

Capitolo I

Attività bancaria e fonti della contrattualistica bancaria Questioni di diritto sostanziale

1. L'attività bancaria e l'attività finanziaria

Avv. Antonio Tanza

Sommario: Premessa. – 1. La raccolta del risparmio. – 2. L'esercizio del credito. – 3. Le altre attività finanziarie nonché attività connesse e strumentali.

Letteratura: A. ANTONUCCI, *Diritto delle banche*, Milano, 2012; P. BONTEMPI, *Diritto bancario e finanziario*, III ed., Milano, 2010; P. FERRO-LUZZI, *Lezioni di diritto bancario*, Torino, 2004; F. GIORGIANNI, C.M. TARDIVO, *Diritto bancario: Banche, contratti e titoli bancari*, Milano, 2006; F. GIORGIANNI, C.M. TARDIVO, *Manuale di diritto bancario e degli operatori finanziari*, Milano, 2012; P. PERLINGERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2000; M. PORZIO, F. BELLÌ, G. LOSAPPIO, M. RISPOLI FARINA, V. SANTORO (a cura di), *Testo unico bancario Commentario*, Milano, 2010; G. RACUGNO, *Il diritto degli affari.it*, 21 luglio 2014; G. ROLLA, *Il sistema Costituzionale italiano*, vol. III, *La tutela costituzionale dei diritti*, Milano, 2018.

Premessa

La banca, secondo la dottrina prevalente, è una azienda di produzione che svolge sistematicamente, istituzionalmente e a proprio rischio l'attività di intermediazione finanziaria, cioè una attività di erogazione di risorse finanziarie a titolo di credito, utilizzando prevalentemente risorse finanziarie ottenute da terzi a titolo di debito e, in parte minore, a titolo di capitale proprio.

Una definizione di banca non è riscontrabile in nessun testo giuridico e così la determinazione del "concetto banca" si risolve nella definizione dell'attività o, meglio, delle attività bancarie che compongono il principale canale di *eterofinanzia-*

mento al quale ricorre l'intera categoria imprenditoriale italiana storicamente e socialmente legata da sempre al sostegno bancario.

Il Testo Unico Bancario (D.lgs. 1° settembre 1993 n. 385)¹ individua nella banca “l'impresa autorizzata all'esercizio dell'attività bancaria” (art. 1, lett. b) e determina l'ambito delle competenze degli istituti bancari stabilendo che, oltre all'attività bancaria, le banche svolgono “ogni altra attività finanziaria, secondo la disciplina propria di ciascuna, nonché attività connesse o strumentali. Sono salve le riserve di attività previste dalla legge” (art. 10).

L'attività bancaria è, quindi, attività d'impresa in quanto caratterizzata da un'organizzazione a carattere professionale determinata alla produzione e allo scambio di beni e rientra nella disciplina ex art. 2195 c.c.

L'attitudine all'intermediazione nella circolazione del denaro, conferisce all'attività ex art. 10 TUB tutti i crismi del caso per essere inserita nel n. 2 dell'art. 2195 c.c. e ciò rende probabilmente superflua l'indicazione di cui al n. 4 del medesimo articolo.

L'esercizio dell'attività bancaria è da sempre particolarmente attenzionata perché involge interessi generali di grande rilevanza che, con l'entrata in vigore della Costituzione, hanno acquisito valore costituzionale ex art. 47 che tutela il risparmio, lo sviluppo economico.

“... da qui la ragione di una serie di disposizioni dirette a delineare un particolare ‘statuto’: necessità di un'autorizzazione per l'esercizio dell'attività, subordinata alla ricorrenza di particolari condizioni che garantiscano la sana e prudente gestione ... esercizio di poteri di vigilanza da parte delle autorità creditizie ... previsione di limiti alla partecipazione a capitale delle banche ... una peculiare disciplina delle crisi d'impresa ... e dei contratti mediante i quali si svolge l'attività d'impresa ...”².

L'attività bancaria (riservata esclusivamente alle banche) è individuata, dunque, nelle categorie della raccolta del risparmio tra il pubblico e dell'esercizio del credito ma, come si evince dal citato art. 10, si estende oltre queste due categorie prevedendo la possibilità che vengano esercitate attività finanziarie ulteriori oltre a quelle connesse e strumentali.

“Il generale riconoscimento di tale importante capacità di trasformazione della moneta attribuita alla banca potrebbe consentire di indicare nella raccolta di risparmio tra il pubblico e l'esercizio del credito e nella produzione di titoli e/o strumenti di trasferimento della moneta bancaria diffusamente accettata come equivalente della moneta legale l'oggetto più significativo dell'attività bancaria ... tale capacità di offrire nell'ambito della propria attività di intermediazione titoli e/o strumenti di circolazione della moneta, che utilizzano la moneta bancaria, non pregiudica né deve pregiudicare la funzione di custodia del risparmio tradizionalmente demandata all'attività bancaria”³.

¹ Da questo punto in poi sarà indicato con l'acronimo TUB.

² P. PERLINGERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2000.

³ F. GIORGIANNI, C.M. TARDIVO, *Manuale di diritto bancario e degli operatori finanziari*, Milano, 2012.

La trattazione di questi due settori necessita, preventivamente, di un'ulteriore precisazione che consenta di inquadrare meglio l'ambito di intervento degli istituti bancari nell'economia del Paese ricordando che, oggi, l'attività bancaria si inserisce nel più esteso ambito dell'attività finanziaria; in altre parole, l'attività bancaria è un'attività del più ampio e sviluppato sistema finanziario che si può definire, con molta approssimazione, come l'insieme di tutte quelle possibilità a cui si può ricorrere per soddisfare le esigenze di gestione delle proprie risorse e delle opportunità di investimento.

L'entrata in vigore del TUB ha decisamente risolto l'annosa questione di puro stampo dottrinale in merito all'esatta definizione (o, meglio, l'esatta portata dell'attività bancaria).

Sul punto si confrontavano quanti affermavano che l'attività bancaria doveva essere necessariamente limitata alle attività esplicabili per il tramite dei contratti bancari così come definiti dal c.c. (che non ha mai fornito una definizione di banca) e chi evidenziava il ruolo della banca come principale entità dedita alla circolazione del credito e allo scambio monetario.

Queste due definizioni, come si può facilmente dedurre, sono del tutto insufficienti (e già in tempi passati) per ricomprendere seppur in modo generale tutte le attività definibili come "bancarie"; il TUB ha definitivamente sgombrato ogni dubbio inquadrando la materia nella raccolta del risparmio, l'esercizio del credito e "ogni altra attività finanziaria, secondo la disciplina propria di ciascuna, nonché attività connesse o strumentali".

"Tuttavia, un diverso aspetto, sicuramente significativo, differenzia notevolmente l'attività bancaria dall'attività degli intermediari finanziari non bancari e dagli intermediari mobiliari: *la diversa imputazione del 'rischio' derivante dall'impiego del risparmio da parte dell'operatore*. Tale profonda differenza, che consente di riservare alle sole banche il ruolo tradizionale e storicamente consolidato della *raccolta del risparmio a vista* (ovvero con obbligo di rimborsare 'a richiesta') e conseguentemente della 'raccolta collegata all'emissione o alla gestione di mezzi di pagamento a spendibilità generalizzata' (artt. 10, 11 n. 2 e n. 4-bis T.U.) si dimostra direttamente collegata alla capacità della banca: di poter trasformare la *moneta legale* raccolta dai risparmiatori in *credito disponibile* ovvero in *moneta scritturale* come suggerito da alcuni studiosi, che, sebbene posizione giuridica di natura obbligatoria e non più reale come per la moneta legale, dimostra di avere il medesimo 'valore' e le medesime caratteristiche di spendibilità e circolazione generalizzata proprie di quest'ultima; e di consentire ai propri clienti l'utilizzazione di tale particolare credito (generalmente denominato '*moneta bancaria*') attraverso una serie diffusa e crescente di strumenti bancari di pagamento di generale circolazione e accettazione anche per l'adempimento delle obbligazioni pecuniarie"⁴.

Il riconoscimento delle altre attività necessita di una riserva di legge specifica e, quindi, solo il legislatore potrà ammettere alla banca altri ambiti di competenza.

⁴F. GIORGIANNI, C.M. TARDIVO, *Diritto bancario: Banche, contratti e titoli bancari*, Milano, 2006.

Le banche, quindi, “raccolgono” il risparmio tra il pubblico, “esercitano” il credito e svolgono altre attività finanziarie nonché attività connesse e strumentali.

L’indicazione delle attività bancarie, nell’essenza delle quali si fonde la definizione stessa di banca, evidenzia, quindi, la principale funzione dell’attività bancaria, cosiddetta “funzione di intermediazione”, che, semplificando, si può affermare che consiste nel recepire disponibilità economica da chi la detiene per poi concederla a chi ne necessita.

“Tale attività consiste essenzialmente in un’opera di intermediazione nella circolazione della moneta, ossia in un’attività di coordinamento tra la raccolta del risparmio tra il pubblico (attività qualificabile come ‘passiva’ stante l’obbligo facente capo alla banca di restituire quanto ricevuto in deposito) e l’erogazione del credito (qualificabile come ‘attiva’ in quanto comporta la nascita di un credito in capo alla banca avente ad oggetto la restituzione delle somme erogate al cliente). Tra le due attività appena indicate deve esistere un collegamento funzionale necessario, nel senso che l’erogazione di credito da parte della banca avviene utilizzando proprio quei denari che essa riceve in deposito dalla clientela. La necessità di un tale collegamento è stata evidenziata fin dal D.P.R. 350/85 di recepimento della I direttiva comunitaria dell’attività bancaria. Non costituisce quindi esercizio dell’attività bancaria lo svolgimento della sola attività di erogazione del credito o della sola attività di raccolta del risparmio”⁵.

La banca dispone, in tal modo, di somme sufficienti sia a rimborsare i clienti che ne facciano richiesta sia a concedere prestiti sia a svolgere altre attività finanziarie.

Lo stesso TUB prevede, altresì, sanzioni per chi crei un’apparente legittimazione allo svolgimento dell’attività bancaria in assenza, evidentemente, delle necessarie autorizzazioni; l’art. 133 è categorico sul punto quando prescrive che *“L’uso, nella denominazione o in qualsivoglia segno distintivo o comunicazione rivolta al pubblico, delle parole ‘banca’, ‘banco’, ‘credito’, ‘risparmio’ ovvero di altre parole o locuzioni, anche in lingua straniera, idonee a trarre in inganno sulla legittimazione allo svolgimento dell’attività bancaria è vietato a soggetti diversi dalle banche”*.

1. La raccolta del risparmio

L’attività bancaria si fonda su quello stretto nesso funzionale tra la raccolta del risparmio e l’erogazione del credito nel senso che quest’ultimo servizio viene espletato proprio facendo affidamento sulle risorse finanziarie recepite, per la maggior parte, tramite la raccolta del risparmio presso gli utenti persone sia fisiche che giuridiche.

L’art. 11 TUB definisce la raccolta del risparmio come *“l’acquisizione di fondi con obbligo di rimborso, sia sotto forma di depositi sia sotto altra forma”*.

⁵ P. BONTEMPI, *Diritto bancario e finanziario*, III ed., Milano, 2010.

“L'art. 11 si pone con una norma definitoria che, sulla scia di indicazioni di matrice comunitaria, individua nella ‘acquisizione di fondi con obbligo di rimborso’ a prescindere dalla ‘forma’ in concreto adoperata, la raccolta del risparmio.

Nonostante l'inciso iniziale, non sembra potersi dubitare che la definizione in oggetto abbia valenza di carattere generale.

L'esegnesi della disposizione pone in immediata evidenza il rilievo preponderante attribuito all'aspetto economico della fattispecie, piuttosto che a quello giuridico; tanto, sia sotto il profilo delle espressioni adoperate, sia sotto il profilo della espressa enunciazione della irrilevanza delle forme giuridiche e delle modalità tecniche delle attività in cui la raccolta si esplica”⁶.

Il riferimento alla “matrice comunitaria” (così come indicato dalla suddetta richiamata dottrina) attiene già ai *Consideranda* della Dir. 1977/780/CEE nei quali (si veda il numero 5), dopo il monito ad indirizzare i lavori coordinatori verso la protezione del risparmio, si afferma la necessità che il campo di applicazione dei lavori “*comprenda tutti gli enti la cui attività consista nel raccogliere fondi rimborsabili presso il pubblico sia sotto forma di depositi che sotto altre forme, quali l'emissione continua di obbligazioni e di altri titoli comparabili, e nel concedere crediti per proprio conto; che debbono essere previste eccezioni per taluni enti creditizi a cui la presente direttiva non si applica*”.

I clienti delle banche depositano somme di denaro presso l'istituto; gli utenti mettono a disposizione della banca dei fondi costituendo, così, le cosiddette “passività” che consistono in capitali che l'istituto deve rimborsare al titolare del deposito.

L'utente utilizza questi fondi eseguendo, ad esempio, delle transazioni per mezzo di un conto corrente, utilizzando carte di credito, eseguendo paganti e bonifici.

Le modalità di utilizzo del denaro prestato rappresenta il tratto fondamentale di distinzione tra le banche e gli altri intermediari finanziari.

Gli istituti bancari “raccolgono” risparmio per costituire risorse finanziarie utilizzate per: formare accantonamenti per le richieste di contanti; emettere obbligazioni, concedere prestiti e acquistare titoli.

La formulazione dell'art. 11 TUB non è andato esente da critiche in particolare da parte di quella dottrina che, nel criticare la formulazione della norma, ha “messo in guardia” sul pericolo di aver creato un “scompenso sistematico” perché non è esclusa (alla luce del tenore letterale delle norme) la possibilità che vengano avviate raccolte del risparmio che non rientrino nell'ambito di applicazione dell'art. 11 TUB con chiari rischi in merito ad un'eventuale lacuna di regolamentazione⁷.

Le banche, infine, acquistano e vendono fondi tra di loro nel cosiddetto mercato interbancario oltre a recepire risparmio ed eseguire investimenti con soggetti di altri Stati (attività e passività sull'estero).

Si badi che “*non costituisce raccolta di risparmio tra il pubblico quella effettuata: in connessione all'emissione di moneta elettronica; presso soci, dipendenti o*

⁶ M. PORZIO, *Testo unico bancario: commentario*, Milano, 2010.

⁷ P. FERRO-LUZZI, *Lezioni di diritto bancario*, Torino, 2004.

società del gruppo secondo le disposizioni della presente delibera; sulla base di trattative con singoli soggetti, mediante contratti dai quali risulti la natura del finanziamento"⁸.

I fondi raccolti presso il pubblico dei risparmiatori sono somme rimborsabili "a vista" a seguito di semplice richiesta del depositante; le somme che la banca destina agli altri profili dell'attività bancaria sono utilizzate per intraprendere altre attività finanziarie come i prestiti che, di solito, hanno durata non inferiore ad un anno.

Le passività bancarie sono la vera forza delle banche ma, allo stesso tempo, potrebbero rappresentare la fonte dei loro principali problemi: le difficoltà che un istituto potrebbe soffrire potrebbero ben derivare da una totale o maggioritaria richiesta di rimborso dei fondi versati (anche se la banca potrebbe sopperire alle eventuali necessità di credito recependolo nel sistema bancario).

La situazione sarebbe ancora più preoccupante se le stesse richieste di rimborso venissero avanzate nei confronti di tutte o di molte banche perché è evidente che in questo modo a soffrire di mancanza di liquidità sarebbe l'intero settore creditizio.

2. L'esercizio del credito

Il TUB non contiene una definizione di "esercizio del credito"; il Testo Unico si limita ad esplicitare che l'esercizio del credito è attività riservata alle banche (art. 10) e nel riconoscere ai medesimi istituti la possibilità di "*intraprendere l'esercizio del credito su pegno di cose mobili*" (art. 48).

La suddetta attività, quindi, va intesa come "speculare" alla raccolta del risparmio; infatti, nell'ambito delle due attività riservate per legge alle banche può intendersi che con la raccolta del risparmio le banche convogliano, presso i loro rispettivi istituti, le risorse economiche raccolte in depositi; acquisita tale disponibilità, le banche la utilizzano per erogare prestiti e finanziamenti a soggetti pubblici e privati espletando, appunto, un'attività di esercizio del credito.

Tale attività avviene tramite la conclusione di accordi tra l'istituto erogante e il soggetto beneficiario secondo una categoria di contratti tipici come il conto corrente, l'apertura di credito bancario, l'anticipazione bancaria su pegno di titoli e merci, lo sconto bancario e le varie forme di mutuo.

La banca, quindi, mette a disposizione della clientela anche le somme che ricevono in deposito: "da un lato gli *impieghi*, vale a dire l'esercizio del credito, dall'altro la *raccolta*, cioè le operazioni di provvista, al fine di realizzare – mediante l'esercizio *sistematico*, coincidente con l'organizzazione dell'impresa (art. 2082 c.c.), di operazioni in serie di deposito e di prestito – il guadagno sperato sotto forma di differenziale tra i tassi attivi e passivi, tra il prezzo che riceve dal cliente e quello pagato al depositante. È evidente di conseguenza il rischio che l'attività bancaria comporta, stante la correlazione che sussiste tra le due operazioni, che

⁸ Delibera del Comitato interministeriale per il credito e il risparmio (CICR) del 19 luglio 2005, n. 1058.

rende necessario il mantenimento di una proporzione minima fra il patrimonio di ogni banca e l'ammontare complessivo degli affidamenti, anche in funzione delle caratteristiche di durata delle operazioni attive e passive a cui è abilitata l'impresa bancaria"⁹.

3. Le altre attività finanziarie nonché attività connesse e strumentali

Il comma 1 dell'art. 10 TUB indica l'attività svolta, in modo riservato, dalle banche tracciando il profilo di tipicità di un'attività d'impresa che si esplicita nello svolgere congiuntamente l'esercizio del credito e della raccolta del risparmio tra il pubblico.

Il comma 3 del medesimo articolo espande il novero di attività ascrivibili come bancarie includendovi un altro settore di attività ossia quella finanziaria... nonché attività connesse o strumentali.

Il TUB non fornisce una definizione di attività finanziaria in modo preciso come per l'attività bancaria.

Ad essere più precisi, non vi è un testo di legge che fornisce una precisa definizione di attività finanziaria; conseguentemente, le difficoltà a dare una definizione a tale attività sono abbastanza palesi e tutto ciò complica ulteriormente ogni sforzo interpretativo orientato a dare contenuti al comma 3 dell'art. 10 TUB.

Autorevole dottrina, riprendendo l'insegnamenti del passato, ha cercato di darne una definizione cercando di valorizzarne il profilo tecnico-economico inserendo le operazioni finanziarie "negli schemi elementari di denaro-tempo-denaro, cioè in principio operazioni di trasferimento di denaro o operazioni di pagamento; denaro-denaro cioè in principio operazioni di cambio" e, pur riconoscendo i limiti che tale definizione presenta la stessa dottrina cerca di dare un proprio contributo nel "riempimento" di significato del comma 3 dell'art. 10 TUB affermando che "ai fini della distinzione tra attività finanziarie esercitabili dalla banca e attività non finanziarie esercitabili dalla stessa banca può essere utile il ricorso al tipo di rischio connesso allo svolgimento di una determinata attività. Le banche possono esercitare solo attività che comportano l'assunzione di un rischio finanziario. Le disposizioni di vigilanza stabiliscono regole prudenziali che disciplinano i rischi che le banche possono assumere, ossia il rischio creditizio, identificato con quello derivante da possibile inadempimento del debitore, e i rischi di mercato, ossia i rischi connessi a variazione dei prezzi di mercato (tassi di interesse, tassi di cambio e corsi azionari) relativi al complesso di titoli detenuti ai fini di negoziazione ovvero per esigenze di tesoreria. Diversamente, non è possibile per le banche esercitare un'attività che comporti un rischio industriale in senso stretto, ossia, in concreto un'attività che preveda la produzione o la commercializzazione di prodotti non finanziari.

⁹G. RACUGNO, *Il diritto degli affari.it*, 21 luglio 2014.

Un esempio utile per comprendere questa distinzione è rappresentato dall'attività di *leasing* operativo che è un'operazione formalmente affine al *leasing* finanziario ma che se ne distingue sul piano sostanziale¹⁰.

Un'altra valida definizione di "attività finanziaria" *ex art. 10, comma 3, TUB* si potrebbe anche ottenere ragionando sulla comparazione delle disposizioni del Testo unico e, partendo dalla definizioni contenute nell'art. 1 e il consequenziale rinvio che l'articolo stesso opera verso l'elencazione *ex art. 106*, si potrebbe limitare, forse in modo un poco sbrigativo, ad intendere l'attività finanziaria (nell'accezione che interessa in questa sede) come l'insieme di tutte le attività espressamente ammesse al "mutuo riconoscimento".

Il significato di questa ultima espressione attiene al rapporto tra gli Stati membri dell'UE; l'autorizzazione ottenuta da un'Autorità di Vigilanza del settore bancario in ambito nazionale convalida l'attività di un istituto creditizio nell'ambito degli Stati membri e la banca nazionale può svolgere la sua attività o mediante l'apertura di una sede o di una filiale in altro Paese o esercitando tale attività dal proprio Stato di riferimento¹¹.

La dottrina è concorde nell'impossibilità di addivenire ad una concezione di "attività finanziaria" basata sulle indicazioni legislative; il risultato è stata quella copiosa produzione di concetti elaborati dagli esperti del settore ai quali va riconosciuto il pregio di aver elaborato valide prospettazioni fondate su adeguati ed, a volte, articolati ragionamenti di stampo giuridico ed economico.

Di particolare significato, ad esempio, è quanto sostenuto da altra autorevole dottrina la quale ha evidenziato come "Il T.U. non offre una definizione in positivo di attività finanziaria, anche se – riprendendo un modello di tipo anglosassone, a sua volta raccolto nelle direttive – si pare con un articolo 1 dedicato a fornire le definizioni; nella norma però non c'è una definizione di attività finanziaria, ma di intermediari finanziari che rinvia ad una certa elencazione di attività che viene compiuta dall'articolo 106 ... neanche la II direttiva offre una definizione di attività finanziaria, ma elabora una definizione di ente finanziario più circostanziata di quella presente nel T.U. qualificando l'ente finanziario come un'impresa diversa da un ente creditizio, la cui attività principale consiste nell'assunzione di partecipazioni o nell'esercizio di una o più delle attività di cui ai punti da 2 a 12 dell'elenco delle attività ammesse al mutuo riconoscimento. Per una serie di motivi questo stile definitorio – che esprime e sottolinea la contiguità tra intermediari bancari e finanziari – non viene raccolto dal T.U. che nella parte riguardante gli intermediari finanziari rielabora la disciplina della legge antiriciclaggio, pur arrivando in sostanza ad individuare area analoga a quella della II direttiva, come emerge dal raffronto tra le at-

¹⁰ M. PORZIO, F. BELLÌ, G. LOSAPPIO, M. RISPOLI FARINA, V. SANTORO (a cura di), *Testo unico bancario Commentario*, Milano, 2010.

¹¹ Il principio del "mutuo riconoscimento" è, poi, affiancato dall'altro fondamentale principio cosiddetto "*home country control*" in ragione del quale la vigilanza sulle succursali e sulle attività esercitate direttamente dal paese di origine è affidata all'autorità di controllo del paese di origine.

tività cui fa riferimento la direttiva e quelle elencate nell'originaria versione dell'art. 106 T.U. ...”¹².

Accanto a quella che abbiamo definito il *core business* dell'impresa bancaria consistente nella raccolta presso il pubblico di fondi con *obbligo di rimborso*, le banche possono raccogliere il risparmio anche attraverso l'emissione di *strumenti finanziari*, ivi comprese le obbligazioni, nonché esercitare le altre *attività finanziarie* elencate nell'art. 1, comma 1°, lett. *f*, t.u.b., quali: *factoring, leasing, forfaiting*, emissione e gestione di carte di credito, rilascio di garanzie e di impegni di firma, emissione di strumenti finanziari, partecipazione all'emissione di titoli, gestione e consulenza nella gestione di patrimoni, custodia e amministrazione di valori mobiliari. Le banche possono così svolgere, oltre l'attività bancaria, attività di servizi di investimento e le altre attività previste dal D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (*TUF – testo unico della finanza*). Le attività finanziarie possono essere svolte dalle banche sia direttamente che attraverso la costituzione di autonome società dalle stesse controllate, ciascuna delle quali opera in uno specifico settore: la banca assume così la struttura del *gruppo bancario polifunzionale* (art. 60 ss. TUB).

In relazione allo svolgimento di queste attività, le banche sono soggette alle regole proprie del TUF, per cui alla vigilanza da parte della Banca d'Italia si aggiunge, sulla base di un riparto funzionale delle rispettive competenze in materia di vigilanza, quella della Commissione nazionale per le società e la borsa (CONSOB), che ha per scopo la *trasparenza* e la *correttezza* dei comportamenti ... dei soggetti abilitati, avendo riguardo alla tutela degli investitori e ... al buon funzionamento del sistema finanziario (art. 5, comma 1, TUF).

Le banche, inoltre, possono distribuire prodotti assicurativi a contenuto finanziario e porre in essere le attività connesse e strumentali alla propria attività principale, quali, fra l'altro, la consulenza alle imprese in materia di struttura finanziaria, di strategia industriale e di questioni connesse, nonché la consulenza ed i servizi concernenti le concentrazioni e l'acquisto di imprese, il c.d. *financial advising* (art. 1, comma 6, lett. *d*, TUF), nonché la tradizionale attività del servizio di locazione di cassette di sicurezza (art. 1839 c.c.).

A tal riguardo deve osservarsi come le imprese bancarie, al fine di evitare commistioni tra attività finanziarie ed industriali, hanno un oggetto sociale esclusivo: lo statuto deve così contenere l'espressa previsione dell'attività bancaria ed eventualmente di una o più attività finanziarie, ma non può prevedere altre attività¹³.

L'ultimo capoverso della richiamata citazione dottrinale consente di concludere il discorso espletando le dovute considerazioni in ordine alle *attività strumentali e connesse* sempre richiamate dall'art. 10, comma 3, TUB.

Il vero *discrimen* che consente alla banca di svolgere attività che non rientrano propriamente in quella bancaria o finanziaria è da ricercarsi non nella natura del-

¹² A. ANTONUCCI, *Diritto delle banche*, Milano, 2012.

¹³ G. RACUGNO, *Il diritto degli affari.it*, cit.

l'attività svolta ma nella funzione che la stessa rappresenta nella complessa articolazione dell'impresa bancaria.

La funzionalità strumentale di un'attività consente di "disattendere" il principio per cui la banca non possa esercitare attività diverse da quella bancaria o finanziaria ammettendo l'esercizio di attività che in via autonoma si presenterebbero come esclusivamente industriali ma che perdono questa autonomia perché sono svolte in esclusiva funzione dell'attività di impresa.

Si pensi, ad esempio, alla gestione degli immobili sede di banca e filiali, ad attività di trasporto o a tutta una serie di attività informatiche che sono esercitate per la loro tipica produzione di beni e di prestazione di servizi non destinate, però, al mercato solo svolte in modo funzionale alla vera attività principale che rimane quella *ex art.* 10 TUB.

La considerazione finale riguarda l'altro tipo di attività definite come "connesse" dal TUB le quali, se da un lato è evidente che devono presentare un legame con l'attività principale simile a quelle attività definite come "strumentali", dall'altro lato necessitano di un'autonoma individuazione.

Il profilo di "connettività" tra queste funzioni e quella bancaria è individuabile nel legame accessorio inteso come inerenza sotto il profilo teleologico con l'attività bancaria.

Non vi è un'elencazione di attività connesse (come pure strumentali) esercitabili dalla banca *ex art.* 10 TUB.

Si pensi ai contratti di locazione delle cassette di sicurezza e i contratti di custodia e gestione di valori mobiliari che sono due esempi di attività connesse che ben avvalorano la tesi di autorevole dottrina (già richiamata) la quale, anche sulla base di una mancata tipizzazione delle attività strumentali e connesse, ha giustamente evidenziato la scelta del legislatore di considerare che "l'imprenditore bancario può sfruttare meglio le opportunità economiche offerte dall'organizzazione produttiva approntata per l'esercizio dell'attività bancaria, esercitando servizi accessori tradizionalmente svolti dalle banche, come quelli della locazione di cassette di sicurezza e quelli di custodia e amministrazione di valori mobiliari ... con l'indicazione delle attività connesse nell'art. 10 Tub, il legislatore amplia le possibilità operative delle banche a nuove opportunità economiche ..." ¹⁴.

La possibilità di ampliare il *business* come motivo sotteso alla legittimazione ad esercitare tutta una serie di attività aggiuntive, trova, altresì riscontro nella Banca d'Italia ha definito le attività connesse come "le attività non finanziarie che, creando occasioni di contatto con il pubblico consentono alle banche di promuovere e sviluppare l'attività principale; in tal senso, deve trattarsi di attività aventi ad oggetto la fornitura di un servizio alla clientela, compatibile con le normali modalità organizzative e di funzionamento degli sportelli bancari" ¹⁵.

¹⁴ M. PORZIO, F. BELLÌ, G. LOSAPPIO, M. RISPOLI FARINA, V. SANTORO (a cura di), *Testo unico bancario Commentario*, cit.

¹⁵ Banca d'Italia, Circolare 15 gennaio 1998.

2. Le fonti dell'attività bancaria

Avv. Antonio Tanza

Sommario: 1. La Carta costituzionale: attività d'impresa e tutela del risparmio. – 2. Unione europea e Unione bancaria. – 3. I Testi Unici: Testo Unico Bancario e Testo Unico Finanziario. – 4. Gli Usi bancari.

1. La Carta costituzionale: attività d'impresa e tutela del risparmio

L'attività riconducibile al settore bancario/finanziario trova una precisa identità nella Costituzione italiana (posta al vertice della gerarchia delle fonti) che si ricava dal combinato degli artt. 41 e 47.

La prima disposizione traccia quelle caratteristiche proprie dalle quali ogni sistema economico imprenditoriale non può prescindere ossia la libertà, le finalità sociali e la necessità di una regolamentazione che ne garantisca la compatibilità con gli scopi socialmente utili.

L'attività bancaria è attività d'impresa a tutti gli effetti e, quindi, rientra nella disciplina costituzionale di cui all'art. 41: la funzione di produrre profitto può essere svolta solo produce utilità per la società ed è eticamente regolamentata.

Non deve ingannare il fatto che la generazione di profitto sia, per definizione, un bene sociale; la norma è chiara: la produzione di profitto è socialmente accettata quanto non comporti, allo stesso tempo, la sottrazione di ricchezze altrui o con pregiudizievoli impatti su altri fondamentali aspetti della società (si pensi ai danni ambientali).

La predette argomentazioni potrebbero aprire ben altri dibattiti differenti dai temi trattati in questa sede se si pensa alle gravi ripercussioni dovute ai numerosi crack bancari a livello nazionale e mondiale; la perdita di risorse utili, quale danno immediato, rischia di concatenarsi ad un "effetto collaterale" capace di durare per lungo tempo ossia la perdita di fiducia e di affidabilità di un sistema bancario che occupa un ruolo imprescindibile nell'economia di qualsiasi paese con gravi danni per quel bene costituzionalmente tutelato dall'art. 47 ossia il risparmio.

Se la disposizione di cui all'art. 41 Cost. detta regole generali per l'attività d'impresa (nel cui novero rientra a pieno titolo l'attività bancaria) l'art. 47 della Carta costituzionale pone una specifica tutela per il risparmio.

2. Unione europea e Unione bancaria

Le molteplici sfaccettature della crisi finanziaria ed economica che ha investito l'economia mondiale hanno rappresentato un punto di svolta nell'approccio dell'Unione europea al settore bancario e finanziario.

Nel 2012, nasce un sistema di vigilanza e di risoluzione nel settore bancario inteso come strumento per fronteggiare tutte quelle situazioni di crisi bancarie venute in essere (o che verranno in essere) in ogni singolo Stato membro.

La necessità di affrontare il problema a livello europeo trova la sua ragion d'essere nello fatto che il mercato finanziario a livello eurounitario risulta dalla stretta connessione tra i vari mercati finanziari e bancari dei singoli Stati membri e, ne consegue, che un istituto bancario (specie se di grandi dimensioni) che entri in uno stato di crisi rappresenta un potenziale pericolo per l'intero sistema finanziario dell'Unione europea stante le pregiudizievoli ricadute che potrebbero aversi sull'intero sistema.

Questo insieme di regole valide su tutto il territorio dell'Unione prende il nome di "unione bancaria" e tra gli altri scopi si prefigge quello di contenere l'impatto negativo sull'economia dei dissesti economici degli istituti di credito; l'obiettivo è, *in primis*, quello di evitare conseguenze pregiudizievoli sul patrimonio di ogni investitore.

Le finalità dell'unione bancaria sono evidenti negli obiettivi che il sistema di vigilanza persegue e nell'articolazione strutturale di cui si compone.

Al centro dell'azione dell'unione bancaria vi è la garanzia di mantenere l'affidabilità economica degli istituti di credito anche nell'ottica di eventuali future crisi finanziarie.

Questo si traduce, inevitabilmente, in una serie di tutele verso i contribuenti che non devono vedere esposti i loro risparmi a quelle che possono essere le perdite e i pregiudizi patrimoniali derivanti dal dissesto delle banche; tutto ciò al fine di preservare e migliorare la tenuta economica e finanziaria dell'intera zona UE.

L'Unione bancaria si compone di tre strutture: il Codice unico europeo, Meccanismo di vigilanza unico e il Meccanismo di risoluzione unico.

Il Codice unico europeo (*single rulebook*) è una sorta di "raccolta" di diritto secondario dell'Unione europea che si applica all'attività degli istituti di credito e i prodotti finanziari.

Gli atti legislativi in questione sono: la Dir. 2013/36/UE sui requisiti patrimoniali (CRD IV); il Regolamento (UE) n. 575/2013 sui requisiti patrimoniali (CRR); Dir. modificata 2014/49/UE sul sistema di garanzia dei depositi (SGD); Dir. 2014/59/UE sul risanamento e la risoluzione delle banche (BRRRD) e la Dir. 2015/2366/UE (PSD2) che riforma la Dir. 2007/54/CE sui servizi di pagamento (PSD).

I summenzionati atti di diritto eurounitario secondario (come tutta la legislazione dell'unione europea) persegue, altresì, quel più ampio progetto di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri per garantire anche un livello minimo di protezione per i contribuenti; in modo più specifico, si cerca di assicurare a tutti gli istituti di credito dell'Unione europea la possibilità di competere sul mercato secondo le regole della leale concorrenza.

Il Meccanismo di vigilanza unico (SSM *single supervisory mechanism*) è stato istituito con il Regolamento (UE) n. 1024/2013.

La Banca centrale europea svolge un ruolo centrale sviluppando forme di collaborazione con le varie autorità nazionali, controllando e verificando l'operato degli enti finanziari anche in un'ottica di prevenzione di possibili principi di crisi e di mala gestione elaborando programmi d'intervento immediato.

L'obiettivo del Meccanismo di vigilanza converge con l'obiettivo del Codice Unico sotto il profilo della tutela e protezione della solidità ed affidabilità del settore finanziario europeo.

La primaria disciplina del Meccanismo di vigilanza è individuabile nel Regolamento del Consiglio che attribuisce alla Banca centrale europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi, nel Regolamento (UE) n. 1093/2010 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 24 novembre 2010 modificato che istituisce l'Autorità europea di vigilanza (ABE) e nella Dichiarazione del Consiglio sulle modalità di voto dell'ABE.

Se la situazione di un istituto o ente finanziario arriva ad un punto "di non ritorno" (ossia la situazione economico patrimoniale della struttura non consente una ripresa in positivo dell'attività) interviene il Meccanismo di risoluzione unico composto da un Comitato (detto di risoluzione unico) che elabora la migliore ed efficace strategia di risoluzione dell'ente e si avvale di un Fondo di risoluzione unico che dispone di risorse interamente finanziate dal settore bancario europeo.

Lo scopo primario è quello di contenere l'impatto della risoluzione dell'ente sull'economia reale e ridurre al minimo i costi che, inevitabilmente, graveranno sui contribuenti.

Il Meccanismo di risoluzione unico decide, così, i programmi di risoluzione per le banche in dissesto e ha la responsabilità ultima per tutte le banche dell'Unione bancaria e può quindi decidere in qualsiasi momento di esercitare i suoi poteri nei confronti di qualunque banca.

Ai sensi del Regolamento (UE) n. 806/2014 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 15 luglio 2014¹ *"Il completamento del mercato interno dei servizi finanziari presuppone necessariamente l'efficacia nell'Unione delle decisioni di risoluzione adottate per le banche in dissesto, anche relativamente all'impiego dei finanziamenti reperiti a livello di Unione. Nel mercato interno il dissesto di banche in uno Stato membro può compromettere la stabilità dei mercati finanziari nell'Unione nel suo complesso. Assicurare l'efficacia e l'uniformità delle norme in materia di risoluzione e la parità di condizioni nel finanziamento della risoluzione nei diversi Stati membri è nell'interesse superiore non soltanto dello Stato membro in cui le banche operano, ma anche, in generale, in quello di tutti gli Stati membri, perché costituiscono un mezzo per assicurare condizioni eque di concorrenza e*

¹ Che fissa norme e una procedura uniformi per la risoluzione degli enti creditizi e di talune imprese di investimento nel quadro del meccanismo di risoluzione unico e del Fondo di risoluzione unico e che modifica il Regolamento (UE) n. 1093/2010.

migliorare il funzionamento del mercato interno. I sistemi bancari sono estremamente interconnessi nel mercato interno, i gruppi bancari hanno dimensione internazionale e le banche detengono attività estere in percentuali elevate. Senza l'SRM, le crisi bancarie che si verificassero negli Stati membri partecipanti all'SSM avrebbero un più forte impatto sistemico negativo anche negli Stati membri che non vi partecipano. L'istituzione dell'SRM garantirà un approccio neutro per il trattamento delle banche in dissesto e pertanto rafforzerà la stabilità delle banche degli Stati membri partecipanti e impedirà alle crisi di produrre ricadute negli Stati membri non partecipanti, agevolando così il funzionamento del mercato interno nel suo complesso. È opportuno che i meccanismi di cooperazione tra gli enti stabiliti negli Stati membri partecipanti e non partecipanti siano chiari e che nessuno Stato membro o gruppo di Stati membri sia direttamente o indirettamente discriminato come luogo di prestazione di servizi finanziari”.

3. I Testi Unici: Testo Unico Bancario e Testo Unico Finanziario

Il Codice civile, è bene premetterlo, rappresenta la prima forma di legislazione ordinaria destinata a disciplinare il settore bancario in particolare con le disposizioni che riguardano i contratti bancari e i titoli di credito.

Il principale atto legislativo di riferimento successivo all'entrata in vigore del Codice civile, è il D.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (TUB) che, come tutti i Testi unici, viene emanato per raccogliere e coordinare la vasta categoria di interventi legislativi di un settore.

Interessato da tutta una serie di riforme (non poteva essere diversamente considerata l'accelerata evoluzione che il settore bancario manifesta ancora oggi), il Testo Unico Bancario detta, comunque, una serie di importati regole e principi che condizionano qualsiasi ulteriore disciplina in materia bancaria e creditizia anche alla luce di quelle che sono le novità introdotte dal diritto Eurounitario.

Il Testo Unico fornisce una definitiva definizione di attività bancaria soprattutto sotto il profilo della raccolta del risparmio e della concessione del credito; cataloga e disciplina le varie forme di “banca” statuendo in merito alle autorizzazioni, all'iscrizione in appositi albi e all'esercizio della prestazione di servizi bancari.

Di particolare importanza, è la parte dedicata alla “vigilanza” (ci si riporta anche a quanto già definito in ordine all'Unione bancaria europea) e al riconoscimento del ruolo della Banca d'Italia e del Comitato interministeriale per il credito ed il risparmio.

Il Testo Unico contiene, altresì, una dettagliata sezione dedicata alla trasparenza delle condizioni contrattuali che le banche devono rispettare ed applicare nei rapporti con i clienti in ordine a tutte le operazioni e i servizi che l'istituto fornisce.

“Le banche e gli intermediari finanziari rendono noti in modo chiaro ai clienti i tassi di interesse, i prezzi e le altre condizioni economiche relative alle operazioni e ai servizi offerti, ivi compresi gli interessi di mora e le valute applicate per

l'imputazione degli interessi..." recita l'art. 116 e il successivo articolo specifica che *"I contratti sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti ... Nel caso di inosservanza della forma prescritta il contratto è nullo. I contratti indicano il tasso d'interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora. Sono nulle e si considerano non apposte le clausole contrattuali di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati nonché quelle che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati ... La Banca d'Italia può prescrivere che determinati contratti, individuati attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi, abbiano un contenuto tipico determinato. I contratti difformi sono nulli. Resta ferma la responsabilità della banca o dell'intermediario finanziario per la violazione delle prescrizioni della Banca d'Italia"*.

Per quanto concerne la presente opera, appare alquanto rilevante un breve richiamo alle sanzioni comminate dal Testo Unico in ordine alle varie violazioni riconducibili a condotte di abusivismo bancario e finanziario (si rinvia al capitolo specifico in ordine a questi profili).

Il D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, TUF), disciplinando il funzionamento dei mercati finanziari e la prestazione dei servizi di investimento, costituisce, unitamente al TUB, la base del nuovo ordinamento finanziario italiano.

Il Testo Unico disciplina il funzionamento dei mercati finanziari e l'attività dei soggetti emittenti e degli altri operatori di mercato e rappresenta un *corpus* normativo di raccolta di quasi tutta la legislazione in materia coordinata, aggiornata e compatibile con la disciplina eurounitaria.

Uno dei primi articoli, infatti, (art. 2) disciplina i rapporti con l'Unione europea stabilendo che *"Il Ministero dell'economia e delle finanze, la Banca d'Italia e la Consob esercitano i poteri loro attribuiti in armonia con le disposizioni dell'Unione europea, applicano i regolamenti e le decisioni dell'Unione europea e provvedono in merito alle raccomandazioni concernenti le materie disciplinate dal presente decreto"*.

Il TUF è molto specifico nell'individuare i principali scopi dell'attività di vigilanza in esso regolamentata: le attività di controllo devono, infatti, salvaguardare la fiducia nel sistema finanziario nonché preservarne la stabilità, il buon funzionamento e la competitività nell'ottica di una più ampia tutela dell'investitore.

Gli artt. 166 ss. disciplinano e sanzionano quelle condotte considerate ascrivibili a vari forme di reato come l'abusivismo, la gestione infedele e l'ostacolo alle funzioni di vigilanza.

4. Gli Usi bancari

Validi solo se richiamati dalla legge, il settore bancario ha conosciuto, in un recente passato, un forte utilizzo dei cosiddetti usi bancari.