche dalla variabilità del capitale sociale, con esclusione pregiudiziale di qualunque responsabilità illimitata dei soci (art. 2518 codice civile). Detto altrimenti, le società cooperative stanno come *species* rispetto al *genus* «enti mutualistici» e dunque non ne esauriscono la variegata fenomenologia: tuttavia, la disciplina delle cooperative, per espressa previsione dell'art. 2517 codice civile, non si applica agli enti mutualistici diversi, appunto, dalle società - con l'evidente conseguenza che il fine mutualistico, in forza di legge, è pressoché esclusivamente realizzato *sub specie societatis* dalle cooperative (cfr. F. Cavazzuti, *sub art. 2511*, in *Il nuovo diritto delle società*, cit., 2621; S. Schirò, *La nuova disciplina degli enti mutualistici*, in *Quad. C.S.M.*, 2004, n. 139, 301), a prescindere dal dato dimensionale-organizzativo dell'impresa.

La distinzione che si è qui cercato di tratteggiare - e che pure non è esaustiva di tutte le possibili problematiche, specie laddove i due tipi di impresa «coabitano» in un'area normativa comune (si pensi alle cooperative artigiane, la cui disciplina si combina ex art. 2520, primo comma, codice civile, in quanto compatibile, con la disciplina speciale dettata per le imprese artigiane; infatti, l'art. 3, secondo comma, legge n. 443/85 prevede espressamente che la società artigiana possa perseguire uno scopo mutualistico e costituirsi pertanto in forma di cooperativa) - si rifrange inevitabilmente nella disamina fallimentare del privilegio ex art. 2751-bis, n. 5), codice civile: mentre nella società artigiana la prevalenza (o preminenza che dir si voglia) del lavoro ne costituisce l'*in se* imprenditoriale (non c'è «artigianalità», insomma, se non c'è prevalenza del lavoro proprio dell'imprenditore o dei soci «artigiani»), nella società cooperativa tale prevalenza non ne costituisce affatto l'essenza dell'organizzazione economica (lo scopo mutualistico sussiste egualmente anche se il lavoro dei soci non prevale sugli altri fattori della produzione) (cfr. E. Rocchi, *La nuova disciplina degli enti mutualistici*, in *Quad. C.S.M.*, 2004, n. 139, 353-354).

Ecco spiegata la ragione del diverso «peso specifico», nell'ambito della verifica fallimentare dei crediti, dell'iscrizione all'albo: per le società artigiane tale formalità (che pure l'art. 5, quarto comma, legge 443/85 intende come costitutiva, e tenendo sempre presente che per le S.r.l. artigiane l'iscrizione è facoltativa) attesta *prima facie* l'artigianalità del creditore, salvo il potere del giudice delegato di disapplicare il provvedimento iscrittivo e di ritenere altrimenti (né deve egli accertare, in carenza dell'iscrizione nell'albo, l'esistenza di fatto di un'impresa artigiana); al contrario, per le società cooperative di produzione e lavoro (poiché solo a queste il privilegio si ri-

volge) la formalità in questione non attesta, neppure *prima facie*, la sussistenza di tale criterio di prevalenza, che deve essere di volta in volta accertato.

IV. L'argomento ora sostenuto non è smentito dalla circostanza per cui l'albo delle cooperative si compone ex art. 2512, secondo comma, codice civile dell'apposita sezione dedicata alle cooperative a mutualità prevalente (G. Minutoli, *Cooperative*, cit., 469). Si sostiene infatti, giustamente, che il privilegio ex art. 2751-bis, n. 5), codice civile spetta solo a tale peculiare tipologia di cooperative di produzione e lavoro - principio ribadito *en passant* anche dal Tribunale di Monza - segnate *ope legis* dalla prevalenza delle prestazioni lavorative dei soci rispetto a quelle dei salariati esterni alla compagine sociale (G. Minutoli, *Cooperative di produzione e lavoro*, in *Le insinuazioni al passivo*, cit., 496-497). Bisogna d'altronde ribadire che tra mutualità prevalente e privilegio cooperativo non sussiste alcuna consequenzialità normativa, ma solo una corrispondenza ermeneutica, posto che il criterio della prevalenza mutualistica è assunto ex art. 223-duodecies, sesto comma, disp. att. codice civile (non per il privilegio, ma) solo per le agevolazioni fiscali già accordate alle cooperative protette dall'art. 14 D.P.R. 29 settembre 1973, n. 601 (cfr. L. Salvini, *Acquisto e perdita della qualifica di cooperativa a mutualità prevalente*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 248-249).

Gli artt. 2512, n. 2), e 2513, lett. b), codice civile stabiliscono quando una cooperativa di produzione e lavoro si debba ritenere a mutualità prevalente, e precisamente allorché il costo del lavoro dei soci sia superiore al 50% del totale del costo del personale contabilmente risultante dal conto economico ed evidenziato nella nota integrativa di bilancio dagli amministratori e dai sindaci (E. Rocchi, *op. cit.*, 356-358); nel costo del personale sono comprese le altre forme di lavoro inerenti lo scopo mutualistico, secondo la correzione introdotta dall'art. 25 decreto legislativo 28 dicembre 2004, n. 319, in riferimento alle forme di lavoro autonomo e/o coordinato di cui all'art. 1, terzo comma, legge n. 142/01 (Paolucci, *op. cit.*, 2642). Ma non basta: oltre al requisito cd. gestionale, sono imposti dall'art. 2514 codice civile precisi vincoli statutari (cd. clausole antilucratrice) recanti il divieto di remunerare eccessivamente il capitale investito nella società e di distribuire le riserve tra i soci cooperatori, nonché l'obbligo di devolvere, in sede liquidatoria, il patrimonio sociale netto ai fondi mutualistici per la promozione e lo sviluppo della cooperazione. Così munite dei prescritti requisiti gestionali e statutari (in questa sorta di concezione «ileomorfa» della mutualità prevalente), tali cooperative, oltre a godere delle ricordate agevolazioni fiscali, non possono trasformarsi, a differenza delle cooperative «diverse», in società lucrativa (art. 2545-decies codice civile), almeno fintantoché lo status di cooperativa protetta non si dissolva per diversa volontà assembleare (A. Paciello, *La trasformazione delle società cooperative*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 471) o per sopravvenuta carenza, in due esercizi consecutivi, dei parametri gestionali (art. 2545-octies codice civile).

Si consideri dunque il caso in cui a rivendicare il privilegio - come può dirsi essere accaduto, con qualche analogia, nel caso affrontato nella sentenza in commento - si presenti una cooperativa di produzione e lavoro a mutualità prevalente «irregolare», ossia che rispetti i requisiti gestionali ma non anche i vincoli statutari antilucrativi, perché mai previsti fin dall'inizio o per sopravvenuta diversa volontà assembleare; l'art. 2545-octies, primo comma, codice civile sanziona tale eve-

nienza con la perdita della qualifica della mutualità protetta, con quel che ne consegue in termini di premialità fiscali, ma certamente essa norma non provoca la perdita della prevalenza mutualistica in sé, come dato di fatto gestionale. Ne discende che, ove la cooperativa creditrice dimostri il rispetto delle condizioni gestionali, il privilegio in questione non potrà esserle negato - a riscontro, se ce n'era ancora bisogno, di come la norma prelatizia non guardi all'impresa cooperativa (o a quella artigiana) in quanto tale. A questa riflessione va giustapposto il fatto che l'art. 111-undecies disp. att. codice civile prevede che, con decreto ministeriale, si possano derogare i requisiti gestionali ex art. 2513 codice civile della mutualità prevalente «in relazione alla struttura dell'impresa e del mercato in cui le cooperative operano, a specifiche disposizioni normative cui le cooperative devono uniformarsi e alla circostanza che la realizzazione del bene destinato allo scambio mutualistico richiede il decorso di un periodo di tempo superiore all'anno di esercizio». Ne deriva curiosamente - come già notato da chi scrive (F. Aprile, *Riflessi concorsuali della riforma delle società cooperative*, in questa *Rivista*, 2004, 846) - un indiretto superamento del «dogma» della riserva di legge sui privilegi ex art. 2745 codice civile, posto che un decreto ministeriale sarà in grado, nel disporre regimi derogatori alle condizioni di prevalenza, di stabilire di volta in volta, ancorché implicitamente, le imprese cooperative «protette» cui riservare il privilegio.

Si dimostra così la sostanziale irrilevanza, ai fini del riconoscimento del privilegio, dell'iscrizione della cooperativa nell'apposito albo (o, per il passato, nel registro prefettizio), essendo sufficiente che il creditore sia strutturato in forma di società cooperativa per potere invocare il privilegio ex art. 2751-bis, n. 5), codice civile (G. Minutoli, *Cooperative*, cit., 469; Id., *Riflessioni cit.*, 612; G. Bonfante, *Delle imprese cooperative*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1999, 365 e 372; S. Del Core, *op. cit.*, 58). Si può altrimenti dire che, ai fini prelatizi, è cooperativa non quella iscritta nell'apposito albo, bensì quella che, in concreto, persegue il fine mutualistico in regime di prevalenza del lavoro «interno» dei soci. Ed è un bene che la sentenza in commento finisca sostanzialmente con il ribadire l'essenziale delle cooperative, che, come tutte le cose essenziali - diceva Saint-Exupéry - è sovente invisibile agli occhi; anzi, simile presa d'atto non può che essere favorevolmente accolta, in tempi in cui la logica del cooperativismo è stata costretta a ripensare se stessa, in termini di controllo sulla *governance* e di partecipazioni in società lucrative.

V. Puntuale infine l'analisi percorsa dal Collegio monzese per l'accertamento del suddetto criterio di prevalenza mutualistica, fondata sulla disamina sia delle risultanze aggregate di bilancio (correttamente, alla data del sorgere del credito, e non a quella della domanda di insinuazione), sia delle emergenze istruttorie e documentali (visura camerale), funzionali a verificare l'effettiva attività economica della cooperativa in relazione al suo oggetto sociale (cfr. E. Rocchi, *op. cit.*, 353) e la corrispondenza del credito al pagamento di servizi prestati o di vendite dei manufatti. L'osservazione chiama in causa la riforma del rito della verifica dello stato passivo portata dal decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5; se infatti il tribunale dell'impugnazione conserva, ai sensi del novellato art. 99, settimo comma, legge fallimentare, qualche potere istruttorio officioso, non altrettanto si prevede per il giudice delegato nella fase necessaria, che potrà compiere atti istruttori solo su istanza delle parti (art. 95, terzo comma, legge fallimentare) e, in

particolare, del curatore cui è demandata la formazione dello stato passivo (L. Panzani, *La riforma delle procedure concorsuali. Il secondo atto*, in www.fallimentonline.ipsoa.it, 25; F. Aprile - Ghedini, *Accertamento del passivo e dei diritti reali dei terzi*, in AA.VV., *La riforma del fallimento*, Milano, 2006, 103-106).

La riforma in questo senso non dovrebbe importare particolari conseguenze quanto al potere del giudice delegato di acquisire, anche officiosamente, le scritture contabili o il certificato

di iscrizione della cooperativa, consentendoglielo l'art. 2711, secondo comma, codice civile e l'art. 213 codice di procedura civile; qualche problema potrebbe invece verificarsi allorché l'accertamento della natura del credito dovesse transitare dall'assunzione di informazioni testimoniali, in carenza di apposita istanza da parte del curatore o del creditore istante.

Fabrizio Aprile