

Emanuele Cusa

**FATTISPECIE E DISCIPLINA
DELLA SOCIETÀ DI MUTUO
SOCCORSO: UN REBUS
GIURIDICO**

Estratto

EMANUELE CUSA *

Fattispecie e disciplina della società di mutuo soccorso: un rebus giuridico

SOMMARIO: 1. Delimitazione dell'indagine. — 2. Le dimensioni del fenomeno. — 3. Una tripartizione delle società di mutuo soccorso. — 4. La natura della società di mutuo soccorso. — 4.1. Le diverse tesi in campo. — 4.2. Le mie osservazioni. — 4.3. Una società mutualistica con pochi tratti dell'associazione. — 5. Le fonti della disciplina della società di mutuo soccorso. — 5.1. Tre gruppi normativi. — 5.2. Le disposizioni del codice civile direttamente applicabili. — 5.3. Due esempi combinatori. — 6. L'iscrizione in pubblici registri. — 7. La necessaria personalità giuridica. — 8. La denominazione sociale. — 9. Le attività doverose e quelle facoltative. — 10. L'oggetto sociale esclusivo. — 11. L'enigmatico divieto di esercitare un'impresa. — 11.1. La strana lettera della legge. — 11.2. Una possibile spiegazione. — 12. Lo scopo mutualistico e la compagine sociale. — 12.1. I soci ordinari. — 12.2. I soci sostenitori. — 13. Lo scopo non lucrativo. — 13.1. In caso di destinazione dell'avanzo di esercizio. — 13.2. In caso di estinzione e di trasformazione dell'ente. — 13.3. In caso di uscita dalla compagine sociale. — 14. I necessari organi sociali. — 15. I libri sociali e i bilanci. — 16. Il problema del capitale sociale. — 17. La pubblicità della rendicontazione contabile. — 18. La revisione legale dei conti. — 19. I controlli e le procedure concorsuali. — 19.1. Il Ministero dello sviluppo economico. — 19.2. Il tribunale ordinario. — 19.3. La società insolvente. — 20. La fattispecie di società di mutuo soccorso.

1. Tema del presente scritto è la disciplina delle società di mutuo soccorso.

Questa disciplina è un rebus giuridico non tanto per sua risalente origine (la l. 15 aprile 1886, n. 3818) ⁽¹⁾, quanto per l'affastellamento, nell'arco di 136 anni, di una congerie di disposizioni legali e regolamentari.

(*) Professore Associato di Diritto commerciale nell'Università degli Studi di Milano-Bicocca.

⁽¹⁾ Sul punto cfr. l'importante lavoro di U. GOBBI, *Le società di mutuo soccorso*², Milano, 1909 e, più di recente, G. BONFANTE, *Mutuo soccorso*, in *D. disc. priv., sez. comm.*, Torino, 1994, 341 ss. e M. STRONATI, *Dalle società di mutuo soccorso alla Mutua sanitaria integrativa?*, in *non profit*, 2014, 189 ss.

Tale ammasso normativo è aumentato in modo esponenziale nell'ultimo decennio, a causa di un processo riformatore ormai decennale, iniziato in modo frettoloso (come dimostra l'utilizzo del decreto legge nel 2012 ⁽²⁾), continuato con la riforma del Terzo settore, forse terminato nel 2022, ma comunque incerto negli esiti, tanto da consegnarci una disciplina degli enti in esame ancora insoddisfacente ⁽³⁾.

La risoluzione dell'evidenziato rebus non solo interessa un crescente numero di soggetti italiani, appartenenti ai settori pubblico e privato, ma permette anche di dialogare più consapevolmente con le istituzioni dell'Unione europea; queste, infatti, al fine di costruire un'Europa più sostenibile e solidale, hanno finalmente deciso di puntare sull'economia sociale europea ⁽⁴⁾, la quale ha tra i tradizionali pilastri proprio le mutue (di cui le società di mutuo soccorso sono una specie) ⁽⁵⁾.

Di seguito userò l'acronimo SMS per indicare una o più società di mutuo soccorso, corrispondendo il sintagma "società di mutuo soccorso" alla parte della denominazione sociale con valore normativo prescritta a tutte le

⁽²⁾ Nella relazione accompagnatoria al d.d.l. n. 3533, Senato della Repubblica, XVI legislatura, volto a convertire in legge il d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 (come poi avvenne con la l. 17 dicembre 2012, n. 221), si motivava l'urgenza di intervenire sulla disciplina delle società operaie di mutuo soccorso « per consentire loro di svolgere con maggior efficacia i loro compiti nel campo socio-sanitario e previdenziale (...) in attesa di una riforma organica della disciplina ». G. CANAVESI, *La riforma delle Società di Mutuo Soccorso: valorizzazione o omogeneizzazione del pluralismo sociale?*, in *non profit*, 2014, 116-117, ironizza sulla sopra evocata urgenza, evidenziando inoltre come la relativa riforma sia stata confezionata « in modo pessimo ».

⁽³⁾ Tanto è vero che uno degli studiosi più attenti del fenomeno, G. BONFANTE, *La disciplina civilistica delle società di mutuo soccorso dopo il CTS*, in *Terzo settore, non profit e cooperative*, 2019, 39, si domanda se « non sia il caso di procedere ad un aggiustamento della normativa [sulle SMS] più vicina alla realtà del movimento prevedendo, ad esempio, nell'ambito del mutuo soccorso la scelta tra due modelli giuridici, associazione o società adottabili in ragione delle attività più o meno complesse in concreto svolte dalle varie SMS ».

⁽⁴⁾ Come dimostra la Comunicazione della Commissione europea del 9 dicembre 2021 (COM(2021) 778 final), intitolata *Creare un'economia al servizio delle persone: un piano d'azione per l'economia sociale*, reperibile in www.ec.europa.eu.

⁽⁵⁾ Così la Comunicazione citata nella precedente nota: « tradizionalmente il termine economia sociale si riferisce a quattro tipi principali di soggetti che forniscono beni e servizi ai loro membri o alla società in generale: cooperative, società di mutuo soccorso [*rectius*, mutue; nella versione inglese del documento sono denominate *mutual benefit societies*], associazioni (comprese le associazioni di beneficenza) e fondazioni. Si tratta di entità private, indipendenti dalle autorità pubbliche e con forme giuridiche specifiche. Le imprese sociali sono ormai generalmente considerate parte dell'economia sociale ». Sulla possibile disciplina unionale della classe di enti rappresentata dalle mutue (in Italia corrispondenti alle mutue assicuratrici e alle società di mutuo soccorso) cfr. E. CUSA, *Le forme di impresa privata diverse dalle società lucrative tra aiuti di Stato e Costituzioni economiche europee*, Torino, 2013, 36-37, nt. 4, 92, nt. 85, 98 e 99, C. CIMAROSSA, *Il completamento del Mercato Unico. Un quadro giuridico europeo per le imprese sociali: le mutue*, in *non profit*, 2014, 202 ss. e, circa le istituzioni dell'Unione, la *Risoluzione del Parlamento europeo del 14 marzo 2013 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti lo statuto della mutua europea (2012/2039(INL))*, in GUUE, C 36 del 29 gennaio 2016, 111.

organizzazioni disciplinate dalla l. n. 3818/1886. Non userò invece l'acronimo SOMS, il quale abbrevia il sintagma “società operaia di mutuo soccorso”, corrispondente alla parte della denominazione sociale con valore normativo prescritta alle società in parola dal 1886 fino al 2012 ⁽⁶⁾.

Nel prosieguo non tratterò la disciplina valevole per le SMS che siano titolari di fondi sanitari, essendome occupato altrove ⁽⁷⁾.

2. Al 5 aprile 2022 risultavano iscritte nell'albo delle società cooperative 369 SMS.

Secondo i dati fornitimi da Società Consortile di Informatica delle Camere di Commercio Italiane (nota come InfoCamere) risultavano iscritte nel registro delle imprese 327 SMS al 31 dicembre 2013, 476 SMS al 31 dicembre 2015, 507 SMS al 31 dicembre 2017, 521 SMS al 31 dicembre 2020 e 534 al 31 dicembre 2021.

Nel 2018 la più importante organizzazione rappresentativa delle SMS ⁽⁸⁾ dichiarava di avere 524 SMS associate o collegate a tale associazione. Sempre nel 2018 un ente specializzato nella promozione delle imprese sociali riportava in una propria ricerca che le SMS presenti in Italia sarebbero state 1.116 nel 2016 (di cui attive 509) e 995 (di cui attive 532) nel 2018 ⁽⁹⁾.

Questi dati, palesemente inconciliabili, mostrano come in Italia operino delle organizzazioni che abusivamente utilizzano nella loro denominazione sociale il sintagma “società di mutuo soccorso” (o le relative abbreviazioni), se è vero — come cercherò di dimostrare nel prosieguo — che il numero delle SMS iscritte nell'albo delle società cooperative dovrebbe corrispondere al numero delle organizzazioni denominabili come SMS secondo il diritto italiano.

3. Una volta che si concluderà un lunghissimo periodo transitorio relativo all'applicazione della disciplina delle SMS — il quale è iniziato con l'entrata in vigore dell'art. 23 d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 (conv. con l. 17

⁽⁶⁾ Sul problema applicativo derivante dal fatto che le SOMS avrebbero dovuto assistere solo persone fisiche appartenenti alla categoria socio-economica degli operai cfr. G. PETRELLI, *Natura giuridica e disciplina delle società di mutuo soccorso*, in AA.Vv., *Studi e materiali in tema di riforma delle società cooperative*, Milano, 2005, 419-421, nt. 10 (corrispondente allo Studio n. 5486/I/2004 approvato dalla Commissione studi d'impresa del Consiglio Nazionale del Notariato).

⁽⁷⁾ Cfr. E. CUSA, *Sanità integrativa, welfare aziendale ed economia sociale*, in *Rivista ODC*, 2021, 867 ss., reperibile in www.rivistaodc.eu.

⁽⁸⁾ Cioè la Federazione Italiana della Mutualità Integrativa Volontaria (Fimiv), associazione con personalità giuridica la cui costituzione risale al 1900. Il dato riportato nel testo risulta da Fimiv, *Il progetto sociale della mutualità italiana. Rapporto di missione*, 2018, 31, reperibile in www.fimiv.it.

⁽⁹⁾ Così ISNET, *Seconda indagine su Società di Mutuo Soccorso in Italia*, 10 aprile 2019, 6, reperibile in www.impresasociale.net.

dicembre 212, n. 221) e terminerà il 31 dicembre 2022 — il nostro ordinamento avrà tre gruppi di SMS, così denominati nel prosieguo: le SMS irregolari; le SMS piccole; le SMS non piccole.

3.1. Le *SMS irregolari* saranno quelle che — scaduto il termine del 31 dicembre 2022 (previsto dall'art. 43 d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, sul punto però già modificato due volte per consentire due proroghe dei precedenti termini ⁽¹⁰⁾) — continueranno a denominarsi SMS, senza essere iscritte come SMS, vuoi in una sezione speciale delle imprese sociali presso il registro delle imprese competente per territorio ai sensi dell'art. 23, comma 1, d.l. n. 179/2012 ⁽¹¹⁾, vuoi nella sezione relativa alle SMS del Registro unico nazionale del Terzo settore (RUNTS) di cui all'art. 46, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 117/2017 (operativo dal 23 novembre 2021) ai sensi dell'art. 44, comma 2, d.lgs. n. 117/2017; tali enti non avranno pertanto rinunciato a denominarsi SMS o SOMS ai sensi dell'art. 43 d.lgs. n. 117/2017, decidendo di diventare associazioni o con la qualifica di ente del Terzo settore (associazione ETS) o con la qualifica di associazione di promozione sociale (APS, corrispondente a una categoria tipizzata di ETS) ⁽¹²⁾.

Dal 1° gennaio 2023 le SMS irregolari dovranno scegliere tra le seguenti due uniche opzioni: o trasformarsi in una forma diversa dalla SMS (tra cui

⁽¹⁰⁾ Il termine originario era il 3 agosto 2020, poi prorogato al 31 dicembre 2021 con l'art. 11, comma 1, d.l. 31 dicembre 2020, n. 183, conv. con l. 26 febbraio 2021, n. 21 e, da ultimo, prorogato al 31 dicembre 2022 con l'art. 9, comma 1, d.l. 30 dicembre 2021, n. 228, conv. con l. 25 febbraio 2022, n. 15.

⁽¹¹⁾ Per una forte critica del succitato articolo 23 cfr. S. CAPITOLI, *A proposito dell'art. 23, d.l. n. 179 del 2012. La posizione dell'Associazione Italiana delle Società di Mutuo Soccorso, in non profit*, 2014, 140 ss.

⁽¹²⁾ Si può parlare di SMS irregolari (nel senso di non iscritte negli appositi e diversi registri previsti dalla legislazione vigente nel corso dei decenni) solo dall'ottobre 2012, quando, *da un lato*, l'art. 23, comma 1, d.l. n. 179/2012 impose a qualsiasi ente che volesse essere qualificato come SMS di essere iscritto (entro il 1° aprile 2014, come precisato dal Ministro dello sviluppo economico nella sua risposta del 21 novembre 2013 a relativa interpellanza parlamentare urgente del 19 novembre 2013) nella sezione delle imprese sociali presso il registro delle imprese e, *dall'altro lato*, l'art. 23, comma 2, d.l. n. 179/2012 abrogò per sostituzione il previgente testo dell'art. 1 l. n. 3818/1886. In effetti, prima della riforma del 2012, le SOMS potevano (non dovevano) iscriversi nei modi fissati dalla l. n. 3818/1886 (originariamente corrispondenti alla cancelleria del tribunale civile nella cui giurisdizione fosse stata stabilita la sede della SOMS), così acquistando la personalità giuridica. Sulla disciplina antecedente al 2012 delle SOMS non iscritte o non registrate rimando a G. PETRELLI (nt. 6), *passim*, il quale afferma che tali SOMS erano qualificabili come associazioni non riconosciute, mentre erano qualificabili come società di diritto speciale le SOMS regolari o registrate. Come ricorda, tra gli altri, M. STRONATI (nt. 1), 192-195, il fenomeno delle SOMS non iscritte presso le cancellerie dei tribunali civili fu sempre assai significativo, se è vero che nel 1904, su 6535 SOMS esistenti, 4987 erano prive di personalità giuridica. Sulla disciplina applicabile alla trasformazione contemplata nell'art. 43 d.lgs. n. 117/2017 cfr. D. BOGGIALI, *Le società di mutuo soccorso dopo l'operatività del RUNTS*, in *Terzo settore, non profit e cooperative*, 2022, 38 ss.

quella di associazione ETS o di APS) ⁽¹³⁾ o sciogliersi. Se non lo faranno, dovranno essere liquidate coattivamente in forza di un provvedimento del Ministero dello sviluppo economico (di seguito MISE) o del tribunale competente per territorio, adito ai sensi degli artt. 6 e 7 l. n. 3818/1886 ⁽¹⁴⁾.

Naturalmente, in tutti questi casi le SMS irregolari saranno tenute a trasferire il loro patrimonio ad altre SMS o ai soggetti indicati negli artt. 11 e 20 l. 31 gennaio 1992, n. 59, in forza dell'art. 8, comma 3, l. n. 3818/1886.

Questo gruppo di SMS non è trattato nel presente contributo, poiché i suoi componenti sono destinati a scomparire dal mondo giuridico.

3.2. Le *SMS piccole* sono quelle che raccolgono annualmente non più di 50.000 euro di contributi associativi e non gestiscono (ma potrebbero essere titolari non gestori di) fondi sanitari ⁽¹⁵⁾; ai sensi dell'art. 44, comma 2, d.lgs. n. 117/2017, queste società, a partire dall'operatività del RUNTS, possono scegliere di iscriversi o nelle sezioni delle imprese sociali tenute dai competenti uffici del registro delle imprese o nella sezione delle SMS presso il RUNTS ⁽¹⁶⁾.

3.3. Le *SMS non piccole* sono quelle, diverse dalle SMS piccole, che devono essere iscritte nelle sezioni delle imprese sociali tenute dai competenti uffici del registro delle imprese.

3.4. La maggioranza delle SMS oggi esistenti corrisponde alle SMS piccole e alle cosiddette *SMS storiche* (cioè a quelle costituite fino al 1924).

Alcune delle SMS piccole e storiche potrebbero decidere di rimanere SMS (non trasformandosi ai sensi dell'art. 43 d.lgs. n. 117/2017, né diventando SMS irregolari), eventualmente optando per l'iscrizione al RUNTS ai sensi dell'art. 44, comma 2, d.lgs. n. 117/2017, non tanto per il tipo di attività che intenderanno svolgere principalmente (potrebbero infatti esercitare attività simili a quelle delle SMS trasformate in associazione ETS), quanto per ragioni storico-ideali (come quella di continuare a fregiarsi della denominazione di SMS), fiscali (ad esempio, intendendo continuare a beneficiare delle agevolazioni tributarie riservate alle SMS, tra cui svelta quella di cui all'art. 83, comma 5, d.lgs. n. 117/2017) e/o operative (si immagini che la

⁽¹³⁾ Dello stesso avviso è il Ministero del lavoro e delle politiche sociali (di seguito MLPS), con nota del 16 novembre 2020, prot. n. 0012411.

⁽¹⁴⁾ Circa l'intervento del tribunale sopra indicato v. *infra*, par. 19.2.

⁽¹⁵⁾ Come sostenuto da E. CUSA (nt. 7), 875-877 e 896, il sintagma « fondi sanitari integrativi » di cui all'art. 44, comma 2, d.lgs. n. 117/2017 deve essere inteso nel senso di fondi sanitari agevolati, corrispondenti a quelli istituiti da soggetti iscritti all'anagrafe dei fondi sanitari; tale anagrafe è operativa dal 2010 ed è tenuta dal Ministero della salute.

⁽¹⁶⁾ Sul possibile trasferimento della SMS dal registro delle imprese al RUNTS cfr. M. MACERONI, *Il RUNTS: un Registro delle imprese per gli enti?*, in *Terzo settore, non profit e cooperative*, 2021, 32.

SMS voglia svolgere ancora, magari in convenzione con altre SMS, le attività tipiche delle SMS che sarebbero però impedita a quelle trasformate in associazione ETS o in APS, permettendo queste due ultime forme giuridiche l'esercizio delle sole attività previste dagli artt. 5 e 6 d.lgs. n. 117/2017).

4.1. Che tipologia di organizzazione è la SMS sulla base dell'ordinamento vigente?

Tra gli operatori e i regolatori regna ancora molta confusione nel rispondere a questa domanda; il che dipende sia dalle differenti tipologie (socio-economiche) di SMS attualmente presenti nella realtà, sia dall'enigmatica legislazione di settore, la quale, a volte proprio in ragione della magmatica realtà da disciplinare, non prende chiaramente posizione circa l'inquadramento giuridico di tale realtà.

Tradizionalmente sono state prospettate le seguenti *quattro qualificazioni alternative* della SMS:

(i) è un contratto di associazione regolato innanzi tutto dalla l. n. 3818/1886 ⁽¹⁷⁾, eventualmente riconducibile a quello istitutivo di uno degli enti mutualistici non societari contemplati (prima nel previgente art. 2512 c.c. e ora) nell'art. 2517 c.c. ⁽¹⁸⁾; questa opinione è a tutt'oggi sostenuta dal Ministro dello sviluppo economico ⁽¹⁹⁾, allorché sussume le SMS nella classe degli enti di cui all'art. 2517 c.c. con il proprio decreto 30 ottobre 2014 (recante *Attività di vigilanza sulle Società di Mutuo Soccorso*);

(ii) è un contratto di mutua assicuratrice (legislativamente denominata anche società di mutua assicurazione) che, in ragione della l. n. 3818/1886, è classificabile tra le « mutue assicuratrici regolate da leggi speciali »

⁽¹⁷⁾ Così per la dottrina A. BASSI, *Delle imprese cooperative e delle mutue assicuratrici*, in *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1988, 201 (il quale coerentemente sostenne che si dovesse integrare la l. n. 3818/1886 con la « disciplina delle associazioni ») e per la giurisprudenza Cass., 2 ottobre 2000, n. 12992, (in cui si qualificò una SOMS come un'« associazione legalmente riconosciuta ») e Trib. Udine, 17 agosto 1998, segnalata in *Società*, 1998, n. 11, *flash*, 5 (ove si stabilì che i vuoti normativi lasciati dalla l. n. 3818/1886 dovessero essere colmati con « la disciplina codicistica delle associazioni riconosciute »). Sono state invece considerate come associazioni non riconosciute le SOMS che non erano iscritte nel registro delle imprese o che mancavano « di una qualsiasi organizzazione di impresa » (così Cass., 3 settembre 2008, n. 22201), ovvero quelle che non erano state costituite in conformità con la l. n. 3818/1886 (così Cass. 10 maggio 2011, n. 10188, seguita, da ultimo, da App. Venezia, 22 marzo 2022, inedita). Un'ulteriore opinione è stata espressa da R. DABORMIDA, *Art. 12*, in *Il registro unico nazionale del Terzo settore. Commento al d.m. 15 settembre 2020*, n. 106, a cura di A. Fici - N. Riccardelli, Napoli, 2021, 136, secondo il quale una SOMS senza personalità giuridica, se esercente attività d'impresa, dovrebbe essere trattata come una s.n.c.

⁽¹⁸⁾ Per la dottrina la voce più autorevole a sostegno della suddetta tesi fu quella di G. BONFANTE, *Imprese cooperative*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna - Roma, 1999, 180.

⁽¹⁹⁾ Probabilmente seguendo il parere del Consiglio di Stato espresso il 23 settembre 1992, n. 1016/92, in *Cons. St.*, 1994, I, 519.

di cui all'art. 107, disp. att., c.c., come sostenne diciotto anni fa una parte della dottrina esperta di società mutualistiche esercenti imprese assicurative ⁽²⁰⁾;

(iii) è un contratto di società cooperativa ⁽²¹⁾ che, essendo luogo disciplinato dalla l. n. 3818/1886, rientra tra quelli contemplati nell'art. 2520, comma 1, c.c., come ritenuti nel 2006 ⁽²²⁾;

(iv) è un contratto di società mutualistica di diritto speciale, come opinò nel 2004 l'Autore del migliore saggio sulle SOMS scritto dopo la riforma del diritto societario ⁽²³⁾.

Recentemente, è stata prospettata una *quinta qualificazione alternativa* della SMS. Questa corrisponderebbe non a un autonomo tipo legale di organizzazione, bensì a una qualifica che potrebbe aggiungersi a più tipi legali di organizzazione; sicché, secondo questa tesi, l'ordinamento ammetterebbe la legittimità di un'associazione con la qualifica di SMS o di una cooperativa con la medesima qualifica ⁽²⁴⁾; detto altrimenti, seguendo questo orientamento, come un'associazione o una cooperativa possono certamente avere la qualifica di ONLUS (ai sensi del d.lgs. 4 dicembre 1997, n. 460) o di impresa sociale (ai sensi del d.lgs. 3 luglio 2017, n. 112), così le stesse organizzazioni potrebbero avere nella loro denominazione anche il sintagma "società di mutuo soccorso" o le relative abbreviazioni. Il che troverebbe un appiglio testuale nell'art. 18, comma 2-*quinquies*, d.lgs. 2 agosto 2002, n. 220 ⁽²⁵⁾ e

⁽²⁰⁾ Così N. DE LUCA, *Mutue assicuratrici*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna - Roma, 2006, 188-192.

⁽²¹⁾ In questa direzione vanno Cass., 27 giugno 2019, n. 17252 (commentata da A. DILI - E. GALTIERI, *Società di mutuo soccorso tra cooperazione e Terzo settore*, in *Terzo settore, non profit e cooperative*, 2020, 90 ss.) e Cass., 11 febbraio 2021, n. 3446, nelle quali si ritennero le SMS « riconducibili » o « assimilate » alle società cooperative a mutualità prevalente.

⁽²²⁾ E. CUSA, *Il socio finanziatore nelle cooperative*, Milano, 2006, 69. Della stessa opinione sono, *de iure condito*, A. STAGNO D'ALCONTRES - N. DE LUCA, *Le società mutualistiche. Gli istituti transtipici*, Torino, 2019, 876.

⁽²³⁾ G. PETRELLI (nt. 6), 467-486, il quale, prima del d.lgs. n. 117/2017, precisava che la l. n. 3818/1886 avrebbe dovuta essere integrata analogicamente mediante la disciplina civilistica delle cooperative; questa tesi è seguita dopo il Codice del Terzo settore, tra gli altri, da D. LUCARINI, *Società di mutuo soccorso. Profili giuridici*, in *non profit*, 2014, 156-157, da R. DABORMIDA, *Art. 12* (nt. 17), 133 e da D. BOGGIALI (nt. 12), 34.

⁽²⁴⁾ Così la circolare del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, denominata *Riforma del Terzo settore: elementi professionali e criticità applicative*, aggiornata al 28 luglio 2021, 201-203, reperibile in www.fondazioneNazionaleCommercialisti.it, ove si afferma tra l'altro che le SMS potrebbero essere costituite « in diverse forme giuridiche in grado di garantire il modello mutualistico, quali associazioni o cooperative ». In senso contrario, almeno per le SMS iscritte nella sezione delle SMS presso il RUNTS, si orienta A. FICI, *Artt. 23-25, in il registro unico nazionale del Terzo settore. Commento al d.m. 15 settembre 2020, n. 106*, a cura di A. FICI - N. Riccardelli, Napoli, 2021, 257.

⁽²⁵⁾ Ove si stabilisce che « gli uffici competenti del Ministero [dello sviluppo economico] dispongono la perdita della qualifica di società di mutuo soccorso e la cancellazione dal Registro delle Imprese e dall'Albo delle società cooperative » per le SMS che abbiano violato gli artt. 1 e 2 l. n. 3818/1886.

nell'art. 7, comma 2, d.m. 15 settembre 2020 (recante *Definizione delle procedure di iscrizione degli enti, delle modalità di deposito degli atti, delle regole per la predisposizione, la tenuta, la conservazione del Registro unico nazionale del Terzo settore*) ⁽²⁶⁾.

4.2.1. Nella disciplina delle SMS vi sono innumerevoli e inequivoci dati testuali (confermati con le riforme intervenute dopo il 2011), i quali portano a qualificare la SMS non già come un *contratto di associazione*, bensì come un *contratto di società*.

A riprova di ciò, *da un lato* ricordo che la disciplina delle SMS ha sempre indicato la SMS come una società e non come un'associazione e ha costantemente effettuato significativi rinvii alla (o calchi della) disciplina delle società e non a quella delle associazioni ⁽²⁷⁾, benché il legislatore avesse utilizzato la forma non societaria per regolare altri fenomeni mutualistici (come accadde per le associazioni agrarie di mutua assicurazione regolate dal r.d.l. 2 settembre 1919, n. 1759 e dal r.d. 26 febbraio 1920, n. 271 ⁽²⁸⁾); *dall'altro lato* sottolineo come la complessa disciplina della vigilanza amministrativa sulle SMS (prevista a partire dal 2012) tratti la SMS come un ente societario.

Le SMS, quindi, si collocano fuori dal perimetro applicativo dell'art. 2517 c.c., il quale contempla solo enti mutualistici non societari ⁽²⁹⁾. Un'indiretta conferma del fatto che la SMS non sia un'associazione è data dall'art. 43 d.lgs. n. 117/2017 ⁽³⁰⁾; nella rubrica di questa disposizione, infatti, si trova correttamente il termine « trasformazione » per indicare il passaggio da SMS ad associazione ETS o ad APS, poiché entrambe le evidenziate modifiche comportano un cambiamento del tipo legale di organizzazione prescelto dai membri del relativo ente.

4.2.2. La SMS non corrisponde neanche al *contratto di società di*

⁽²⁶⁾ La suddetta disposizione così recita: « le qualifiche di associazione di promozione sociale (APS), di organizzazione di volontariato (ODV), di ente filantropico, di società di mutuo soccorso non tenute all'iscrizione nell'apposita sezione "imprese sociali" del Registro imprese (...), nonché i benefici previsti in favore di tali specifiche tipologie di ETS sono collegati all'iscrizione in ciascuna delle apposite sezioni del RUNTS. Le qualifiche (...) di società di mutuo soccorso tenuta all'iscrizione nel Registro imprese, nonché i relativi benefici sono collegati all'iscrizione nella sezione "Imprese sociali" del Registro imprese ».

⁽²⁷⁾ Probabilmente l'opzione di imporre la forma societaria alle SMS fin dal loro concepimento discendeva dalla necessità di avere un'organizzazione così strutturata da ridurre i frequenti abusi degli amministratori di SMS, commessi prima della l. n. 3818/1886; sul punto è d'interesse quanto riporta N. DE LUCA (nt. 20), 11-14.

⁽²⁸⁾ La stessa osservazione del testo è presente in G. PETRELLI (nt. 6), 455.

⁽²⁹⁾ Così anche la dottrina maggioritaria, qui rappresentata da G. PETRELLI (nt. 6), 436 ss. (il quale però precisa, *ivi*, 511, che le SOMS non registrate rientravano nella categoria degli enti di cui all'art. 2517 c.c.) e D. LUCARINI (nt. 23), 149-154.

⁽³⁰⁾ Sul quale ritornerò nel par. 4.3.

mutua assicurazione, poiché la SMS non può (più, almeno dal 1995 ⁽³¹⁾) essere (anche) un'impresa di assicurazione, contrariamente alla mutua assicuratrice che deve essere un'impresa di assicurazione ⁽³²⁾.

4.2.3. La SMS non corrisponde nemmeno al *contratto di società cooperativa* ⁽³³⁾; in effetti, la disciplina delle SMS, a partire dal 2012, opera sì crescenti rinvii a segmenti normativi delle cooperative, ma non indica mai la SMS come una cooperativa, neppure di diritto speciale; la SMS non costituisce pertanto un sottotipo ⁽³⁴⁾ di cooperativa ⁽³⁵⁾ e così non può essere regolata dall'art. 2520 c.c., secondo il quale la disciplina civilistica delle cooperative si applica alle cooperative di diritto speciale in modo diretto, ma compatibile con quest'ultimo diritto.

4.2.4. La SMS non corrisponde neanche a una *qualifica eventualmente aggiuntiva* alla forma privatistica del corrispondente soggetto giuridico.

In effetti, l'utilizzo negli artt. 18, comma 2-*quinquies*, d.lgs. n. 220/2002 e 7, comma 2, d.m. 15 settembre 2020 della parola *qualifica* sta a indicare (almeno con riferimento alla SMS) che un determinato ente è qualificabile privatisticamente in un certo modo (cioè suscumbibile in una correlata fattispecie astratta) ⁽³⁶⁾; nel caso in esame la qualificazione come SMS di un ente è necessariamente legata alla sua iscrizione nell'apposita sezione o del RUNTS o del registro delle imprese; tale iscrizione, infatti, costituisce — come emergerà in più punti di questo contributo — elemento indefettibile della fattispecie astratta di SMS (cioè del tipo SMS). Dunque, la grave sanzione amministrativa contemplata nell'art. 18, comma 2-*quinquies*, d.lgs. n. 220/2002 (la cancellazione della SMS dalla sezione sopra specificata) determina una coatta fuoriuscita dal tipo SMS per un ente che ha

⁽³¹⁾ Del medesimo avviso sono G. PETRELLI (nt. 6), 463-466 e D. LUCARINI (nt. 23), 156.

⁽³²⁾ Per un approfondimento sul punto cfr., da ultimo, E. CUSA (nt. 7), 885-889.

⁽³³⁾ Così anche G. PETRELLI (nt. 6), 457-463 e D. LUCARINI (nt. 23), 154-156.

⁽³⁴⁾ Nel testo uso il termine "sottotipo" nel significato di articolazione necessaria (e non eventuale, a seguito di scelte statutarie) di un tipo legale in presenza di determinati presupposti applicativi prescelti dal legislatore; sul rapporto tra sottotipo, tipo di società e tipo normativo cfr. E. CUSA, *I tipi di società e le società consortili*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 311-315.

⁽³⁵⁾ Per E. CUSA, *La società consortile*, Torino, 2021, 145-146 (ove ulteriori citazioni), esistono quattro sottotipi di cooperativa regolati dal diritto comune: la cooperativa a mutualità prevalente, la cooperativa a mutualità non prevalente, la cooperativa regolata anche dalle norme sulla s.p.a., la cooperativa regolata anche dalle norme sulla s.r.l.

⁽³⁶⁾ Un'analogia interpretazione va data alla « qualifica di cooperativa a mutualità prevalente » di cui all'art. 2545-*octies* c.c. In effetti, nessuno si sognerebbe di affermare la legittimità di un'associazione o di una società in forma di società lucrativa che si denominasse anche come cooperativa a mutualità prevalente. Invece, nella prassi ho accertato la presenza di alcuni che sostengono, *de iure condito*, la legittimità di associazioni o di cooperative che si denominino anche SMS.

commesso irregolarità tali (come l'inosservanza del suo oggetto sociale esclusivo) da giustificare la squalificazione in parola. Ma, allora, il sintagma « perdita della qualifica di società di mutuo soccorso » di cui alla disposizione testé citata ha lo stesso significato del sintagma « perdita della natura di società di mutuo soccorso » di cui all'art. 8, comma 3, l. n. 3818/1886 ⁽³⁷⁾: abbandono (coatto o volontario) del tipo SMS.

Se essere SMS non corrisponde a una qualifica (cioè a uno *status* specifico che si giustappone al tipo legale prescelto dalle parti del relativo ente), essere SMS comporta però l'automatica assunzione della qualifica di ETS. In effetti, come la cooperativa sociale è un'impresa sociale di diritto (cioè assume automaticamente la qualifica di impresa sociale in quanto cooperativa sociale) ⁽³⁸⁾, così la SMS è un ETS di diritto (cioè assume automaticamente la qualifica di ETS in quanto SMS) ⁽³⁹⁾.

4.2.5. Specialmente dopo il d.lgs. n. 117/2017 ritengo che abbia ragione chi considera la SMS come una *società mutualistica di diritto speciale* (quest'ultimo inteso come *ius extra codicem*); società, tra l'altro, che non solo rientra nella cooperazione costituzionalmente riconosciuta ai sensi dell'art. 45 Cost. ⁽⁴⁰⁾, ma che è anche meritevole di un particolare coinvolgimento da parte della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 55 d.lgs. n. 117/2017 ⁽⁴¹⁾.

Più precisamente, osservando la tassonomia degli enti presente nel codice civile ⁽⁴²⁾, sostengo che la SMS, essendo diversa dai due tipi di società mutualistica contemplati nel codice civile (la cooperativa e la mutua assicuratrice), costituisce un *autonomo tipo di società mutualistica*, così incluso nella classe delle società mutualistiche ⁽⁴³⁾; ma, allora, è qualificabile come cambiamento del tipo (e pertanto come trasformazione) il passaggio non

⁽³⁷⁾ Sulla disposizione citata nel testo ritornerò nel par. 13.2.

⁽³⁸⁾ In argomento cfr. E. CUSA, *Le cooperative sociali come doverose imprese sociali*, in *Nuove leggi civ.*, 2019, 950-953.

⁽³⁹⁾ E, infatti, l'art. 7, comma 3, terzo periodo, d.m. 15 settembre 2020 precisa che una SMS possa utilizzare nella propria denominazione sociale non solo la locuzione "società di mutuo soccorso" o il relativo acronimo SMS, ma anche la locuzione "ente del Terzo settore" o il relativo acronimo ETS.

⁽⁴⁰⁾ Come già sostenuto in E. CUSA (nt. 7), 911-912, ma nello stesso senso, da ultimo, D. BOGGIALI (nt. 12), 34.

⁽⁴¹⁾ Il che è stato confermato nell'importante sentenza della Corte cost., 26 giugno 2020, n. 131, ampiamente commentata in A. FICI - L. GALLO - G. GIGLIONI (a cura di), *I rapporti tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 131 del 2020*, Napoli, 2020.

⁽⁴²⁾ Sull'imperatività della tassonomia legale per l'interprete cfr. E. CUSA (nt. 34), 307-311.

⁽⁴³⁾ La nozione di classe di società mutualistiche è esaminata da E. CUSA (nt. 34), 312, il quale precisa che tale classe è delimitata dal tipo contrattuale società mutualistica (ricavabile per astrazione dalla combinazione degli artt. 2247 e 2511 c.c.) e include i seguenti tipi di so-

solo da SMS ad associazione (eventualmente con la qualifica di ETS), ma anche da SMS a cooperativa (o viceversa) ⁽⁴⁴⁾.

4.2.6. Dalle considerazioni sopra riportate ricavo che la SMS si distingue dalla *cooperativa sociale*, sebbene queste due forme organizzative parrebbero essere trattate similmente dal d.lgs. n. 117/2017, quando le considera entrambe come ETS (art. 4, comma 1), pur rinviando alle rispettive discipline per l'individuazione delle loro caratteristiche organizzative e funzionali (art. 40, comma 2 per le cooperative sociali e art. 42 per le SMS) ⁽⁴⁵⁾.

In effetti, mentre la cooperativa sociale non è un autonomo tipo di società ⁽⁴⁶⁾ (essendo un sottotipo di cooperativa riconducibile al fenomeno indicato dall'art. 2520 c.c.), la SMS invece lo è; pertanto, se la cooperativa sociale può non essere più tale senza doversi trasformare (non essendo sussumibile nella classe della trasformazione codicistica il passaggio da un sottotipo a un altro dello stesso tipo di società) ⁽⁴⁷⁾, la SMS può invece cambiare la propria forma solamente trasformandosi.

4.2.7. Atteso che la SMS è un autonomo tipo di società, l'art. 4, comma 1, d.lgs. n. 117/2017, nella parte in cui indica gli ETS come « enti di carattere privato diversi dalle società », è da interpretarsi nel senso che agli ETS è precluso essere in forma societaria, a meno che gli stessi siano SMS o abbiano la qualifica di impresa sociale (potendo esservi imprese sociali in forma societaria, per lo più corrispondenti, almeno per ora, a cooperative sociali).

4.3. Come cercherò di dimostrare nelle prossime pagine, la SMS è un autonomo tipo di società avente una disciplina più vicina a quella delle cooperative che a quella delle associazioni; in effetti, con le cooperative condivide il doveroso scopo mutualistico e la struttura corporativa, mentre con

cietà: la società cooperativa, la mutua assicuratrice e le altre società mutualistiche di diritto speciale, tra cui la SMS.

⁽⁴⁴⁾ G. PETRELLI (nt. 6), 520-526, tratta la trasformazione da SMS a cooperativa o viceversa.

⁽⁴⁵⁾ Un'aggiornata analisi della disciplina delle cooperative sociali è condotta da E. CUSA (nt. 38) e Id., *Frammenti di disciplina delle cooperative con la qualifica di impresa sociale*, in *Nuove leggi civ.*, 2021, 267 ss., ove è tra l'altro riportato che, al 13 gennaio 2021, circa il 94% delle imprese sociali ai sensi del d.lgs. n. 112/2017 erano cooperative e queste ultime, salvo rari casi, corrispondevano a cooperative sociali.

⁽⁴⁶⁾ Circa la distinzione concettuale tra *tipo di società* (nel significato corrispondente a quello delle parole « tipi di società » e « tipo » contenute, rispettivamente, nella rubrica e nel comma terzo dell'art. 2249 c.c.) e *tipo societario* (nel significato corrispondente a quello della parola « tipi » contenuta nell'art. 2249, commi 1 e 2, c.c.) cfr. E. CUSA (nt. 34), 312-314.

⁽⁴⁷⁾ Sul punto, *funditus*, E. CUSA (nt. 45), 288-292.

l'associazione condivide il doveroso scopo non lucrativo e i profili patrimoniali del rapporto tra ente e i suoi membri; sicché, esemplificando, se da un lato lo scopo precipuo della SMS consiste nel soddisfare un comune bisogno dei suoi soci mediante l'esercizio di un'attività economica di cui detti soci beneficiano direttamente, dall'altro lato i contributi dei soci versati (anche a titolo di conferimento) alla SMS sono a fondo perduto e il loro valore non concorre alla formazione del capitale sociale.

Che la SMS abbia ancora alcuni (ma pochi) tratti dell'associazione non deve stupire, se si rammentano non solo il concepimento della sua (originaria e in parte tutt'ora vigente) disciplina nel XIX secolo (quando era certamente più incerto il confine tra cooperativa e associazione), ma anche la sua vicinanza alla cooperativa, la quale, fino a qualche decennio fa, era considerata da alcuni studiosi, perfino autorevoli ⁽⁴⁸⁾, più un'associazione che una società ⁽⁴⁹⁾.

Tuttavia, le SMS non possono più essere confuse con le associazioni, sebbene l'attuale comportamento di alcune di esse porterebbe a considerarle tali.

Il che è indirettamente provato dall'art. 43 d.lgs. n. 117/2017; in effetti, per sanare la situazione venuta a crearsi a partire dal 2013 — a seguito dell'art. 4 d.m. 6 marzo 2013 (*Iscrizione delle società di mutuo soccorso nella sezione del registro delle imprese relativa alle imprese sociali e nella apposita sezione dell'albo delle società cooperative*), attuativo dell'art. 23, comma 1, d.l. n. 179/2012 —, in base alla quale tutti gli enti che avessero voluto denominarsi SMS avrebbero dovuto iscriversi nel registro delle imprese ⁽⁵⁰⁾ e definitivamente organizzarsi in modo conforme al tipo di società corrispondente alla SMS, il citato art. 43 permette di uscire volontariamente entro la fine del 2022 dal mondo delle SMS, per entrare in quello delle associazioni, senza dover devolvere altruisticamente l'intero patrimonio sociale; scaduto però questo termine, non potranno più esservi associazioni camuffate da SMS, dovendo queste ultime — come già ricordato ⁽⁵¹⁾ — essere trasformate o eliminate dal mondo giuridico (volontariamente o coattivamente).

De iure condito, se la SMS è una società, risulta priva di fondamento

⁽⁴⁸⁾ Tra i quali spicca T. ASCARELLI, *Riflessioni in tema di consorzi, mutue, associazioni e società*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1953, 330-339; in effetti, questo Autore ritenne di dover includere le cooperative, le mutue assicuratrici e le SOMS nella classe delle associazioni (egoistiche, in quanto i relativi membri perseguono un vantaggio patrimoniale) e non in quella delle società, nonostante il legislatore avesse utilizzato per tali associazioni egoistiche il termine società e avesse rinviato per certi loro profili alla disciplina delle s.p.a.

⁽⁴⁹⁾ Ancora nel 2004 G. BONFANTE, *Art. 2517*, in *Il nuovo diritto societario. Commentario*, diretto da G. Cottino - G. Bonfante - O. Cagnasso - P. Montalenti, ***, Bologna, 2004, 2414, scriveva che le SMS « continuano a oscillare fra la natura associativa e societaria ».

⁽⁵⁰⁾ *Contra* R. DABORMIDA, *Art. 12* (nt. 17), 135-136, se si è ben intesa la sua opinione.

⁽⁵¹⁾ *Supra*, par. 3.1.

(nonostante la diversa e consolidata prassi) la tesi secondo la quale le SMS potrebbero o dovrebbero essere degli enti non commerciali ai sensi del d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (TUIR); questi ultimi enti, infatti, non possono essere qualificati civilisticamente come società ai sensi dell'art. 73, comma 1, lett. c), TUIR ⁽⁵²⁾. Di ciò dovrebbe ricordarsi il legislatore che si appresta a modificare la pasticciata disciplina fiscale degli ETS, contenuta negli artt. 79 ss. d.lgs. n. 117/2017.

5.1. Una volta chiarito che dal 2023 la SMS deve corrispondere a un autonomo tipo di società mutualistica di diritto speciale, occorre ricostruire l'intreccio delle fonti che formano la disciplina delle SMS.

La ricostruzione in parola ruota attorno agli artt. 3 e 42 d.lgs. n. 117/2017, appartenendo le SMS a una specie del genere rappresentato dagli ETS, come limpidamente discende dall'elencazione degli enti contenuta nell'art. 4 d.lgs. n. 117/2017.

Dal combinato disposto delle disposizioni testé citate affermo che la disciplina delle SMS è formata non solo dalla l. n. 3818/1886, ma anche dai seguenti *tre gruppi normativi*, tra loro in rapporto di competenza (e non di gerarchia ⁽⁵³⁾):

(i) la congerie di disposizioni espressamente valevoli per le SMS, come quelle contenute nel d.lgs. n. 220/2002, costituenti, assieme alla loro legge istitutiva, la « disciplina particolare » di cui all'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 117/2017 ⁽⁵⁴⁾;

(ii) il d.lgs. n. 117/2017, ove non derogato e in quanto compatibile con la disciplina particolare *sub* (i), ai sensi dell'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 117/2017 ⁽⁵⁵⁾;

(iii) il codice civile e le relative disposizioni di attuazione, per quanto non previsto e in quanto compatibile con la disciplina *sub* (i) e (ii), ai sensi dell'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 117/2017.

5.2. Individuo ora le disposizioni del codice civile che si applicano direttamente alle SMS.

⁽⁵²⁾ Così già G. PETRELLI (nt. 6), 472-473, nt. 100, quando prospetta la qualificazione delle SOMS come enti commerciali ai sensi dell'art. 73, comma 1, lett. a), TUIR, interpretato estensivamente.

⁽⁵³⁾ Sulla suddetta distinzione, applicata alla disciplina delle s.r.l., cfr. G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, I, Milano, 2010, 5-10.

⁽⁵⁴⁾ La disciplina particolare evocata nel testo, ad esempio, consente di costituire una SMS per pubblica sottoscrizione, ai sensi dell'art. 3, comma 1, l. n. 3818/1886, sostituendo però il richiamo ivi contemplato al previgente art. 136 cod. comm. con gli artt. 2333-2336 c.c.; dello stesso avviso è G. PETRELLI (nt. 6), 428.

⁽⁵⁵⁾ Tra le disposizioni del d.lgs. n. 117/2017 direttamente applicabili alle SMS segnalo, ad esempio, quelle sulla raccolta fondi (art. 7), sui lavoratori e sui volontari non soci (artt. 16-19).

In ragione della ricordata tassonomia civilistica degli enti, appartenendo il tipo di società corrispondente alla SMS alla classe delle società mutualistiche ⁽⁵⁶⁾ ed essendo la disciplina di questa classe formata perlopiù da quella delle cooperative, alle SMS si applicano — *direttamente* (non analogicamente ⁽⁵⁷⁾), anche se in quanto compatibili — gli artt. 2511 ss. e l'art. 2546, commi 2 e 3, c.c. ⁽⁵⁸⁾, ai sensi non già dell'art. 2520 c.c. (non essendo cooperative di diritto speciale), bensì dell'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 117/2017 (essendo società mutualistiche di diritto speciale) ⁽⁵⁹⁾; il che evidenzia come la SMS abbia fin dalle sue origini alcuni tratti funzionali e strutturali simili a quelli delle mutue assicuratrici ⁽⁶⁰⁾.

L'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 117/2017, dunque, applicato alle SMS, fa emergere il carattere transtipico di buona parte della disciplina sull'organizzazione corporativa delle cooperative, regolando direttamente questa disciplina l'intera classe delle società mutualistiche ⁽⁶¹⁾. Il che è espressamente confermato non tanto dall'art. 2520, comma 1, c.c. (valevole per le articolazioni legali del solo tipo società cooperativa), quanto dall'art. 2547 c.c. (valevole per un tipo di società diverso dalla società cooperativa, ma appartenente alla stessa classe di quest'ultima società).

Certamente tra le fonti normative delle SMS non è annoverabile il d.lgs. n. 112/2017, essendo questi enti fuori dal suo ambito di applicazione ⁽⁶²⁾;

⁽⁵⁶⁾ In senso opposto alla ricostruzione sopra prospettata (nella quale la SMS è una specie, al pari della società cooperativa, del genere società mutualistica) cfr. Cass., 16 luglio 1968, n. 2570, in *Foro it.*, 1969, I, 106, ove si sostiene che le SMS, in quanto « enti mutualistici costituiti in società », « rappresentano una specie del genere società cooperative ».

⁽⁵⁷⁾ Così invece D. LUCARINI (nt. 23), 157-159 e D. BOGGIALI (nt. 12), 34, dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 117/2017.

⁽⁵⁸⁾ L'applicazione diretta della suddetta disciplina delle mutue assicuratrici, benché le SMS non possano essere imprese di assicurazione [così, da ultimo, E. CUSA (nt. 7), 882-890], si giustifica in ragione della necessaria corrispondenza nella SMS tra la qualità di socio ordinario e quella di beneficiario (almeno potenziale) dei servizi della SMS. Ovviamente, non ho richiamato nel testo il comma 1 dell'art. 2546 c.c., poiché analoga regola è già presente nella l. n. 3818/1886.

⁽⁵⁹⁾ Dunque, diversamente dagli ETS in forma di associazione o di fondazione (sui quali le interessanti considerazioni di C. IBBIA, *Codice del terzo settore e diritto societario*, in questa *Rivista*, 2019, 67 ss.), nel caso delle SMS l'integrazione del d.lgs. n. 117/2017 avviene partendo non dalle scarse disposizioni contenute nel libro I del codice civile, ma dalla più compiuta disciplina delle cooperative prevista nel libro V del codice civile.

⁽⁶⁰⁾ Come è già stato messo in luce da G. PETRELLI (nt. 6), 460-463 e da G. MARASA, *Le "società" senza scopo di lucro*, Milano, 1984, 345.

⁽⁶¹⁾ Similmente, la disciplina del tipo contratto di vendita è transtipica, in quanto è « applicabile, di massima, a qualunque altro contratto di alienazione (a titolo oneroso), salvo normative speciali che derogano o integrino quella della vendita » (A. LUMINOSO, *La vendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu - F. Messineo - L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano 2014, 164).

⁽⁶²⁾ Proprio il fatto che le SMS siano ETS diversi dalle imprese sociali consente alle SMS di rientrare tra i beneficiari (dal 2022) della quota pari al cinque per mille dell'imposta sul reddito delle persone fisiche, così come sono stabiliti dall'art. 1, comma 1, lett. a), d.P.C.M. 23 lu-

tuttavia, in modo antinomico, il legislatore, pur precludendo alle SMS di fregiarsi della qualifica di impresa sociale, impone loro di iscriversi (di regola) nella sezione speciale delle imprese sociali presso il competente registro delle imprese; sicché una SMS può diventare un'impresa sociale solo se si trasforma in uno dei tipi contrattuali, diversi dalla SMS, compatibili con la disciplina delle imprese sociali.

Sempre in ragione della tassonomia civilistica degli enti, non è sostenibile che, ai sensi dell'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 117/2017, sulla disciplina civilistica delle cooperative prevalgano gli artt. 23-25, 27-31 e 26, commi 1, 3, 4, 6 e 7 d.lgs. n. 117/2017 ⁽⁶³⁾; in effetti, se questi articoli sono contenuti nel titolo IV (intitolato « Delle associazioni e delle fondazioni del Terzo settore ») e sono espressamente applicabili unicamente agli « enti del Terzo settore costituiti in forma di associazione, riconosciuta o non riconosciuta, o di fondazione » (art. 20 d.lgs. n. 117/2017), allora le SMS, essendo qualificabili come società, non possono essere regolate direttamente dagli articoli del d.lgs. n. 117/2017 sopra citati ⁽⁶⁴⁾.

Naturalmente, i molti rinvii operati dalla l. n. 3818/1886 a disposizioni ormai abrogate (tra cui quelle contenute nel codice di commercio del 1882), in assenza di dati contrari, devono presumersi di natura formale (o non rettività o mobile) ⁽⁶⁵⁾, così richiamando nel caso di specie le norme disciplinanti l'oggetto indicato nella norma rinvianti ma vigenti nel momento in cui la norma rinviante è applicata.

Tra le fonti giuridiche delle SMS sono annoverabili plurime disposizioni contenute in leggi regionali o provinciali (in presenza delle due Province autonome di Trento e di Bolzano); ebbene, alcune di queste disposizioni potrebbero non osservare il rapporto di gerarchia delle fonti vigente nel nostro ordinamento; più precisamente, se le *disposizioni regionali o provinciali* sconfinano nelle materie di competenza esclusiva statale, sono da ritenersi incostituzionali; il che accade, quando le disposizioni regionali o provinciali disciplinino, anche solo marginalmente, l'« ordinamento civile »

glio 2020; il che è stato recentemente confermato da MLPS, nota del 21 dicembre 2021, prot. n. 0019447.

⁽⁶³⁾ Così, invece, G. BONFANTE (nt. 3), 31-34 e 38.

⁽⁶⁴⁾ Alle SMS iscritte nell'apposita sezione del RUNTS si applicano però le disposizioni attinenti alla pubblicità in tale registro, contenute nel titolo IV del d.lgs. n. 117/2017, essendo la relativa iscrizione nel RUNTS alternativa a quella nella sezione speciale delle imprese sociali presso il registro delle imprese; alle SMS si può applicare anche l'art. 22 d.lgs. n. 117/2017, come prospettato nel par. 7.

⁽⁶⁵⁾ Questa è la regola che si suole utilizzare nell'interpretare la natura dei rinvii, almeno nel diritto societario, come ricordano G. ZANARONE (nt. 53), 22, circa le s.r.l., e G. PETRELLI (nt. 6), 486-490, circa le SMS; *contra*, proprio con riguardo alle SMS, M. TOLA, *La governance degli enti del terzo settore e i sistemi multistakeholders*, in questa *Rivista*, 2019, 401, nell'interpretare l'art. 61 n. 3818/1886.

— nel significato di cui all'art. 117, comma 2, lett. l), Cost. — delle SMS, il quale costituisce il principale oggetto del presente saggio ⁽⁶⁶⁾.

5.3. Come esempio di combinazione tra la l. n. 3818/1886 e il d.lgs. n. 117/2017 indico la possibilità che le SMS si avvalgano di *volontari non soci* nell'esercizio della loro attività. Costoro sono regolati non già dalla disciplina dei soci sostenitori contenuta nella l. n. 3818/1886 ⁽⁶⁷⁾ o da quella dei soci volontari delle cooperative sociali (art. 21 n. 381/1991), bensì da quella dei volontari contenuta nel d.lgs. n. 117/2017, in forza dell'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 117/2017 ⁽⁶⁸⁾.

Come esempio di combinazione tra la l. n. 3818/1886 e il codice civile indico la distribuzione del potere deliberativo tra i soci. In effetti, un tratto comune della disciplina civilistica delle società mutualistiche è il loro necessario *carattere democratico*; carattere che non è certo incompatibile con la l. n. 3818/1886 e il d.lgs. n. 117/2017; dunque, l'assegnazione dei voti ai soci della SMS non può avvenire in contrasto con la doverosa democraticità della SMS ⁽⁶⁹⁾, al pari di quanto è previsto espressamente per le cooperative e per le mutue assicuratrici. Questa conclusione trova conferma non solo nella prassi ⁽⁷⁰⁾ ma anche e soprattutto nell'oggetto della vigilanza amministrativa sulle SMS; in effetti, l'autorità chiamata a controllare le SMS deve non solo fornire « suggerimenti e consigli per migliorare la gestione ed il livello di democrazia interna, al fine di promuovere la reale partecipazione dei soci alla vita sociale », ma anche accertare « l'effettività della base sociale, la partecipazione dei soci alla vita sociale (...), la qualità di tale partecipazione » (art. 4, comma 1, d.lgs. n. 220/2002). Quindi, le SMS, come le cooperative, devono essere organizzazioni democratiche sia formalmente sia sostanzialmente ⁽⁷¹⁾.

⁽⁶⁶⁾ Si immagini il caso di una legge regionale che consenta di utilizzare il sintagma società di mutuo soccorso (o l'acronimo SMS) a enti non qualificabili civilisticamente come SMS. Per evitare confusioni in proposito, sarebbe auspicabile che entro il 2022 venisse modificato il primo comma dell'art. 9 l.r. Liguria 6 dicembre 2012, n. 42, nella parte in cui denomina come associazioni gli enti costituiti ai sensi della l. n. 3818/1886, benché nei successivi commi della stessa disposizione si parli di società di mutuo soccorso e non di associazioni di mutuo soccorso.

⁽⁶⁷⁾ Sulla quale v. *infra*, par. 12.2.

⁽⁶⁸⁾ La suddetta disciplina vale anche per i volontari non soci nelle cooperative sociali, almeno secondo E. CUSA (nt. 45), 270-272.

⁽⁶⁹⁾ Dello stesso avviso è la dottrina unanime, qui rappresentata da G. PETRELLI (nt. 6), 475, nt. 105 e da G. BONFANTE (nt. 3), 30.

⁽⁷⁰⁾ In effetti, tutti gli atti costitutivi delle SMS da me compulsati prevedono la regola del voto capitario.

⁽⁷¹⁾ Sull'analogo tema della democrazia nelle società cooperative cfr. E. CUSA, *Il procedimento assembleare nella società cooperativa e il principio democratico*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 843 ss.

6. L'interprete, se si limitasse a leggere la l. n. 3818/1886, non capirebbe dove deve essere iscritta la SMS per rispettare la sua disciplina ⁽⁷²⁾. In effetti, l'art. 4 l. n. 3818/1886, apparentemente in vigore, indica che la SMS acquisterebbe la personalità giuridica dopo un controllo di legalità condotto dal tribunale.

Tuttavia, il succitato art. 4 è stato tacitamente abrogato dalle seguenti *due disposizioni*:

(i) l'art. 23, comma 1, d.l. n. 179/2012, il quale impone a qualsiasi SMS di iscriversi nella sezione delle imprese sociali presso il competente registro delle imprese; questa disposizione ha trovato attuazione con il già ricordato d.m. 6 marzo 2013;

(ii) l'art. 44, comma 2, d.lgs. n. 117/2017, il quale, derogando parzialmente al sopra ricordato art. 23, comma 1, consente alle SMS piccole di iscriversi alternativamente nella sezione delle SMS presso il RUNTS, corrispondente a quella di cui all'art. 46, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 117/2017; questa disposizione è stata attuata con il d.m. 15 settembre 2020 (*Definizione delle procedure di iscrizione degli enti, delle modalità di deposito degli atti, delle regole per la predisposizione, la tenuta, la conservazione del Registro unico nazionale del Terzo settore*).

Dunque, in base alla normativa testé ricordata, nella sezione delle imprese sociali presso il registro delle imprese dobbiamo trovare iscritte tutte le SMS non piccole e possiamo trovare iscritte anche le SMS piccole, mentre nella sezione delle SMS presso il RUNTS possiamo trovare iscritte solo le SMS piccole, come chiaramente indica l'art. 3, lett. f), d.m. 15 settembre 2020 ⁽⁷³⁾.

Una SMS piccola, una volta iscritta nel registro delle imprese, può decidere di iscriversi nel RUNTS, sempre come SMS; in questo caso, prima di essere iscritta nell'apposita sezione del RUNTS, deve essere cancellata dal registro delle imprese (art. 12, comma 1, d.m. 15 settembre 2020).

⁽⁷²⁾ Non a caso nella relazione accompagnatoria del già citato d.d.l. n. 3533, Senato della Repubblica, XVI legislatura, si indicava come uno dei motivi di urgenza per modificare la disciplina delle SOMS « quello di semplificare e rendere più certa l'iscrizione delle S.M.S. al registro delle imprese visto che ai sensi dell'articolo 4 della legge n. 3818/1886, le S.M.S. avevano l'obbligo di procedere all'iscrizione nel "registro delle società" ».

⁽⁷³⁾ Dello stesso avviso, pur in via dubitativa, è A. FICI, *Artt. 3-5, in Il registro unico nazionale del Terzo settore. Commento al d.m. 15 settembre 2020, n. 106*, a cura di A. Fici - N. Riccardelli, Napoli, 2021, 40, nt. 7; sicché, non tutti gli enti iscritti nelle sezioni delle imprese sociali presso i registri delle imprese compaiono anche nel RUNTS: le imprese sociali sì (dovendo comparire anche nella sezione delle imprese sociali presso il RUNTS), mentre le SMS no (potendo essere iscritte nella sezione delle SMS presso il RUNTS solo le SMS che non siano iscritte nella sezione delle imprese sociali presso il registro delle imprese). *De iure condendo*, sarebbe opportuno razionalizzare la pubblicità delle SMS iscritte solo nell'apposita sezione del registro delle imprese, affinché i consociati possano conoscere i loro dati aggiornati consultando alternativamente il RUNTS o il registro delle imprese; il che significa equiparare sul punto queste SMS alle imprese sociali, sulla cui disciplina cfr. E. CUSA (nt. 45), 273-274.

Non è invece disciplinata l'ipotesi inversa (cioè il passaggio di una SMS dal RUNTS al registro delle imprese); nonostante gli artt. 22, 24 e 25 d.m. 15 settembre 2020 potrebbero essere letti nel senso di precludere tale passaggio, lo ritengo invece ammissibile ⁽⁷⁴⁾, stante l'alternatività tra le due pubblicità sancita dalle disposizioni gerarchicamente sovraordinate (cioè gli artt. 23, comma 1, d.l. n. 179/2012 e 44, comma 2, d.lgs. n. 117/2017). Ovviamente il passaggio dalla sezione delle SMS presso il RUNTS alla sezione delle imprese sociali presso il registro delle imprese è doveroso, quando la SMS superi i parametri per essere qualificata come piccola e, pertanto, sempreché voglia rimanere una SMS, sia costretta a iscriversi nella ricordata sezione del registro delle imprese.

Qualsiasi SMS deve essere iscritta anche nella sezione delle SMS presso l'albo delle società cooperative; questo albo è istituito presso il MISE (a cura della Direzione generale per la vigilanza sugli enti cooperativi e sulle società ⁽⁷⁵⁾) ed è regolato dal d.m. 23 giugno 2004 (*Istituzione dell'Albo delle società cooperative*).

Non ritengo infatti esentate da quest'ultima iscrizione le SMS piccole iscritte nel RUNTS, poiché tutte le SMS (quand'anche piccole) devono essere vigilate dal MISE, ai sensi dell'art. 18, comma 2-bis, d.lgs. n. 220/2002, così come attuato con d.m. 30 ottobre 2014 (*Approvazione delle disposizioni inerenti l'attività di vigilanza sulle società di mutuo soccorso e la relativa modulistica*); ne consegue che si dovrà prossimamente prevedere la procedura telematica volta a far dialogare il RUNTS con l'albo delle società cooperative, al pari dell'analoga procedura volta a far dialogare il registro delle imprese con tale albo (ai sensi dell'art. 4-bis, comma 1, d.m. 23 giugno 2004).

Non va poi sottaciuto il fatto che meritano di essere agevolate fiscalmente solo le SMS che, rispettose della loro articolata disciplina, siano iscritte sia nella sezione delle imprese sociali presso il registro delle imprese (o, in alternativa, nell'apposita sezione del RUNTS) ⁽⁷⁶⁾, sia nell'albo delle società cooperative ⁽⁷⁷⁾.

Le SMS, oltre alla loro doverosa iscrizione nel registro delle imprese (o, alternativamente nel RUNTS) e nell'albo delle società cooperative, possono essere iscritte in altri registri pubblici.

Tra queste pubblicità facoltative segnalo, *a livello statale*, quella presso l'anagrafe dei fondi sanitari tenuta dal Ministero della salute, la quale è os-

⁽⁷⁴⁾ Argomentando dall'art. 2, comma 2, lett. h), d.m. 6 marzo 2013, introdotto con d.m. 21 dicembre 2018.

⁽⁷⁵⁾ Questa è la nuova denominazione della Direzione generale del MISE (ai sensi del d.P.C.M. 29 luglio 2021, n. 149), competente nella vigilanza e nella promozione degli enti cooperativi, tra cui sono annoverabili le società cooperative e le SMS.

⁽⁷⁶⁾ In questo senso l'art. 7, comma 2, d.m. 15 settembre 2020, il quale menziona la categoria più ampia (rispetto a quella delle agevolazioni fiscali) dei « benefici ».

⁽⁷⁷⁾ Circa il suddetto albo, così già G. PETRELLI (nt. 6), 496-498.

servata dalle SMS interessate ad essere agevolate fiscalmente nell'istituzione di fondi sanitari ⁽⁷⁸⁾ e, a livello regionale, quella in appositi registri o albi tenuti da alcune Regioni, la quale può costituire una delle condizioni per beneficiare di appositi contributi regionali di natura promozionale ⁽⁷⁹⁾.

7. Specialmente dall'art. 1 l. n. 3818/1886 ricavo che, *de iure condito*, non può esistere una SMS senza personalità giuridica, al pari di quanto accade per le altre società mutualistiche regolate nel codice civile.

Ma, allora, gli artt. 23, comma 1, d.l. n. 179/2012 e 44, comma 2, d.lgs. n. 117/2017, letti alla luce della l. n. 3818/1886, contengono una significativa peculiarità per il diritto societario; in effetti, l'iscrizione (non già nella sezione ordinaria, come prevede il codice civile per tutte le società con personalità giuridica ivi disciplinate, bensì) nella sezione speciale delle imprese sociali presso il registro delle imprese o nella sezione delle SMS presso il RUNTS, se corrisponde all'ultima fase del procedimento costitutivo di una SMS ⁽⁸⁰⁾, ha un'efficacia costitutiva duplice: (i) integra il tipo SMS (così permettendo di applicare al relativo ente la disciplina della SMS); (ii) consente l'acquisto della personalità giuridica (similmente a quanto prevede il diritto comune con l'art. 2331, comma 1, c.c.).

Orbene, se ciò deve verificarsi anche in caso di iscrizione nel RUNTS, il notaio rogante, prima di richiedere quest'ultima iscrizione, è chiamato a svolgere il controllo di legalità di cui all'art. 22 d.lgs. n. 117/2017 ⁽⁸¹⁾ (richiamato dall'art. 12, comma 2, d.m. 15 settembre 2020), in quanto compatibile con la specifica disciplina delle SMS ⁽⁸²⁾.

Sempre dalla l. n. 3818/1886 (e in particolare, dal suo art. 3, comma 1,

⁽⁷⁸⁾ Sul punto, *funditus*, E. CUSA (nt. 7), 875-879.

⁽⁷⁹⁾ Come accade ai sensi della l.r. Marche 4 ottobre 2004, n. 20, intitolata *Istituzione dell'Albo regionale delle società di mutuo soccorso ed interventi a tutela del loro patrimonio storico e culturale*.

⁽⁸⁰⁾ In effetti, se la SMS è già iscritta in una delle due sezioni sopra specificate, il passaggio da una all'altra di queste sezioni non ha la particolare efficacia legale che mi accingo a indicare nel testo. Quanto esposto sopra non vale nemmeno per gli enti che abbiano già la personalità giuridica prima dei procedimenti descritti nel testo; sicché, ad esempio, una SMS che volesse iscriversi nella sezione delle SMS presso il RUNTS e fosse dotata della personalità giuridica ai sensi del d.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361, non acquisterebbe un'altra personalità con l'iscrizione nella predetta sezione e non sarebbe soggetta all'art. 22 d.lgs. n. 117/2017; non acquisterebbe nemmeno una nuova personalità giuridica la SMS che fosse iscritta nella sezione speciale delle imprese sociali dopo la propria trasformazione da un ente già con personalità giuridica (come una cooperativa).

⁽⁸¹⁾ Dello stesso avviso è G. BONFANTE (nt. 3), 38-39.

⁽⁸²⁾ Tra le norme dell'art. 22 d.lgs. n. 117/2017 incompatibili con la disciplina delle SMS ritengo vi sia quella contenuta nel comma 4, poiché l'ordinamento non richiede per la costituzione della SMS la presenza di un patrimonio netto o di un capitale sociale minimo; dunque, la SMS piccola che intendesse acquistare la personalità giuridica ai sensi dell'art. 22 d.lgs. n. 117/2017 non dovrebbe dimostrare di avere il patrimonio minimo di cui al succitato comma

confermato dall'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 112/2017, richiamato dall'art. 3, comma 1, d.m. 6 marzo 2013), ricavo che deve essere redatto in forma di atto pubblico notarile sia l'atto costitutivo della SMS, sia qualsiasi successiva modifica dello stesso atto⁽⁸³⁾. Il che non cambia a seconda che la SMS sia iscritta nel registro delle imprese o nel RUNTS.

Un ente può essere qualificato come SMS solo dopo essere stato iscritto in una delle apposite sezioni del registro delle imprese o del RUNTS e non può più essere qualificato come SMS una volta cancellato da queste sezioni, come è confermato dagli artt. 24 e 25 d.m. 15 settembre 2020. Tuttavia, se con tale iscrizione si acquista la personalità giuridica, con la simmetrica cancellazione può mantenersi la personalità giuridica, ad esempio quando la SMS si trasformi in cooperativa non sociale e, conseguentemente, si cancelli dalla sezione delle imprese sociali presso il registro delle imprese.

La cancellazione della SMS dalle apposite sezioni del registro delle imprese o del RUNTS può avvenire su richiesta o della SMS interessata o della sua autorità di vigilanza; in quest'ultimo caso, ai sensi dell'art. 18, comma 2-*quinqies*, d.lgs. n. 220/2002, il MISE, una volta accertata la violazione degli artt. 1 e 2 l. n. 3818/1886, è tenuto a richiedere la cancellazione in parola, quand'anche la SMS sia iscritta nel RUNTS⁽⁸⁴⁾.

Atteso che la SMS gode sempre della personalità giuridica, eccetto che si verifichino abusi di quest'ultima, le obbligazioni contratte dalla SMS sono garantite esclusivamente dal patrimonio della SMS (salva comunque la responsabilità per danni a carico dei suoi amministratori o controllori *ex* artt. 2394, 2395 e 2407 c.c.) e non anche dal patrimonio dei suoi soci.

Corrisponde pertanto a un nonsenso o a un'inutile precisazione l'art. 2, comma 2, l. n. 3818/1886, nella parte in cui indica che le attività di cui all'art. 1, comma 1, l. n. 3818/1886 (e perché non anche le attività di cui all'art. 2, comma 1, della stessa legge?) « sono svolte dalle Società [cioè dalle SMS] nei limiti delle proprie disponibilità finanziarie e patrimoniali »⁽⁸⁵⁾; in

4 (cioè « una somma liquida e disponibile non inferiore a 15.000 euro per le associazioni e a 30.000 euro per le fondazioni »).

⁽⁸³⁾ Fino alla riforma del 2012 era opinione consolidata in giurisprudenza (qui rappresentata da Trib. Milano, 18 giugno 2001, in *Società*, 2002, 369) che le SMS fossero regolate in materia di costituzione e di modificazioni del contratto sociale dalla stessa disciplina delle società con personalità giuridica; tale conclusione a maggior ragione vale per le SMS secondo il diritto vigente, stante il rinvio diretto alla disciplina civilistica delle cooperative ai sensi dell'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 117/2017, già sostenuto *supra*, nel par. 5.2.

⁽⁸⁴⁾ La suddetta vigilanza ministeriale è esaminata *funditus* nel par. 19.1.

⁽⁸⁵⁾ La frase sopra riportata tra caporali, essendo una sorta di *caveat* nei confronti dei gestori delle SMS, dovrebbe pertanto perseguire la medesima finalità della seguente frase in corsivo (contenuta nel previgente e originario art. 2 l. n. 3818/1886) che è stata abrogata per sostituzione dal nuovo art. 2 l. n. 3818/1886: « le Società di mutuo soccorso potranno inoltre cooperare all'educazione dei soci e delle loro famiglie; dare aiuto ai soci per l'acquisto degli attrezzi del loro mestiere, ed esercitare altri uffici propri delle istituzioni di previdenza economica. *Però in questi casi deve specificarsi la spesa e il modo di farvi fronte nell'annuo bilancio* ».

effetti, la SMS, ogni volta che sia qualificabile come debitore, al pari di qualsiasi soggetto di diritto, « risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri » (art. 2740, comma 1, c.c.). Per non parlare poi della supposta deroga alla regola appena enunciata che si avrebbe (secondo sempre l'art. 2, comma 2, l. n. 3818/1886), quando la SMS istituì e gestì fondi sanitari; anche in questi casi, infatti, le prestazioni sanitarie promesse ai relativi beneficiari potranno essere eseguite dalla SMS nella misura in cui il suo patrimonio sia capiente, ovviamente intendendo compreso in questo patrimonio anche le prestazioni dovute alla SMS dai suoi garanti o, più in generale, dai suoi debitori (come una o più imprese di assicurazione presso cui la SMS si fosse assicurata per le prestazioni da riconoscere ai propri soci).

8. Tutte le SMS iscritte nelle apposite sezioni del registro delle imprese o del RUNTS devono includere nella loro *denominazione sociale* il sintagma “società di mutuo soccorso” o le relative abbreviazioni (tra le quali senz'altro prediligerei l'acronimo SMS), ai sensi del combinato disposto degli artt. 3, comma 2, d.m. 6 marzo 2013 e 7, comma 2, d.m. 15 settembre 2020.

Simmetricamente, un ente, se non è stato costituito mediante il contratto di società di mutuo soccorso e non è iscritto nelle apposite sezioni delle SMS presso il registro delle imprese o il RUNTS ⁽⁸⁶⁾, non può includere nella propria denominazione sociale il sintagma “società di mutuo soccorso” o le relative abbreviazioni. Se però il medesimo contravvenisse a questo divieto, sarebbe certamente illegale la relativa denominazione, nel suo contenuto normativo, violandosi di sicuro l'art. 14, comma 1, lett. a), d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, ma potendosi altresì violare l'art. 13 d.lgs. n. 30/2005 (essendo un segno non distintivo) o l'art. 14, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 30/2005 (essendo un segno addirittura decettivo) ⁽⁸⁷⁾. Nel caso di specie non si potrebbe invece irrogare la sanzione amministrativa di cui all'art. 91, comma 3, d.lgs. n. 117/2017 (nonostante l'art. 7, comma 4, d.m. 15 settembre 2020), dovendosi interpretare restrittivamente (e non potendosi certamente applicare analogicamente) il citato art. 91, comma 3, il quale salvaguarda soltanto « l'indicazione di ente del Terzo settore, di associazione di promozione sociale o di organizzazione di volontariato oppure i corrispondenti acronimi ».

⁽⁸⁶⁾ Sulla necessaria correlazione tra denominazione e iscrizione nelle sezioni indicate nel testo è chiaro l'art. 7, comma 2, d.m. 15 settembre 2020. Non si condivide pertanto il pensiero di D. BOGGIALI (nt. 12), 36, 43, quando scrive che la sopra indicata pubblicità si configurerebbe per le SMS « in termini di onere e non di obbligo », se ciò significasse sostenere la legittimità di un ente denominato come SMS ma irrispettoso della predetta pubblicità.

⁽⁸⁷⁾ Per l'applicazione in via analogica della disciplina dei marchi al segno distintivo corrispondente alla denominazione sociale cfr., tra gli altri, E. CUSA, *I segni distintivi delle banche e dei gruppi bancari*, in AA. VV., *Studi per Luigi Carlo Ubertazzi. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Milano, 2019, 235 ss.

La componente normativa della denominazione della SMS, oltre a dover contenere un segno grafico indicante l'appartenenza della SMS al corrispondente tipo, può contenere anche il sintagma “ente del Terzo settore” o i relativi acronimi (e.t.s. o ets, eventualmente in maiuscolo) ⁽⁸⁸⁾, come precisa l'art. 7, comma 3, d.m. 15 settembre 2020; nella denominazione in parola non può invece essere contenuto il sintagma “impresa sociale” o relativa abbreviazione o acronimo.

Una volta che sia iscritto il contratto istitutivo della SMS nell'apposita sezione del RUNTS *ex* art. 22, comma 2, d.lgs. n. 117/2017 o nell'apposita sezione del registro delle imprese *ex* art. 5, comma 2, d.lgs. n. 112/2017 (richiamato dall'art. 3, comma 1, d.m. 6 marzo 2013), sono dell'opinione che si debba applicare direttamente alla SMS (come soggetto di diritto e come contratto) l'art. 2332 c.c.; questa disposizione, infatti, attiene alla disciplina civilistica delle società mutualistiche e, dunque, vale anche per le SMS ai sensi dell'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 117/2017, essendo pienamente compatibile con la l. n. 3818/1886 e il d.lgs. n. 117/2017.

Se si condividono tutte le conclusioni cui sono giunto in questo paragrafo, gli uffici dei registri delle imprese, in coordinamento con gli uffici del RUNTS, il MISE e il MLPS (attraverso la sua Direzione generale del terzo settore e della responsabilità sociale delle imprese ⁽⁸⁹⁾), dovranno evitare che siano iscritti nel registro delle imprese o nel RUNTS enti diversi dalle SMS (come cooperative o associazioni) che indichino nella loro denominazione sociale il sintagma “società di mutuo soccorso” (o corrispondenti abbreviazioni) o che comunque si autonominino SMS. Queste ipotetiche iscrizioni, infatti, sarebbero illegittime, poiché confonderebbero il tipo privatistico proprio della SMS con la qualifica di ETS, automaticamente attribuita alla SMS con l'iscrizione nelle specifiche sezioni sopra indicate.

9. La SMS può svolgere le sole attività indicate negli artt. 1 e 2 l. n. 3818/1886 e 111, commi 3 e 4, d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (TUB), quest'ultimo attuato con il d.m. 17 ottobre 2014, n. 176.

Le attività in parola possono bipartirsi in doverose e in facoltative.

Sono *doverose* le attività che la SMS deve svolgere; tuttavia, per osservare questo dovere, basta che la SMS eserciti almeno una di tali attività.

Sono *doverose* le seguenti attività:

(i) « erogazione di trattamenti e prestazioni socio-sanitari nei casi di

⁽⁸⁸⁾ Secondo G. BONFANTE (nt. 3), 38, invece, la denominazione sociale della SMS dovrebbe « prevedere l'acronimo ETS ».

⁽⁸⁹⁾ Le competenze della suddetta Direzione sono stabilite dall'art. 11 d.P.R. 15 marzo 2017, da ultimo modificato con d.P.C.M. 24 giugno 2021, n. 140, tra le quali si segnalano le seguenti tre: « cura la tenuta » del RUNTS; « rilascia le autorizzazioni per lo svolgimento delle attività di controllo » sugli ETS; « esercita, anche attraverso l'Ispettorato nazionale del lavoro, la vigilanza sulle imprese sociali » non in forma di società cooperativa.

infortunio, malattia ed invalidità al lavoro, nonché in presenza di inabilità temporanea o permanente »;

(ii) « erogazione di sussidi in caso di spese sanitarie sostenute dai soci per la diagnosi e la cura delle malattie e degli infortuni »;

(iii) « erogazione di servizi di assistenza familiare o di contributi economici ai familiari dei soci deceduti »;

(iv) « erogazione di contributi economici e di servizi di assistenza ai soci che si trovino in condizione di gravissimo disagio economico a seguito dell'improvvisa perdita di fonti reddituali personali e familiari e in assenza di provvidenze pubbliche ».

Le attività *sub* (i) e (ii) sono esercitabili anche mediante la gestione di fondi sanitari agevolati fiscalmente, di cui sia titolare o la stessa SMS gestrice o altri enti assistenziali, ai sensi dell'art. 1, comma 2, l. n. 3818/1886.

Sono *facoltative* le attività che la SMS può svolgere in aggiunta ad almeno una delle sopra elencate attività doverose.

Sono facoltative le seguenti attività:

(i) « attività di carattere educativo e culturale dirette a realizzare finalità di prevenzione sanitaria e di diffusione dei valori mutualistici » (art. 2, comma 2, l. n. 3818/1886);

(ii) l'attività di microcredito sociale, consistente nell'erogare prestiti di non più di 10.000 euro, a condizione che la SMS mutuante richieda « tassi adeguati a consentire il mero recupero delle spese sostenute dal creditore » ⁽⁹⁰⁾ e il mutuatario si trovi « in condizioni di particolare vulnerabilità economica o sociale » (art. 111, commi 3 e 4, TUB); la SMS può però esercitare l'attività di microcredito solo se nel suo atto costitutivo si precisi che tale attività sia congiuntamente svolta con attività che abbiano « obiettivi di inclusione sociale e finanziaria », ai sensi dell'art. 11, comma 2, lett. b), d.m. n. 176/2014.

Tutte le attività (doverose e facoltative) sopra descritte sono qualificabili come assistenziali e pertanto la SMS è da considerare un *ente assistenziale*, potendo svolgere solo attività assistenziali; il che è confermato dalla disciplina degli enti titolari di fondi sanitari agevolati fiscalmente (tra cui, appunto, le SMS), la quale qualifica i soggetti in parola come enti « aventi esclusivamente fini assistenziali » (d.m. 31 marzo 2008 e 27 ottobre 2009).

Tutte le attività esercitabili dalla SMS possono altresì qualificarsi come « di interesse generale », al pari di quelle tipiche delle ETS *ex* art. 5 d.lgs. n. 117/2017 o di quelle tipiche delle imprese sociali *ex* art. 2 d.lgs. n. 112/2017; dunque, l'esercizio delle attività elencate in questo paragrafo, assieme al rispetto degli altri vincoli imposti alle SMS, consentono a queste ultime di perseguire « finalità di interesse generale, sulla base del principio costituzionale di sussidiarietà » (art. 1, comma 1, l. n. 3818/1886).

⁽⁹⁰⁾ I suddetti tassi sono precisati all'art. 11, comma 5, d.m. n. 176/2014.

10. Stante la l. n. 3818/1886, ritengo che l'oggetto sociale delle SMS debba intendersi come *esclusivo in senso stretto* ⁽⁹¹⁾, non consentendosi pertanto alle SMS di svolgere attività diverse da quelle espressamente indicate dalla legge, pur se qualificabili come connesse o strumentali ⁽⁹²⁾; ma, allora, le SMS sono soggette a una regola più costrittiva di quella valevole per altre società con prescritto oggetto sociale esclusivo, quali, ad esempio, le società bancarie ai sensi dell'art. 10, comma 3, TUB o le società assicurative ai sensi dell'art. 11, comma 4, d.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252.

La limitazione delle attività esercitabili da una SMS è inoltre molto più rigida di quella prevista per gli ETS o per le imprese sociali, atteso che i relativi enti possono svolgere (rispettando alcuni vincoli) attività diverse da quelle elencate in modo tassativo, rispettivamente, negli artt. 5 d.lgs. n. 117/2017 e 2, comma 1, d.lgs. n. 112/2017.

Naturalmente, la SMS può finanziare in vario modo le proprie attività assistenziali; ciò avviene normalmente mediante la riscossione dei contributi associativi tra i suoi soci, ma può realizzarsi anche mediante la raccolta fondi di cui all'art. 7 d.lgs. n. 117/2017, rivolgendosi a chiunque. Il predetto finanziamento non può invece avvenire esercitando attività diverse da quelle rientranti nell'elenco tassativo di attività contenibili nell'oggetto sociale della SMS.

Le attività doverose svolte dalla SMS possono essere esercitate in modo secondario rispetto alle attività facoltative svolte dalla SMS; in effetti, nella l. n. 3818/1886 manca il dovere di esercitare in via principale una o più delle attività doverose.

Da notare, infine, che nessuna delle attività esercitabili dalla SMS è qualificabile come riservata ⁽⁹³⁾; sicché, è ad esempio possibile che una fondazione, una società cooperativa o un'associazione, senza doversi autonominare SMS, svolgano alcune o tutte le attività di cui agli artt. 1 e 2 l. n. 3818/1886.

⁽⁹¹⁾ Dello stesso avviso, pare, MLPS, nota del 21 dicembre 2021, prot. n. 0019447.

⁽⁹²⁾ Così sembra anche A. BUSANI - D. CORSICO, *Atto costitutivo, statuti e operazioni straordinarie degli enti del Terzo settore*², Milano, 2021, 379. Secondo invece G. BONFANTE (nt. 3), 35-36, le SMS potrebbero non solo svolgere attività differenti da quelle indicate nel testo (« a condizione che lo statuto lo consenta e siano secondarie e strumentali rispetto all'attività di interesse generale », dovendosi applicare alle stesse l'art. 6 d.lgs. n. 117/2017), ma anche partecipare (anche in via maggioritaria) a imprese sociali regolate dal d.lgs. n. 112/2017, « cui affidare attività di interesse e utilità generale non previste » dalla l. n. 3818/1886. Tuttavia, sempre G. BONFANTE, *Appunti per una "nuova" mutualità delle SOMS: dalla mutualità mediata alle SOMS di comunità*, relazione tenuta a Bologna il 22 ottobre 2019 (inedita e qui citata per gentile concessione dell'Autore), ritiene che le SMS non potrebbero investire il loro patrimonio in partecipazioni di società lucrative, atteso che, altrimenti, si snaturerebbe la loro necessaria non lucratività.

⁽⁹³⁾ Sul fatto che le attività assistenziali non siano riservate, nemmeno quelle delle SMS, quand'anche esse corrispondessero alla costituzione e alla gestione di fondi sanitari agevolati, cfr. E. CUSA (nt. 7), 882-885.

11.1. Una volta individuate le attività esercitabili da una SMS, occorre interrogarsi su come queste attività debbano essere organizzate.

La risposta a questo interrogativo è strettamente collegata con la previsione secondo la quale le SMS non « possono svolgere attività di impresa » (art. 2, comma 2, l. n. 3818/1886) ⁽⁹⁴⁾.

Come interpretare questa strana preclusione, per molti frutto di una maldestra stesura ⁽⁹⁵⁾?

Una *prima lettura* è offerta da uno dei maggiori esperti di SMS ⁽⁹⁶⁾, per il quale la prescrizione appena citata dovrebbe essere interpretata nel senso di vietare alla SMS di esercitare un'impresa commerciale; questo in ragione del fatto che le attività della SMS, se svolte « con metodo imprenditoriale », atterrebbero esclusivamente a un « tipo [di impresa] non commerciale ovvero di interesse generale e non lucrativo ». Questa lettura è però inconciliabile con quella prevalente in dottrina e in giurisprudenza, cui aderisco, secondo la quale non esiste nel nostro ordinamento un terzo genere di impresa, diverso dall'impresa commerciale e da quella agricola ⁽⁹⁷⁾.

Una *seconda lettura* è proposta da chi ritiene che nel caso di specie il legislatore volesse semplicemente ribadire la preclusione dello scopo di lucro soggettivo per la SMS ⁽⁹⁸⁾; preclusione, quest'ultima, che è infatti oggi espressamente prevista nell'art. 1, comma 1, secondo periodo, l. n. 3818/1886. Il che però non impedirebbe di qualificare la SMS come un imprenditore; in effetti, è ormai pacifico tra i giuristi teorici e pratici — tanto da essere

⁽⁹⁴⁾ Va segnalato che fin dal concepimento delle SMS si è discusso sul rapporto tra questi particolari enti e l'esercizio di attività (o impresa) commerciale, come emerge da G. PETRELLI (nt. 6), *passim*. Dopo il d.lgs. n. 117/2017 A. MAZZULLO, *Diritto dell'imprenditoria sociale. Dall'impresa sociale all'impact investing*, Torino, 2019, 344-345, afferma che le SMS, svolgendo « attività meramente erogativa », non avrebbero natura imprenditoriale; nella stessa direzione E. TUCCARI, Art. 15, in *Il registro unico nazionale del Terzo settore. Commento al d.m. 15 settembre 2020, n. 106*, a cura di A. Fici - N. Riccardelli, Napoli, 2021, 145, per il quale le SMS non potrebbero esercitare attività di impresa neanche « in via secondaria e strumentale ».

⁽⁹⁵⁾ Sulla stranezza della norma secondo la quale le SMS non « possono svolgere attività di impresa » concorda la dottrina, qui rappresentata da G. BONFANTE (nt. 92) (il quale parla in proposito di « pressapochismo legislativo dettato da una non piena consapevolezza della nozione di impresa di cui all'art. 2082 c.c. ») e da D. LUCARINI (nt. 23), 152 (la quale indica la norma in commento come l'aspetto più infelice e contraddittorio della novella del 2012). Sempre G. BONFANTE, *La riforma delle società di mutuo soccorso e la vigilanza delle società cooperative*, in *Società*, 2013, 8, suppone che con la predetta norma il legislatore intendesse « fare riferimento all'assenza di rapporti e scambi con il mercato, ossia con i non soci ».

⁽⁹⁶⁾ G. BONFANTE (nt. 3), 35, 36 e 39.

⁽⁹⁷⁾ In argomento cfr., da ultimo, le opposte tesi di A. CETRA, *Le categorie di imprese*, in *Diritto commerciale*, a cura di M. Cian, I, Torino, 2020, 60-63 per l'opinione maggioritaria e di G. BONFANTE, *Associazioni, nuove imprenditorialità e fallimento. Un nodo da sciogliere*, in *Giur. it.*, 2021, 893 ss., per l'opinione minoritaria.

⁽⁹⁸⁾ Così G. RACUGNO, *Dagli enti del terzo settore alle società di mutuo soccorso*, in *NDS*, 2018, 1437 e G. BONFANTE (nt. 92), il quale afferma altresì che, se non si seguisse questa seconda lettura sopra prospettata, « vi sarebbe una disparità di trattamento nei confronti agli altri ETS del CTS tale da far pensare al limite ad un'abrogazione implicita del divieto in questione ».

ormai sancito in disposizioni-chiave dell'intero diritto commerciale (come l'art. 1, comma 1, d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, ove si precisa che è imprenditore chi « eserciti, anche non a fini di lucro, un'attività commerciale, artigiana o agricola ») — che un ente non lucrativo possa essere qualificato come imprenditore.

11.2. A mio avviso, è corretta una *terza lettura* dell'art. 2, comma 2, l. n. 3818/1886, la più fedele al suo dato testuale.

In effetti, il legislatore, nell'esercizio della sua autonoma potestà, impedisce con la disposizione in parola di qualificare le attività svolgibili dalla SMS come imprenditoriali, quand'anche il loro concreto compimento integri totalmente la fattispecie delineata dall'art. 2082 c.c.

Tuttavia, la SMS non corrisponde a un imprenditore, solo se la stessa eserciti le proprie attività osservando tutte le modalità prescritte nella l. n. 3818/1886; sicché, ad esempio, la SMS sarebbe, di regola, un imprenditore commerciale, se non si limitasse a svolgere le attività tassativamente elencate nella l. n. 3818/1886 ⁽⁹⁹⁾, ovvero se destinasse le proprie attività assistenziali doverose a soggetti diversi dai prescritti destinatari.

Dunque, l'art. 2, comma 2, l. n. 3818/1886 ha una portata normativa analoga all'art. 2238 c.c., in forza del quale non è qualificabile come imprenditore chi esercita unicamente una o più attività liberoprofessionali protette; queste due disposizioni, infatti, rappresentano delle eccezioni alla regola contenuta nell'art. 2082 c.c.; ma, allora, le SMS (al pari di certe società tra professionisti, aventi come oggetto sociale esclusivo attività liberoprofessionali esercitate solo da professionisti intellettuali iscritti in appositi elenchi ⁽¹⁰⁰⁾) sono necessariamente ed eccezionalmente società senza impresa.

Certo, nel contrastare la lettura dell'art. 2, comma 2, l. n. 3818/1886 qui prospettata, si potrebbe obiettare — come taluni hanno già opinato circa l'art. 2238 c.c. — che il citato art. 2, comma 2 non sarebbe immune da cen-

⁽⁹⁹⁾ Visto che la SMS è un ETS di diritto, v'è da chiedersi, se nei suddetti casi la SMS diventi un imprenditore solo qualora eserciti (se non esclusivamente, almeno) principalmente e imprenditorialmente attività diverse da quelle tassativamente previste dalla l. n. 3818/1886, come qualcuno potrebbe argomentare per qualsiasi ETS, sulla base specialmente degli artt. 11, comma 2 e 13, comma 4, d.lgs. n. 117/2017; più in generale, circa la portata di queste ultime disposizioni cfr., da ultimo, G. MARASÀ, *L'imprenditore*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2021, 329-339.

⁽¹⁰⁰⁾ Sul problematico rapporto tra impresa e società tra professionisti rimando a G. MARASÀ (nt. 99), 167-180 e a S. LEONI, *Le società tra professionisti: questioni applicative*, in *Giur. it.*, 2020, 1255, 1256, 1258 e 1261. Certamente non sarebbe stata qualificabile la società tra avvocati come imprenditore, se il Governo avesse attuato il seguente criterio direttivo, contenuto nell'art. 5, comma 2, lett. m), l. 31 dicembre 2012, n. 247 (abrogato nel 2017): « stabilire che l'esercizio della professione forense in forma societaria non costituisce attività d'impresa e che, conseguentemente, la società tra avvocati non è soggetta al fallimento e alle procedure concorsuali diverse da quelle di composizione delle crisi da sovraindebitamento ».

sure di irragionevolezza e arbitrarietà (rappresentando un ingiustificato privilegio ⁽¹⁰¹⁾) e pertanto, ponendosi in contrasto con l'art. 3 Cost., potrebbe essere dichiarato costituzionalmente illegittimo.

Ciononostante, *da un lato*, l'art. 2, comma 2, l. n. 3818/1886, fino a che non sia dichiarato incostituzionale, rimane pienamente efficace e vincola pertanto l'interprete nel qualificare le attività della SMS come non imprenditoriali; *dall'altro lato*, le forti limitazioni all'operare della SMS (dall'oggetto sociale esclusivo all'osservanza degli scopi di mutualità pura e di non lucratività) potrebbero portare la Corte Costituzionale ad accertare il mancato contrasto dell'art. 3 Cost. in forza della ragionevolezza della disposizione così scrutinata.

Ovviamente, la SMS rispettosa della l. n. 3818/1886, se non è un imprenditore per il diritto privato italiano, potrebbe esserlo per il *diritto dell'Unione europea*. In effetti, la SMS dovrebbe esercitare, di regola, attività non solo produttive, organizzate e non occasionali, ma anche e soprattutto economiche ⁽¹⁰²⁾ (cioè non erogative ⁽¹⁰³⁾), benché non lucrative ⁽¹⁰⁴⁾.

Se la SMS rispettosa della propria disciplina non è mai qualificabile civilisticamente come imprenditore, la stessa (oltre al fatto di non essere costituita secondo uno dei tipi di cui all'art. 2200, comma 1, c.c.) non può essere iscritta nella *sezione (cosiddetta) ordinaria del registro delle imprese*, diversamente da quanto deve accadere per le imprese sociali ⁽¹⁰⁵⁾ e può accadere per gli ETS (ai sensi dell'art. 11, comma 2, d.lgs. n. 117/2017 ⁽¹⁰⁶⁾), così come attuato dall'art. 13 d.m. 15 settembre 2020 ⁽¹⁰⁷⁾.

12. La SMS è senza dubbio una società con scopo mutualistico; scopo mutualistico che è perseguito dalla SMS (al pari degli altri enti con scopo mutualistico ⁽¹⁰⁸⁾) mediante la realizzazione di scambi mutualistici tra soci e

⁽¹⁰¹⁾ Così, circa l'art. 2238 c.c., cfr., per tutti, A CETRA (nt. 97), 80.

⁽¹⁰²⁾ In favore dell'economicità dell'attività della SMS cfr. l'articolata argomentazione di G. PETRELLI (nt. 6), 438-445.

⁽¹⁰³⁾ Aderisco così alla ricostruzione della nozione di impresa secondo il diritto unionale prospettata, tra gli altri, da M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Milano, 2014, 78-82.

⁽¹⁰⁴⁾ Secondo invece A CETRA (nt. 97), 83-84, nella nozione unionale di impresa rientrerebbero le attività lucrative ma non le attività meramente economiche.

⁽¹⁰⁵⁾ Almeno quelle in forma societaria, secondo C. IBBA, *Il registro delle imprese*, Milano, 2021, 26-27.

⁽¹⁰⁶⁾ Sul quale rinvio ancora a C. IBBA (nt. 105), 31-32.

⁽¹⁰⁷⁾ Commentato, ad esempio, da E. TUCCARI (nt. 94), 144 ss.

⁽¹⁰⁸⁾ Rimando a E. CUSA (n. 35), 80-92, circa la nozione civilistica di scopo mutualistico (e della sua specie: lo scopo consortile) e il correlato obbligo di instaurare scambi mutualistici per i soci cooperatori, corrispondenti ai soci ordinari delle SMS (come osserverò nel par. 12.1).

società, quand'anche da questi scambi i soci non traggano alcun vantaggio economico ⁽¹⁰⁹⁾.

La mutualità necessaria della SMS discende dal necessario contenuto normativo della sua denominazione sociale (società di mutuo soccorso) e, soprattutto, dagli indefettibili destinatari delle sue attività doverose.

12.1. Questi destinatari corrispondono alla *necessaria categoria dei soci ordinari* (così denominati dall'art. 3, comma 3, primo periodo, l. n. 3818/1886), alla quale possono appartenere (salvo quanto preciserò nel prosieguo di questo paragrafo) solo persone fisiche; a tali soci sono riferibili i loro eventuali famigliari conviventi (ai sensi dell'art. 1, comma 1, primo periodo, l. n. 3818/1886), nel senso che si considera attività mutualistica anche quella condotta dalla SMS con detti famigliari.

I soci ordinari corrispondono ai soci cooperatori delle cooperative di diritto comune, essendo tutti questi soci caratterizzati dall'interesse di instaurare scambi mutualistici con la loro società.

Dunque, la SMS non potrebbe avere nella compagine sociale l'antinomica figura del *socio ordinario inerte* (cioè quello che non si avvale, per sé o i propri famigliari, delle attività svolte dalla SMS), al pari di quanto dovrebbe accadere nelle cooperative di diritto comune, alle quali è infatti preclusa l'antinomica figura del socio cooperatore inerte ⁽¹¹⁰⁾.

Se i soci ordinari delle SMS corrispondono ai soci cooperatori delle cooperative, i soci di cui all'art. 3, comma 3, secondo periodo, l. n. 3818/1886 sono invece equiparabili ai soci cooperatori persone giuridiche di cui all'art. 2538, comma 3, c.c.: questa sottocategoria di soci ordinari della SMS — di seguito i *soci convenzionati*, poiché normalmente è presente un contratto (nella prassi denominato convenzione) che regola i rapporti tra la SMS, i soci convenzionati e i membri di questi ultimi — può infatti essere composta esclusivamente da enti titolari di fondi sanitari agevolati ⁽¹¹¹⁾ e/o da altre SMS che abbiano come interesse unificante quello di consentire ai loro membri di diventare diretti beneficiari delle attività assistenziali della SMS ⁽¹¹²⁾.

Il socio ordinario permette alla SMS il *perseguimento dello scopo mutualistico in modo diretto o in modo mediato*: il primo caso si ha attraverso lo scambio mutualistico col socio ordinario persona fisica; il secondo caso si ha

⁽¹⁰⁹⁾ Secondo la dottrina minoritaria, qui rappresentata da E. CUSA (n. 35), 97-103 e 116-124, ove citazioni anche di segno opposto, non integra lo scopo mutualistico il supposto necessario vantaggio economico che l'ente mutualistico dovrebbe riconoscere ai cooperatori; *contra*, circa le SMS, G. PETRELLI (nt. 6), 447-448.

⁽¹¹⁰⁾ Così almeno sostiene E. CUSA (n. 35), 89, 111 e 194.

⁽¹¹¹⁾ La cui nozione è ricostruita da E. CUSA (nt. 7), 875-877 e 896.

⁽¹¹²⁾ L'art. 3, comma 3, secondo periodo, l. n. 3818/1886 è sostanzialmente il calco del parere della Commissione centrale delle cooperative (le cui competenze sono state fissate, da ultimo, dall'art. 4 d.P.R. 14 maggio 2007, n. 78) espresso il 7 dicembre 2011.

attraverso lo scambio mutualistico col socio convenzionato o con il familiare convivente del socio ordinario persona fisica.

Il fenomeno della mutualità mediata delle SMS, legittimato con la riforma del 2012, ha concorso al successo della forma della SMS nell'ultimo decennio ⁽¹¹³⁾. Questo fenomeno va però meglio disciplinato, per colpire le SMS irrispettose della loro disciplina (nella prassi denominate, a volte, false o spurie) e per rafforzare quelle rispettose e, di conseguenza, la stessa sanità integrativa.

Tra le possibili migliorie normative suggerisco quella di ampliare i soggetti che possano diventare soci convenzionati della SMS, oggi circoscritti alle SMS e agli enti titolari di fondi sanitari; se si consentirà, infatti, di acquisire tale *status socii* a una fondazione, a un'associazione, a un ente pubblico, a una società lucrativa, a una società consortile o a una cooperativa, ciò permetterà a tutti i lavoratori, verso i quali gli enti convenzionati abbiano degli obblighi di sanità integrativa in base a contratti collettivi, di beneficiare in via mediata (senza cioè che questi lavoratori diventino soci ordinari della SMS) dei servizi assistenziali della SMS. Ma, allora, attraverso l'intervento legislativo appena prospettato, si darebbe la possibilità alla gran parte degli imprenditori italiani, specie se non di grandi dimensioni, di adempiere agli evidenziati obblighi contrattuali semplicemente garantendo ai loro lavoratori un piano sanitario offerto dalla SMS convenzionata che sia conforme con questi ultimi obblighi.

In assenza invece della prospettata riforma legislativa, la SMS non può realizzare un rapporto di mutualità mediata coi lavoratori di enti diversi da SMS e da enti titolari di fondi sanitari, istituendo essa stessa un fondo sanitario dedicato ai predetti lavoratori; la mutualità mediata, infatti, presuppone una trilateralità soggettiva (ente istitutivo del fondo sanitario, persona fisica beneficiaria delle prestazioni assistenziali, SMS erogatrice di tali prestazioni e convenzionata con l'ente in parola) che mancherebbe nel caso di specie.

In conclusione, le attività doverose delle SMS devono avere come destinatari solo i soci ordinari, i loro familiari e/o i membri dei soci convenzionati; pertanto, circa queste attività, la SMS è tenuta a perseguire uno *scopo mutualistico puro*, come prevede in via dispositiva l'art. 2521, comma 2, c.c. per qualsiasi cooperativa di diritto comune. Di contro, le attività facoltative delle SMS possono essere destinate in favore di chiunque.

12.2. Accanto alla categoria necessaria dei soci ordinari, interessati direttamente o indirettamente allo scopo mutualistico, v'è la *categoria eventuale dei soci sostenitori* (così denominati dall'art. 3, comma 3, terzo

⁽¹¹³⁾ Come riportato da E. CUSA (nt. 7), 895-897.

periodo, l. n. 3818/1886), alla quale possono appartenere persone fisiche o enti.

I soci sostenitori delle SMS, stante *sia* il loro tipico interesse — denominabile amutualistico (non essendo interessati a beneficiare dei servizi offerti dalla SMS di cui sono soci, né direttamente, né indirettamente), per distinguerlo dal necessario interesse mutualistico (eventualmente mediato) dei soci ordinari — *sia* il necessario scopo non lucrativo delle SMS e pertanto dei relativi soci ⁽¹¹⁴⁾, possono essere avvicinati non già ai soci finanziatori delle cooperative ai sensi dell'art. 2526 c.c. o ai soci sovventori delle mutue assicuratrici ai sensi dell'art. 2548 c.c. ⁽¹¹⁵⁾, bensì ai *soci volontari delle cooperative sociali* (se corrispondenti a persone fisiche, benché costoro abbiano il diritto alla quota di liquidazione della loro partecipazione sociale in caso di loro uscita dalla compagine sociale) o ancor meglio agli *associati di un'associazione di diritto comune*; in effetti, i soci sostenitori non sono paragonabili ai soci finanziatori o ai soci sovventori, poiché non possono avere un interesse lucrativo o economico, anche se sono anch'essi mossi da un interesse amutualistico; i soci sostenitori sono invece paragonabili ai soci volontari o agli associati, poiché il loro ingresso nella SMS è ideale o altruistico.

Dunque, i soci sostenitori — per quanto non previsto nella l. n. 3818/1886 e in quanto compatibile con quest'ultima legge — sono regolati o direttamente dalla disciplina dei volontari contenuta nel d.lgs. n. 117/2017 se persone fisiche offerenti gratuitamente il loro lavoro, o analogicamente dalla disciplina civilistica degli associati se diversi dalle predette persone fisiche (si pensi a enti donatori della SMS cui si volesse riconoscere lo *status socii*).

Dall'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 117/2017 (appartenendo la SMS alla classe delle società mutualistiche e pertanto dovendo avere una struttura democratica) faccio discendere il diritto di voto in capo ai soci sostenitori.

Contro questo assunto non si può rammentare che la loro categoria di soci possa solo « designare » e non anche nominare o eleggere sino a un terzo degli amministratori ⁽¹¹⁶⁾; in effetti, un soggetto può essere qualificato come socio vuoi quando sia legittimato a votare nell'elezione degli esponenti aziendali (eventualmente mediante un diritto extrassembleare di eleggerne una quota), vuoi quando abbia il diritto di designare come categoria di soci una parte degli amministratori ⁽¹¹⁷⁾. Dunque, l'espressa facoltà di designare una porzione degli amministratori della SMS (riconosciuta espressamente alla categoria dei soci sostenitori dall'art. 3, comma 3, quarto periodo, l. n.

⁽¹¹⁴⁾ Sul quale v. *infra*, par. 13 ss.

⁽¹¹⁵⁾ Dello stesso avviso è Fimiv, Comunicato del 24 novembre 2021.

⁽¹¹⁶⁾ Così invece Fimiv (nt. 115).

⁽¹¹⁷⁾ In generale, sul diritto di nomina e di designazione degli esponenti aziendali nelle cooperative, cfr., da ultimo, E. CUSA, *Organi*, in *Trattato delle Società*, diretto da V. Donativi, 2022, in corso di pubblicazione.

3818/1886) è un dato testuale insufficiente per trarre l'assenza del diritto di voto assembleare in capo a ciascuno dei predetti soci.

Sempre dall'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 117/2017 (grazie al quale opera il già ricordato richiamo diretto alla disciplina civilistica delle cooperative) ricavo che i soci sostenitori siano eleggibili come amministratori dall'assemblea dei soci della SMS; ai soci sostenitori, invece, stante il tenore dell'art. 3, comma 3, quarto periodo, l. n. 3818/1886, non si può riconoscere il diritto di designare come amministratori dei soggetti appartenenti alla loro stessa categoria di soci.

Tuttavia, un'apposita clausola statutaria può prevedere che i soci sostenitori non abbiano il diritto di voto nell'assemblea dei soci né il diritto di elettorato passivo per la nomina delle cariche sociali della SMS, stante il loro interesse amutualistico ⁽¹¹⁸⁾; la stessa clausola, invece, è inammissibile per i soci ordinari delle SMS (essendo questi disciplinati direttamente dall'art. 2538, comma 2, primo periodo, c.c., richiamato dall'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 117/2017), così come è inammissibile per i soci cooperatori delle cooperative ⁽¹¹⁹⁾.

Salvo diversa pattuizione statutaria, un soggetto della compagine sociale della SMS può cumulare le posizioni di socio ordinario e di socio sostenitore ⁽¹²⁰⁾.

13. Visto il chiaro tenore dell'art. 1, comma 1, secondo periodo, l. n. 3818/1886 e considerata la qualificazione societaria delle SMS, questi enti rientrano certamente nella categoria delle società senza scopo di lucro ⁽¹²¹⁾.

Nei successivi paragrafi intendo spiegare che cosa significhi per la SMS l'appartenenza agli enti non lucrativi, valutando la sua non lucratività nelle seguenti *tre classiche situazioni*:

- (i) al momento della destinazione delle eccedenze risultanti dal bilancio di esercizio;
- (ii) durante l'esistenza dell'ente, ma prima della sua liquidazione;
- (iii) al momento della destinazione del patrimonio residuo dell'ente prima della sua estinzione.

13.1. La SMS non può mai distribuire ai soci le eccedenze ottenute

⁽¹¹⁸⁾ Similmente E. CUSA (nt. 22), 284-288, ha sostenuto la legittimità della clausola statutaria che precluda (o limiti) il diritto di voto in capo ai soci finanziatori di cui all'art. 2526 c.c.

⁽¹¹⁹⁾ Così ancora E. CUSA (nt. 22), 282, per il quale non si può nemmeno riconoscere al socio cooperatore (salvo, forse, il caso in cui lo stesso rientrasse nella categoria dei soci cooperatori in prova ex art. 2527, comma 3, c.c.) partecipazioni a voto limitato.

⁽¹²⁰⁾ Dello stesso avviso è P. PUTZOLU, *La riforma delle Società di Mutuo Soccorso: dal XIX al XXI secolo. L'aggiornamento della legge 3818*, in *non profit*, 2014, 135.

⁽¹²¹⁾ In favore dell'appartenenza delle SOMS e delle SMS alla suddetta categoria cfr. G. MARASÀ (nt. 60), 7 e D. LUCARINI (nt. 23), 153.

nell'esercizio dell'attività sociale; eccedenze che devono essere denominate non già *utili di esercizio*, bensì *avanzi di esercizio*, stante il contenuto del bilancio di esercizio della SMS, redatto secondo le forme prescritte dall'art. 13, comma 1, 2 e 3, d.lgs. n. 117/2017 e definite dal d.m. 5 marzo 2020 ⁽¹²²⁾.

Alla SMS è pertanto vietato distribuire tra i soci qualsiasi avanzo di esercizio, a titolo di dividendo o di ristorno ⁽¹²³⁾.

Ma, allora, la disciplina delle SMS è molto più rigida di quella delle società con la qualifica di impresa sociale; queste ultime, infatti, possono distribuire non solo limitati dividendi (ai sensi dell'art. 3, commi 2 e 3, d.lgs. n. 112/2017), ma anche, se in forma di cooperativa, dei ristorni (ai sensi dell'art. 3, comma 2-*bis*, d.lgs. n. 112/2017) ⁽¹²⁴⁾.

La SMS, diversamente dalle cooperative, non deve destinare almeno il tre per cento degli utili (*rectius*, degli avanzi) netti annuali ai fondi mutualistici, come aveva richiesto (secondo alcuni, illegittimamente) il Ministro dello sviluppo economico con l'art. 6 d.m. 30 ottobre 2014 (formalmente non ancora modificato); sicché, l'art. 44, d.lgs. n. 117/2017 è da considerarsi come una sorta di interpretazione autentica del combinato disposto degli artt. 11 e 21 l. n. 59/1992 ⁽¹²⁵⁾.

13.2. Esamino ora l'assenza dello scopo lucrativo della SMS in caso di

⁽¹²²⁾ Circa la contabilità delle SMS v. *funditus* i parr. 15 e 16. Sulla scelta del regolatore di utilizzare, al posto del sintagma "utile di esercizio", quello di "avanzo d'esercizio" (definito all'interno del glossario sulle poste del bilancio, contenuto nel d.m. 5 marzo 2020, come « eccedenza dei proventi e ricavi rispetto agli oneri e costi dell'esercizio contabilizzati come tali secondo il principio della competenza economica ») così scrive E. CUSA (n. 35), 118, nt. 437: « la magia delle parole (pur essendo quelle in esame molto evocative nel settore cosiddetto *non-profit*) non cambia la sostanza di ciò che definiscono; ma, allora, per la mistificazione che causano, dissento in modo deciso da questa operazione di puro *maquillage* linguistico ».

⁽¹²³⁾ Prima della nuova formulazione dell'art. 1 l. n. 3818/1886 era comunque pacifico che le SOMS fossero enti *non-profit*, ricavando tale conclusione dall'ormai abrogato (dal 2012) art. 2, comma 2, l. n. 3818/1886 che così disponeva: « eccettuate le spese di amministrazione, il danaro sociale non può essere erogato a fini diversi da quelli indicati in questo articolo e nel precedente »; sul punto rimando a E. CUSA (nt. 22), 70, nt. 212, ove ulteriori citazioni. A mio avviso, salvo diversa indicazione del legislatore (come accade per le imprese sociali con l'art. 3, comma 2-*bis*, d.lgs. n. 112/2017), un ente senza scopo lucrativo non può ripartire tra i propri membri i ristorni, quand'anche questi ultimi, ritenendoli porzione dell'avanzo di gestione e non dell'utile di esercizio, siano trattati come rettifiche di voci del conto economico e non come destinazioni di utili. Sulla dibattuta questione della natura e della contabilizzazione dei ristorni cfr., da ultimo, G. BONFANTE, *Il ristorno, un istituto controverso nel nostro ordinamento*, in *Terzo settore, non profit e cooperative*, 2022, 47 ss. e E. CUSA, *Cooperative e principi contabili*, in *NDS*, 2022, 307 ss.

⁽¹²⁴⁾ Similmente si chiarisce in MLPS, nota del 21 dicembre 2021, prot. n. 0019447, che le SMS « non sono, *ex lege*, nelle condizioni di poter remunerare i propri soci ».

⁽¹²⁵⁾ Nella relazione illustrativa alla bozza di decreto legislativo, poi diventato il d.lgs. n. 117/2017, si spiega che le SMS non devono effettuare la eterodestinazione degli avanzi indicata nel testo, poiché ciò non è « configurabile » nelle SMS « in considerazione del fatto che il relativo modello societario è istituzionalmente inidoneo a produrre utili ».

sua liquidazione, al quale la legge equipara la situazione corrispondente alla « perdita della natura di società di mutuo soccorso » (come si esprime l'art. 8, comma 3, l. n. 3818/1886).

Negli esposti due casi la disposizione testé citata stabilisce che « il patrimonio è devoluto ad altre società di mutuo soccorso ovvero ad uno dei Fondi mutualistici o al corrispondente capitolo del bilancio dello Stato ai sensi degli articoli 11 e 20 della legge 31 gennaio 1992, n. 59 ».

La ricordata « perdita della natura di società di mutuo soccorso », con la conseguente devoluzione sopra prescritta, si ha ogni volta che la SMS sia cancellata (volontariamente o per provvedimento dell'autorità) da una delle due sezioni in cui deve essere iscritta (la sezione delle SMS presso il RUNTS o la sezione delle imprese sociali presso il registro delle imprese) senza che la stessa sia trasferita all'altra delle predette sezioni ⁽¹²⁶⁾; il che è confermato dall'art. 25, comma 5, d.m. 15 settembre 2020 in caso di cancellazione dal RUNTS.

Come ho già anticipato, la « perdita della natura di società di mutuo soccorso », causata dalla cancellazione della SMS da entrambi le sezioni sopra precisate, è un caso di abbandono del tipo SMS, atteso che elemento indefettibile della relativa fattispecie è l'iscrizione della SMS in una delle predette due sezioni. Più ampiamente, per « perdita della natura di società di mutuo soccorso » intendo la trasformazione della SMS, cioè il passaggio (eventualmente coatto) dal tipo SMS a un altro tipo negoziale; ma, allora, ogni volta che la società non è più qualificabile come SMS, avendo abbandonato il relativo tipo-fattispecie, scatta la devoluzione di cui all'art. 8, comma 3, l. n. 3818/1886.

In considerazione del tenore dell'art. 8, comma 3, l. n. 3818/1886 — più vicino a quello degli artt. 9 e 50, comma 2, d.lgs. n. 117/2017 ⁽¹²⁷⁾ che a quello degli artt. 2514, comma 1, lett. d) e 2545-*undecies*, c.c. — sono costretto ad affermare che nel caso in esame debba essere devoluto altruisticamente l'intero patrimonio dell'ente liquidato o trasformato.

Il che significa non solo precludere assolutamente il perseguimento dello scopo lucrativo, ma anche derogare a un tratto altrimenti necessario del contratto di società; quest'ultimo, infatti, è qualificabile di restituzione secondo il diritto comune, nel senso che almeno il valore del conferimento imputato a capitale sociale (ove ancora presente nel patrimonio della so-

⁽¹²⁶⁾ Circa il suddetto trasferimento v. *supra*, par. 6, mentre circa il necessario legame tra SMS e sua iscrizione in una delle due sezioni sopra precisate v. *supra*, par. 7.

⁽¹²⁷⁾ Sulla condivisibile lettura critica delle suddette disposizioni cfr. A. LAUDONIO, in *Le persone giuridiche*³, a cura di M.V. De Giorgi - A. Laudonio, II, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica - P. Zatti, Milano, 2020, 671-681.

cietà) debba essere restituito al socio, quando costui esca dalla società o la società si estingua ⁽¹²⁸⁾.

In conclusione, in caso di liquidazione o di abbandono del tipo SMS gli interessi economici dei soci subiscono un trattamento significativamente peggiore di quello riservato, in casi corrispondenti, sia ai soci delle cooperative a mutualità prevalente, sia agli associati delle associazioni con la qualifica di ETS; in effetti, i soci di tali cooperative devono ricevere almeno il valore nominale della loro partecipazione sociale, mentre i predetti associati sono costretti a devolvere altruisticamente (quando il loro ente perda la qualifica di ETS, ma continui « a operare ai sensi del codice civile ») solo « l'incremento patrimoniale realizzato negli esercizi in cui l'ente è stato iscritto » nel RUNTS (art. 50, comma 2, d.lgs. n. 117/2017).

13.3. La disciplina specifica delle SMS tace sull'esclusione dello scopo lucrativo in caso di uscita dalla compagine sociale.

Come dunque completare la normativa delle SMS in argomento? Per integrarla è utilizzabile la corrispondente disciplina degli ETS oppure quella delle cooperative?

A mio avviso, dall'art. 8, comma 3, l. n. 3818/1886 può desumersi la regola valevole in caso di uscita del socio dalla SMS; in effetti, se si vuole preservare la coerenza dell'intera disciplina delle SMS, occorre comprimere allo stesso modo gli interessi economici di tale socio in ogni situazione nella quale emergano gli interessi in parola; si può pertanto applicare analogicamente (non rientrando la disciplina civilistica delle associazioni tra le fonti direttamente applicabili alle SMS) al caso di specie la previsione ricavata dall'art. 24, comma 4, c.c.

Quindi, il socio della SMS, al pari dell'associato dell'associazione di diritto comune, non ha diritto ad alcuna prestazione economica in caso di uscita dalla relativa organizzazione. Questa conclusione corrisponde comunque alla prassi delle SMS, i cui atti costitutivi precisano spesso che i contributi associativi versati dal socio (quand'anche qualificati, almeno in parte, come conferimenti) siano da intendersi a fondo perduto.

In forza della rigida preclusione dello scopo lucrativo appena illustrata, l'intero patrimonio netto della SMS è sempre indivisibile, nell'accezione sancita nell'art. 2545-ter c.c. per le riserve, appunto indivisibili, delle cooperative ⁽¹²⁹⁾.

⁽¹²⁸⁾ Di questo avviso è la dottrina maggioritaria, qui rappresentata, da ultimo, da E. CUSA (n. 35), 197.

⁽¹²⁹⁾ Rimane invece enigmatico il rapporto tra l'art. 8, commi 1 e 2, l. n. 3818/1886 — sui quali rinvio a G. PETRELLI (nt. 6), 518, nt. 179 — e l'art. 10 d.lgs. n. 117/2017, sul quale v., in generale, A. RUOTOLO, *La costituzione di patrimoni destinati ad uno specifico affare da parte degli enti del Terzo settore*, corrispondente allo Studio n. 102-2018/I approvato dalla Com-

Infine, la non lucratività delle SMS è sì regolata anche dall'art. 8 d.lgs. n. 117/2017 ⁽¹³⁰⁾, a condizione però che la relativa disciplina sia opportunamente adattata; così, a mo' di esempio, applicando l'art. 8, comma 3, lett. d), d.lgs. n. 117/2017 alle SMS, da un lato per attività di interesse generale si devono intendere (non quelle *ex art.* 5 d.lgs. n. 117/2017, bensì) quelle *ex artt.* 1 e 2 l. n. 3818/1886 e, dall'altro lato, le « condizioni più favorevoli di quelle di mercato » possono essere riconosciute non solo ai soci ordinari della SMS, ma anche a beneficiari in via mediata delle prestazioni assistenziali della SMS (cioè ai famigliari dei soci ordinari persone fisiche e ai membri dei soci ordinari persone non fisiche).

14. Qualsiasi SMS deve avere i seguenti tre organi sociali:

- (i) l'assemblea dei soci;
- (ii) il consiglio di amministrazione;
- (iii) il collegio sindacale in determinati casi.

14.1. La necessaria presenza dell'assemblea discende dagli artt. 3, comma 2, 5, comma 5 e 12, comma 2, l. n. 3818/1886. Preciso poi che l'assemblea può decidere solo in modo collegiale e che i soci della SMS, se chiamati a esprimere la loro volontà come insieme, non possono farlo fuori dall'assemblea.

L'assemblea dei soci della SMS è regolata, in quanto compatibile con la specifica disciplina delle SMS, da quella civilistica valevole per le cooperative; quest'ultima disciplina sarà poi integrata direttamente (*ex art.* 2519 c.c.) dalle disposizioni sulla s.p.a. o da quelle sulla s.r.l., in base ai parametri di cui agli artt. 2519 e 2522, comma 2, c.c.

14.2. L'organo amministrativo è anch'esso regolato, in quanto compatibile, dalla disciplina delle cooperative; sicché, quest'organo deve essere « formato da almeno da tre soggetti » (diversamente dall'organo gestorio di un'associazione con la qualifica di ETS, il quale può corrispondere a un amministratore unico) e deve essere « collegiale » (art. 2542, comma 2, primo periodo, c.c.); il che è confermato dall'art. 5 l. n. 3818/1886, ove si parla sempre al plurale degli amministratori della SMS e si prescrive che costoro tengano un « registro delle deliberazioni » da loro prese ⁽¹³¹⁾.

Il consiglio di amministrazione di una SMS può essere composto solo dai soci della SMS ai sensi dell'art. 5, comma 1, l. n. 3818/1886, prevalendo

missione studi d'impresa del Consiglio Nazionale del Notariato il 19 aprile 2018, reperibile in www.notariato.it.

⁽¹³⁰⁾ G. BONFANTE (nt. 3), 31.

⁽¹³¹⁾ Nella stessa direzione va il MISE, il quale, al punto 21 dei modelli di verbale di revisione cooperativa e di ispezione straordinaria per le SMS, allegati al d.m. 30 ottobre 2104, indicano come organo necessario delle SMS il consiglio di amministrazione.

questa disposizione sull'art. 2542, comma 3, c.c. (il quale consente che i non soci possano costituire la minoranza degli amministratori) ⁽¹³²⁾.

Nei casi (ovviamente rispettosi dei parametri di cui agli artt. 2519, comma 2, e 2522, comma 2, c.c.) in cui la SMS sia regolata dalla combinazione delle discipline delle cooperative e delle s.r.l. ⁽¹³³⁾, l'organo amministrativo, benché debba corrispondere sempre a un consiglio di amministrazione, può esprimere la propria volontà osservando il metodo collegiale attenuato di cui all'art. 2475, comma 4, c.c., se un'apposita pattuizione statutaria lo preveda.

14.3. L'organo di controllo deve corrispondere al collegio sindacale, come discende pianamente dall'art. 3, comma 2, l. n. 3818/1886, nella parte in cui prescrive di disciplinare nell'atto costitutivo della SMS « un comitato dei sindaci ». La mia opinione non muta nell'ipotesi, ammissibile ⁽¹³⁴⁾, che la SMS sia regolata anche dalle disposizioni sulla s.r.l., ai sensi degli artt. 2519 e 2522, comma 2, c.c.

La l. n. 3818/1886 va però integrata con l'art. 2543, comma 1, c.c., stante l'art. 13, comma 2, d.lgs. n. 220/2002, il quale deroga agli artt. 3, 5 e 6, l. n. 3818/1886 (il cui combinato disposto imponeva alle SOMS registrate di avere sempre il « comitato di sindaci »); tale integrazione discende del fatto che le SMS sono da qualificarsi come enti cooperativi ai sensi dell'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 220/2002 ⁽¹³⁵⁾; sicché, le SMS devono avere sì il collegio sindacale, ma solo nei doverosi casi elencati nell'art. 2543, comma 1, c.c. ⁽¹³⁶⁾.

⁽¹³²⁾ Del medesimo avviso sono, ad esempio, N. DE LUCA (nt. 20), 194-195 e G. PETRELLI (nt. 6), 430, nt. 28, il quale aggiunge che al consiglio di amministrazione della SMS non potrebbero appartenere amministratori indicati dalle persone giuridiche socie; il che non è però più corretto, almeno, dal 2012, per gli amministratori che possono essere indicati dai soci sostenitori ai sensi dell'art. 3, comma 3, l. n. 3818/1886.

⁽¹³³⁾ Ipotesi ammissibile anche per G. PETRELLI (nt. 6), 485.

⁽¹³⁴⁾ *Contra* N. DE LUCA (nt. 20), 195.

⁽¹³⁵⁾ Così anche G. PETRELLI (nt. 6), 434 e 476. Sull'evoluzione legislativa in materia di organo di controllo richiesto alle cooperative e sulla successione di norme tra l'art. 13, comma 2, d.lgs. n. 220/2002 e l'art. 2543 c.c. cfr. per tutti S. POLI, *L'amministrazione ed il controllo nella nuova disciplina delle società cooperative*, in *Le cooperative dopo la riforma del diritto societario*, a cura di M. Sandulli - P. Valensise, Milano, 2005, 184-189. Il fatto che la disciplina degli enti cooperativi contenuta nel d.lgs. n. 220/2002 valga anche per le SMS, essendo queste società certamente qualificabili come enti cooperativi ai sensi del citato decreto, impedisce l'applicazione alle SMS degli artt. 30 e 31 d.lgs. n. 117/2017, dovendo sempre prevalere la disciplina precipua delle SMS (tra cui parte del d.lgs. n. 220/2002) sul d.lgs. n. 117/2017.

⁽¹³⁶⁾ Nella stessa direzione pare andare il MISE, il quale, al punto 22 dei modelli di verbale di revisione cooperativa e di ispezione straordinaria per le SMS, allegati al d.m. 30 ottobre 2104, parla di « organo di controllo (se istituito) »; il che lascia supporre che tale autorità di vigilanza ritenga applicabile alle SMS l'art. 2543, comma 1, c.c. alle SMS e che queste ultime non possano nominare un revisore legale dei conti nei casi previsti da quest'ultima disposizione, non essendo qualificabile come « organo di controllo ».

Ogni volta che la SMS sia tenuta a nominare il collegio sindacale, questo organo è regolato dalla disciplina sulla s.p.a. che sia compatibile con le norme sulle SMS e sulle cooperative di diritto comune.

15. La SMS è certamente tenuta a tenere il libro dei soci, il libro delle adunanze e delle deliberazioni delle assemblee, il libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale e, se si avvale del lavoro gratuito di volontari non occasionali, il registro dei volontari, ai sensi sia degli artt. 3, comma 2, 5, comma 3, 6, comma 1, l. n. 3818/1886, sia degli artt. 15 e 17 d.lgs. n. 117/2017.

Tutti questi libri devono essere accessibili dai soci della SMS, « secondo le modalità previste » nell'atto costitutivo della SMS (art. 15, comma 3, d.lgs. n. 117/2017).

Anche la disciplina delle scritture contabili obbligatorie delle SMS ha come fonte primaria il d.lgs. n. 117/2017, essendo silente sul punto la l. n. 3818/1886 e prevalendo il d.lgs. n. 117/2017 sulla disciplina civilistica delle cooperative, ai sensi dell'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 117/2017.

Più precisamente, il diritto contabile delle SMS è governato dai soli commi 1, 2 e 3 dell'art. 13 d.lgs. n. 117/2017 e non anche dal comma 5 della stessa disposizione; le SMS, infatti, non potendo « svolgere attività di impresa » (art. 2, comma 2, l. n. 3818/1886), non possono neanche esercitare la loro « attività esclusivamente o principalmente in forma di impresa commerciale » (art. 13, comma 4, d.lgs. n. 117/2017) ⁽¹³⁷⁾.

Quindi, la SMS deve redigere il *bilancio di esercizio* — alternativamente in forma di stato patrimoniale, rendiconto gestionale e relazione di missione o in forma di rendiconto per cassa — osservando i relativi schemi cosiddetti fissi contenuti nel d.m. 5 marzo 2020 ⁽¹³⁸⁾.

Ai sensi poi dell'art. 14, comma 1, d.lgs. n. 117/2017, qualsiasi SMS con entrate superiori ad un milione di euro è tenuta a predisporre e a far approvare da un organo definito statutariamente (di solito corrispondente all'assemblea dei soci) il *bilancio sociale*; quest'ultimo è redatto secondo le linee guida contenute nel d.m. 4 luglio 2019, la cui nota 8 conferma che le SMS

⁽¹³⁷⁾ Così anche G. BONFANTE (nt. 3), 32. In senso opposto opina invece chi — come M. POZZOLI, *Il bilancio degli enti del Terzo settore*, 2022, 18, reperibile in www.fondazionenazionalecommercialisti.it — interpreta l'art. 13, comma 4, d.lgs. n. 117/2017, nel senso che tale disposizione si dovrebbe applicare agli ETS che « tendono a raggiungere l'equilibrio economico-finanziario con la sola propria attività », cioè senza garantirsi il loro funzionamento e la loro progettualità « per il tramite di operazioni non sinallagmatiche, come erogazioni liberali, raccolte pubbliche di fondi e 5 per mille »; se si seguisse questa opzione ermeneutica, di regola, le SMS sarebbero disciplinate dall'art. 13, comma 4, d.lgs. n. 117/2017, cioè dal diritto contabile valevole per le s.p.a.

⁽¹³⁸⁾ Il decreto citato nel testo è integrato dal principio contabile ETS OIC 35, definitivamente pubblicato dall'Organismo Italiano di Contabilità nel febbraio 2022; sulla disciplina contabile degli ETS cfr., da ultimo, M. POZZOLI (nt. 137).

siano tenute ad approvare annualmente il bilancio sociale nei casi stabiliti dalla legge.

16. La sopra ricostruita disciplina contabile delle SMS ha significative ricadute applicative.

Tra le più rilevanti segnalo quella che mi consente di risolvere l'annoso problema relativo alla presenza del capitale sociale nelle SMS (prima SOMS) ⁽¹³⁹⁾.

In effetti, a partire dal bilancio relativo all'esercizio 2021 (in forza dell'art. 3 d.m. 5 marzo 2020, cioè dal momento in cui le SMS sono tenute a redigere il bilancio rispettando l'art. 13 d.lgs. n. 117/2017), le SMS non potranno imputare i contributi dei soci a capitale sociale, stante il contenuto dello stato patrimoniale e del rendiconto per cassa previsto in modo vincolante dal d.m. 5 marzo 2020 ⁽¹⁴⁰⁾.

Quindi, *de iure condito*, le SMS appartengono certamente alla ristretta cerchia delle società senza capitale sociale.

Segnalo comunque che la prassi delle SMS (almeno di quelle da me esaminate) e la *voluntas legislatoris* ⁽¹⁴¹⁾ concordavano sull'assenza del capitale sociale nelle SMS.

Tenuto conto che la SMS rimane una società e che si diventa socio solo se si apporta un *quid* a titolo di *conferimento* in ragione della super nozione di società ricavabile dall'art. 2247 c.c. ⁽¹⁴²⁾, le SMS, benché non possano (più) avere il capitale sociale, devono però ricevere degli apporti a titolo di conferimento da chi intenda ottenere (o incrementare) in via sinallagmatica la partecipazione sociale.

Più precisamente, almeno una parte degli apporti del socio deve essere qualificata come conferimento ⁽¹⁴³⁾, quand'anche il valore di tale parte — a volte denomina quota di iscrizione in caso di soci ordinari, la quale è versata *una tantum* e non va confusa coi cosiddetti contributi associativi, versati

⁽¹³⁹⁾ In argomento, tra gli altri, prima della riforma del 2012, le opposte tesi di G. PETRELLI (nt. 6), 477-481 (le SOMS registrate non possono avere il capitale sociale) e E. CUSA (nt. 22), 70-71 (le SOMS registrate devono avere il capitale sociale).

⁽¹⁴⁰⁾ Di questo avviso già G. BONFANTE (nt. 3), 30.

⁽¹⁴¹⁾ In effetti, nella relazione illustrativa alla bozza di decreto legislativo, poi diventato il d.lgs. n. 117/2017, si afferma che le SMS, corrispondendo a un « modello societario (...) istituzionalmente inidoneo a produrre utili », « non hanno capitale sociale ».

⁽¹⁴²⁾ Sulla quale, da ultimo, E. CUSA (nt. 34), 311-313.

⁽¹⁴³⁾ Così già G. PETRELLI (nt. 6), 449-451, dal quale però dissento, quando afferma che nelle cooperative potrebbe escludersi il diritto del socio alla liquidazione della sua partecipazione sociale; la tesi di questo Autore è stata seguita da D. LUCARINI (nt. 23), 153, la quale tuttavia afferma (*ivi*, 158) che alle SMS non si applicano « le disposizioni, dettate in tema di cooperative, che facciano riferimento ai conferimenti da imputarsi al capitale ». Chi scrive non condivide pertanto la ricostruzione della nozione di conferimento prospettata da D. PREITE, *La destinazione dei risultati nei contratti associativi*, Milano, 1988, 338-341, sulla cui base tale Autore distingue le società dalle associazioni.

periodicamente e attinenti agli scambi mutualistici con la SMS ⁽¹⁴⁴⁾ — sia da conteggiare nella voce dello stato patrimoniale denominata « quote associative o apporti ancora dovuti » e/o nella voce « fondo di dotazione dell'ente », ovvero nella voce del rendiconto per cassa denominata « proventi da quote associative e apporti dei soci fondatori ».

17. La SMS iscritta nella sezione delle SMS presso il RUNTS deve depositare telematicamente il bilancio d'esercizio presso il RUNTS *ex art.* 13, comma 7, d.lgs. n. 117/2017, confermato dall'art. 20, comma 1, lett. b), d.m. 15 settembre 2020.

Se invece la SMS è iscritta nella sezione delle imprese sociali presso il registro delle imprese, il suo bilancio di esercizio va depositato presso quest'ultima sezione, come può ricavarsi dall'art. 2, comma 3, d.m. 6 marzo 2013 (adattato alla disciplina sopravvenuta sugli ETS).

Qualsiasi SMS deve altresì depositare telematicamente (per il tramite delle Camere di commercio competenti per territorio, una volta che saranno regolamentate le relative procedure) il bilancio d'esercizio all'albo delle società cooperative *ex art.* 5 d.m. 23 giugno 2004.

Ai sensi poi dell'art. 14, comma 2, d.lgs. n. 117/2017, la SMS, se « con ricavi, rendite, proventi o entrate comunque denominate superiori a centomila euro », deve anche pubblicare annualmente sul proprio sito internet (o sul sito della rete associativa cui aderisce) « gli eventuali emolumenti, compensi o corrispettivi a qualsiasi titolo attribuiti ai componenti degli organi di amministrazione e controllo, ai dirigenti nonché agli associati [cioè, ai soci nel nostro caso] ».

La SMS, in aggiunta all'esposta rendicontazione doverosa, può decidere sia di realizzare un sistema di *valutazione dell'impatto sociale* della propria attività, sia di rendicontare questa valutazione. Il che dovrebbe essere facilitato dalle linee guida allegate al d.m. 23 luglio 2019, le quali « hanno un valore promozionale, ponendosi quale strumento di facilitazione della concreta realizzazione della valutazione di impatto sociale (VIS) » (così il predetto decreto); in tali linee guida non si precisa però chi approvi o controlli l'indicato sistema all'interno dell'organizzazione dell'ente del Terzo settore, anche se si precisa che i risultati della VIS possano diventare parte integrante del bilancio sociale.

Secondo le linee guida allegate al d.m. 4 luglio 2019, il bilancio sociale delle SMS, non essendo queste delle imprese sociali, dovrebbe essere *sia depositato* (anche da parte delle SMS iscritte nell'apposita sezione del registro delle imprese) presso il competente ufficio del RUNTS entro il 30 giu-

⁽¹⁴⁴⁾ Nello schema di rendiconto gestionale allegato al d.m. 5 marzo 2020 si distingue tra « proventi da quote associative e apporti dei fondatori » e « proventi degli associati per attività mutuali ».

gno dell'anno successivo a quello cui si riferisce tale rendicontazione, *sia pubblicato* sul sito internet istituzionale della SMS o, in mancanza, su quello della rete associativa cui aderisce la stessa SMS.

18. La contabilità delle SMS è sottoposta a *revisione legale* nei casi previsti non già dall'art. 31 d.lgs. n. 11/2017 (riferendosi questa disposizione ai soli ETS in forma di associazione e di fondazione), bensì dal codice civile per le s.p.a. e dal d.lgs. n. 220/2002 per le cooperative.

Più precisamente, faccio discendere dal fatto che le SMS debbano avere un collegio sindacale disciplinato dalle norme sulla s.p.a. nei casi di cui all'art. 2543, comma 1, c.c. ⁽¹⁴⁵⁾, la regola secondo la quale le SMS, in detti casi, sono regolate anche dall'art. 2409-bis c.c.; faccio invece discendere dall'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 220/2002 (il quale definisce le SMS come enti cooperativi ai fini di tale decreto e le assoggetta alla disciplina del medesimo decreto) la regola secondo la quale le SMS sono regolate anche dall'art. 11 d.lgs. n. 220/2002.

Ma, allora, da un lato, la SMS, quando è tenuta a nominare il proprio organo di controllo, deve altresì nominare un revisore legale dei conti, eventualmente coincidente con il collegio sindacale nei casi ammessi dall'art. 2409-bis c.c. ⁽¹⁴⁶⁾; dall'altro lato, la SMS deve sempre nominare un revisore legale corrispondente a una società di revisione avente i requisiti di cui all'art. 15 l. n. 59/1992, trovandosi in una delle situazioni di cui all'art. 13, comma 1, d.lgs. n. 220/2002.

Il revisore legale dei conti, quando è nominato, deve vagliare solo il progetto di bilancio d'esercizio e non anche il progetto di bilancio sociale; su quest'ultimo, infatti, si esprime solo l'organo di controllo, ove presente, mediante un'apposita attestazione di conformità al d.m. 4 luglio 2019, il cui contenuto va adattato in ragione della peculiare disciplina delle SMS.

19.1. Dal 1° gennaio 2015 tutte le SMS devono essere sottoposte a *periodiche revisioni cooperative* e possono essere soggette a *ispezioni straordinarie* nel rispetto del d.m. 30 ottobre 2014; questo decreto, infatti, stabilisce chi, come e quando sottopone qualsiasi SMS a revisione cooperativa o a ispezione straordinaria.

Il MISE, con il decreto appena citato, ha attuato il d.lgs. n. 220/2002 nel modo più ampio possibile relativamente alla vigilanza amministrativa sulle

⁽¹⁴⁵⁾ Tesi illustrata nel par. 14.3.

⁽¹⁴⁶⁾ Così anche N. DE LUCA (nt. 20), 195; *contra* D. LUCARINI (nt. 23), 159, circa la SMS regolata anche dalla disciplina della s.r.l., la quale si trovasse in uno dei casi di doverosa nomina dell'organo di controllo.

SMS ⁽¹⁴⁷⁾. Quest'ampia attuazione è stata resa possibile specialmente dall'art. 18, comma 2-*bis*, d.lgs. n. 220/2002, il quale consente di applicare alle SMS tutta la disciplina relativa alla vigilanza del MISE sugli enti cooperativi, in quanto compatibile. Ma, allora, i commi 2-*quater* e 2-*quinquies* dell'art. 18 d.lgs. n. 220/2002 sono da leggere non già in deroga o in sostituzione delle regole generali previste nel d.lgs. n. 220/2002, bensì in aggiunta a queste ultime regole. Dunque, da un canto, il revisore cooperativo o l'ispettore straordinario di SMS non devono limitarsi a controllare l'osservanza degli artt. 1 e 2 l. n. 3818/1886 (come, a prima vista, sembrerebbe prevedere l'art. 18, comma 2-*quater*, d.lgs. n. 220/2002), essendo tenute ad agire anche nel rispetto dell'art. 4 d.lgs. n. 220/2002; dall'altro canto, le sanzioni irrogabili alle SMS non corrispondono all'unica contemplata dall'art. 18, comma 2-*quinquies*, d.lgs. n. 220/2002 (la « perdita della qualifica di società di mutuo soccorso », a cui deve seguire vuoi la cancellazione disposta dal MISE dall'apposita sezione dell'albo delle società cooperative, vuoi la richiesta di cancellazione del MISE all'ufficio competente del registro delle imprese o del RUNTS dall'apposita sezione in cui devono essere iscritte le SMS), dovendo aggiungersi gli altri provvedimenti elencati nell'art. 12 d.lgs. n. 220/2002 che siano compatibili con la disciplina delle SMS.

A mio avviso, le SMS sono vigilate solo dal MISE e non anche dal MLPS, quand'anche tali società fossero iscritte nell'apposita sezione del RUNTS. Traggo quest'affermazione dai commi 2-*bis* - 2-*quinquies* dell'art. 18 d.lgs. n. 220/2002, i quali prevalgono (secondo un rapporto di competenza e non di gerarchia) sull'art. 93 d.lgs. n. 117/2017, benché quest'ultimo sembrerebbe a prima vista valere per tutti gli ETS (tra cui vi sono le SMS) che non siano imprese sociali (tra cui non vi sono le SMS).

Un controllo solo documentale sulle SMS è condotto dal Ministero della salute nei confronti di quelle intenzionate a iscriversi o a rinnovare l'iscrizione, presso l'anagrafe dei fondi sanitari, del fondo sanitario di cui siano titolari ⁽¹⁴⁸⁾.

19.2. Accanto al necessario controllo del MISE, le SMS sono soggette all'eventuale controllo del *tribunale ordinario* competente per territorio.

Più precisamente, ai sensi dell'art. 6, comma 1, l. n. 3818/1886, un numero di soci pari ad almeno un ventesimo di quelli iscritti nel libro dei soci della SMS può rivolgersi al tribunale, qualora tali soci abbiano un fondato sospetto di gravi irregolarità commesse dagli amministratori e/o dai sindaci della SMS. Se il presupposto per ricorrere all'autorità giudiziaria e i relativi

⁽¹⁴⁷⁾ A conferma di quanto precisato in questo paragrafo si leggano i modelli di verbale di revisione cooperativa e di ispezione straordinaria per le SMS, allegati al d.m. 30 ottobre 2104.

⁽¹⁴⁸⁾ Circa il suddetto controllo cfr. E. CUSA (nt. 7), 876-879, ove viene affrontato anche lo spinoso rapporto tra le SMS e l'Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni (*ivi*, 883-885).

legittimati sono fissati nella predetta disposizione, che cosa possa disporre il tribunale nel caso di specie è stabilito dall'art. 2409, commi 2-6, c.c. (derogato dall'art. 6, comma 2, l. n. 3818/1886, il quale impedisce al tribunale di richiedere una cauzione ai ricorrenti). Secondo me, la denuncia al tribunale può essere presentata anche dai sindaci della SMS (essendo costoro regolati dalla disciplina dei sindaci della s.p.a.) e dal pubblico ministero (tenuto conto dell'art. 7, comma 1, l. n. 3818/1886).

Poiché le gravi irregolarità degli esponenti aziendali della SMS possono determinare anche un'alternativa risposta del MISE (mediante sottoposizione della SMS interessata o alla gestione commissariale *ex art. 2545-sexiesdecies* c.c. o allo scioglimento per atto dell'autorità *ex art. 2545-septiesdecies* c.c.), occorre che nelle esposte situazioni le autorità giudiziaria e amministrativa si coordinino, tra l'altro rispettando i commi 2, 3 e 4 dell'art. 2545-*quinqiesdecies*, c.c.

L'intervento del tribunale competente per territorio può avvenire anche ai sensi dell'art. 7 l. n. 3818/1886, quando la SMS non rispetti il proprio oggetto sociale esclusivo o il proprio scopo non lucrativo ⁽¹⁴⁹⁾; tale eccezionale intervento — rimasto accanto a quello concorrente del MISE ai sensi dell'art. 18, commi 2-*bis* - 2-*quiquies*, d.lgs. n. 220/2002 — può essere richiesto dal pubblico ministero e anche da singoli soci della SMS e può portare perfino alla cancellazione della SMS dalla sezione delle imprese sociali del registro delle imprese o dalla sezione delle SMS del RUNTS.

19.3. La SMS, se rispettosa della propria specifica normativa, non essendo sussumibile nella fattispecie civilistica di imprenditore, non può neanche essere imprenditore per la disciplina della crisi, valendo in quest'ultimo settore dell'ordinamento la nozione di imprenditore tratteggiata nel codice civile.

Alla SMS non possono pertanto applicarsi gli istituti della disciplina della crisi aventi come presupposto soggettivo la qualità di imprenditore, tra cui segnalo la composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa ai sensi artt. 2-19 d.l. 245 agosto 2021 (conv. con l. 21 ottobre 2021), il concordato preventivo, l'accordo di ristrutturazione dei debiti e la liquidazione giudiziale.

Tuttavia, la SMS, qualora si trovi in stato di precrisi, di crisi o di insolvenza, può, a seconda dei casi, essere sottoposta alla gestione commissariale *ex art. 2545-sexiesdecies* c.c., allo scioglimento per atto dell'autorità *ex art. 2545-septiesdecies* c.c. (a sua volta disciplinato dalle « norme generali sulla liquidazione coatta amministrativa » ai sensi dell'art. 1 l. 17 luglio 1975, n. 400) e, direi anche, alla liquidazione coatta amministrativa *ex art. 2545-*

⁽¹⁴⁹⁾ Sul punto cfr. G. MARASÀ (nt. 60), 543.

terdecies c.c. ⁽¹⁵⁰⁾; come già rilevavo, infatti, in forza del rinvio operato dall'art. 18, comma 2-*bis*, d.lgs. n. 220/2002, il MISE è legittimato ad adottare nei confronti delle SMS i provvedimenti elencati nell'art. 12 d.lgs. n. 220/2002 che siano compatibili con la loro disciplina.

In conclusione, la SMS insolvente è assoggettabile soltanto a liquidazione coatta amministrativa, non potendosi alla stessa applicare né la liquidazione giudiziale (con la conseguenza che nel caso di specie risulta inapplicabile il criterio di prevenzione di cui agli artt. 2545-*terdecies*, comma 2, c.c. e 295, comma 2, d.lgs. n. 14/2019), né il concordato minore o la liquidazione controllata del sovraindebitato di cui al d.lgs. n. 14/2019; ai sensi infatti dell'art. 2, comma 1, lett. c), d.lgs. 14/2019 queste due ultime procedure valgono per i debitori non assoggettabili a liquidazione coatta amministrativa.

20. Dopo aver cercato di ricostruire gli aspetti più importanti dell'enigmatica disciplina delle SMS, ne sintetizzo i risultati, provando a individuare gli elementi indefettibili del tipo SMS, inteso come la fattispecie legale di questa società; fattispecie, quest'ultima, utilizzabile dall'interprete per poter sussumere le fattispecie concrete nella corrispondente astratta, così qualificandole, per poi correttamente disciplinarle.

Prima di iniziare tale sintesi, è utile sottolineare come il tipo SMS — al pari dei tipi inclusi nella classe delle società mutualistiche e diversamente dai tipi inclusi nella classe delle società lucrative — sia un negozio giuridico da qualificarsi come contratto (dunque un tipo contrattuale); ciò in ragione del fatto che la SMS deve avere sempre una pluralità di soci (almeno ordinari) e costoro devono sempre volere (o almeno non disvolere) tutti gli elementi indefettibili che consentano di qualificare come SMS una data fattispecie concreta.

Al tipo SMS corrisponde — diversamente dai tipi civilistici di società ⁽¹⁵¹⁾ — un'unica fattispecie, composta solamente dai seguenti *due elementi indefettibili*:

(i) il sintagma “società di mutuo soccorso” o le relative abbreviazioni

⁽¹⁵⁰⁾ Stante l'ampiezza e l'eterogeneità degli enti cooperativi regolati dal d.lgs. n. 220/2002, ritengo che, almeno in presenza di questi enti, possa ritenersi derogata la supposta regola, secondo la quale il presupposto soggettivo della liquidazione coatta amministrativa *ex* art. 2545-*terdecies* c.c. debba sempre essere la qualità di imprenditore. Se comunque si ritenesse non derogata tale regola nel caso di specie, si potrebbe comunque sottoporre alla liquidazione coatta amministrativa la SMS insolvente ai sensi dell'art. 2545-*septiesdecies* c.c., sussumendosi l'insolvenza in uno dei presupposti applicativi di quest'ultima disposizione (quando si parla di non essere « in condizione di raggiungere gli scopi » per cui l'ente sanzionato è stato costituito).

⁽¹⁵¹⁾ Almeno secondo E. CUSA (nt. 34), 318-319, per il quale ogni tipo civilistico di società corrisponde a due fattispecie legali — una normale e l'altra eccezionale — la cui diversa applicazione dipende dalla pubblicità cui sia stato sottoposto il corrispondente atto costitutivo.

(tra le quali prediligo l'acronimo SMS), da includere nella denominazione sociale contenuta nell'atto costitutivo della società ⁽¹⁵²⁾;

(ii) l'iscrizione della SMS nella sezione speciale delle imprese sociali presso il registro delle imprese competente per territorio o, per le sole SMS piccole, l'iscrizione alternativa nella sezione delle SMS presso il RUNTS.

Ma, allora, considerando che la SMS esiste giuridicamente solo a seguito delle indicate iscrizioni e che alla SMS regolarmente iscritta si applica (ai sensi dell'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 117/2017) l'art. 2332 c.c. (o gli artt. 2500-*bis*, comma 1, 2504-*quater*, comma 1 e 2506-*ter*, comma 5, c.c. nel caso in cui la SMS derivi da un atto di trasformazione, di fusione o di scissione), una volta sussunto un concreto atto costitutivo di un ente nella fattispecie astratta di SMS (così qualificandolo come SMS), tutte le relative clausole che fossero difformi dalla disciplina imperativa della SMS sarebbero automaticamente sostituite dalle norme imperative negozialmente derogate, ai sensi degli artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c.

⁽¹⁵²⁾ Tuttavia, in assenza della suddetta indicazione nella denominazione sociale (in ogni caso da regolarizzare il prima possibile, eventualmente su richiesta dei revisori cooperativi o degli ispettori ministeriali), si può comunque qualificare un ente come SMS, a condizione che il suo atto costitutivo contenga una serie di previsioni tali (come quelle relative all'oggetto sociale esclusivo) da individuare inequivocabilmente la volontà di aver costituito una SMS.