

# CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO

**Studio n. 3532**

## **Oggetto sociale e attività finanziarie**

*Approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 19 marzo 2002*

**SOMMARIO:** 1. Premessa. – 2. La nozione di attività finanziaria. – 3. Le ragioni della delimitazione dell'indagine. – 4. Classificazione dei soggetti che svolgono attività finanziaria. – 5. La nozione di "pubblico". – 5.1. I soci sono da considerare "terzi"? – 5.2. La professionalità. – 6. Le attività finanziarie ex art. 106 T.U.B. – 6.1. In particolare: l'attività di assunzione di partecipazioni. – 6.2. In particolare: il factoring. – 6.3. Le altre attività esercitabili. – 7. Redazione dell'oggetto sociale. – 8. Sulla necessità di verificare la sussistenza dei requisiti richiesti ai fini dell'iscrizione negli elenchi speciali. – 9. Attività di mediazione creditizia e di consulenza nella concessione di finanziamenti. – 10. Operazioni finanziarie "strumentali". – 10.1. La distinzione tra "atti" e "attività". – 10.2. Le origini della prassi. – 10.3. Precisazioni sull'effettiva rilevanza dell'indicazione analitica delle operazioni strumentali. – 10.4. Redazione della clausola.

### **1. Premessa**

La recente soppressione dell'istituto dell'omologazione degli atti costitutivi di società di capitali investe il notaio di maggiori responsabilità, imponendo una crescente attenzione in sede di redazione delle clausole.

Quella relativa all'oggetto sociale, in particolare, richiede un vaglio più accurato, in quanto la legislazione speciale riserva lo svolgimento di determinate attività a soggetti specifici - talvolta in via esclusiva - imponendo di adeguare la struttura societaria a requisiti inderogabili, o di ottenere autorizzazioni amministrative, o di provvedere all'iscrizione in albi o registri.

L'individuazione del tipo di attività, pertanto, deve essere effettuato con precisione, al fine di soddisfare le condizioni per la costituzione **(1)**.

## 2. La nozione di attività finanziaria

Tale individuazione concreta, in realtà, risulta spesso non agevole, e fonte di perplessità per l'interprete, qualora nell'oggetto sociale siano previste "attività finanziarie".

In definitiva risulta difficile sussumere la fattispecie concreta in quella astratta, sia per lo sviluppo, nella prassi, di una variegata, e sempre crescente, tipologia di operazioni finanziarie e di modalità di organizzazione delle stesse nell'ambito di un'attività imprenditoriale, sia per il rapido susseguirsi, negli ultimi anni, di numerosi provvedimenti normativi in materia.

Il problema è acuito da questioni definitorie: l'accezione dell'aggettivo "finanziario" è estremamente vasta, e talvolta esso viene usato dal legislatore in senso più restrittivo, in modo tale che ad un dato *nomen iuris* non corrisponda ciò che il senso comune potrebbe suggerire **(2)**. Inoltre, nel nostro ordinamento non è presente alcuna definizione esplicita di attività finanziaria; piuttosto, si tende ad identificare nominativamente i singoli prodotti e le singole attività che concretamente costituiscono il suo esplicarsi. In tal modo, si è passati dalla regolamentazione dei singoli soggetti operativi alla regolamentazione delle attività esercitate **(3)**.

Al fine di individuare i limiti del concetto di "attività finanziaria" sembra utile richiamare le riflessioni di Paolo Ferro-Luzzi, il quale ritiene che "per attività finanziaria debba intendersi l'attività diretta a porre in essere in serie operazioni che tra le parti inizino e terminino con il danaro, indipendentemente dalla specifica natura giuridica, e connessione, dei singoli atti o negozi che possano giuridicamente puntualizzare tali operazioni" **(4)**. La nozione in esame si presta quindi a raggruppare un insieme molto vasto di operazioni.

Nel linguaggio degli operatori, si è sviluppata la prassi di individuare con il termine "intermediari finanziari" esclusivamente una categoria determinata di intermediari, quelli disciplinati dal Titolo V (artt. 106 ss.) del d.lgs. 385/1993 (di seguito T.U.B.) **(5)**, anche in ragione della definizione adottata dal medesimo provvedimento (art. 1, comma secondo, lettera *g* **(6)**) escludendo quindi un ampio novero di soggetti (banche, assicurazioni, società di gestione del risparmio, SICAV, enti di gestione di fondi pensione), che pure svolgono, dal punto di vista economico, una funzione di intermediazione finanziaria.

Unicamente gli "intermediari finanziari" disciplinati dal T.U.B. saranno oggetto di indagine nel presente lavoro.

## 3. Le ragioni della delimitazione dell'indagine

In ossequio alla tecnica legislativa di cui poc'anzi si è dato conto, l'identificazione di tali soggetti avviene attraverso l'individuazione di una serie di attività ad essi riservate: segnatamente, esse sono "l'attività di assunzioni di partecipazioni, di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma, di prestazione di servizi di pagamento e di intermediazione in cambi" (art. 106 T.U.B.).

L'aspetto che rende particolarmente difficile valutare un oggetto sociale che contempra tali tipi di attività è che, a ben vedere, alcune (l'assunzione di partecipazioni e la concessione di finanziamenti) sono operazioni ordinarie, spesso inserite, attraverso l'utilizzo della formula "qualsiasi tipo di attività finanziaria" negli statuti societari in qualità di "attività strumentali" **(7)** o "secondarie". Bisogna quindi individuare con chiarezza in quali casi tali attività siano sottoposte a riserva, a favore di soggetti determinati, e in quali casi esse debbano costituire l'oggetto esclusivo di una società.

#### **4. Classificazione dei soggetti che svolgono attività finanziaria**

Per comprendere in quali casi lo svolgimento delle attività finanziarie indicate nell'art. 106 T.U.B. costituisca attività riservata, bisogna operare delle distinzioni a seconda che l'attività sia esercitata in via esclusiva o prevalente, e che sia rivolta, o meno, nei confronti del pubblico.

Se le operazioni contemplate nell'art. 106 T.U.B. sono *svolte nei confronti del pubblico*, l'attività è *riservata* e l'oggetto deve essere *esclusivo*: esso, cioè, può prevedere unicamente attività finanziarie (oltre a quelle di cui all'art. 106 T.U.B., anche altre attività finanziarie, purché si rispettino le riserve di attività previste dalla legge a favore di altri soggetti – v. *infra*, par. 6.3).

La riserva **(8)** opera a favore di intermediari finanziari iscritti in un apposito elenco tenuto dall'UIC. L'iscrizione in tale elenco è subordinata all'accertamento positivo del possesso di determinati requisiti: di forma (s.p.a., s.a.p.a., s.r.l. o soc. coop.); di oggetto (di cui si è appena detto); di capitale (il capitale sociale versato deve essere non inferiore a cinque volte il capitale minimo previsto per la costituzione delle s.p.a.); di possesso, da parte dei partecipanti al capitale e degli esponenti aziendali dei requisiti di cui agli artt. 108 e 109 T.U.B. (requisiti di onorabilità per i partecipanti, di onorabilità e professionalità per gli esponenti aziendali) **(9)**.

Al ricorrere di determinati criteri oggettivi (riferibili all'attività svolta, alla dimensione e al rapporto tra indebitamento e patrimonio, specificati nel D.M. 13 maggio 1996), gli intermediari finanziari sono tenuti all'iscrizione in un secondo elenco "speciale", tenuto dalla Banca d'Italia (ma restano comunque iscritti *anche* nell'elenco generale tenuto dall'UIC). L'iscrizione in tale secondo elenco determina

la sottoposizione alla vigilanza, anche di tipo prudenziale, della Banca d'Italia: l'individuazione dei soggetti, infatti, è operata in base a criteri economici, che ne indicano il grado di rischio sistemico e di stabilità **(10)**.

Qualora, invece, l'attività finanziaria sia svolta *in via esclusiva*, o anche solo *prevalente*, ma *non nei confronti del pubblico*, si rientra nell'ambito di operatività dell'art. 113 T.U.B., che comporta l'iscrizione in un apposita sezione dell'elenco generale. Non è richiesta la sussistenza dei requisiti (inerenti il "tipo", l'oggetto, l'ammontare del capitale) dettati dall'art. 106 T.U.B.. In questo caso devono risultare verificati unicamente i requisiti di onorabilità in capo ai partecipanti al capitale sociale e agli esponenti aziendali. L'obbligo di iscrizione, dal quale non derivano ulteriori oneri, ha una funzione "anagrafica", di individuazione dei soggetti che operano nel mercato dell'intermediazione finanziaria, al fine di verificare l'effettiva mancanza di quei caratteri che sottraggono all'applicazione della più stringente disciplina prevista dall'art. 106 T.U.B..

Quindi, dal sistema normativo, si desume che:

a) le società che intendono esercitare le attività di cui all'art. 106 T.U.B. nei confronti del pubblico devono avere oggetto esclusivo, e sono soggette alla specifica disciplina di cui al Titolo V T.U.B. (e possono essere definiti "intermediari finanziari" veri e propri);

b) i soggetti che non svolgono l'attività nei confronti del pubblico possono svolgere tali attività (oltre che in via esclusiva) anche "in via prevalente", quindi congiuntamente all'esercizio di attività di natura non finanziaria (oggetto non esclusivo); in tal caso, si applica la normativa di cui all'art. 113 T.U.B., (società finanziarie "private" **(11)**);

c) se le attività non sono svolte nei confronti del pubblico, né in via prevalente, esse non sono soggette ad alcuna riserva; ben si potrà, allora, prevedere le stesse in qualità di "attività strumentali" **(12)** nell'atto costitutivo di una qualsiasi società.

Per chiarire quanto sinora indicato, è opportuno specificare con maggiore chiarezza cosa debba intendersi per "pubblico", trattandosi dell'elemento discriminatorio più rilevante per l'individuazione della disciplina applicabile

Quanto ai criteri in base ai quali l'esercizio delle attività finanziarie elencate nell'art. 106 T.U.B. è da considerarsi "prevalente" (ai fini dell'applicazione dell'art. 113), rispetto alle altre attività esercitate, si rinvia al D.M. 6 luglio 1994 **(13)**, trattandosi di parametri di tipo economico, che fanno riferimento ad elementi dell'attivo e ai proventi di due esercizi successivi.

## **5. La nozione di "pubblico"**

Il concetto di "pubblico", al fini della nostra indagine, è specificato dagli artt. 5 e 6, comma terzo, del D.M. 6 luglio 1994 **(14)**. Il principio generale è che le attività di cui all'art. 106 T.U.B. "sono esercitate nei confronti del pubblico qualora siano svolte *nei confronti dei terzi con carattere di professionalità*" (art. 5).

In deroga a tale principio, non configurano operatività nei confronti del pubblico "le attività esercitate nei confronti di società controllanti, controllate o collegate ai sensi dell'art. 2359 c.c. e controllate da una stessa controllante, e comunque all'interno di un medesimo gruppo" **(15)**. Tuttavia, la deroga non trova applicazione in ipotesi di "attività di finanziamento connessa con operazioni di acquisto di crediti da parte di società del gruppo ma vantati nei confronti di soggetti non appartenenti al gruppo" (art. 5, comma secondo).

In generale, il concetto di "terzi" è estremamente ampio, e non va interpretato nella nozione restrittiva di una pluralità indifferenziata di soggetti. Pertanto, la delimitazione dello svolgimento dell'attività nei confronti di una determinata categoria di soggetti, non costituisce un valido presupposto sulla base del quale escludere la natura di attività svolta nei confronti del pubblico **(16)**.

### **5.1. I soci sono da considerare "terzi"?**

Con riguardo ai problemi ermeneutici posti dalla laconica espressione "terzi", si segnalano opinioni contrastanti sull'opportunità di considerare tali i soci.

Da una parte **(17)** viene data, a tale interrogativo, risposta negativa, salvo poi chiedersi come mai lo svolgimento dell'attività nei confronti della controllante, che pure è socia, sia prevista *in deroga* al preteso "principio generale" **(18)**, ed auspicare che il legislatore secondario detti norme analoghe a quelle vigenti in materia bancaria **(19)** onde evitare, attraverso l'uso strumentale della possibilità di acquisire la qualità di socio, che l'attività, formalmente svolta soltanto a favore dei soci, risulti poi diretta ad un numero di persone potenzialmente molto vasto, con la conseguente elusione della normativa in esame.

Dall'altra **(20)**, si ritiene che i soci siano da considerare terzi, argomentando proprio dall'inesistenza di limitazioni analoghe a quelle previste dalla delibera CICR, dettate in materia di raccolta del risparmio. Un'ulteriore conferma, secondo lo stesso autore, è da rinvenire nel fatto che, per espressa disposizione del terzo comma dell'art. 5 del D.M. 6 luglio 1994, l'attività di concessione di finanziamenti non si considera esercitata nei confronti del pubblico, se svolta esclusivamente a favore dei soci, solo con riguardo alle società cooperative aventi non più di cinquanta soci **(21)** (l'attività di credito al consumo, tuttavia, si considera in ogni caso esercitata nei confronti del pubblico, anche quando è limitata all'ambito dei soci – art. 5, comma quarto del D.M. 6 luglio 1994).

La seconda soluzione è preferibile, anche alla luce di considerazioni empiriche svolte in relazione alle singole attività. Tralasciando l'attività di assunzione di partecipazioni, su cui si tornerà in seguito **(22)**, basti osservare la limitazione appena ricordata concernente l'attività di finanziamento, e concludere che sarebbe irrazionale e asistemático considerare i soci "terzi", oppure no, a seconda del tipo di attività finanziaria svolta. Quindi, in linea di principio, i soci sono da considerare terzi, fatte salve le particolari deroghe di cui si è dato conto. Negli altri casi, l'inserimento di clausole volte a limitare l'esercizio dell'attività nei confronti dei soci non esimerà dall'applicazione della disciplina degli artt. 106 ss. T.U.B..

## **5.2. La professionalità**

La professionalità, propria di qualsiasi attività imprenditoriale, ai sensi dell'art. 2082 c.c., è un requisito che non pone particolari problemi, ai fini della redazione della clausola statutaria sull'oggetto sociale. Trattasi, infatti, di un criterio la cui sussistenza effettiva non può essere valutata in sede di costituzione, e che neppure richiede espressa menzione nello statuto sociale.

Potrà aversi riguardo solo alle intenzioni dei soci fondatori: ma il fatto stesso di dedurre un'attività nell'oggetto sociale "principale" di una società commerciale lascia presumere il suo svolgimento in maniera professionale.

Quindi, se l'oggetto sociale contempla lo svolgimento di attività finanziarie nei confronti dei terzi, la costituenda società sarà automaticamente soggetta all'art. 106 T.U.B..

Alle società che intendono svolgere attività finanziarie, ma non in via esclusiva, è comunque precluso l'esercizio nei confronti del pubblico. In questo caso, dunque, non si pone il problema di valutare la sussistenza del requisito della professionalità; esso, invece, si configura come uno degli elementi che individuano *i limiti esterni* dell'attività.

La nozione assume rilevanza nel corso dello svolgimento dell'attività, a fini repressivi di comportamenti assunti in violazione delle norme in esame. Si pensi al caso di una società, non finanziaria, il cui statuto preveda lo svolgimento di operazioni finanziarie a fini "strumentali al conseguimento dell'oggetto sociale": se, in realtà, in base ad indici oggettivi (quali, ad esempio, l'abitudine delle operazioni, i mezzi organizzativi predisposti, l'incidenza sul fatturato, la pubblicità, etc.), è possibile desumere l'esercizio di "attività finanziaria nei confronti del pubblico" (perché svolta appunto professionalmente verso i terzi), si configura il reato di esercizio abusivo di attività finanziaria (art. 132 T.U.B.).

## **6. Le attività finanziarie ex art.106 T.U.B.**

Il D.M. 6 luglio 1994 specifica il contenuto delle attività indicate dall'art. 106 T.U.B. (assunzione di partecipazioni, concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma, prestazione di servizi di pagamento, intermediazione in cambi), illustrando i diversi tipi di operazioni idonee a configurarle. In questa sede è opportuno rinviare all'elenco stesso, soffermandosi solo su alcune questioni. Si precisa che nelle "attività di finanziamento sotto qualsiasi forma" sono comprese, se connesse a forme di finanziamento, svariate tipologie contrattuali (leasing, factoring, credito al consumo, rilascio di fidejussioni, etc.).

### **6.1 In particolare: l'attività di assunzione di partecipazioni**

L'art. 6 del D.M. 6 luglio 1994 specifica che costituisce "partecipazione", ai sensi dell'art. 106 T.U.B., quella che determina "una situazione di legame" con le imprese partecipate, "per lo sviluppo dell'attività del partecipante" (compreso "l'impiego in partecipazioni a titolo di investimento di portafoglio"). Non deve necessariamente instaurarsi, quindi, un rapporto di controllo o di collegamento, ma è sufficiente che la posizione assunta abbia un rilievo tale da avere ripercussioni sullo sviluppo della partecipante. La definizione, che potrebbe ingenerare problemi interpretativi, è completata dalla fissazione di una soglia di partecipazione (la titolarità di un decimo dei diritti di voto nell'assemblea ordinaria), raggiunta la quale "si ha in ogni caso partecipazione".

Il medesimo articolo stabilisce a quali condizioni l'attività di assunzione di partecipazioni sia da considerare rivolta nei confronti del pubblico. In aggiunta ai criteri generali (l'esercizio nei confronti dei terzi con carattere di professionalità), è necessario che "le assunzioni di partecipazioni siano finalizzate all'alienazione e, per il periodo di detenzione, siano caratterizzate da interventi volti alla riorganizzazione aziendale o allo sviluppo produttivo o al soddisfacimento delle esigenze finanziarie dalle imprese partecipate anche tramite il reperimento di capitale di rischio".

Questi criteri permettono di distinguere in quali casi gli intermediari siano soggetti alla disciplina *sub* artt. 106 – 107, o invece a quella *sub* art. 113 T.U.B.. Alle società "*holding* di partecipazione" si applica senz'altro la disciplina *ex* art. 113 **(23)**; l'assunzione di partecipazioni nei confronti del pubblico, invece, sembra riferibile all'attività di *merchant banking*, o comunque a quel tipo di investimento non volto all'immobilizzazione della partecipazione, bensì alla sua gestione nel breve – medio periodo, in vista di un suo successivo smobilizzo.

È stato opportunamente rilevato **(24)** che possono crearsi delle ambigue zone di confine tra l'attività di assunzione di partecipazioni svolta nei confronti del pubblico e attività riservate ad altri intermediari (in particolare, la negoziazione per conto

proprio ed il collocamento). Il criterio discretivo tra i due tipi di attività, che in determinati casi può essere molto sottile, sembra risiedere nel ruolo "attivo" svolto dall'intermediario finanziario *ex T.U.B.* nelle società partecipate (riorganizzazione aziendale, reperimento di capitali, etc.); ad esso resta preclusa, invece, l'attività di mera negoziazione.

## **6.2 In particolare: il factoring**

Un'attenzione particolare merita l'attività di factoring. Con l'art. 2 della legge n. 52 del 1991, ora abrogato, era stato istituito un albo delle società di factoring, sottoposte alla vigilanza della Banca d'Italia. Attualmente, le società di factoring sono tenute all'iscrizione negli elenchi di cui al Titolo V del T.U.B. solo se svolgono attività di finanziamento collegata alla cessione dei crediti.

Il riferimento alle banche e agli intermediari finanziari fatto all'art. 1, lett. c), infatti, non costituisce alcuna riserva di attività, ma individua solo un parametro (soggettivo) al fine dell'applicazione della normativa privatistica prevista dalla legge in parola **(25)**.

Quindi, i soggetti che esercitano attività di factoring senza concedere finanziamenti svolgono legittimamente la propria attività, senza essere tenuti all'iscrizione in alcun albo; ad essi, tuttavia, non si applicherà la disciplina prevista nella l. 52/1991.

I soggetti che, invece, esercitano l'attività di factoring concedendo finanziamenti sui crediti rientrano nell'ambito degli intermediari finanziari *ex artt.* 106 e 107 T.U.B.; inoltre, per avvalersi delle norme contenute nella l. 52/1991, hanno l'onere di indicare nell'oggetto sociale "l'esercizio dell'attività di acquisto dei crediti di impresa" **(26)**.

## **6.3 Le altre attività esercitabili**

L'art. 106 T.U.B. dispone che gli intermediari finanziari "possono svolgere esclusivamente attività finanziarie, fatte salve le riserve di attività previste dalla legge".

Il D.M. 6 luglio 1994 consente lo svolgimento di "attività strumentali e connesse", fornendo alcune esemplificazioni, e autorizza espressamente lo svolgimento delle attività previste dall'art. 1, comma secondo, lett. f) numeri da 2 a 12 e 15 T.U.B.. Esse sono, in sostanza, le "attività ammesse al mutuo riconoscimento" (con l'esclusione: della raccolta di fondi con obbligo di restituzione, che configura attività bancaria; dei servizi di informazione commerciale e di locazione di cassette di sicu-

rezza, che però sono contemplati nel D.M. in qualità di "attività connesse"), in gran parte riprodottrici di attività già ricomprese nell'elenco dell'art. 106 T.U.B..

Nonostante tali precisazioni, il novero delle attività finanziarie esercitabili non costituisce un insieme chiuso: esso infatti, in virtù delle norme di adattamento comunitarie (richiamate dall'art.1, comma secondo, lett. *f*) numero 15 T.U.B.) può essere incrementato in relazione all'evoluzione dei mercati.

Per completezza, si segnala che, *ex art.18*, terzo comma, d.lgs. 58/1998, gli intermediari iscritti nell'elenco di cui all'art. 107 T.U.B. possono esercitare (nei casi e alle condizioni stabiliti dalla Banca d'Italia) i servizi di "negoziazione per conto proprio", limitatamente agli strumenti finanziari derivati, e quelli di collocamento.

## **7. Redazione dell'oggetto sociale**

Conviene, a questo punto, schematizzare le indicazioni da inserire negli statuti societari, sin qui emerse.

### *a)* Art. 106 T.U.B. **(27)**

Se le attività finanziarie saranno esercitate nei confronti del pubblico, nell'oggetto sociale non potranno essere previste attività diverse da quelle finanziarie (art. 106, comma secondo, T.U.B.).

Qualora si intenda esercitare l'attività di acquisto di crediti d'impresa, è necessario prevedere espressamente tale circostanza, ai fini dell'applicazione della l. 52/1991.

### *b)* Art. 107 T.U.B.

Il ricorrere dei criteri che danno luogo all'obbligo di iscrizione nell'elenco speciale non ha alcuna ripercussione sul contenuto dello statuto.

### *c)* Art.113 T.U.B.

Se le attività finanziarie sono previste insieme ad attività di natura diversa, è necessario precisare che le prime non saranno dirette al pubblico. La giurisprudenza onoraria, in sede di omologazione, ha sempre assunto un atteggiamento molto rigido, e uniforme, sul punto **(28)**.

Si è già detto (*sub par. 5*, v. anche la n. 12) che la limitazione dello svolgimento dell'attività ad una determinata categoria di soggetti configura comunque "esercizio nei confronti del pubblico".

È possibile, invece, limitare l'attività nell'ambito del gruppo, con esclusione "dell'attività di finanziamento connessa con operazioni di acquisto di crediti da parte

di società del gruppo, ma vantati nei confronti di soggetti non appartenenti al gruppo" (che configura operatività nei confronti del pubblico).

Le cooperative con meno di cinquanta soci che intendono concedere finanziamenti ai soci devono precisare tali limiti nello statuto sociale, per non ricadere nell'ambito dell'art. 106 T.U.B..

Nessun riferimento, invece, ai fini dell'applicazione della normativa in esame, deve essere dato al criterio della "prevalenza" rispetto alle altre attività, in quanto la sussistenza di tale condizione è suscettibile di verifica solo successivamente, in base alle risultanze di bilancio di due esercizi successivi **(29)**.

Beninteso, l'esercizio dell'attività non nei confronti del pubblico può anche essere esclusivo (è il caso, ad esempio, delle *holding* di mera partecipazione). In questo caso l'obbligo di iscrizione nell'elenco di cui all'art. 113 T.U.B. (gravante sui legali rappresentanti della società) scatta automaticamente (entro 60 giorni dall'iscrizione nel registro delle imprese). In ogni caso, come si preciserà tra breve, il notaio che riceve e iscrive l'atto costitutivo in cui sia previsto lo svolgimento di attività finanziarie "non nei confronti del pubblico" non è chiamato a verificare la sussistenza dei requisiti richiesti ai fini dell'iscrizione nell'elenco.

## **8. Sulla necessità di verificare la sussistenza dei requisiti richiesti ai fini dell'iscrizione negli elenchi speciali**

Poiché l'iscrizione negli elenchi di cui agli artt. 106 e 113 T.U.B. è subordinata al possesso di determinati requisiti **(30)**, ci si chiede se il notaio debba verificarne la sussistenza, in sede di redazione dell'atto costitutivo (e comunque prima di procedere all'iscrizione nel registro delle imprese), o se invece tale compito spetti unicamente alle autorità amministrative deputate alla tenuta degli elenchi. La questione (che si poneva, prima della riforma della l. 340/2000, in relazione alle competenze proprie del giudice in sede di omologazione) è di portata più generale, e viene in discussione ogniqualvolta la legge preveda autorizzazioni (o iscrizioni in albi o in elenchi), previo accertamento del possesso di determinati requisiti, non già ai fini della costituzione, bensì a quelli di legittimo *esercizio* dell'attività. Nella giurisprudenza onoraria in materia di omologazione l'orientamento prevalente è quello più rigoroso, che impone la verifica di tutti i requisiti, supportato da argomentazioni di diverso tenore. Nella maggior parte dei casi il ricorso per l'omologazione veniva respinto in quanto si ravvisava la violazione di norme imperative (quelle, appunto, che stabiliscono i requisiti), o la mancanza di conformità al modello legale predisposto dal legislatore. Talora, invece, si negava l'omologazione per "impossibilità di conseguire l'oggetto sociale" **(31)**: la società, in virtù della sua inidoneità strutturale, non avrebbe ottenuto le necessarie autorizzazioni, e quindi non avrebbe mai po-

tuto esercitare l'attività contemplata nell'oggetto. Seppure in maniera sporadica, si registrano anche orientamenti di segno opposto, secondo i quali il giudice dell'omologazione non avrebbe mai dovuto verificare la sussistenza dei requisiti richiesti al fine del rilascio di autorizzazioni **(32)**.

A fronte dell'impossibilità di trovare certezze dall'esame della giurisprudenza onoraria, bisogna cercare di individuare la soluzione alla luce della natura dei requisiti richiesti, e dalle conseguenze che derivano dalla mancanza degli stessi.

Essi possono essere suddivisi in due gruppi: da un lato, quelli inerenti alla "struttura societaria" (forma, capitale, oggetto); dall'altra, quelli riguardanti i requisiti soggettivi di singoli soggetti (soci ed esponenti aziendali).

In relazione alla diversa natura di tali requisiti, Mario Notari **(33)** propone una soluzione convincente: devono essere oggetto di verifica da parte del notaio (prima, ovviamente, il riferimento era al giudice) solo quei requisiti in mancanza dei quali, ai fini di rendere l'atto costitutivo "conforme" al modello delineato dal legislatore, dovrebbe adottarsi una modifica statutaria. Si rifiuta, in sostanza, l'idea di creare delle società per le quali sia giuridicamente impossibile conseguire l'oggetto sociale **(34)** (art. 1346 c.c.) **(35)**.

In base a tale ricostruzione, si richiede, da parte del notaio, la verifica dei requisiti inerenti il "tipo", l'oggetto, e l'ammontare del capitale "sottoscritto". Si escludono, così, quei requisiti suscettibili di integrazione senza l'intervento dell'assemblea straordinaria: si ritiene sufficiente il versamento dei tre decimi, in quanto è possibile provvedere all'integrale versamento prima della richiesta dell'iscrizione nell'elenco **(36)**; e si reputa non necessario il controllo sui requisiti soggettivi di soci e esponenti aziendali (con l'ulteriore rilievo, quanto a questi ultimi, che alcuni non sono neppure menzionati nell'atto costitutivo: dunque degli elementi estranei all'atto costitutivo ne diverrebbero presupposto di legittimità **(37)**).

Un ulteriore spunto, a sostegno di questa ricostruzione, può essere rinvenuto nel sistema sanzionatorio predisposto: dall'inosservanza delle disposizioni relative ai requisiti dei soci, deriva per questi l'impossibilità di esercitare il diritto di voto (e, se esercitato, la deliberazione è impugnabile *ex art. 2377 c.c.*); quanto agli esponenti aziendali in difetto dei requisiti, è prevista la loro decadenza. Infine, si precisa che, qualora tali requisiti vengano meno successivamente, non è prevista la cancellazione della società dall'elenco, contrariamente a quanto avviene in caso di mancanza delle altre condizioni (art. 111 T.U.B., primo comma, lett. *b*). Se, nel corso dell'esistenza della società, il venir meno dei requisiti *ex artt. 108 e 109 T.U.B.* non ha ripercussioni dirette sulla società, non si vede perché tali requisiti debbano rappresentare una condizione per la costituzione.

Infine, un'osservazione sugli intermediari che svolgono attività finanziarie in via prevalente, non nei confronti del pubblico (art. 113 T.U.B.). Essi sono tenuti

all'iscrizione nell'elenco solo in base alle risultanze dei bilanci di due esercizi successivi (in virtù dei quali è possibile verificare la "prevalenza"): quindi, per questi soggetti, la verifica, in sede di costituzione, della sussistenza dei requisiti ex artt. 108 e 109 T.U.B. non avrebbe alcun senso.

## **9. Attività di mediazione creditizia e di consulenza nella concessione di finanziamenti**

È opportuno dar conto dell'esistenza di una normativa speciale in tema di mediazione creditizia. Tale attività, infatti, si pone, in relazione a quella propria degli intermediari finanziari, su un piano di complementarità e di assoluta separazione.

L'attività "di mediazione o di consulenza nella concessione di finanziamenti da parte di banche o di intermediari finanziari" è *riservata*, infatti, ai soggetti iscritti in apposito albo istituito presso l'UIC, sotto l'alta vigilanza del Ministero del tesoro, del bilancio, e della programmazione economica (art. 16, legge 108/1996, e relativo regolamento di attuazione, D.P.R. 287/2000) **(38)**. Possono iscriversi all'albo sia persone fisiche, in possesso di determinati requisiti, sia società. Queste ultime devono comprendere espressamente nell'oggetto sociale la mediazione creditizia, ma l'esercizio di tale attività non è incompatibile con lo svolgimento di altre attività professionali (oggetto non esclusivo). L'attività di mediazione deve essere svolta per il tramite di soggetti iscritti all'albo; inoltre i soci di controllo ed i soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo devono essere in possesso dei requisiti di cui all'art. 109, T.U.B..

I mediatori creditizi non possono essere legati da rapporti di dipendenza, collaborazione o rappresentanza ad alcuno dei soggetti nei confronti dei quali l'attività viene svolta. Ad essi è vietato, inoltre, concludere contratti o erogare finanziamenti, o effettuare qualsiasi forma di pagamento o di incasso (art. 2, comma secondo, D.P.R. 287/2000).

Il riferimento, nell'art. 16 della l. 108/1996, alla "attività di mediazione o di consulenza nella concessione di finanziamenti" pone il problema dell'esistenza di una "riserva" anche per lo svolgimento dell'attività di mera consulenza. Nell'articolo citato la consulenza è menzionata solo nel primo comma, mentre in quelli successivi ci si riferisce unicamente all'attività di mediazione.

È bene chiarire che nessun problema si pone per lo svolgimento dell'attività di consulenza da parte degli intermediari finanziari, anche in virtù di un'esplicita disposizione normativa **(39)**.

In via generale, comunque, sembra che la mera attività di consulenza, purché, ovviamente, non costituisca una forma dissimulata di mediazione, sia da considerare libera, non soggetta ad alcuna specifica riserva. A tale conclusione si per-

viene dall'esegesi delle disposizioni dettate dal citato D.P.R. 287/2000. Nella definizione di "mediatore creditizio", infatti, l'attività di consulenza costituisce una delle possibili modalità attraverso le quali esercitare la mediazione (art. 2: "(è) mediatore creditizio ... colui che professionalmente ... mette in relazione, anche *attraverso attività di consulenza* ..."). In altre parole, anche la consulenza, se prestata in maniera strumentale, al fine di mettere in contatto clienti e finanziatori, può di per sé costituire una forma di mediazione; ma *la mera consulenza non appare soggetta a riserva*. L'art.3, comma secondo, del citato D.P.R. conferma tale interpretazione, quando dispone un'esplicita riserva solo nei confronti dell'attività di mediazione creditizia **(40)**.

## **10. Operazioni finanziarie "strumentali"**

Nella prassi si registra la tendenza a prevedere, per qualsiasi tipo di società, accanto all'indicazione dell'oggetto sociale vero e proprio, una serie di "attività strumentali", da porre in essere ai fini della realizzazione dell'oggetto sociale **(41)**. Occorre verificare la liceità dell'inserimento di tali clausole, qualora contemplino lo svolgimento di attività "riservate", quali sono quelle di natura finanziaria.

### **10.1. La distinzione tra "atti" e "attività"**

È necessario, in primo luogo, dare conto dell'imprecisione terminologica adottata, in quanto non si dovrebbe far riferimento ad "attività strumentali", ma ad "atti" o ad "operazioni" strumentali al conseguimento dell'oggetto sociale. La nozione di attività, infatti, presuppone lo svolgimento coordinato di una serie di atti teleologicamente orientati. E quindi, l'indicazione, nell'oggetto sociale, seppure non in via principale, dello svolgimento di "attività finanziarie" dovrebbe far presumere che si intenda porre in essere un certo numero di atti, dello stesso tipo, in serie. Si potrebbe, pertanto, desumere un esercizio professionale dell'attività stessa; di conseguenza, una tale clausola determinerebbe l'illegittimità dello statuto per violazione di norme imperative (nella specie, quelle che dispongono la riserva di attività in favore di determinati soggetti).

La precisazione appare opportuna pur se la giurisprudenza non è mai stata particolarmente rigorosa in merito a tale questione "lessicale" **(42)**, e nella prassi si utilizzano indistintamente le nozioni di "atti", "attività" o "operazioni" strumentali.

### **10.2. Le origini della prassi**

Vari sono i fattori che possono aver contribuito al ricorso di "clausole omni-comprehensive": dagli echi della limitazione della capacità delle società prevista dal codice di commercio all'influenza della prassi anglosassone, sulla scia della teoria dell'*ultra vires*. Attualmente si tende ad includere siffatte clausole in relazione all'art. 2384 c.c., che attribuisce agli amministratori che hanno la rappresentanza della società il potere di compiere "tutti gli atti che rientrano nell'oggetto sociale", ed all'art. 2384 *bis* c.c. (atti che eccedono i limiti dell'oggetto sociale). Non è certo questa la sede per addentrarsi nell'esame di tali problemi, e dell'evoluzione giurisprudenziale ad essi connessa. Saranno sufficienti alcune osservazioni di carattere generale, al solo fine di individuare la funzione di tali clausole, ed entro quali limiti sia da considerarne lecita l'introduzione.

Ai sensi dell'art. 2384 c.c., la predisposizione di un elenco generico delle operazioni che potranno essere poste in essere dagli amministratori potrebbe avere un'apparente giustificazione in funzione "autorizzatoria" anche perché gli operatori professionali, solitamente, richiedono una specifica previsione di poteri (ad esempio, in occasione della concessione di fidejussioni bancarie). In realtà l'art. 2384 c.c., primo comma, richiede che risultino le *limitazioni* al potere di rappresentanza degli amministratori, non esplicite autorizzazioni.

La prassi **(43)** di includere, nella formulazione dell'oggetto sociale, una minuscola elencazione di atti che potranno risultare utili o opportuni al conseguimento dell'oggetto medesimo, risente del rigoroso e acritico recepimento, da parte degli operatori, di due risalenti sentenze della Cassazione **(44)**. A ben vedere, però, le due sentenze erano incentrate sulla disciplina del conflitto di interessi **(45)**, e solo in una delle due era contenuto un riferimento, quasi un *obiter dictum*, alla portata delimitativa dell'oggetto sociale **(46)**. Ma ciò è bastato a far sviluppare la prassi, che l'abitudine ha consolidato, di cui si è detto **(47)**.

### **10.3. Precisazioni sull'effettiva rilevanza dell'indicazione analitica delle operazioni strumentali**

Bisogna, comunque, ribadire che questi elenchi di operazioni non costituiscono e non integrano l'oggetto sociale vero e proprio, il quale indica invece la concreta attività economica che i soci intendono esercitare, rilevante ai fini dell'applicazione di una pluralità di disposizioni (artt. 2437, 2369 u.c., 2361, 2630, 2445, 2448, primo comma, n. 2, 2332 n. 4, 2413, 2329, primo comma, n. 3, c.c.).

Se si volessero considerare le predette operazioni come parte integrante dell'oggetto, si arriverebbe alla paradossale conclusione, ad esempio, dell'attribuzione del diritto di recesso al socio in caso di eliminazione dall'atto costitutivo del potere degli amministratori di prestare fidejussioni o di richiedere finan-

ziamenti.

Inoltre, con riferimento alla rilevanza di tale prassi *ex art. 2384 bis c.c.*, giova osservare che l'individuazione in concreto di una tipologia di atti esercitabili non determina l'automatica inerenza degli stessi all'oggetto sociale.

Non si richiede, al fine di valutare l'estraneità di un'operazione rispetto all'oggetto sociale, un giudizio astratto di pertinenza sul tipo di atto ("prestazione di fideiussione" o "concessione di ipoteca"), ma deve essere verificato se, in concreto, un singolo *atto* determinato risulti strumentale all'*attività* della società **(48)**. Sono frequenti, in giurisprudenza, casi nei quali, nonostante l'esplicita previsione del "tipo" di atto tra le "operazioni strumentali", l'operazione in concreto sia stata ritenuta estranea all'oggetto sociale **(49)**.

Ed inoltre, non è possibile prevedere, in anticipo, tutte le tipologie di atti che potrebbero risultare necessari, o utili, o opportuni, per lo svolgimento dell'attività. Tentare di predisporre tali elenchi "è fatica vana ed anche pericolosa, perché naturalmente suffraga l'ipotesi che si possano fare soltanto quegli atti che sono espressamente elencati" **(50)**.

#### **10.4. Redazione della clausola**

Queste specificazioni, non sono, tuttavia, di per sé illegittime, pur potendosi dubitare sia dell'opportunità della loro collocazione nella clausola dell'oggetto sociale, sia della loro effettiva utilità.

Le società il cui oggetto sociale preveda l'esercizio di operazioni finanziarie "strumentali" non sono soggette ad alcun adempimento specifico, né ledono alcuna riserva, purché sia resa chiara la distinzione dall'oggetto sociale vero e proprio **(51)**. Si reputano idonee, a tal fine, espressioni quali: "in via occasionale", "in via strumentale al conseguimento dell'oggetto sociale", "qualora siano utili o necessarie ai fini del conseguimento dell'oggetto sociale", etc.

Della necessità di queste precisazioni non può dubitarsi; non è, invece, chiaro se si debba aggiungere che l'attività non è esercitata "nei confronti del pubblico". I tribunali, in sede di omologazione, spesso lo esigevano **(52)**.

Data la tendenza all'elefantiasi delle clausole riguardanti l'oggetto sociale, si potrebbe, a fugare ogni dubbio, suggerire di includere tale menzione; ma in realtà non pare che dalla sua omissione possa derivare l'invalidità dell'atto costitutivo **(53)**.

Lo svolgimento di operazioni finanziarie "a fini strumentali" non può essere rivolto al pubblico; ma si è visto che, per aversi "esercizio nei confronti del pubblico", deve ricorrere il carattere della professionalità, il quale sicuramente difetta nel

compimento delle operazioni "finanziarie" che possono essere considerate "strumentali" (tali sono, ad es., il rilascio di una fideiussione, l'assunzione di partecipazioni nei limiti dell'art. 2361 c.c., etc.). Quindi, specificando la natura strumentale delle "operazioni" (che tali devono restare, e non configurare lo svolgimento di una vera e propria "attività") , automaticamente se ne esclude l'esercizio nei confronti del pubblico **(54)**.

Ad analoga conclusione si perviene applicando all'atto costitutivo le regole ermeneutiche dettate in materia di interpretazione sistematica dei contratti **(55)**: la singola clausola, infatti, non può essere considerata avulsa dal suo contesto, ma deve essere coordinata con il complesso delle clausole statutarie. Se nell'atto costitutivo è individuato il nucleo principale di attività economica da esercitare, che costituisce l'oggetto sociale, l'inserimento della "clausola di stile" recante un elenco di operazioni definite esplicitamente "strumentali" non porrà alcun dubbio circa la loro occasionalità e l'assenza di professionalità e abitualità nel loro svolgimento.

Tuttavia, spesso tali essenziali principi ermeneutici sono stati disattesi dalla giurisprudenza onoraria in sede di omologazione: si è arrivati a ritenere illegittimo lo statuto che prevedesse, in via meramente strumentale, lo svolgimento di "tutte le operazioni finanziarie", in mancanza di una "espressa esclusione del compimento di attività non consentite dalla legge (quale la raccolta di risparmio)" **(56)**.

Proprio in considerazione di tale rigore, non manca chi suggerisce di inserire, nelle clausole relative alle operazioni strumentali, espressioni come "Fermo il rispetto delle inderogabili norme di legge che riservano determinate attività a particolari categorie di operatori ..." **(57)**. Con riferimento ai settori oggetto di frequente intervento legislativo – quale quello finanziario, ad esempio -, clausole siffatte possono evitare il richiamo concreto a norme specifiche, che potrebbero mutare **(58)**. L'inserimento di espressioni di tale tenore è rimesso all'apprezzamento del singolo, e alla valutazione dell'opportunità della loro adozione nel caso concreto, in relazione alle singole attività dedotte.

*Alessandra Paolini*

---

**(1)** L'art. 2329, comma primo, n. 3, c.c. richiede, per procedere alla costituzione della società, "che sussistano le autorizzazioni governative e le altre condizioni richieste dalle leggi speciali per la costituzione della società, in relazione al suo particolare oggetto".

**(2)** Basti pensare alla nozione di "strumento finanziario", che non ricomprende i mezzi di pagamento (tra cui la moneta), o a quella di "intermediari finanziari" (v. *infra*).

**(3)** Per alcuni esempi, si vedano gli artt. 1, secondo comma, lett. f), 59, 106 del T.U.B. e gli artt. 1, pri-

mo comma, lett. n) e comma quinto, 18, 33 del T.U. dell'intermediazione finanziaria. L'utilizzo di questo sistema costringe il legislatore a continui interventi, in relazione al sorgere di soggetti con caratteristiche operative diverse rispetto a quelle note e regolamentate.

- (4) P. FERRO-LUZZI, *Lezioni di diritto bancario*, Torino, 1995, p. 111.
- (5) Questa affermazione è sicuramente una fortissima semplificazione, in quanto la dottrina ha elaborato i più svariati criteri di suddivisione delle attività *lato sensu* finanziarie. La definizione suggerita, comunque, è accolta da alcuni autori (tra gli altri, R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 1986; M. CERA, *Gli intermediari finanziari nel Testo Unico in materia bancaria*, in U. MORERA e A. NUZZO (a cura di), *La nuova disciplina dell'impresa bancaria*, Milano, 1996, vol. I, p. 198), in contrapposizione all'intermediazione mobiliare e a quella bancaria, per l'esigenza di definire una tipologia "residuale" di attività. Infatti, sino all'approvazione del T.U.B., quelli che abbiamo appena identificato come "intermediari finanziari" erano gli unici soggetti operanti sui mercati finanziari che non avevano ricevuto una regolamentazione organica (una prima forma di disciplina era stata introdotta con la l. 197/1991, provvedimento emanato a fini di prevenzione del riciclaggio).
- (6) "Nel presente decreto legislativo si intendono per: (g) "intermediari finanziari": i soggetti iscritti nell'elenco previsto dall'art. 106."
- (7) Sull'improprietà di tale definizione (sarebbe preferibile il riferimento ad "atti" o ad "operazioni"), purtroppo largamente usata nella prassi, v. *infra*, par. 10.
- (8) Si precisa che la riserva non è assoluta, in quanto tali attività possono essere esercitate anche dalle banche.
- (9) Per la determinazione dei requisiti, v. i D.M. 30 dicembre 1998, nn. 516 e 517.
- (10) La scelta di "bipartire", in relazione a parametri economici, il sistema dei controlli su soggetti che svolgono attività analoghe è stata oggetto di critiche, di cui, in questa sede, non può darsi conto.
- (11) La definizione è di M. CERA, *op. cit.*, p. 208.
- (12) V. la precisazione contenuta nella nota n. 7.
- (13) "Determinazione, ai sensi dell'art. 113, comma 1, del d.lgs. 1° settembre, 1993, n. 385, dei criteri in base ai quali sussiste l'esercizio in via prevalente, non nei confronti del pubblico, delle attività finanziarie di cui all'art. 106, comma 1". Si riporta l'epigrafe in quanto il ministero del Tesoro ha emanato in data 6 luglio 1994 tre diversi decreti concernenti le disposizioni del Titolo V del T.U.B..
- (14) "Determinazione, ai sensi dell'art. 106, comma 4, del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, del contenuto delle attività indicate nello stesso art. 106, comma 1, nonché in quali circostanze ricorre l'esercizio delle suddette attività nei confronti del pubblico".
- (15) Si specifica che "ai fini della definizione dell'ambito dei soggetti di natura cooperativa che costituiscono "gruppo" si applica la delibera CICR del 3 marzo 1994 in materia di raccolta del risparmio".
- (16) Clausole del tenore: "non già nei confronti del pubblico indistinto, ma esclusivamente nei confronti di terzi operatori professionali", fanno comunque ricadere l'attività svolta nell'ambito dell'art.106, e non in quello dell'art. 113 T.U.B..
- (17) P. MARANO, *Gli intermediari finanziari del Titolo V: i controlli*, in V. SANTORO (a cura di), *Le società finanziarie*, Milano, 2000, p. 87 ss.
- (18) L'autore, in realtà, giustifica tale apparente contraddizione osservando che la deroga va a comprendere anche le ipotesi di controllo di fatto esterno e di controllo indiretto, esaurendo così le diverse tipologie di controllo delineate dall'art. 2359 c.c.
- (19) Il riferimento è alla delibera CICR del 3 marzo 1994, che stabilisce i confini entro i quali è consentita la raccolta di risparmio presso i soci.
- (20) M. NOTARI, *Gli statuti delle società operanti nel settore finanziario*, in *Attività finanziaria e raccolta del risparmio – Profili notarili*, Comitato regionale notarile lombardo – Atti Milano 26 ottobre 1996, Milano, 1998, p. 130.
- (21) Il D.M. richiede che tali limiti siano espressamente previsti nello statuto sociale. Si ricorda che alle società cooperative che esercitano le attività finanziarie di cui all'art.106 TUB è preclusa qualsiasi

forma di raccolta del risparmio presso i soci (delibera CICR 6 marzo 1994, 1, ultimo cpv.).

- (22) Si osserva, comunque, che, escludendo i soci dal novero dei terzi, per una società risulterebbe indiscriminatamente ammessa l'assunzione di partecipazioni in società titolari a loro volta di quote minime del capitale della prima, in tal modo vanificando i criteri specifici dettati dall'art.6, D.M. 6 luglio 1994, in base ai quali qualificare come "esercitata nei confronti del pubblico" l'attività di assunzione di partecipazioni (v. par. 6.1).
- (23) Tale interpretazione è confermata dall'UIC ([www.uic.it/uicdcd/owa/p\\_grafici.crea\\_pag\\_pres](http://www.uic.it/uicdcd/owa/p_grafici.crea_pag_pres)).
- (24) P. VALENTINO, *Commento sub Titolo V*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Disciplina delle banche e degli intermediari finanziari*, Padova, 2000, pp. 440-441.
- (25) La cessione di crediti pecuniari verso corrispettivo è disciplinata dalla l.52/1991 se: a) il cedente è un imprenditore; b) i crediti ceduti sono crediti d'impresa; c) il cessionario è una banca o un intermediario finanziario il cui oggetto sociale preveda l'acquisto dei crediti d'impresa (art. 1, l. 52/1991).
- (26) Sul punto, v. C. ANGELICI, *Società per la rilevazione dei crediti*, in *Studi e materiali – Commissione studi – Consiglio Nazionale del Notariato*, Milano, 1995, vol. IV, p. 242; R. COSTI, *op. cit.*, pp. 164-165.
- (27) Si segnala che, in virtù del disposto dell'art. 106, comma quarto, lettera b), che attribuisce al Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica il potere di stabilire, per gli intermediari finanziari che svolgono determinati tipi di attività, requisiti patrimoniali diversi, in deroga a quanto previsto dal comma terzo del medesimo articolo, è stato emanato il D.M. 2 aprile 1999 che determina requisiti patrimoniali diversi per:
- a) gli intermediari che svolgono in via esclusiva o prevalente (il medesimo provvedimento specifica i criteri economici per valutare la sussistenza della prevalenza) l'attività di "rilascio di garanzie";
- b) gli intermediari che svolgono attività di "intermediazione in cambi senza assunzione di rischi in proprio" (*money brokers*).
- (28) V., in proposito, gli "orientamenti" pubblicati del tribunale di Milano (*Riv. Soc.*, 1995, 278) e dei tribunali del Triveneto (pubblicati in [www.trivenetogiur.it](http://www.trivenetogiur.it)).
- (29) Naturalmente, se è corretto affermare che non è possibile individuare al momento della costituzione della società se per due esercizi successivi ricorreranno quegli elementi di carattere quantitativo idonei a far sorgere l'obbligo di iscrizione nella sezione speciale dell'elenco di cui all'art. 113 T.U.B., è pur vero che nello statuto potrà essere dato conto del fatto che la società intenderà svolgere determinate attività in via principale, e dunque "prevalente", rispetto ad altre attività, pure contemplate nello statuto. In questo caso, il riferimento alla "prevalenza" rileverà come elemento identificativo del "programma sociale", e dunque dell'oggetto. In questa sede, si intendeva semplicemente sottolineare che non deve essere dato conto della "prevalenza" ai fini della soggezione all'obbligo di iscrizione nella sezione speciale dell'elenco, e che pertanto *l'omissione di tale specificazione non comporta l'illegittimità dello statuto*.
- (30) Si ricorda che le disposizioni relative alla forma, all'oggetto, al capitale ed ai requisiti di professionalità per gli esponenti aziendali sono dettate esclusivamente per l'iscrizione nell'elenco di cui all'art. 106 T.U.B..
- (31) Trib. Udine, 7 febbraio 1995; Trib. Cassino, 18 maggio 1991, in *Soc.*, 1991, p. 1516.
- (32) V. ad es., in relazione ad una società assicurativa, Trib. Trieste, 7 ottobre 1995, in *Soc.*, 1996, p. 319.
- (33) *Op. cit.*, p. 114.
- (34) Certamente questa soluzione non ha portata generale, perché l'impossibilità di conseguire l'oggetto sociale non potrà ravvisarsi nelle ipotesi di oggetto non esclusivo: quando, cioè, accanto all'esercizio di un'attività "riservata" (al cui svolgimento, in ipotesi, non si potrà essere autorizzati per difetto dei requisiti richiesti a tal fine), siano previste altre attività il cui esercizio sia possibile.
- (35) Il discorso può essere riferito anche alle modifiche statutarie, argomentando ex art. 2448, n. 2,

c.c.

- (36) In senso conforme, v. Orientamento del tribunale di Milano, in *Riv. Soc.*, 1995, p. 278.
- (37) M NOTARI, *op. cit.*, p. 116.
- (38) Ai sensi dell'art. 2, D.P.R. 287/2000, "(è) mediatore creditizio...colui che professionalmente, anche se non a titolo esclusivo, ovvero abitualmente mette in relazione, anche attraverso attività di consulenza, banche o intermediari finanziari determinati con la potenziale clientela al fine della concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma".
- (39) Il comma ottavo dispone che "(l)e disposizioni dei commi precedenti non si applicano alle banche, agli intermediari finanziari, ai promotori finanziari (...) e alle imprese assicurative".
- (40) Ad analoghe conclusioni giunge in via interpretativa, prima dell'emanazione del regolamento di attuazione, SEPE, *Clausole degli statuti societari e riserve di attività nel Testo unico bancario*, in *Vita not.*, 2000, p. 74 ss., p. 93.
- (41) Il riferimento è alle clausole che prevedono che "la società potrà altresì compiere tutte le operazioni finanziarie, commerciali, industriali, mobiliari e immobiliari necessarie o utili per il conseguimento dell'oggetto sociale".
- (42) Si segnala un rigoroso decreto del Trib. Bologna, 29 gennaio 1997, riformato, però, da App. Bologna, 13 maggio 1997 (entrambi in *Riv. not.*, 1998, II, p. 327).
- (43) Prassi che da alcuni (G. CASELLI, *Oggetto sociale e atti ultra vires: dieci anni dopo*, in *Riv. Soc.*, 1980, p. 754 ss., pp. 757 e 758) è stata definita "assurda" e "stolta", da altri (L. M. A. DI CESARE, *Gli atti estranei all'oggetto sociale*, in *Vita not.*, 1999, II, p. 377 ss., p. 378) "assai prudente e statica".
- (44) Cass. 25 ottobre 1958, n. 3471, e Cass. 20 giugno 1958, n. 2148, in *Foro it.*, 1959, I, c. 1150 ss., e in *BBTC*, 1959, II, P. 27 ss., con nota critica di G. FERRI, *Fideiussioni prestate da società, oggetto sociale, conflitto di interessi*.
- (45) Si trattava della prestazione di fideiussioni, in nome e per conto di una società, a favore di una banca per garantire le obbligazioni di un'altra società, nella quale erano interessati gli amministratori della prima.
- (46) In Cass. n. 3471 si afferma genericamente l'esorbitanza della fideiussione rispetto all'oggetto sociale, e la necessità di un "verbale assembleare", per il mutamento dell'oggetto sociale, "autorizzante la fideiussione", nonostante la presenza della "clausola di stile" in materia di operazioni strumentali.
- (47) G. CASELLI, *op. cit.*, p. 757, parla di un vero e proprio "equivoco".
- (48) V. G. CASELLI, *op. cit.*, p. 758; G. FERRI, *op. cit.*, p. 31; R. WEIGMANN, *Società per azioni*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1994, p. 209 ss., p. 221.
- (49) Recentemente, ad esempio, Trib. Roma, 10 gennaio 2001, in *Soc.* 2001, p. 1256, ha rilevato l'estraneità rispetto all'oggetto sociale della concessione di ipoteche sugli immobili sociali a favore di un'altra società (perché concessa in ragione di vincoli di parentela tra i rispettivi soci di controllo), nonostante la previsione, nell'atto costitutivo, di una clausola in materia di operazioni strumentali che comprendeva tale tipo di attività.
- (50) Così G. CASELLI, *op. cit.*, p. 758.
- (51) V. ad es. Orientamento del tribunale di Bologna, in *Riv. Not.*, 1997, p. 1334; Massime del tribunale di Milano, in *Riv. Soc.*, 1995, p. 278; Orientamento del tribunale di Firenze (pubblicate in [www.tribunalefirenze.org](http://www.tribunalefirenze.org)); per casi di diniego di omologazione, in assenza di qualsiasi precisazione, v.: Trib. Cassino, 2 aprile 1993, in *Soc.*, 1993, p. 251; Trib. Udine, 7 febbraio 1995, in *Dir. Fall.*, 1995, II, p. 693; App. Bari, in *BBTC*, 1995, II, p. 496.
- (52) V. Massime del tribunale di Milano, *cit.* Inoltre, per il presunto obbligo di dichiarare "la natura prevalente e professionale o non" delle operazioni finanziarie strumentali, v. Trib. Vicenza, 7 luglio 1994; *contra*: App. Venezia, 27 febbraio 1995, entrambe in *Riv. Not.*, 1995, p. 1034 ss.
- (53) In dottrina, nel senso di ritenere sufficiente una chiara distinzione dall'oggetto sociale vero e proprio, senza la necessità di includere ulteriori precisazioni, v. A. GUACCERO, *Rassegna di diritto so-*

*cietario (1992-1995) – Costituzione della società*, in *Riv. Soc.*, 1998, p. 1092 ss., p. 1102.

- (54) Il discorso, naturalmente, vale solo ai fini della legittimità dello statuto, livello oltre il quale il notaio non è tenuto a spingersi. Di certo l'indicazione delle operazioni finanziarie come "strumentali" non elimina il rischio che esse poi siano svolte, *di fatto*, in maniera tale da configurare esercizio di "attività" nei confronti del pubblico (v. par. 5.2).
- (55) Cfr. C. ANGELICI, *Validità di clausole statutarie*, in *Studi e materiali – C.N.N.*, IV, p. 36, e *Sull'interpretazione delle clausole ambigue*, in *Giur. Comm.*, 1992, II, p. 1279 ss., ove le opportune distinzioni sull'applicabilità delle regole ermeneutiche dettate in materia di contratti agli atti costitutivi di società.
- (56) Trib. Torino, 17 dicembre 1992, riformato da App. Torino, 9 febbraio 1993, con la seguente motivazione: "Il Tribunale oltrepassa i limiti consentiti al suo sindacato in sede di omologazione ove ritenga, in via d'interpretazione, che la costituita società possa svolgere attività non consentite dalla legge del tutto estranee sia all'oggetto sociale che al raggiungimento dello stesso, e delle quali non vi è menzione nell'atto" (entrambi i provvedimenti in *Riv. Not.*, 1993, 424 ss.).
- (57) Così M. SEPE, *op. cit.*, p. 99.
- (58) M. SEPE cita il caso degli statuti che recano riferimenti alle leggi 1/1991 e 197/1991.

*(Riproduzione riservata)*