

**PerCorsi di Economia e Diritto**  
**Manuali per l'Università e la Professione**

*Collana diretta da Stefano Miani*

Massimo Lembo

# **Diritto dei prodotti bancari e assicurativi**

Compendio alle lezioni



**Giappichelli**

# Capitolo 1

## Le fonti del diritto bancario e assicurativo

Il diritto bancario si sviluppa in un contesto normativo di tipo primario (cioè legislativo) e di tipo secondario (cioè regolamentare), ispirati da un quadro giuridico di estrazione oramai quasi esclusivamente europea (Direttive e Regolamenti dell'Unione). In questo contesto continentale, si inserisce la disciplina nazionale.

Nel codice civile ed in leggi speciali di settore (testo unico bancario, leggi specifiche e codice delle assicurazioni private), queste ultime da ritenersi prevalenti sulla disciplina codicistica in caso di contrasto, si trova declinato il complesso normativo primario, integrato dalla disciplina regolamentare emanata dalle Autorità di Vigilanza di settore (Banca d'Italia, Ivass, Consob, Covip) per quanto di rispettiva competenza.

Non va, poi, dimenticato che la tutela del risparmio e la funzione creditizia – in particolare – sono valori di rilevanza Costituzionale (art. 47 comma 1)<sup>1</sup> e ciò spiega, come si vedrà in seguito, la logica degli strumenti normativi posti a protezione dell'utente bancario (e assicurativo), considerati quali parti deboli del rapporto contrattuale e, come tali, da tutelare, soprattutto se rivestono la qualifica di “consumatore”.

Al di là dell'usuale opera di aggiornamento, spesso più giurisprudenziale che dottrinale, la redazione di un volume in tema di contratti bancari e assicurativi – manuale o compendio che sia – quasi certamente poco aggiungerebbe alla nutrita pubblicistica disponibile. Non altrettanto può dirsi se il *focus* si spostasse dai contratti alla legislazione bancaria, intesa in senso lato, ove i contributi recenti e completi sono molto più rari<sup>2</sup>. Ancor più rari sono i lavori che si estendono ad analisi comparatistiche comunitarie e non.

---

<sup>1</sup> “La Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito”.

<sup>2</sup> Nondimeno esistono volumi di eccellente livello; ad esempio URBANI (a cura di), *L'attività delle banche*, Cedam, 2020.



## Capitolo 2

# Il contesto di vigilanza prudenziale

Dato che il contesto normativo bancario/finanziario/assicurativo, come già detto, può dirsi di completa derivazione comunitaria e l'interazione tra i tre citati ambiti (quattro se si vuole aggiungere quello della previdenza complementare) è un dato di fatto oramai acquisito, l'idea di inserire i contratti bancari nell'ottica della prospettiva di vigilanza prudenziale<sup>1</sup> diventa una novità stimolante da esplorare al fine di offrire una visione "olistica" della realtà nella accezione più ampia che il mercato propone. Occorre, quindi, rifarsi alla concezione che il Regolatore Europeo si è dato con i più recenti provvedimenti, Direttive e Regolamenti (ma anche strumenti di *soft law*), per costruire il contesto di riferimento nel quale – poi – inserire in un'ottica integrata, i contratti bancari e assicurativi di maggior utilizzo nel panorama domestico ed internazionale.

Il punto di partenza può essere rappresentato, da un lato, dagli spunti del Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria<sup>2</sup> e, dall'altro, dai provvedimenti del Parlamento Europeo e dei vigilatori continentali<sup>3</sup>.

Nel rispetto delle rispettive competenze, l'EBA si è preoccupata – nel tempo – di fissare (e far fissare) requisiti patrimoniali minimi agli intermediari bancari in modo tale da rispettare un rapporto minimo, non derogabile, tra i "mezzi propri" ed i rischi assunti, principalmente i rischi di credito, i rischi finanziari ed i rischi operativi<sup>4</sup>. In tal modo, il rispetto della soglia minima imposta, usualmente rappresentata dal CET1 (*common equity tier 1 ratio*)<sup>5</sup>, funge da limite di protezione all'as-

---

<sup>1</sup> La stabilità finanziaria può essere vista in due differenti visuali: **a)** micro prudenziale, con riferimento ad un singolo soggetto (Banca o Assicurazione), **b)** macro prudenziale, con riferimento alla stabilità del sistema finanziario nel suo complesso.

<sup>2</sup> Organizzazione internazionale composta dai rappresentanti delle banche centrali e dai rappresentanti di 27 Stati con lo scopo di coordinare la regolazione bancaria.

<sup>3</sup> European Banking Authority – EBA, per il mondo più propriamente bancario, ESMA per i mercati finanziari, EIOPA per gli ambiti assicurativi e previdenziali, tutti questi sotto l'egida (ed il coordinamento) dell'ESAs (European system of financial supervision).

<sup>4</sup> L'inderogabilità di cui si parla è tale al punto che l'art. 28 comma 2 ter TUB ha posto – in deroga alla normativa civilistica – una limitazione al diritto di recesso (e agli effetti patrimoniali che ne discendono) del socio di una banca cooperativa a salvaguardia del rispetto dei criteri di adeguatezza patrimoniale in ottica di solvibilità della banca.

<sup>5</sup> Indicatore di solidità, la cui soglia minima regolamentare è attualmente dell'8% ed esprime il

sunzione di rischi nel senso che al di sotto non si può scendere salvo dotarsi preventivamente di ulteriori mezzi con cui finanziare l'assunzione di ulteriori rischi. Ciò può avvenire sia con operazioni di aumento del capitale, sia con reinvestimento di utili, sia – indirettamente – attraverso cessioni *pro soluto* e/o cartolarizzazioni di crediti che, vedendo calare al numeratore il totale dei rischi, fermo il denominatore, vede crescere il CET1. L'altra strada, ben più problematica da percorrere, si pensi a fasi recessive dell'economia, è quella di ridurre i rischi con la conseguenza – peraltro – di automaticamente peggiorare la qualità del portafoglio dei crediti. L'ultima via da ipotizzare, già meno problematica della precedente, ma comunque bisognosa di tempo, è quella di riqualificare i crediti in modo meno rischioso ricorrendo alla mitigazione degli stessi tramite garanzie *eligibles* secondo le norme di vigilanza (differenziate tra istituti che utilizzano il “sistema standardizzato” e istituti che sono autorizzati ad avvalersi di un “sistema avanzato” (*internal rating based approach* – IRB). Questo è il primo parametro di valutazione sulla scorta del quale l'operatore bancario deve valutare per fissare il “prezzo giusto” del prodotto alla luce del costo del capitale assorbito da ogni concessione di credito (per stare al rischio maggiormente significativo nei bilanci delle banche italiane). In quest'ottica, si sono mossi gli accordi di Basilea 1, ancora nello scorso secolo, Basilea 2, agli inizi di questo secolo, Basilea 3 non ancora recepito ma già fatto slittare in avanti per una serie di motivi, non ultimo gli impatti connessi al recepimento alla fine – sempre che sia finita – di una fase gravemente recessiva di cui non si conoscono precedenti, salvo ritornare alla crisi del 1929.

Il processo che ogni banca o Capogruppo deve svolgere annualmente è l'*internal capital adequacy assessment process* (ICAAP), cioè l'autovalutazione della adeguatezza patrimoniale rispetto ai rischi, condotta in modo fotografico sui dati del bilancio approvato ed in ottica prospettica, nell'arco temporale dei 12 mesi successivi. L'ICAAP, quindi, assume anche il ruolo di strumento gestionale oltre che di riferimento alla stesura del *budget* annuo e dei piani industriali pluriennali.

---

rapporto tra il capitale versato e le attività ponderate per il rischio (*risk weighted assets* (RWA)). Le banche non possono, quindi, fare credito oltre un dato multiplo del loro patrimonio. Si parla di RWA ai fini della verifica dell'adeguatezza patrimoniale della banca a fronte dei rischi assunti. Il requisito patrimoniale impone che il rapporto tra i mezzi patrimoniali “*eligibles*” (cioè ritenuti validi ai fini del loro computo) e la somma delle RWA (rischio di credito + rischio di mercato + rischio operativo) sia complessivamente superiore all'8% (coefficiente minimo di patrimonializzazione). Nel novembre 2021 sono stati emanati due decreti legislativi di recepimento delle direttive europee di modifica di 3 corpi normativi fondamentali in materia bancaria:

a) il d.lgs. n. 193 del 5.11.2021 (BRRD II) che modifica il regolamento n. 806/2014;

b) il d.lgs. n. 182 dell'8.11.2021 in tema di requisiti prudenziali (direttiva 878/2019 – CRD V e regolamento n. 876/2019 – CRR II) che modificano la direttiva 2013/36 e il regolamento n. 575/2013. Entrata in vigore il 30.11.2021, ma con disposizioni di attuazione emanate entro i successivi 180 giorni. Tra l'altro, il recepimento della CRD V ha comportato l'adozione, da parte della Banca d'Italia, delle cosiddette misure borrower based applicabili a tutti gli intermediari finanziari ed introducono limiti di durata dei prestiti e vincoli ai requisiti di ammortamento allo scopo di contenere gli indebitamenti dei clienti in modo tale da contrastare i rischi sistemici derivanti dall'andamento del mercato immobiliare e dai livelli di debito delle famiglie (Circolare bankitalia n. 285/2013, 38° aggiornamento, parte III, capitolo 12).

Ma l'esperienza – si pensi al *crack* Lehman Brothers – ha dimostrato che il capitale minimo, come sopra descritto, è certamente elemento necessario ai fini della stabilità dell'intermediario e, per sommatoria di tutti gli intermediari, del sistema finanziario ma non è sufficiente. Il capitale, senza una adeguata liquidità con cui fronteggiare le esigenze correnti, risulta vano; infatti, all'epoca del citato *crack*, il mercato interbancario era estremamente limitato scontando – da un lato – gli effetti della crisi finanziaria (si pensi ai mutui *subprime*) e, dall'altro, la caduta di fiducia verso il sistema, per cui i soggetti liquidi non prestavano la liquidità eccedente a quelli che ne avevano bisogno. Ecco che il Regolatore ha imposto alle banche l'obbligo di detenere liquidità in misura tale con cui poter fare fronte alle esigenze a breve (30 giorni) ed a quelle di tipo strutturale (365 giorni). Più in particolare, la raccolta del risparmio è la base di calcolo della *Liquidity Coverage Ratio* (LCR) vale a dire che le (es)posizioni in titoli devono essere facilmente convertite in contanti sui mercati per soddisfare il fabbisogno nell'arco di 30 gg. in uno scenario di *stress* di liquidità (indicatore di breve termine) che va poi associato ad un altro indicatore che ragiona nell'arco temporale di un anno, quale criterio prudenziale di stabilità finanziaria (*Net stable funding ratio* – NSFR)<sup>6</sup>. Quest'ultimo è di tipo strutturale ed impone alle banche di detenere passività stabili disponibili in misura non inferiore alle attività stabili ove la stabilità è valutata ad un anno; in tal modo, attività e passività della banca presenteranno una struttura della liquidità sostenibile per le varie scadenze. La vigilanza prudenziale, quindi, ha imposto la misurazione e la gestione del rischio di liquidità in ogni banca.

Il rischio di liquidità (*internal liquidity adequacy assessment process* – ILAAP), è presidiato in modo differente, quali-quantitativo partendo da una autovalutazione circa il grado di esposizione al suddetto rischio. Le banche hanno dovuto dotarsi di un analogo processo di autovalutazione, il citato ILAAP, con cui calcolare l'adeguatezza delle riserve di liquidità. Anche in questo caso, l'ILAAP assume pure la veste di strumento gestionale oltre che di riferimento alla stesura del *budget* annuo e dei piani industriali pluriennali. Per dare un banale esempio, individuata una scadenza significativa di obbligazioni o certificati di deposito, strumenti di raccolta durevole, il *board* della banca deve pianificare le nuove emissioni per almeno poter sostituire quanto viene a scadenza. Questo è il secondo “paletto” posto dalla disciplina prudenziale. Mezzi propri e liquidità adeguata (condizione necessaria e sufficiente) dovrebbero consentire la stabilità dell'intermediario e, indirettamente, quella del sistema finanziario.

---

<sup>6</sup> Il tutto genera il requisito prudenziale di liquidità minima (*buffer*) imposto anche dalla disciplina derivante dagli accordi di Basilea. La gestione della liquidità ha come scopo il mantenimento dell'equilibrio della struttura finanziaria della banca sotto il profilo della sua composizione; differente è la gestione della tesoreria che mira, invece, ad ottenere l'equilibrio giornaliero tra flussi monetari. Esiste una interrelazione tra i due temi che andrebbero visti anche alla luce della gestione dei rischi finanziari, il cui presidio è posto in capo al *risk manager*. Il rapporto tra la provvista stabile disponibile (*available stable funding* – Asf) e la provvista stabile richiesta (*required stable funding* – Rsf) non deve mai essere inferiore al 100% su base annua.

In realtà, vi è un terzo requisito, non direttamente esplicitato nella normativa, ma che può desumersi dalla stessa, sempre nell'ottica ultima della stabilità. Ancorché l'affermazione possa fare sorridere qualcuno, vista la caduta di immagine che ha colpito le banche dopo i recenti dissesti<sup>7</sup>, le banche devono guadagnare perché, solo in questo modo, tutelano indirettamente i propri clienti depositanti dal rischio di insolvenza (e del *bail-in*<sup>8</sup>). Solo una banca profittevole, se ha un elevato livello di credito non performante, può cederlo o cartolarizzarlo senza andare ad intaccare le riserve (cioè i mezzi propri); solo una banca in utile può utilizzare il fondo di riserva per acquisto di azioni proprie che consente di dare liquidità alle azioni non quotate a mani dei clienti. Solo una banca in utile può accantonare riserve a patrimonio senza dover ricorrere al mercato, solo una banca in utile può remunerare (e fidelizzare) i propri azionisti. Ecco che si può trarre una prima conclusione rispetto alla citata visione "olistica" cui si faceva cenno. L'operatore bancario, di fronte ad una qualsiasi operazione di raccolta o di impiego dovrebbe porsi la seguente domanda e darsi la conseguente risposta: cosa comporta in termini di assorbimento patrimoniale, come incide sulla liquidità a breve o strutturale, che redditività porta al conto economico? Sembra banale ma ragionare difformemente può facilmente portare fuori strada. Alla fine il Regolatore non fa altro che imporre una gestione "scientifica" della banca.

---

<sup>7</sup> Si pensi ai casi Tercas, Banca delle Marche, Banca Etruria, Cassa di Risparmio di Ferrara, Cassa di Risparmio di Chieti, Popolari venete, Carige, Monte dei Paschi per stare ai più noti.

<sup>8</sup> Altrettanto può dirsi per le imprese di assicurazione nei confronti degli assicurati. Sul *bail-in* vedi in seguito.

## Capitolo 3

### L'educazione finanziaria. Cenni

L'educazione finanziaria (*financial literacy*), intesa come mancanza o quanto meno carenza a livello nazionale, rappresenta un tema recentemente proposto dopo la serie di scandali che hanno colpito il paese ed i risparmiatori dagli inizi del presente secolo. Lo IOSCO<sup>1</sup>, a livello sovranazionale, si è fatto portatore di iniziative specifiche e l'OCSE<sup>2</sup> ha rilevato l'assenza, in Italia, di una strategia specifica. Un rapporto della Consob del settembre 2017 confermava le limitate conoscenze finanziarie dei cittadini che si traduce in una scarsa consapevolezza degli investitori.

L'Italia ha ritenuto, pertanto, di adottare una strategia nazionale per l'educazione finanziaria, assicurativa e previdenziale mirata alla crescita della alfabetizzazione in materia economica e finanziaria, rivolta sia agli studenti che agli adulti per allineare il Paese alle migliori prassi internazionali. Regole e controlli sono necessari ma non sufficienti sicché l'educazione deve partire dalle scuole. Il primo risultato concreto è stata la realizzazione di un portale pubblico ([www.quellocheconta.gov.it](http://www.quellocheconta.gov.it)) ove si trovano 5 consigli elementari, 7 cose da sapere e 12 guide pratiche oltre ad un glossario. È un tema ancora del tutto in evoluzione ma su cui si gioca la crescita della cultura finanziaria nazionale.

---

<sup>1</sup> International organization of securities commissions.

<sup>2</sup> Organization for economic cooperation and development.





# **Parte Prima**



# Capitolo 1

## L'attività bancaria (art. 10 TUB)

Costituiscono l'attività bancaria: **a)** la raccolta del risparmio tra il pubblico (vedi *infra*), **b)** l'esercizio del credito (tra cui rientrano le varie operazioni di prestito, il *leasing*, il *factoring* ed il rilascio di garanzie) **c)** l'attività finanziaria, **d)** le attività connesse<sup>1</sup> e strumentali<sup>2</sup>. Si può dire, in sintesi, che trattasi essenzialmente di intermediazione nella circolazione della moneta, trasformando il risparmio in credito, e che questa attività rappresenti una funzione di sicuro interesse pubblicistico, di tipo riservato (art. 131 TUB)<sup>3</sup>: ci vuole, infatti, una autorizzazione specifica da parte della Banca d'Italia per poterla esercitare (art. 14 TUB). L'attività bancaria è evidentemente una attività di impresa (oltre che economica ex art. 41 della Costituzione), ha natura privatistica, ancorché con una certa rilevanza pubblicistica. Attualmente, le banche possono costituirsi sotto il modello della Banca universale o sotto quello del Gruppo polifunzionale.

Non ha più molto significato, a questi fini, distinguere tra i vari tipi di banche pur essendoci norme specifiche per le banche popolari<sup>4</sup> e per le banche di credito

---

<sup>1</sup> MORERA-MARCHISIO, *Sulle attività connesse ex art. 10 comma 3 TUB*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2018, I, 717 e ss. Secondo gli autori, si tratta di attività di impresa, non bancaria e non finanziaria, non strumentali esercitate non in via principale dalla banca ma tramite l'organizzazione della banca ed integrata nell'attività bancaria, utilizzando i mezzi della stessa ma senza assumere rischi disomogenei rispetto a quelli tipici, quali la custodia pellicce, il servizio di cassette di sicurezza, la distribuzione di polizze assicurative, i servizi di pagamento, i servizi di informazioni commerciali, la vendita di biglietti di vario genere, la vendita e l'acquisto/cambio di valute, da non confondere con le valute virtuali o digitali (come il bitcoin), la vendita di diamanti e di oro, l'attività di consulenza, la gestione di fondi pensione).

<sup>2</sup> Intendendo per tali quelle attività che presentano un collegamento funzionale rispetto all'attività bancaria e finanziaria. Le attività connesse e strumentali non sono soggette ad autorizzazione da parte della Banca d'Italia.

<sup>3</sup> Esistono ancora, nel Veneto, le casse peota – attualmente alcune decine – di cui la Banca d'Italia censisce un elenco, ma sono al di fuori di un contesto normativo preciso.

<sup>4</sup> Oramai prossime all'abbandono del voto capitaro, già venuto meno per quelle con attivo superiore a 8 miliardi; la nuova disciplina è contenuta nell'art. 150 quater TUB che consente l'ingresso di soci che possano assumere il controllo della "governance" tramite l'emissione di azioni di finanziamento (se lo statuto lo prevede e se la Banca d'Italia autorizza l'emissione di tali azioni).

cooperativo<sup>5</sup> (oggetto entrambe di recenti modifiche legislative). Analogamente, non vi è differenza normativa tra banche c.d. *retail* e banche c.d. *private* (vale a dire quelle che più che erogare credito gestiscono, valorizzano e conservano i patrimoni della clientela) ancorché, indubbiamente, la differenza di *business* imponga approcci e modelli organizzativi differenti. Recentemente, si nota una progressiva ritirata dal *retail banking* da parte delle grandi banche (anche estere) indirizzandosi verso clientela con servizi a maggiore valore aggiunto.

Questa definizione di attività bancaria, sufficientemente ristretta, ancorché aperta alle tecniche informatiche quali la distribuzione *on line*<sup>6</sup>, (secondo uno studio condotto da Che Banca nel 2017 ci sono quasi 18 milioni di correntisti *on line*<sup>7</sup>) ma anche il *trading on line*<sup>8</sup>, il *remote banking*<sup>9</sup>, l'*e-commerce* avvalendosi di appositi siti *internet* e di strumenti innovativi (quali i *tablet*, gli *smartphone*, le *app* ecc.), coincide sostanzialmente con quella Comunitaria e lascia ampio spazio ad altre attività di intermediazione sottoposte a differenti autorità di vigilanza (Consob ed Ivass ad esempio, ma anche l'Autorità Bancaria Europea, l'organismo dell'Unione Europea che sorveglia l'intero mercato bancario comunitario<sup>10</sup> e che emana "linee

---

<sup>5</sup> Per le quali opera l'art. 150 ter TUB.

<sup>6</sup> Con i connessi rischi di *phishing*, di furto di identità (contro il furto di identità opera lo SCIPA-FI, archivio realizzato ancora solo parzialmente), frode informatica ecc. che non trovano una convincente soluzione nei principi posti dal d.lgs. n. 11/2010 e da quella sugli strumenti di pagamento almeno come prevalentemente interpretato dalla giurisprudenza e nelle decisioni dell'ABF, ai limiti della responsabilità oggettiva, e quindi quasi sempre contrarie alle banche per non aver adottato sistemi "sicuri", da un lato, e non essere state capaci di dimostrare la colpa grave dell'utente, dall'altro. È orientamento consolidato dell'ABF che le tradizionali forme di *phishing* siano evitabili con l'ordinaria diligenza in modo da mitigare la responsabilità della banca, diversamente pacifica (ABF, Collegio di Torino n. 9506/2021, ABF Collegio di Torino n. 11069/2021, per un caso di *phishing* e *vishing* (falsa chiamata per frodare dati sensibili) realizzato tramite il metodo *spoofing* ove si censura la mancanza di diligenza ed accortezza del cliente, ABF Collegio di Bologna n. 20482/2021, secondo il quale l'onere della prova della negligenza dell'utente grava sull'intermediario ex art. 10 comma 2 d.lgs. n. 11/2010 come modificato dal d.lgs. n. 218/2017); in termini parzialmente analoghi, per un caso di frode qualificabile come *Man in the browser*, v. ABF Collegio di Bologna n. 24208/2021, che nega l'imputabilità, almeno integrale, a carico del cliente. In giurisprudenza, invece, il Trib. Parma, ord. 27.4.2022 ha escluso la responsabilità della banca riconoscendo il comportamento negligente del cliente ex art. 12 d.lgs. n. 11/2010. Gli Orientamenti dell'ABE sulla sicurezza dei pagamenti via *internet* nella disciplina applicabile alle banche e intermediari finanziari autorizzati alla prestazione di servizi di pagamento e/o di moneta elettronica mirano ad innalzare il grado di sicurezza dei pagamenti effettuati tramite il canale *internet*, replicando il contenuto delle "*Recommendations for the security of internet payments*" della Banca Centrale Europea.

<sup>7</sup> E ciò ha comportato, in un decennio, il calo degli sportelli "tradizionali" da 33.000 a 23.000 (dati riferiti al 2020) con ulteriore previsione di calo stimato al 2024 a 17.000.

<sup>8</sup> Di cui non si deve sottovalutare il rischio frodi.

<sup>9</sup> Cioè operazioni compiute a distanza sfruttando diversi canali (telefono, internet).

<sup>10</sup> Mentre le imprese di investimento (IFR) sono disciplinate da altro tipo di normativa: attualmente i regolamenti UE n. 2033/2019 ed il successivo n. 2284/2021 per le relative norme tecniche di attuazione.

guida” cioè atti di indirizzo cui i Regolatori nazionali devono adeguarsi). Le banche, inoltre, stante il principio di universalità che discende dalla despecializzazione operativa e funzionale della banca universale, possono esercitare altre attività finanziarie, di cui peraltro non viene fornita la definizione (tra cui rientrano i servizi di pagamento altra attività riservata – art. 131 TUB ter) oltre ad attività complementari, fatte salve le riserve di legge (es. non possono stipulare in proprio contratti di assicurazione o fondi pensione). In particolare, le banche possono esercitare una serie di attività disciplinate nel TUF, vale a dire i servizi di investimento, ma non altre quali quella di società di gestione del risparmio (SGR) o di esercizio dell’attività assicurativa (questa sempre più complementare all’attività bancaria). Si è ritenuto che la commercializzazione di oggetti preziosi (es. diamanti<sup>11</sup>, lingotti d’oro) presso gli sportelli bancari non rientri nell’ambito vigilato dalla Consob (non essendo prodotti finanziari sempreché non contengano una promessa di rendimento<sup>12</sup>) ma in quello della Banca d’Italia quale attività “connessa”. All’attività bancaria si applica ancora – quale uso normativo – nei rapporti banca-cliente il *segreto bancario*<sup>13</sup> la cui violazione costituisce fonte di responsabilità contrattuale risarcitoria. Peraltro, da tempo, il segreto bancario non è opponibile all’amministrazione finanziaria.

---

<sup>11</sup> Sia la Consob, nel 2017, sia la Banca d’Italia (comunicato del 14.3.2018), hanno richiamato l’attenzione sul fatto che detta commercializzazione può generare rischi operativi e reputazionali e quindi, occorre che la clientela operi in modo consapevole e gli intermediari forniscano tutte le dovute informazioni e svolgano opportune attività di controllo. Con la prima sentenza nota sul punto, si è affermato che, non essendo la banca diretta controparte del cliente acquirente dei diamanti, le azioni restitutorie e risarcitorie devono essere indirizzate alla società venditrice, ferma restando la responsabilità della banca a seconda del ruolo svolto in via autonoma nell’attività di promozione dell’investimento (Trib. Milano n. 66/2019); con la seconda decisione nota, si è poi affermato che l’attività di segnalazione svolta dalla banca non rientra nel perimetro del TUF posto che il diamante non è uno strumento finanziario ma la responsabilità della banca va ricercata nel rapporto intercorso con il cliente che si pretende danneggiato il quale ha riposto un affidamento nel dovere di diligenza gravante sulla banca in virtù delle sue specifiche competenze professionali (Trib. Verona, 23.5.2019). Secondo il Trib. Modena, sentenza n. 352/2020, l’attività di vendita di beni preziosi può ricondursi al novero delle attività connesse a quella bancaria ex art. 8 comma 3 del decreto del Tesoro 6.7.1994. Grava sulla banca l’onere di dimostrare di aver agito in modo tale da adempiere l’obbligo informativo derivante da un contratto che va considerato come “qualificato” verso il cliente; l’omessa comunicazione di alcuni costi determina una responsabilità precontrattuale in capo alla banca, obbligata in solido con la società venditrice, escluso ogni concorso di colpa del danneggiato ex art. 1227 cc. Da ultimi, il Trib. Lucca, 4.9.2020 ha stabilito che la banca risponde ove venga meno all’obbligo di corretta e completa informazione sulle caratteristiche del prodotto e del prezzo ove solo segnali o prestì consulenza in una operazione di acquisto di diamanti, specificando quanto del prezzo sia destinato a servizi ed oneri aggiuntivi, mentre, secondo App. Milano n. 510/2021, la banca non è parte del contratto tra cliente e società venditrice dei diamanti assumendo esclusivamente un ruolo di contatto per cui nei suoi confronti non può essere pronunciata l’invalidità o la risoluzione per inadempimento della compravendita stipulata dai suoi clienti. Con diversa prospettiva, il Trib. Milano, 8.6.2021 (in *Banca borsa e titoli di credito*, 2022, II, 90) ha visto un obbligo di buona fede e di protezione del cliente la cui violazione comporta una responsabilità risarcitoria.

<sup>12</sup> Comunicazione Consob n. 13038246 del 6.5.2013.

<sup>13</sup> Cass. 10.7.1994 n. 2197.

Il TUB disciplina, inoltre, gli “intermediari specializzati” vigilati (sono i Confidi, cioè Consorzi di garanzia collettiva che, oltre a finanziare direttamente, rilasciano garanzie parziali di tipo para fideiussorio a favore di associati<sup>14</sup> ex art. 107 TUB), gli istituti di credito su pegno (quei pochi rimasti<sup>15</sup>), le società fiduciarie<sup>16</sup>, le società finanziarie, gli “istituti di pagamento” (grande distribuzione, telefonia mobile) e quelli di moneta elettronica (IMEL). Sono le regole che definiscono le specializzazioni ed individuano i soggetti e le attività.

Infine, resta aperto il tema della c.d. *shadow banking*, vale a dire la creazione o il trasferimento di rischi di natura bancaria al di fuori del sistema bancario che, in Italia, è regolamentato in gran parte seguendo il principio della vigilanza bancaria equivalente.

Lo scopo di questa disamina è quello di collocare le operazioni attive (vale a dire quelle che generano ricavi per la banca quali i prestiti e la prestazioni di servizi<sup>17</sup>) e quelle passive (che generano costi come la raccolta diretta, sia al dettaglio, con la clientela tradizionale, che all’ingrosso, con controparti qualificate) nel bilancio di una banca per poterne valutare le correlazioni; basta riflettere sul necessario collegamento che deve sussistere tra depositi e prestiti nell’attività di ogni banca (depositi a vista in relazione al credito a breve termine, depositi a tempo in rapporto al credito a medio termine). Inoltre, si potranno evidenziare i rischi associati alle operazioni poste in essere dalla banca (e non solo ai contratti prettamente bancari) quali il rischio di credito, il rischio operativo (connesso alla attività diversa dall’esercizio del credito), il rischio di mercato (legato alla volatilità dei prezzi o dei valori), i rischi finanziari (di tasso, cambio e liquidità), di trasformazione delle scadenze, ma anche in ottica antiriciclaggio.

Sembra, pertanto, del tutto evidente che la remunerazione dei contratti di prestito e dei servizi dovrà “prezzare” (nel senso che non potrà prescindere da) tutti quanti questi rischi ed i costi connessi all’intermediazione creditizia. Infine, per raffrontare il mondo bancario con quello assicurativo, si può dire che mentre la banca raccoglie denaro per poterlo prestare ai clienti, le assicurazioni raccolgono denaro per assumersi rischi dei clienti.

---

<sup>14</sup> Si tratta di soggetti iscritti all’elenco speciale; quelli vigilati erano 34 al 2020 e possono rilasciare garanzie utili alla mitigazione del rischio; i Confidi minori, invece, non possono rilasciare fideiussioni.

<sup>15</sup> Ma risulta molto attivo Prontopegno (Banca sistema), 70 milioni di prestiti a fine 2020.

<sup>16</sup> Nel contratto di mandato per l’amministrazione fiduciaria di strumenti finanziari (c.d. mandato statico), regolato dalla legge n. 1966/1939, il fiduciario non assume alcuna obbligazione per l’inadempimento degli obblighi derivanti dalla gestione del portafoglio di investimento affidata ad un terzo soggetto in quanto il fiduciario provvede, per conto del fiduciante, alla sola puntuale esecuzione delle istruzioni dallo stesso ricevute (Trib. Milano n. 49/2018).

<sup>17</sup> Si segnala che un esame condotto sui bilanci 2020 delle banche operanti in Italia ha dimostrato lo “storico” sorpasso avvenuto da parte delle commissioni su prodotti/servizi finanziarie e assicurativi rispetto a quelli legati al credito (50,5% contro 49,5%).

## Capitolo 2

### La raccolta bancaria

La raccolta del risparmio tra il pubblico (vale a dire verso una pluralità indeterminata di soggetti) è definita quale acquisizione di fondi (tanto in euro – quanto in divisa estera), sia sotto forma di depositi che in altra maniera ma con “obbligo di rimborso” da parte della banca. Ne deriva che questa definizione si riferisce alla cosiddetta raccolta diretta (denaro prestato alla Banca, a vista o a tempo) ma non alla raccolta indiretta ove la banca non riceve disponibilità liquide dai clienti ma “titoli”<sup>1</sup> in ordine ai quali presta sostanzialmente un servizio di custodia, riscossione (cedole, dividendi, rimborsi) e di informazione (operazioni di aumento del capitale, esercizio di voto in assemblea ecc.); questa è alimentata da azioni e obbligazioni di terzi (oltre al risparmio c.d. assicurativo e/o previdenziale, in ordine al quale le banche si pongono anche come gestori di fondi pensione negoziali e/o fondi pensione aperti).

Spetta al CICR il potere di determinare i criteri per l’individuazione degli strumenti finanziari la cui emissione costituisce raccolta del risparmio. Nulla si dice, in concreto, su quali siano le operazioni di raccolta riservate alle banche; si dice, viceversa, per esclusione, quali operazioni non concretizzino raccolta tra il pubblico.

È attività riservata alle banche e sanzionata, anche penalmente, ex artt. 130 TUB; fanno eccezione gli IMEL, istituti specializzati nella emissione di moneta elettronica che, a questo solo fine, possono raccogliere risparmio tra il pubblico per trasformarlo in moneta elettronica (art. 114 quater TUB) e le Poste, per il solo servizio Bancoposta<sup>2</sup> (peraltro disciplinato dalla circolare bankitalia n. 285) nonché le società per azioni, nei limiti indicati dal codice civile.

---

<sup>1</sup> Più propriamente valori mobiliari, strumenti e prodotti finanziari, prodotti di investimento assicurativo.

<sup>2</sup> Il risparmio postale è rappresentato da libretti di risparmio e buoni postali fruttiferi emessi dalla Cassa depositi e prestiti, società che fa capo allo Stato. I buoni postali, di cui Poste italiane è distributore, non sono titoli di credito né titoli di debito pubblico ma documenti (titoli) di legittimazione e ciò esclude l’applicabilità dell’art. 1992 comma 1 cc. Il rapporto che nasce dalla sottoscrizione di questi contratti (artt. 171 e 178 D.P.R. 29.3.1973 n. 156) è di natura contrattuale ed è regolato secondo le condizioni stabilite al momento della emissione dei titoli stessi e richiamate nel documento (Trib. Bologna n. 881/2017; Cass. n. 4761/2018, Cass. ss.uu. n. 3963/2019, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2019, II, 673). Conforme ABF, Collegio di coordinamento, n. 22747/2019. Quindi, mentre i libretti postali sono titoli di credito che incorporano un diritto che può essere esercitato dal possessore del documento, i buoni fruttiferi sono meri titoli di legittimazione.