

## L'IMPRESA BANCARIA E L'INTERMEDIAZIONE FINANZIARIA

di Gabriele Racugno

### 1. *Le banche, l'attività bancaria e le regole prudenziali di Basilea due*

Per poter avviare ed esercitare la sua attività l'imprenditore ha necessità di mezzi patrimoniali e quindi ha bisogno di finanziamenti, e per far ciò deve trovare chi lo finanzia, ricorrendo all'*eterofinanziamento*. A tal fine il canale primario è costituito da quello bancario, ancor più accentuato nel nostro Paese considerati i caratteri originari del capitalismo italiano storicamente dipendente dal sostegno bancario, nonché dal solo recente sviluppo della intermediazione finanziaria non bancaria.

Tutte le imprese, sia che operino nel settore commerciale come in quello agricolo, dovranno pertanto necessariamente confrontarsi con le imprese bancarie (art. 2195, n. 4, c.c.), cioè con le imprese autorizzate - dall'autorità creditizia italiana o da corrispondente autorità di altro Stato comunitario - ad esercitare l'attività bancaria, intesa come attività congiunta di *raccolta del risparmio* tra il pubblico e di *esercizio del credito*, che viene effettuata mediante i contratti bancari: rispettivamente, da un lato, i depositi bancari (art. 1834 c.c.), dall'altro, l'apertura di credito bancario (art. 1842 c.c.), l'anticipazione bancaria (art. 1846 c.c.) e lo sconto bancario (art. 1858 c.c.), nonché con mutui destinati ad essere rimborsati mediante piani di ammortamento; oggi, a differenza che in passato, le banche possono operare congiuntamente nel *breve* e nel *medio-lungo* termine: c.d. *despecializzazione temporale dell'esercizio del credito*.

La banca, per quanto concerne l'esercizio (o la concessione) del credito, mette a disposizione del cliente somme di danaro per un dato periodo di tempo o a tempo indeterminato, dando vita ad un'operazione comunemente detta *attiva*, in quanto la banca risulta creditrice del proprio cliente. Le somme di danaro che la banca eroga al cliente traggono origine non soltanto dai "mezzi propri" – con termine anglosassone *equity*, vale a dire il capitale di rischio corrispondente ai conferimenti ed agli apporti effettuati dai soci a titolo di proprietà dell'impresa – di cui la banca è dotata, che costituiscono il principale presidio a fronte dei rischi assunti, o dalle risorse acquisite sul mercato interbancario, ma anche dalla raccolta di fondi che la stessa effettua presso il pubblico, divenendo così debitrice nei confronti dei propri depositanti: operazione questa denominata *passiva*.

Secondo la teoria economica classica, la funzione specifica del banchiere consiste nel trasferire risorse finanziarie da settori in *surplus* a settori in *deficit*, mediante l'impiego anche di danaro *altrui* in operazioni di credito *per proprio conto*: cioè il rischio che la banca corre nella concessione del

credito e, in generale, nella gestione del risparmio raccolto non si trasferisce sul cliente. Di qui la classificazione dell'attività esercitata dalle banche nella categoria dello «scambio», ancorché il processo di trasformazione che subisce il risparmio bancario, che determina la creazione di ricchezza nuova (grazie al c.d. moltiplicatore bancario) e non semplicemente lo scambio di ricchezza già esistente, induce a ritenere preferibile annoverare l'attività bancaria nella categoria della «produzione» di servizi.

«La raccolta di risparmio tra il pubblico e l'esercizio del credito costituiscono l'attività bancaria» (art. 10, comma 1°, d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 - *t.u.b., testo unico bancario*), l'oggetto, il *core business*, dell'impresa, riservata in via esclusiva alle banche, le quali mettono così a disposizione della propria 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. E' evidente di conseguenza il rischio che l'attività bancaria comporta, stante la correlazione che sussiste tra le due operazioni, che 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.

A tal fine la Banca d'Italia, quale autorità di vigilanza, dispone di penetranti poteri di regolamentazione e di sorveglianza volti ad assicurare una *sana e prudente gestione* ed a garantire sia l'efficienza che la stabilità aziendale delle banche, imponendo, nel rispetto dell'autonomia gestoria di ciascuna impresa bancaria, l'osservanza di requisiti patrimoniali a fronte del rischio di credito, secondo il metodo dei *rating interni* stabiliti dalla disciplina prudenziale approvata, a livello internazionale, dal Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria (*c.d. Basilea 2*), entrato in vigore per l'Italia il 1° luglio 2008. Le banche devono in conseguenza dotarsi di un patrimonio (*c.d. di vigilanza*) sufficiente a coprire le perdite attese ed inattese riconducibili alla gestione dei crediti – in relazione al grado di rischio assunto e valutato per mezzo dei *rating* assegnati alle imprese finanziate – ed idoneo a remunerare congruamente il capitale conferito dai soci della stessa banca.

Compete parimenti alla Banca d'Italia la vigilanza sulle *banche regionali*, cioè le imprese bancarie caratterizzate dalla ubicazione della sede e delle succursali nel territorio della regione e dalla localizzazione regionale dell'operatività, ancorché alcuni profili della disciplina, nel rispetto delle esclusive competenze statali, competono alle regioni (art. 117, comma 3°, Cost.; d.lgs. 18 aprile 2006, n. 171). Anche nelle regioni a statuto speciale, in cui più alta è la competenza della regione, «la Banca d'Italia esprime, ai fini di vigilanza, un parere vincolante» (art. 159, comma 1°, *t.u.b.*).

## 2. La disciplina della raccolta del risparmio tra il pubblico

L'attività bancaria, intesa come congiunto svolgimento di operazioni passive ed attive, definita come *intermediazione del credito* o anche *intermediazione nella circolazione di denaro*, è riservata alle banche, ed inoltre soltanto a queste è consentita la raccolta del risparmio tra il pubblico (art. 11, comma 2°, t.u.b.). Sia l'abusiva attività bancaria, come pure l'abusiva attività di raccolta del risparmio sono sanzionate penalmente (artt. 131 e 130 t.u.b.).

L'esercizio del credito, per converso, ha maglie più larghe, potendo essere svolto, come si dirà in appresso, anche da soggetti diversi dalle banche.

Secondo il 1° comma dell'art. 11 del t.u.b. la raccolta del risparmio consiste nella «*acquisizione di fondi con obbligo di rimborso*, sia sotto forma di depositi sia sotto altra forma»: dove *acquisizione di fondi* è da intendersi come acquisizione di *valori monetari*. Più in particolare alle sole banche è riservata la «raccolta di fondi a vista ed ogni forma di raccolta collegata all'emissione od alla gestione di mezzi di pagamento a spendibilità generalizzata» (art. 11, comma 5°, t.u.b.): una raccolta che avviene nella forma tradizionale del *deposito* (art. 1834 c.c.) che non dà luogo all'emissione di strumenti finanziari.

La banca assume quindi l'obbligo di restituire le somme ricevute: questo obbligo di rimborso caratterizza e qualifica la raccolta bancaria e la distingue da quelle consentita anche alle imprese non bancarie, quali le società relativamente alla raccolta «effettuata ai sensi del codice civile mediante obbligazioni, titoli di debito o altri strumenti finanziari» (art. 11, comma 4°, lett. c, t.u.b.).

La raccolta del risparmio che qui rileva è quella che avviene *tra il pubblico*, cioè rivolta ad una pluralità di soggetti non predeterminati.

La delibera del Comitato interministeriale per il credito e il risparmio (CICR) del 19 luglio 2005, n. 1058, precisa in proposito che non costituisce raccolta del risparmio tra il pubblico, e come tale è effettuabile anche da parte di soggetti diversi dalle banche, quella svolta:

- in connessione con l'emissione di moneta elettronica;
- presso soci, dipendenti o società del gruppo;
- sulla base di trattative personalizzate con singoli soggetti, mediante contratti dai quali risulta la natura di finanziamento.

L'esenzione presuppone, peraltro che, per quanto concerne la raccolta presso soci e dipendenti, questa non superi una determinata soglia, tenendo conto anche del complessivo numero degli stessi.

Resta comunque preclusa ai soggetti diversi dalle banche la raccolta di fondi a vista e ogni forma di raccolta collegata all'emissione o alla gestione di mezzi di pagamento.

## 3. Le altre attività finanziarie delle banche

A norma dell'art. 10, comma 3°, t.u.b., le banche esercitano, «oltre l'attività bancaria, *ogni altra attività finanziaria*, secondo la disciplina propria di ciascuna, nonché le attività connesse e strumentali» (resta

precluso unicamente lo svolgimento di attività *non finanziarie*, a meno che non sussista un legame di accessorietà con l'attività principale).

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 (*t.u.f. - 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. t.u.b.).

In relazione allo svolgimento di queste attività, le banche sono soggette alle regole proprie del t.u.f., 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°, t.u.f.).

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, t.u.f.), 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 attività.

#### 4. I gruppi bancari

Si è appena detto che le banche possono svolgere le *altre* attività finanziarie anche attraverso la costituzione di autonome società dalle stesse controllate operanti nei più variegati settori finanziari. Deve ora aggiungersi che una banca può a sua volta controllare un'altra banca, e così a catena. La materia trova la sua disciplina nell'art. 60 ss. del t.u.b. che definisce il *Gruppo bancario* e individua nella "capogruppo" (banca italiana o società finanziaria con sede legale in Italia), a cui fa capo il

controllo delle società componenti il gruppo bancario, il soggetto deputato all'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento su tutte le società bancarie, finanziarie e strumentali dal medesimo controllate, nonché alla emanazione delle disposizioni per l'esecuzione delle istruzioni impartite dalla Banca d'Italia nell'interesse della stabilità del gruppo.

La *nozione di controllo* trova la sua fonte, innanzitutto, nelle disposizioni in materia dettate dal codice civile (art. 2359, commi 1° e 2°, c.c.): disponibilità da parte della società madre della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria della società figlia (*controllo di diritto*) o di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante (*controllo di fatto*), anche in virtù di particolari vincoli contrattuali (*controllo contrattuale*). L'art. 23, comma 2°, t.u.b., introduce quindi una serie di stringenti disposizioni che considerano, salvo prova contraria, esistente il controllo nella forma dell'influenza dominante, con riferimento, in particolare, alla presenza di una delle seguenti situazioni: esistenza di un soggetto che, sulla base di accordi, ha il diritto di nominare o revocare la maggioranza degli amministratori o del consiglio di sorveglianza; sussistenza di rapporti, anche tra soci, di carattere finanziario ed organizzativo diretti ad incidere sulla trasmissione degli utili o delle perdite, sul coordinamento della gestione dell'impresa con quella di altre imprese ai fini del perseguimento di uno scopo comune, sull'attribuzione di poteri maggiori rispetto a quelli derivanti dalle partecipazioni possedute, e similari situazioni. Norme queste volte ad evitare che l'inserimento delle banche in sempre più ampi settori non bancari del mercato finanziario possa determinare per le imprese bancarie rischi di irregolarità e insolvenza a causa delle partecipate. Di qui l'esigenza della Banca d'Italia, attraverso una analitica tipizzazione della nozione di controllo, di estendere la propria vigilanza anche alle società che, a causa di collegamenti con la banca, ne potrebbero pregiudicare la solvibilità, come si dirà in appresso.

Conseguentemente vigono anche particolari regole di *pubblicità dei gruppi*, soggetti all'iscrizione in un apposito albo tenuto dalla Banca d'Italia e all'indicazione dell'iscrizione negli atti e nella corrispondenza da parte delle società appartenenti al gruppo (art. 64 t.u.b.).

### **5. Gli intermediari finanziari non bancari**

Nel testo unico bancario sono disciplinati altresì gli *intermediari finanziari* non bancari. Il regime ad essi applicabile varia in ragione dei caratteri dell'attività esercitata e/o dei destinatari della stessa, in funzione del diverso grado di «pericolosità» per gli interessi generali tutelati.

L'art. 1, lett. g, t.u.b., definisce intermediari finanziari «i soggetti iscritti nell'elenco previsto dall'articolo 106» del medesimo testo unico, e questa norma a sua volta dispone che l'esercizio nei confronti del pubblico delle attività di assunzione di partecipazioni, di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma, di prestazione di servizi di pagamento e di intermediazione in cambi, è riservato a intermediari finanziari iscritti in un apposito *elenco generale* già tenuto dall'Ufficio Italiano Cambi (UIC): il d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231, ha soppresso l'U.I.C. a partire dal

1.1.2008 e le sue funzioni sono esercitate dalla Banca d'Italia, che succede in tutti i diritti e i rapporti di cui l'U.I.C. è titolare.

L'attività di prevenzione e contrasto al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo internazionale verrà pertanto svolta, in piena autonomia e indipendenza, dall'*Unità di Informazione Finanziaria* (U.I.F.) istituita presso la Banca d'Italia. Le altre funzioni istituzionali, già dell'U.I.C., sono ora svolte dalle corrispondenti strutture della Banca d'Italia.

La Banca d'Italia ha assunto altresì ogni attività relativa alla gestione e alle connesse verifiche degli Albi ed Elenchi degli Intermediari finanziari ex art. 106 t.u.b., degli Agenti in attività finanziaria, dei Mediatori creditizi e degli Operatori professionali in oro.

Precisa ancora la norma che questi intermediari finanziari – che debbono rivestire la forma di società per azioni, di società in accomandita per azioni, di società a responsabilità limitata o di società cooperativa e debbono disporre di un capitale sociale *versato* non inferiore a cinque volte il capitale minimo previsto per la costituzione delle società per azioni – possono svolgere esclusivamente attività finanziarie, quindi, in particolare, è loro preclusa la raccolta di risparmio tra il pubblico, riservata in via esclusiva alle banche.

Gli intermediari finanziari sono tenuti all'iscrizione anche in un *elenco speciale* tenuto dalla Banca d'Italia in presenza di particolari requisiti riferibili all'attività svolta ed alla dimensione e al rapporto tra indebitamento e patrimonio (art. 107 t.u.b.).

I due elenchi si differenziano tra loro per le modalità e le intensità dei controlli esercitati sugli intermediari iscritti.

L'art. 106 prevede un controllo *una tantum* dei requisiti minimali richiesti per l'iscrizione ed una limitata vigilanza di tipo formale a carattere informativo; l'art. 107 assoggetta gli intermediari inseriti in questo elenco alla *vigilanza prudenziale* della Banca d'Italia, cioè ad una serie di controlli assorbenti, anche funzionali, che accompagnano la vita dell'impresa in ogni suo momento ed in relazione a ciascun profilo di rilievo in ordine alle attività svolte: si tratta di interventi più stringenti, volti ad assicurare stabilità ed efficienza al soggetto vigilato, con caratteristiche di intensità paragonabili a quelle previste per le banche, interventi che comportano, quale contropartita, la possibilità per questi intermediari di raccogliere, entro certi limiti, risparmio tra il pubblico (art. 11, comma 4°, lett. *d-bis*, t.u.b.), ferma l'esclusione comunque di ogni forma di raccolta «a vista» o collegata all'emissione o gestione di mezzi di pagamento «a spendibilità generalizzata» (utilizzabili, cioè, presso una pluralità di creditori), oggetto, come si è più sopra detto, di una riserva assoluta in favore delle sole banche (art. 11, comma 5°, t.u.b.).

La disomogenea categoria degli intermediari finanziari non bancari comprende le società che svolgono attività di *leasing*, di *factoring*, di cartolarizzazione dei crediti, di gestione di carte di credito/debito (strumenti questi di pagamento alternativi al contante la cui offerta - a differenza degli strumenti tradizionali quali assegni bancari, assegni circolari, bonifici - non è monopolio delle banche), le *holding* finanziarie, le società di *venture capital*, i c.d. cambia-valuta, i confidi, i *money*

*brokers*, nonché le società operative c.d. *financial advising* di cui si è detto esaminando le altre attività finanziarie delle banche.

#### 6. *Gli intermediari mobiliari*

Appartengono ancora alla grande famiglia degli intermediari finanziari non bancari gli *intermediari mobiliari* disciplinati dall'art. 1 del t.u.f., che comprendono fra i «soggetti abilitati», oltre le banche autorizzate e gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 107 t.u.b., le società di intermediazione mobiliare (SIM), le imprese di investimento comunitarie ed extra comunitarie, oltreché gli O.I.C.R. - Organismi di investimento collettivo del risparmio (cioè i fondi comuni di investimento e le SICAV), le società di gestione del risparmio (SGR) e le società di gestione armonizzate. A questi soggetti si aggiungono ancora: le società fiduciarie e di revisione iscritte nella sezione speciale dell'albo delle SIM (art. 199 t.u.f.); gli agenti di cambio (art. 201 t.u.f.); la società Poste Italiane spa nell'ambito dei servizi di banco posta (art. 12 d.lgs. n. 144/2001).

Le attività ed i servizi svolti dagli intermediari disciplinati dal t.u.f. sono i più eterogenei al pari dei requisiti e delle autorizzazioni richieste per il loro svolgimento: comune denominatore è l'abilitazione ad operare all'interno del *mercato finanziario*, comunemente definito come quel luogo ideale in cui vengono effettuati il trasferimento del risparmio tra gli operatori economici che ne accumulano (le c.d. unità in surplus, cioè le famiglie) e gli operatori che invece ne fanno domanda (le c.d. unità in deficit: pubblica amministrazione e impresa) e la redistribuzione dei rischi economici fra i medesimi operatori.

#### 7. *Le imprese di assicurazione*

Rientrano infine nell'ambito degli intermediari finanziari anche le imprese di assicurazione, la cui attività è caratterizzata dal *trasferimento di un rischio dall'assicurato all'assicuratore* in cambio del pagamento di una somma di danaro (premio), secondo la definizione dell'art. 1882 c.c. Le polizze assicurative, siano esse vita o danni, sono parte diretta o indiretta, ma tendenzialmente comunque sempre più rilevante, del risparmio gestito attraverso anche una complementarietà tra attività bancaria e assicurativa: le banche possono infatti assumere l'intermediazione di prodotti assicurativi per i quali le compagnie di assicurazione hanno coperto i rischi d'impresa.

La regolazione del mercato assicurativo ha ora la sua fonte unitaria nel *codice delle assicurazioni private* (d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209), profondamente influenzato dal processo di armonizzazione comunitaria.

Fra i prodotti assicurativi nei quali più accentuato è il carattere finanziario assumono particolare rilievo le polizze cosiddette *linked* contemplate dall'art. 2 del d.lgs. n. 209/2005, che prevede tra le assicurazioni sulla vita quelle «le cui prestazioni principali sono direttamente collegate al valore di quote di organismi di investimento collettivo del risparmio o di fondi interni ovvero a indici o ad altri valore di investimento». Trattasi di veri e propri prodotti finanziari, in cui le prestazioni delle parti variano di anno

in anno in relazione alla valutazione di indici prestabiliti, che hanno contribuito ad accrescere sensibilmente la concorrenza delle imprese assicuratrici sul mercato del risparmio.

Su alcuni di questi prodotti (polizze c.d. rivalutabili) grava sull'assicurato il rischio del rendimento della riserva, cioè dell'accreditamento dei rendimenti di una gestione separata in cui sono investiti i premi, ma non della perdita del capitale; in altri casi si verifica una vera e propria trasposizione del rischio dell'assicuratore all'assicurato: c.d. polizze *index linked*, nelle quali le prestazioni dell'assicuratore variano in funzione della fluttuazione delle quote di un fondo o di un organismo collettivo di investimento oppure di un indice di riferimento (azionario o di borsa). Accade così che nel risparmio assicurativo può aversi «un progressivo svuotamento della prestazione assicurativa che procede di pari passo alla crescente partecipazione dell'assicurato al rischio finanziario del rendimento».

### **8. I c.d. conglomerati finanziari**

La globalizzazione ha determinato la nascita di soggetti sempre più polifunzionali, gruppi di società operanti in più settori finanziari, i c.d. *conglomerati finanziari* (disciplinati, per quanto concerne la vigilanza, dal d.lgs. 4 agosto 1999, n. 333, e quindi dal d.lgs. 30 maggio 2005, n. 142), che, integrando i vari segmenti del mercato finanziario, procedono all'utilizzo di canali di distribuzione comuni per i prodotti bancari, mobiliari e assicurativi, con un crescente ruolo dei promotori finanziari. Questi svolgono un'attività di distribuzione dei prodotti finanziari fuori sede ovvero a distanza (via internet e/o telefono), con riduzione di ogni aspetto cartaceo delle operazioni e valorizzazione dei processi informatici *on-line*, e conseguente riduzione dei costi interni per le imprese distributrici, che, alle normali reti di agenti, affiancano reti di promotori finanziari arrivando in molti casi a gestire il cliente con un concetto molto simile al *private banking*.

In proposito assumono decisivo rilievo gli accordi telematici disciplinati dal d.lgs. 10 novembre 1997, n. 513, che all'art. 11, comma 1°, stabilisce che «i contratti stipulati con strumenti informatici o per via telematica mediante l'uso della firma digitale secondo le disposizioni del presente regolarmente sono validi e rilevanti a tutti gli effetti di legge», di guisa da consentire alle imprese di operare attivamente nel mercato dei cosiddetti *Personal Financial Services*.

### **9. Vigilanza e disciplina delle crisi**

La banca è oggi un'impresa privata non diversa dalle altre, soprattutto se è quotata in borsa, mentre il credito rimane un bene pubblico, fattore costitutivo di un mercato finanziario in salute. Un settore dunque molto specifico e delicato che ha di per sé una *natura pubblica* in quanto risponde non solo alla esigenza di attribuire valore agli azionisti, ma, sostenendo lo sviluppo economico attraverso il credito, all'intera collettività, in un sistema dove il risparmio privato viene investito nel

capitale delle imprese. Occorre perciò siano coniugati obiettivi di redditività e «sana e prudente gestione».

Di qui, in un sistema ancora molto bancocentrico nel quale le banche costituiscono gli snodi vitali dei processi di allocazione delle risorse e sono spesso soci influenti di molte grandi imprese, un rigoroso regime di controlli pubblici - assistiti da un corposo apparato di sanzioni amministrative e penali - ed un ruolo di supervisione affidato alle autorità creditizie, ed in particolare alla *Banca d'Italia alla quale compete la vigilanza nei confronti delle banche e degli intermediari finanziari* (art. 5, comma 2°, t.u.b.); e, in primo luogo l'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria, che può essere concessa soltanto alle società per azioni ed alle banche popolari, con capitale minimo *versato* di 6,3 milioni di euro, ed alle banche di credito cooperativo, con capitale minimo *versato* di 2 milioni di euro (art. 14 t.u.b.); come pure l'autorizzazione all'acquisizione di partecipazioni al capitale delle banche ed alle variazioni delle partecipazioni (art. 19 t.u.b.), nonché i controlli sulle modificazioni statutarie (art. 56 t.u.b.) e sui progetti di fusione e scissione (art. 57 t.u.b.), ma con esclusione della tutela della concorrenza nel mercato bancario spostata dalla legge «per la tutela del risparmio» (art. 19, comma 11°, legge 28 dicembre 2005, n. 262) dalla Banca d'Italia all'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

La Banca d'Italia, inoltre, disciplina le forme tecniche dei bilanci d'esercizio e consolidati delle banche (e degli altri enti finanziari) e delle situazioni dei conti destinati al pubblico (da pubblicare conformemente alle modalità e nei termini dalla stessa stabiliti), anche modificando o integrando le regole di diritto comune sui bilanci.

La Banca d'Italia, in conformità delle deliberazioni del C.I.C.R., emana quindi disposizioni di carattere generale aventi ad oggetto: *i*) l'adeguatezza patrimoniale; *ii*) il contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni; *iii*) le partecipazioni detenibili; *iv*) l'organizzazione amministrativa e contabile e i controlli interni; *v*) l'informativa da rendere al pubblico (*vigilanza regolamentare*: art. 53, comma 1°, t.u.b.). Le banche, a loro volta, debbono inviare alla Banca d'Italia, con le modalità e nei termini da essa stabiliti, i bilanci, le segnalazioni periodiche, nonché ogni altro dato e documento richiesti (*vigilanza informativa*: art. 51 t.u.b.).

La Banca d'Italia può, fra l'altro: *a*) convocare gli amministratori, i sindaci e i dirigenti delle banche per esaminare la situazione delle stesse; *b*) ordinare la convocazione degli organi collegiali delle banche, fissandone l'ordine del giorno, e proporre l'assunzione di determinate decisioni; *c*) procedere direttamente alla convocazione degli organi collegiali delle banche quando gli organi competenti non abbiano ottemperato a quanto previsto dalla lettera *b*); *d*) adottare per tutte le materie indicate *sub i*), *ii*), *iii*), *iv*), *v*), ove la situazione lo richieda, provvedimenti specifici nei confronti delle singole banche, riguardanti anche la restrizione delle attività o della struttura territoriale, nonché il divieto di effettuare determinate operazioni, anche di natura societaria, e di distribuire utili o altri elementi del patrimonio (art. 53, comma 3°, t.u.b.).

La Banca d'Italia può effettuare ispezioni presso le banche e richiedere a esse l'esibizione di documenti e gli atti che ritenga necessari (*vigilanza ispettiva*: art. 54, comma 1°, t.u.b.).

Una disciplina particolare è prevista per l'ipotesi di appartenenza della banca ad un gruppo bancario (art. 59 ss. t.u.b.). Inoltre l'art. 65 del t.u.b. estende anche a soggetti non ricompresi nell'ambito del gruppo creditizio la vigilanza consolidata che la Banca d'Italia esercita nei confronti delle «società bancarie, finanziarie e strumentali partecipate almeno per il 20% dalle società appartenenti a un gruppo bancario o da una singola banca».

Le *banche aventi sede legale e amministrativa in altro Stato comunitario*, ed ivi autorizzate, sono ammesse ad operare in Italia in regime di mutuo riconoscimento a seguito di semplice comunicazione da parte dell'autorità di vigilanza del paese di origine, restando soggette ai controlli di natura prudenziale vigenti nel proprio paese d'origine (il c.d. principio dell'*home country control*: art. 15, comma 3°, e 16, comma 3°, t.u.b.).

Analogamente il t.u.b. e il t.u.f. subordinano l'esercizio professionale dell'attività di intermediazione finanziaria da parte di «soggetti abilitati» diversi dalle banche alla concessione di un provvedimento autorizzativo ad opera dell'autorità competente che provvede a verificare l'esistenza dei requisiti di volta in volta previsti in funzione della specifica attività, con riferimento, in particolare, alla forma societaria, al capitale minimo da mantenersi per tutta la durata della società ed alla struttura organizzativa. La Consob e la Banca d'Italia esercitano quindi una vigilanza continua sugli intermediari, la prima per quanto riguarda «la trasparenza e la correttezza dei comportamenti», la seconda «il contenimento del rischio e la stabilità patrimoniale» (art. 5, commi 3° e 2°, t.u.f.).

La vigilanza sulle imprese di assicurazione è disciplinata dal d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, ed è affidata prevalentemente all'*ISVAP*.

Un intero titolo del t.u.b., il IV, è dedicato alla *disciplina delle crisi*. Su proposta della Banca d'Italia, il Ministro dell'economia e delle finanze, può disporre con decreto lo scioglimento degli organi con funzioni di amministrazione e di controllo delle banche, quando: *a)* risultino gravi irregolarità nell'amministrazione, ovvero gravi violazioni delle disposizioni legislative, amministrative o statutarie che regolano l'attività della banca; *b)* siano previste gravi perdite del patrimonio (art. 70, comma 1°, t.u.b.). All'assunzione di questi provvedimenti si accompagna la nomina di commissari straordinari per l'esercizio delle funzioni e dei poteri di amministrazione della banca: c.d. *amministrazione straordinaria*.

Qualora le irregolarità nell'amministrazione o le violazioni delle disposizioni legislative, amministrative o statutarie o le perdite del patrimonio siano di eccezionale gravità, può essere disposta la revoca dell'autorizzazione all'attività bancaria e la *liquidazione coatta amministrativa* della banca (art. 80 t.u.b. e art. 194 legge fall.).

Per quanto concerne la disciplina delle crisi degli intermediari finanziari diversi dalle banche trova applicazione la stessa normativa prevista per queste ultime, con assoggettamento alla amministrazione straordinaria e alla liquidazione coatta amministrativa (artt. 56 e 57 t.u.f.).

### 10. La tutela dei risparmiatori e la direttiva Mifid

In un'ottica di sempre maggior tutela dei clienti (specie se «inesperti») sono infine previsti obblighi di informazione e pubblicità in ordine alle condizioni contrattuali relative ai servizi bancari e finanziari (alle quali si aggiunge, per il credito al consumo, una disciplina diretta ad evitare abusi del contraente «forte»), e regole di comportamento improntate a criteri di trasparenza, correttezza e diligenza in ipotesi di prestazione di servizi di investimento.

Gli obblighi di comportamento imposti agli intermediari nei rapporti con i clienti (risparmiatori) hanno ora avuto una nuova formulazione con l'entrata in vigore del d.lgs. 17 settembre 2007, n. 164, che ha recepito la direttiva n. 2004/39 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004 (c.d. direttiva *Mifid: Markets in Financial Instruments Directive*), modificata dalla direttiva 2006/31/UE a cui ha fatto seguito l'emanazione di una specifica normativa secondaria da parte della Consob e della Banca d'Italia (Regolamento congiunto di Banca d'Italia e Consob emanato il 29 ottobre 2007, una normativa costituita sia da clausole generali che da regole di dettaglio) in una più generale ottica di tutela del risparmio (art. 47 Cost.), costituendo la fiducia degli investitori nel mercato finanziario il presupposto primario per il suo sviluppo.

Sul solco del principio secondo cui «*il contratto deve essere eseguito secondo buona fede*» (art. 1375 c.c.), la consulenza in materia di investimenti deve essere caratterizzata dalla correttezza ed affidabilità degli operatori e dalla trasparenza delle condizioni nelle quali le relative operazioni si svolgono; e personalizzata e basata sulla considerazione delle caratteristiche del cliente (*know your customer rule*) - «tenuto conto delle differenti esigenze di tutela degli investitori connesse con la qualità e l'esperienza professionale dei medesimi» (art. 6, comma 2°, t.u.f.) - con l'adozione di misure idonee ad assicurare, con ragionevole certezza, che il rischio di nuocere agli interessi dei clienti sia evitato, di guisa da salvaguardare i diritti degli stessi sui beni affidati agli intermediari, consentendo al cliente di percepire le caratteristiche salienti dell'operazione e la misura del rischio implicato e quindi «la salvaguardia della posizione competitiva dell'industria italiana» (art. 6, comma 1°, t.u.f.). L'intermediario è tenuto così a farsi carico dell'interesse del cliente e di tutelarlo, superando i *conflitti di interesse* in cui per lo più l'intermediario stesso viene a trovarsi in virtù dell'esercizio congiunto di servizi di investimento e di attività creditizie che «la caduta del muro legislativo fra servizi bancari e servizi di investimento ha favorito e agevolato».

Considerate le caratteristiche tecnico-economiche utili ai fini della valutazione degli strumenti finanziari (liquidità/negoziabilità, rischio, rendimento), il cliente dovrà in particolare essere in grado di capire come si determinano i prezzi e i rendimenti dei diversi titoli, perché i rendimenti di titoli diversi sono diversi e come alla breve durata dell'emissione si accompagni un elevato livello di liquidità degli strumenti finanziari, si da poter distinguere, nell'ambito degli strumenti presenti nel

mercato finanziario, gli strumenti *di debito* (strumenti di mercato monetario e obbligazioni), gli strumenti *di capitale* (azionari) e gli strumenti *derivati* (future, swap, option), con connesse caratteristiche di rendimento e di reale rischio (emittente, di cambio, di smobilizzo anticipato, di interesse o di prezzo), disponendo altresì di ogni dato sul trattamento fiscale ai fini della determinazione del rendimento netto; anche se sovente il cliente preferisce affidarsi alla professionalità dell'intermediario piuttosto che sovraccaricarsi di sovrabbondanti informazioni di difficile intellesione.

La tutela degli investitori ha ricevuto quindi un significativo rafforzamento con applicazione della *class action* (introdotta nel nostro ordinamento dall'art. 7, d.lgs. 17 settembre 2007, n. 164) ad opera del nuovo art. 32 *bis* t.u.f. che legittima le associazioni di consumatori ad agire per la tutela degli interessi collettivi degli investitori connessi alla produzione di servizi ed attività di investimento e di gestione collettiva del risparmio.

La sanzione per l'inadempimento da parte degli intermediari ai propri doveri di comportamento può trarsi dall'art. 1418, comma 1°, c.c. (nullità del contratto), che consente all'investitore di conseguire il rimborso del denaro investito, ancorché la recente giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione ritenga che la violazione di norme riguardanti il comportamento dei contraenti siano fonte di responsabilità (*precontrattuale* ove tali violazioni avvengano nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto di intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti, *contrattuale* ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni di investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto di intermediazione in questione), con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, senza incidenza sulla validità del contratto.

### **11. I contratti bancari**

Il codice civile detta una disciplina di alcuni tipi contrattuali diffusi nella prassi (artt. 1834 - 1860 c.c.), qualificati come *contratti bancari* e nei quali immancabilmente uno dei contraenti viene indicato come «banca». Tipici *contratti d'impresa*, stipulati dall'imprenditore per lo svolgimento dell'attività economica; di qui un'esigenza di uniformità e standardizzazione.

La scarna disciplina codicistica è stata nel tempo, in un primo momento, integrata attraverso numerosi modelli standardizzati di contratti predisposti dall'A.B.I. (Associazione Bancaria Italiana), mediante l'elaborazione di schemi contrattuali tipo denominati «Norme Bancarie Uniformi», vale a dire «condizioni generali di contratto» (art. 1341 c.c.) comuni a tutte le banche; quindi, su impulso del legislatore comunitario, con l'entrata in vigore di nuove disposizioni tese a favorire la *trasparenza delle condizioni contrattuali* in un'ottica di sempre maggiore ricerca dell'effettiva tutela del risparmiatore e dell'investitore. Di qui un intero titolo (VI) di regole contenute agli artt. 115 ss. del t.u.b.

Le innovazioni concernono in particolare la pubblicizzazione in ciascun locale delle banche e degli intermediari finanziari operanti al pubblico dei tassi di interesse, dei prezzi, delle spese per le comunicazioni alla clientela e ogni altra condizione economica relativa alle operazioni e ai servizi offerti, ivi compresi gli interessi di mora e la valuta applicata per l'imputazione degli interessi: c.d. *informazione precontrattuale* (art. 116 t.u.b.).

Per quanto concerne i contratti, l'art. 117 del t.u.b., ne impone la *forma scritta* (pena la nullità) e la *consegna* di un esemplare ai clienti. I contratti devono in ogni caso indicare il tasso di interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora.

Le modifiche unilaterali da parte della banca delle condizioni contrattuali devono essere comunicate espressamente al cliente al quale viene riconosciuta la possibilità di recedere dal rapporto. L'inosservanza delle disposizioni concernenti le variazioni contrattuali, ne comporta l'inefficacia.

Con una significativa disposizione, volta principalmente alla tutela dei depositanti, il 4° comma dell'art. 118 t.u.b. stabilisce che «le variazioni dei tassi di interesse conseguenti a decisioni di politica monetaria riguardano contestualmente sia i tassi debitori che quelli creditori e si applicano con modalità tali da non recare pregiudizio al cliente».

La disciplina dei contratti prevista dal t.u.b. trova applicazione anche agli intermediari finanziari non bancari.

Fra i vari profili concernenti i rapporti banca-cliente assume un ruolo di rilievo l'introduzione nel nostro ordinamento della legge 7 marzo 1996, n. 108 (così come modificata dalla l. 28 febbraio 2004, n. 24), che, da un lato, ha svincolato il *reato di usura* dalla sussistenza o meno dell'approfittamento di uno stato di bisogno, dall'altro, ha fissato per legge il limite oltre il quale gli *interessi* devono in ogni caso qualificarsi come usurari. La legge ha delegato il Ministro dell'economia a rilevare trimestralmente il c.d. «tasso soglia» il cui superamento fa scattare la fattispecie usuraria, con conseguente nullità delle clausole contrattuali (art. 1815, comma 2°, c.c.). Inoltre, al fine di prevenire il fenomeno dell'usura, l'art. 16 della legge n. 108/1996, ha riservato l'attività di mediazione o di consulenza nella concessione di finanziamenti da parte di banche o di intermediari finanziari ai soggetti, in possesso dei requisiti di onorabilità, iscritti in apposito albo ora tenuto dalla Banca d'Italia.

Parimenti significativo rilievo assumono le decisioni delle Sezioni Unite della Cassazione in tema di *anatocismo*, che hanno definitivamente statuito, dopo un ampio dibattito sulla validità della clausola anatocistica nei contratti bancari, l'inesistenza di un uso normativo idoneo a legittimare la *capitalizzazione trimestrale* degli interessi passivi sui saldi di conto corrente (art. 1283 c.c.).

La libertà d'iniziativa e quindi di organizzazione della banca come impresa ha un temperamento e un limite nelle esigenze di protezione delle controparti-clienti, con conseguenti connotati imperativi della

disciplina contrattuale, funzionali alla tutela del mercato del risparmio e dell'investimento.