

# L'ATTIVITÀ DELLE BANCHE

a cura di  
Alberto Urbani

Con introduzione di *FRANCESCO CAPRIGLIONE*

e contributi di:

MARCO AQUINO  
ANTONELLA ANTONUCCI  
SIDO BONFATTI  
CONCETTA BRESCIA MORRA  
ANTONELLA BROZZETTI  
CARMELITA CAMARDI  
FRANCESCO CAPUTO NASSETTI  
MARIA CECILIA CARDARELLI  
CORRADO CHESSA  
PAOLOEFISIO CORRIAS  
CIRO G. CORVESE  
LORENZO DE ANGELIS  
IVAN DEMURO  
MATTEO DE POLI  
GIUSEPPE DESIDERIO  
LEONARDO DI BRINA  
BRUNO INZITARI  
LEONARDO LACAITA

MICHELE LANOTTE  
RAFFAELE LENER  
PAOLA LUCANTONI  
DIEGO MANENTE  
GIULIANA MARTINA  
FRANCESCO MOLITERNI  
CINZIA MOTTI  
ANDREA NERVI  
MARIA-TERESA PARACAMPO  
MIRELLA PELLEGRINI  
MARCO PISTRITTO  
ILLA SABBATELLI  
FILIPPO SARTORI  
ROBERTO SENIGAGLIA  
MARCO SEPE  
GIANLUCA SICCHIERO  
PIETRO SIRENA  
ALBERTO URBANI

CEDAM

# L'ATTIVITÀ DELLE BANCHE

*a cura di*  
ALBERTO URBANI

*introduzione di*  
FRANCESCO CAPRIGLIONE

*contributi di:*

MARCO AQUINO  
ANTONELLA ANTONUCCI  
SIDO BONFATTI  
CONCETTA BRESCIA MORRA  
ANTONELLA BROZZETTI  
CARMELITA CAMARDI  
FRANCESCO CAPUTO NASSETTI  
MARIA CECILIA CARDARELLI  
CORRADO CHessa  
PAOLOEFISIO CORRIAS  
CIRO G. CORVESE  
LORENZO DE ANGELIS  
IVAN DEMURO  
MATTEO DE POLI  
GIUSEPPE DESIDERIO  
LEONARDO DI BRINA  
BRUNO INZITARI  
LEONARDO LACAITA

MICHELE LANOTTE  
RAFFAELE LENER  
PAOLA LUCANTONI  
DIEGO MANENTE  
GIULIANA MARTINA  
FRANCESCO MOLITERNI  
CINZIA MOTTI  
ANDREA NERVI  
MARIA-TERESA PARACAMPO  
MIRELLA PELLEGRINI  
MARCO PISTRITTO  
ILLA SABBATELLI  
FILIPPO SARTORI  
ROBERTO SENIGAGLIA  
MARCO SEPE  
GIANLUCA SICCHIERO  
PIETRO SIRENA  
ALBERTO URBANI



CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI  
2010

## AUTORI

MARCO AQUINO

*Dottore di ricerca*

ANTONELLA ANTONUCCI

*Ordinario di Diritto dell'economia presso la  
Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di  
Bari*

SIDO BONFATTI

*Ordinario di Diritto commerciale presso la  
Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di  
Modena e Reggio Emilia*

CONCETTA BRESCIA MORRA

*Associato di Diritto dell'economia presso la  
Facoltà di Economia dell'Università del  
Sannio - Benevento*

ANTONELLA BROZZETTI

*Ricercatrice di Diritto dell'economia presso  
la Facoltà di Economia dell'Università di  
Siena*

CARMELITA CAMARDI

*Ordinario di Diritto privato presso la Facoltà  
di Economia dell'Università Ca' Foscari  
Venezia*

FRANCESCO CAPRIGLIONE

*Ordinario di Diritto dell'economia presso la  
Facoltà di Economia dell'Università Luiss G.  
Carli di Roma*

FRANCESCO CAPUTO NASSETTI

*Amministratore delegato di Intermedia  
Finance SpA. Docente a contratto di Diritto  
privato presso la Facoltà di Economia  
dell'Università L. Bocconi di Milano*

MARIA CECILIA CARDARELLI

*Associato di Diritto commerciale presso la  
Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di  
Siena*

CORRADO CHESSA

*Associato di Diritto privato presso la Facoltà  
di Giurisprudenza dell'Università di Cagliari*

PAOLOEFISIO CORRIAS

*Straordinario di Diritto dell'economia presso  
la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università  
di Cagliari*

CIRO G. CORVESE

*Associato di Diritto commerciale presso la  
Facoltà di Economia dell'Università di Siena*

LORENZO DE ANGELIS

*Ordinario di Diritto commerciale presso la  
Facoltà di Economia dell'Università  
Ca' Foscari Venezia*

IVAN DEMURO

*Ricercatore di Diritto commerciale presso la  
Facoltà di Economia dell'Università di  
Sassari*

MATTEO DE POLI

*Associato di Diritto dell'economia presso la  
Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di  
Padova*

GIUSEPPE DESIDERIO

*Associato di Diritto dell'economia presso la  
Facoltà di Giurisprudenza dell'Università  
Parthenope di Napoli*

**LEONARDO DI BRINA**

*Associato di Diritto commerciale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università telematica G. Marconi di Roma*

**BRUNO INZITARI**

*Ordinario di Diritto privato presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Milano Bicocca*

**LEONARDO LACAITA**

*Funzionario della Banca d'Italia – Segreteria C.I.C.R.*

**MICHELE LANOTTE**

*Funzionario della Banca d'Italia – Servizio Normativa e Politiche di Vigilanza*

**RAFFAELE LENER**

*Ordinario di Diritto dei mercati finanziari presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma Tor Vergata*

**PAOLA LUCANTONI**

*Ricercatrice di Diritto dell'economia presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma Tor Vergata*

**DIEGO MANENTE**

*Avvocato, Docente a contratto di Diritto commerciale presso la Facoltà di Economia dell'Università Ca' Foscari Venezia*

**GIULIANA MARTINA**

*Ricercatrice di Diritto commerciale presso la Facoltà di Economia dell'Università Ca' Foscari Venezia*

**FRANCESCO MOLITERNI**

*Associato di Diritto dell'economia presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bari*

**CINZIA MOTTI**

*Ordinario di Diritto commerciale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Foggia*

**ANDREA NERVI**

*Associato di Diritto privato presso la Facoltà di Economia dell'Università di Sassari*

**MARIA-TERESA PARACAMPO**

*Ricercatrice di Diritto dell'economia presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bari*

**MIRELLA PELLEGRINI**

*Associato di Diritto dell'economia presso la Facoltà di Economia dell'Università Luiss G. Carli di Roma*

**MARCO PISTRITTO**

*Responsabile Ufficio Legale della Federazione Veneta delle Banche di credito cooperativo, Docente a contratto di Diritto bancario presso la Facoltà di Economia dell'Università Ca' Foscari Venezia*

**ILLA SABBATELLI**

*Dottore di ricerca*

**FILIPPO SARTORI**

*Ricercatore di Diritto privato presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento*

**ROBERTO SENIGAGLIA**

*Ricercatore di Diritto privato presso la Facoltà di Economia dell'Università Ca' Foscari Venezia*

**MARCO SEPE**

*Straordinario di Diritto dell'economia presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università telematica TEL.M.A.*

**GIANLUCA SICCHIERO**

*Ordinario di Diritto privato presso la Facoltà di Economia dell'Università Ca' Foscari Venezia*

**PIETRO SIRENA**

*Ordinario di Diritto privato presso la Facoltà di Scienze Politiche dell'Università di Siena*

**ALBERTO URBANI**

*Associato di Diritto dell'economia presso la Facoltà di Economia dell'Università Ca' Foscari Venezia*

## PREFAZIONE

*I tempi che stiamo vivendo sono caratterizzati da cambiamenti che, almeno per alcuni versi, potrebbero annunciarsi come epocali. Per quanto riguarda in particolare il settore finanziario, ed in primo luogo le banche, la crisi di cui forse soltanto ora inizia ad intravedersi il superamento ha messo in luce tra gli altri aspetti la profonda evoluzione che ha subito negli ultimi decenni l'attività degli intermediari: specie se limitiamo lo sguardo alla situazione italiana, infatti, il nostro mercato finanziario ha assistito in breve tempo all'entrata in scena di nuove tipologie di operatori e alla diffusione su larga scala di nuovi prodotti, mentre gli intermediari tradizionali, anche per le sollecitazioni sul piano concorrenziale che promanavano proprio dalle trasformazioni in atto, hanno rapidamente mutato fisionomia, non da ultimo ampliando la gamma dei servizi offerti. Il legislatore, naturalmente, ha talvolta accompagnato talaltra determinato egli stesso siffatta evoluzione.*

*Per tutt'altro verso, innovazioni significative hanno riguardato altresì il mondo universitario, che a ritmo incalzante viene continuamente indotto dalle riforme che si susseguono a rivisitazioni ed aggiornamenti dei piani di studio. Per ciò che attiene al diritto dell'economia, specie nella parte che si occupa dell'ordinamento finanziario, il rinnovamento si è tradotto in talune sedi in un marcato frazionamento degli insegnamenti, mediante, ad esempio, la valorizzazione o la rivalutazione della distinzione tra il «diritto bancario» (inteso come studio dell'attività degli intermediari bancari) e la «legislazione bancaria» (incentrata piuttosto sui profili ordinamentali della banca come impresa e sui controlli che ne accompagnano l'agire), nonché l'aggiunta a queste materie del «diritto del mercato finanziario» (incentrato sulle imprese di investimento, ma anche sulla disciplina dei mercati e degli emittenti) e, più nello specifico, del «diritto delle assicurazioni private». Altri regolamenti didattici hanno optato invece per corsi unitari, variamente denominati.*

*Ancora, è sempre più avvertita l'esigenza di un approccio multidisciplinare alla materia, stante l'intersecarsi di profili oggetto di attenzione da parte di diverse branche del diritto, oltre che naturalmente dell'economia, a cui in concreto lo stesso legislatore ha prestato attenzione.*

*L'insieme dei fattori testé accennati ha costituito lo spunto per questo nuovo volume di «diritto bancario», volutamente imperniato sull'attività delle banche, mentre si è preferito sfumare maggiormente le tematiche di più diretta attinenza al carattere imprenditoriale dell'attività bancaria – e dunque alla gestione delle stesse – nonché ai connessi profili di vigilanza. Si è constatato infatti che questi ultimi aspetti formano già oggetto di trattazione da parte di molti testi di ampia diffusione, anche apprestati o curati da eminenti Autori, mentre scarseggiano trattazioni aggiornate che privilegino il versante contrattuale dell'attività bancaria, per quanto ovviamente integrato dai necessari riferimenti di matrice ordinamentale; al più, sono diffusi manuali che esaminano insieme i due ambiti, verosimilmente concepiti per quei corsi che poc'anzi, con formula ellittica, sono stati definiti unitari. L'obiettivo del presente lavoro è stato dunque quello di cercar di colmare quella che è parsa una lacuna editoriale.*

*Coerentemente con le premesse, inoltre, ha contribuito alla redazione del presente lavoro un nutrito gruppo di studiosi di diversi settori disciplinari (diritto privato, diritto commerciale, diritto dell'economia), per di più espressione di scuole di pensiero anche su posizioni non sempre vicine; a tali voci si è affiancato il prezioso contributo di esponenti di Autorità di vigilanza, di rappresentanze di categoria e di autorevoli professionisti. Sicché l'auspicio è che il lettore possa trarre da un simile parterre di Autori utili sollecitazioni per un approccio pluridisciplinare alla materia davvero aperto alle trasformazioni in atto.*

*Dal punto di vista delle modalità espositive si è invece optato per capitoli il più possibile brevi, privi di note a pie' di pagina, ma ciascuno integrato da indicazioni bibliografiche essenziali; si è cercato altresì di coniugare il rigore dei contenuti con la linearità narrativa e la chiarezza espositiva.*

*Soltanto gli utenti finali del libro – docenti e studenti in primis – potranno dire se all'impegno profuso abbiano corrisposto risultati in qualche misura apprezzabili.*

*A titolo personale, desidero esprimere viva gratitudine a tutti gli Autori, sia ovviamente per l'indiscussa competenza confermata, sia anche per la prontezza e l'entusiasmo profusi nella partecipazione a questa iniziativa comune.*

*Come di prammatica, occorre precisare che le parti dovute a dipendenti di pubbliche Autorità riflettono esclusivamente le opinioni dei rispettivi estensori e non intendono, quindi, rappresentare posizioni ufficiali dell'ente di appartenenza.*

*A nome dei Coautori, esprimo infine un ringraziamento particolare al dott. Marco Pistrutto, egli stesso estensore di alcune parti di questo volume, per la paziente ed attenta assistenza nelle fasi della revisione redazionale.*

Vicenza, 27 gennaio 2010

ALBERTO URBANI

## INDICE

	<i>Pag.</i>
<i>Prefazione</i> .....	VII
<i>Indice</i> .....	IX

### INTRODUZIONE

<i>Francesco Capriglione</i>	1
------------------------------	---

### PARTE PRIMA

#### L'ATTIVITÀ BANCARIA IN GENERALE

##### CAPITOLO I

*Alberto Urbani*

##### BANCA, ATTIVITÀ BANCARIA, ATTIVITÀ DELLE BANCHE

1. Il Testo unico bancario (d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385) e la nozione di «banca» .....	11
2. L'«attività bancaria» come esercizio congiunto della raccolta del risparmio tra il pubblico e dell'erogazione del credito .....	12
3. Le altre attività .....	13

##### CAPITOLO II

*Carmelita Camardi*

##### BANCA E MERCATO

1. Banca e mercato. Una premessa .....	16
2. Banca, Stato e mercato. Precisazioni metodologiche .....	18

3. Banca mercato e attività contrattuale. La funzione bancaria ..... 21

### CAPITOLO III

*Pietro Sirena*

#### IL CONTRATTO BANCARIO: PROFILI GENERALI

1. La tipizzazione legislativa dei contratti bancari e la definizione della categoria ..... 25
2. I contratti bancari come operazioni (in conto corrente) e la loro classificazione tipologica ..... 28
3. La distinzione tra i contratti bancari con i consumatori (unilateralmente commerciali) e quelli con i professionisti (bilateralmente commerciali); gli accordi interbancari ..... 30
4. Dalle c.d. norme bancarie uniformi alle condizioni generali di contratto consigliate dall'A.B.I. .... 31

### CAPITOLO IV

*Andrea Nervi*

#### LA TRASPARENZA BANCARIA

1. La trasparenza in materia contrattuale: nozioni generali ..... 34
2. La trasparenza nel settore bancario; genesi e sviluppo ..... 36
3. Il concorso tra fonti primarie e secondarie; il ruolo dell'autorità amministrativa ..... 38
4. La trasparenza come obbligo di informazione precontrattuale ..... 39
5. La trasparenza come obblighi di forma e di contenuto del contratto bancario ..... 40
6. La variazione unilaterale delle condizioni contrattuali ..... 42
7. La trasparenza durante lo svolgimento del rapporto contrattuale ..... 44
8. La decorrenza delle valute; l'anatocismo ..... 45
9. Metodi alternativi per la risoluzione delle controversie ..... 46
10. Cenni alla normazione secondaria; i rapporti bancari *on-line* ..... 47

### CAPITOLO V

*Corrado Chessa*

#### IL SEGRETO BANCARIO

1. La nozione e la natura giuridica del segreto bancario ..... 50
2. I presupposti per la nascita dell'obbligo, l'oggetto e la durata ..... 53
3. Il segreto bancario nel processo civile e nel processo penale ..... 53



4.	Il rapporto con la tutela della riservatezza .....	55
5.	Segreto bancario e lotta alla criminalità organizzata .....	56
6.	Le interferenze con la disciplina dei controlli valutari e delle indagini fiscali .....	58
7.	Verso il tramonto del segreto bancario nel panorama internazionale ..	59

## PARTE SECONDA LA RACCOLTA DEL RISPARMIO

### CAPITOLO VI *Raffaele Lener*

#### LA RACCOLTA DEL RISPARMIO: PROFILI GENERALI

1.	La nozione di raccolta del risparmio .....	65
2.	L'attività bancaria nel t.u.b. ....	66
3.	L'obbligo di rimborso .....	67
4.	Raccolta pubblica vs. raccolta privata .....	68
5.	La moneta elettronica .....	70
6.	Deroghe ed esenzioni .....	71

### CAPITOLO VII *Maria Cecilia Cardarelli* IL DEPOSITO BANCARIO

1.	Nozione e fonti .....	74
2.	Caratteristiche generali del contratto .....	77
2.1.	<i>Segue:</i> le obbligazioni delle parti .....	78
2.2.	<i>Segue:</i> forma e contenuto minimo del contratto .....	82
2.3.	<i>Segue:</i> la cessazione del rapporto, il recesso .....	85
3.	I depositi bancari di denaro .....	87
4.	I libretti di deposito .....	88
5.	I depositi finalizzati .....	90
6.	Profili fallimentari .....	94

### CAPITOLO VIII *Cinzia Motti* LA RACCOLTA BANCARIA «CARTOLARIZZATA»

1.	La raccolta bancaria mediante emissione di titoli .....	96
2.	I titoli obbligazionari: distinzioni .....	97

3.	<i>Segue</i> : titoli non convertibili e a convertibilità indiretta .....	98
4.	Titoli di deposito. Altri titoli di raccolta .....	99
5.	Obbligazioni garantite e altri titoli di mobilitazione dell'attivo. Titoli speculativi .....	100
6.	Gli interventi di ripatrimonializzazione .....	101
6.1.	Titoli subordinati, irredimibili, a rimborso condizionato .....	101
6.2.	Obbligazioni bancarie speciali .....	102
7.	Profili di diritto cartolare .....	103

## CAPITOLO IX

*Michele Lanotte*

## LE ALTRE FORME DI RACCOLTA

1.	Le altre forme di raccolta bancaria .....	105
2.	I titoli di deposito .....	106
3.	Gli strumenti subordinati .....	108
4.	Gli altri titoli .....	110

## PARTE TERZA

## L'ESERCIZIO DEL CREDITO

## CAPITOLO X

*Leonardo Di Brina*

## L'ESERCIZIO DEL CREDITO: PROFILI GENERALI

1.	Operazioni di credito e funzione produttiva della banca .....	115
2.	L'esercizio del credito come produzione di relazioni giuridiche aventi ad oggetto la moneta .....	116
3.	Esercizio del credito e attività finanziaria .....	118
4.	La funzione selettiva del merito creditizio come fase essenziale dell'esercizio del credito .....	119

*Sezione I**Le operazioni creditizie disciplinate dal codice civile*

## CAPITOLO XI

*Ciro Gennaro Corvese*

## L'APERTURA DI CREDITO

1.	Premessa: oggetto e limiti dell'esposizione .....	125
----	---	-----

2.	Caratteristiche del contratto di apertura di credito .....	126
3.	La commissione di massimo scoperto (c.d. cms) dopo il c.d. decreto anti-crisi .....	128
4.	Le modalità di utilizzo del credito: apertura di credito semplice e apertura di credito in conto corrente .....	129
5.	La garanzia: apertura di credito «allo scoperto» e apertura di credito garantita .....	131
6.	Le cause di estinzione del rapporto, con particolare riguardo al recesso .....	133
7.	Un'ipotesi "atipica" di apertura di credito: l'apertura di credito per crediti di firma. Qualificazione giuridica e disciplina applicabile .....	137

## CAPITOLO XII

*Matteo De Poli*

## L'ANTICIPAZIONE BANCARIA

1.	Premessa e nozione .....	145
2.	Caratteristiche del contratto .....	147
3.	<i>Segue</i> : l'anticipazione semplice e quella in conto corrente .....	148
4.	La natura giuridica e le ulteriori differenze con l'apertura di credito ..	149
5.	L'oggetto della garanzia .....	151
6.	Le vicende e la fine del rapporto .....	152
7.	Il pegno irregolare e l'anticipazione impropria .....	154

## CAPITOLO XIII

*Ivan Demuro*

## LO SCONTO BANCARIO

1.	Il contratto di sconto .....	156
2.	La preventiva deduzione dell'interesse .....	157
3.	L'anticipazione del credito scaduto .....	158
4.	La futurità del credito ceduto .....	159
5.	Il trasferimento del credito e la garanzia <i>pro solvendo</i> .....	160
6.	Il c.d. «castelletto di sconto» .....	161
7.	Lo sconto di cambiali .....	162
8.	Lo sconto di tratte non accettate con cessione di provvista e lo sconto di tratte documentate .....	163
9.	Il risconto .....	164
10.	Il c.d. sconto di ricevute bancarie e di fatture .....	165

## CAPITOLO XIV

*Roberto Senigaglia*

## IL MUTUO

1.	Natura giuridica e struttura .....	167
2.	La disciplina .....	170
3.	L'obbligazione di interessi .....	172
4.	Il c.d. mutuo di scopo e la promessa di mutuo .....	173
5.	Il mutuo ed altri contratti affini: cenni .....	175

## CAPITOLO XV

*Pietro Sirena*

## LA PORTABILITÀ DEL MUTUO

1.	La nozione .....	177
2.	La fattispecie .....	178
3.	La posizione del nuovo finanziatore rispetto al finanziamento originario e alle garanzie (surrogazione, annotazione ipotecaria, eccezioni opponibili) .....	179
4.	La complessiva gratuità dell'operazione nei confronti dei clienti e la permanenza dei benefici fiscali .....	181

## CAPITOLO XVI

*Gianluca Sicchiero*

## LE GARANZIE BANCARIE

1.	Premessa .....	184
2.	Garanzie tipiche ed atipiche .....	186
3.	Garanzie reali e personali .....	188
4.	La fideiussione ordinaria .....	189
5.	La fideiussione « <i>omnibus</i> » ed a prima richiesta .....	191
6.	Il contratto autonomo di garanzia .....	193
7.	La polizza fideiussoria .....	194
8.	La lettera di <i>patronage</i> .....	195
9.	Il mandato « <i>in rem propriam</i> » .....	196
10.	Il pegno e le sue varianti .....	197
11.	Le garanzie finanziarie .....	199
12.	L'ipoteca .....	200
13.	Il mutuo fondiario .....	201
14.	I privilegi speciali .....	203
15.	L'assicurazione del credito .....	204

**Sezione II**  
**Altre operazioni di finanziamento**

CAPITOLO XVII  
*Filippo Sartori*  
IL CREDITO AL CONSUMO

1.	Nozione e fonti normative .....	209
2.	Struttura ed ambito applicativo dell'istituto .....	211
3.	Principali profili di disciplina .....	213

CAPITOLO XVIII  
*Marco Sepe*  
IL CREDITO FONDIARIO ED EDILIZIO  
ED ALTRE PARTICOLARI OPERAZIONI DI CREDITO

1.	Premessa .....	218
2.	Credito fondiario ed edilizio: la fattispecie .....	219
2.1.	<i>Segue</i> : la disciplina .....	225
2.2.	<i>Segue</i> : il procedimento esecutivo .....	232
3.	Le altre particolari operazioni di credito: il credito alle opere pubbliche e il credito agrario .....	234
3.1.	<i>Segue</i> : il privilegio nei finanziamenti alle imprese .....	237
3.2.	<i>Segue</i> : il credito sul pegno .....	239
3.3.	<i>Segue</i> : l'erogazione di finanziamenti agevolati .....	240

CAPITOLO XIX  
*Andrea Nervi*  
IL LEASING

1.	Nozione .....	243
2.	Inquadramento normativo .....	244
3.	Il leasing come attività finanziaria; i requisiti soggettivi .....	245
4.	La trilateralità dell'operazione di <i>leasing</i> .....	246
5.	La consegna del bene; la disciplina dei rischi per mancata consegna e per i vizi del bene .....	247
6.	Le patologie del rapporto .....	248
7.	Le distinzioni: <i>leasing</i> di godimento e <i>leasing</i> traslativo; <i>leasing</i> operativo e <i>leasing</i> finanziario .....	249
8.	Il <i>lease-back</i> .....	251

## CAPITOLO XX

Lorenzo De Angelis

## LA CONTABILIZZAZIONE DEL LEASING

1.	Le diverse operazioni di <i>leasing</i> in relazione agli scopi perseguiti .....	254
2.	Le rilevazioni contabili allo stato della normativa civilistica .....	255
3.	Il trattamento del <i>leasing</i> finanziario nei principi contabili internazionali .....	257
4.	Le informazioni da far constare nella nota integrativa sulle operazioni di <i>leasing</i> finanziario. La vigente disciplina tributaria .....	258
5.	La modifica attesa della disciplina civilistica per effetto del recepimento delle direttive di modernizzazione contabile .....	260
6.	La rilevazione contabile del « <i>leasing in costruendo</i> » .....	262
7.	Il contratto di « <i>sale and lease-back</i> » .....	263

## CAPITOLO XXI

Giuseppe Desiderio

## IL FACTORING

1.	L'origine del <i>factoring</i> e contenuti economici dell'operazione .....	266
2.	La Convenzione Unidroit sul <i>factoring</i> internazionale e la l. n. 52/1991 sulla cessione dei crediti di impresa .....	268
3.	I diversi orientamenti su natura e qualificazione del <i>factoring</i> .....	270
4.	Il <i>factoring</i> come operazione di finanziamento riservata a intermediari finanziari .....	271
5.	La cessione dei crediti di impresa (l. n. 52/1991) .....	276
6.	Il <i>factoring</i> nello schema-tipo dell'associazione di categoria .....	278

## CAPITOLO XXII

Marco Pistrutto

## LE ACCETTAZIONI BANCARIE

1.	L'accettazione bancaria come forma di finanziamento bancario .....	280
2.	Qualificazione giuridica delle accettazioni bancarie e dei rapporti che si instaurano tra le parti .....	282
2.1.	Rapporto tra il traente la cambiale e la banca accettante .....	283
2.2.	Rapporto tra il traente la cambiale e l'intermediario finanziario collocatore del titolo .....	284
2.3.	Rapporto tra la società finanziaria e l'investitore che acquista i titoli sul mercato .....	284

## CAPITOLO XXIII

*Paola Lucantoni*

## IL CREDITO DOCUMENTARIO

- |    |   |     |
|----|---|-----|
| 1. | Il credito documentario: la fattispecie e le fonti .....  | 286 |
| 2. | Le diverse tipologie dell'operazione .....  | 287 |
| 3. | L'astrattezza, l'autonomia e la letteralità del credito documentario.<br>Le eccezioni opponibili .....  | 288 |
| 4. | I documenti di trasporto e i criteri di accettazione dei documenti: le<br>novità delle N.U.U. 600 ..... | 289 |

## CAPITOLO XXIV

*Leonardo Di Brina*

## IL PROJECT FINANCING

- |    |  |     |
|----|--|-----|
| 1. | I profili morfologici del <i>project financing</i> .....       | 291 |
| 2. | Il ruolo della banca nell'operazione .....                     | 292 |
| 3. | La qualificazione giuridica del <i>project financing</i> ..... | 293 |

## CAPITOLO XXV

*Leonardo Di Brina*

## IL FORFAITING

- |    |  |     |
|----|--|-----|
| 1. | Il <i>forfaiting</i> nella prassi del commercio internazionale ..... | 295 |
| 2. | Modalità attuative e finalità dell'operazione .....                  | 296 |
| 3. | La natura del contratto di <i>forfaiting</i> .....                   | 297 |

## PARTE QUARTA

## ULTERIORI SERVIZI ED ATTIVITÀ

*Sezione I**L'attività «finanziaria» delle banche*

## CAPITOLO XXVI

*Antonella Antonucci*

## SERVIZI DI INVESTIMENTO E BANCHE

- |    |                                       |     |
|----|---------------------------------------|-----|
| 1. | La modificata identità bancaria ..... | 305 |
|----|---------------------------------------|-----|

2.	Attività bancaria e attività finanziarie nel Testo unico bancario .....	306
3.	L'equiparazione delle banche nella prestazione di servizi di investimento .....	308
3.1.	L'accesso delle banche alla prestazione di servizi e attività di investimento .....	309
4.	Le regole di condotta .....	310
4.1.	L'applicazione differenziata in relazione alla classificazione della clientela .....	311
4.2.	Gli obblighi di correttezza, diligenza e trasparenza .....	313
4.3.	Gli obblighi informativi .....	314
4.3.1.	Le informazioni dal cliente all'intermediario e le valutazioni di adeguatezza e appropriatezza .....	314
4.3.2.	La <i>execution only</i> .....	315
4.3.3.	La regola di <i>best execution</i> .....	315
4.3.4.	Le informazioni dall'intermediario al cliente .....	316
4.4.	Gli obblighi organizzativi .....	317
5.	La gestione dei conflitti d'interesse .....	318
6.	Gli incentivi .....	320
7.	La separazione patrimoniale .....	321
8.	I contratti .....	322
9.	Gli effetti della violazione delle regole di condotta .....	323

## CAPITOLO XXVII

*Francesco Caputo Nassetti*

## GLI STRUMENTI FINANZIARI DERIVATI

1.	Profili civilistici .....	325
2.	Contratti derivati e strumenti finanziari derivati .....	328
3.	Il ruolo degli strumenti finanziari derivati per le banche .....	333

## CAPITOLO XXVIII

*Paoloefisio Corrias*LE CONTIGUITÀ TRA ATTIVITÀ BANCARIA  
E ATTIVITÀ ASSICURATIVA

1.	Le interferenze tra i settori bancario ed assicurativo .....	335
2.	La dimensione concorrenziale: le aree di competizione .....	335
3.	La dimensione collaborativa: la cooperazione tra banche e assicurazioni .....	337
4.	Le singole forme giuridiche di cooperazione e/o integrazione .....	339
5.	La distribuzione di prodotti assicurativi da parte delle banche .....	342
6.	La disciplina precedente al codice delle assicurazioni .....	343



7.	L'attuale disciplina .....	344
----	----------------------------	-----

## CAPITOLO XXIX

*Maria-Teresa Paracampo*

## GESTIONI PATRIMONIALI E BANCHE

1.	Le gestioni patrimoniali: definizioni e caratteristiche distintive .....	349
2.	Il quadro normativo in tema di gestione collettiva del risparmio .....	350
3.	Soggetti autorizzati a prestare il servizio .....	351
4.	Fondi comuni di investimento, Sgr e banca depositaria .....	352
5.	Le tipologie di fondi comuni di investimento .....	354
6.	Le regole di comportamento .....	356
7.	Banche e gestori: politiche distributive e conflitti di interesse .....	357

## CAPITOLO XXX

*Giuliana Martina*

## LA GESTIONE DEI FONDI PENSIONE

1.	Le finalità della previdenza complementare .....	359
2.	Il ruolo delle banche nella gestione dei fondi pensione .....	360
3.	La separazione patrimoniale .....	362
4.	Le prestazioni definite, per invalidità e per premorienza .....	363
5.	I fondi pensione aperti e le forme pensionistiche individuali .....	365

*Sezione II**Altri servizi ed attività*

## CAPITOLO XXXI

*Bruno Inzitari*

## IL CONTO CORRENTE BANCARIO

1.	Il contesto economico nel quale si inserisce il contratto .....	369
2.	I tratti giuridici essenziali del conto corrente bancario .....	371
3.	Il servizio di cassa. Gli incarichi di pagamento .....	374
4.	Il servizio di cassa. Gli ordini di riscossione .....	379
5.	Il servizio di cassa. La tenuta del conto: dal conto corrente ordinario al conto corrente bancario .....	381

## CAPITOLO XXXII

*Illa Sabbatelli*

## IL DEPOSITO DI TITOLI IN AMMINISTRAZIONE

1.	Natura giuridica .....	386
2.	Disciplina e oggetto del contratto .....	387
3.	Obblighi del depositario .....	388
4.	Dovere di diligenza .....	389

## CAPITOLO XXXIII

*Marco Aquino*

## IL SERVIZIO BANCARIO DELLE CASSETTE DI SICUREZZA

1.	Aspetti generali del servizio delle cassette di sicurezza .....	393
2.	La natura giuridica del contratto che regola il servizio di cassette di sicurezza .....	394
3.	La responsabilità della banca. Il caso fortuito .....	396
4.	Le clausole di esonero dalla responsabilità della banca .....	399
5.	La disciplina dell'apertura della cassetta di sicurezza e le ipotesi di apertura forzata .....	400

## CAPITOLO XXXIV

*Marco Pistritto*

## ALTRI SERVIZI

1.	Il servizio di cassa continua .....	403
2.	I prestiti d'uso di oro .....	405
3.	Il servizio di acquisto e vendita di valuta .....	406

## CAPITOLO XXXV

*Giuseppe Desiderio*LE ATTIVITÀ CONNESSE E STRUMENTALI  
ESERCITATE DALLE BANCHE

1.	L'ampliamento dell'operatività delle banche .....	409
2.	Le attività strumentali .....	410
3.	Le attività connesse .....	411

CAPITOLO XXXVI  
*Diego Manente*  
 GLI STRUMENTI "BANCARI" DI PAGAMENTO

1.	Profili generali degli strumenti "bancari" di pagamento: caratteri comuni e definizioni .....	416
1.1.	Strumenti "bancari" di pagamento, moneta legale e adempimento dell'obbligazione pecuniaria .....	418
1.2.	Il quadro normativo .....	421
2.	Gli assegni: gli assegni nel sistema dei titoli di credito .....	425
2.1.	Le fonti normative della disciplina degli assegni .....	426
2.2.	L'assegno bancario: i requisiti formali .....	427
2.3.	<i>Segue</i> : Profili strutturali dello <i>cheque</i> .....	429
2.4.	<i>Segue</i> : La circolazione dell'assegno bancario .....	431
2.5.	<i>Segue</i> : La presentazione ed il pagamento dell'assegno bancario .....	432
2.6.	<i>Segue</i> : Le clausole speciali .....	434
2.7.	La disciplina sanzionatoria dell'assegno bancario .....	436
2.8.	L'assegno circolare .....	438
3.	Il bonifico: individuazione della fattispecie e della disciplina .....	440
3.1.	Il bonifico transfrontaliero .....	442

CAPITOLO XXXVII  
*Antonella Brozzetti*  
 BANCOMAT, PAGO BANCOMAT, CARTE DI CREDITO

1.	Premessa: alcuni profili generali relativi delle "carte di pagamento" .....	445
2.	Il servizio <i>Bancomat</i> e <i>Pago Bancomat</i> .....	448
3.	Le carte di credito: funzioni, struttura e tipologie .....	451
4.	Il quadro giuridico di riferimento, <i>de jure condito</i> e <i>de jure condendo</i> , per le carte di pagamento .....	457

**PARTE QUINTA**  
**VIGILANZA, CRISI**  
**E COMPOSIZIONE DELLE CONTROVERSIE**

*Sezione I*  
*La supervisione pubblica sull'attività delle banche*

CAPITOLO XXXVIII

*Concetta Brescia Morra*

LA VIGILANZA SULL'ATTIVITÀ DELLE BANCHE

1.	La supervisione pubblica sull'intermediazione bancaria e finanziaria. L'assetto delle autorità .....	469
2.	Le finalità della vigilanza nel Testo unico bancario .....	472
3.	La supervisione nel Testo unico bancario: vigilanza regolamentare, informativa e ispettiva .....	475
3.1.	La vigilanza «regolamentare» .....	475
3.2.	La vigilanza «informativa» .....	477
3.3.	La vigilanza «ispettiva» .....	478
4.	Finalità e controlli di trasparenza e correttezza sull'attività di intermediazione mobiliare .....	479
5.	I controlli sui profili concorrenziali dei contratti bancari .....	480

CAPITOLO XXXIX

*Francesco Moliterni*

LA SORVEGLIANZA SUI SISTEMI DI PAGAMENTO

1.	La simbiosi fra sorveglianza e sistema dei pagamenti .....	482
1.2.	Il governo della moneta ed il sistema dei pagamenti: il rischio sistemico .....	484
2.	Euro, sistema di pagamenti e sorveglianza: il rapporto fra SEBC e Banca d'Italia .....	486

CAPITOLO XL

*Alberto Urbani*

LA DISCIPLINA DI CONTRASTO  
DEL RICICLAGGIO E DELL'USURA

1.	La nascita e l'evoluzione della disciplina antiriciclaggio: accordi sovranazionali, direttive comunitarie, normativa nazionale .....	489
----	--	-----

2.	Il d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231 e la nuova disciplina nazionale antiriciclaggio .....	491
2.1.	I principi generali .....	492
2.2.	Le Autorità preposte al contrasto del riciclaggio .....	494
2.3.	I soggetti destinatari degli obblighi .....	495
2.4.	Gli obblighi di adeguata verifica della clientela .....	497
2.5.	Gli obblighi di registrazione .....	499
2.6.	La segnalazione di operazioni sospette .....	502
2.7.	Le limitazioni all'uso del contante e dei titoli al portatore: la c.d. canalizzazione delle operazioni .....	505
3.	La disciplina antiusura .....	508
3.1.	La questione della c.d. usurarietà sopravvenuta .....	511

## CAPITOLO XLI

*Leonardo Lacaia*

## LE SANZIONI

1.	Premessa .....	514
2.	Le singole fattispecie .....	515
2.1.	Pubblicità .....	515
2.2.	Controlli .....	516
3.	I soggetti attivi .....	517
4.	La risposta sanzionatoria .....	517
5.	Il procedimento di irrogazione .....	518

## CAPITOLO XLII

*Sido Bonfatti*

## CRISI DELLA BANCA E CONTRATTI BANCARI

1.	Premessa. La disciplina delle crisi delle banche .....	521
2.	Provvedimenti straordinari nei confronti di "banche autorizzate" e contratti bancari .....	522
3.	<i>Segue</i> : provvedimenti straordinari nei confronti di "banche comunitarie" .....	524
4.	Gestione provvisoria e contratti bancari .....	524
5.	Amministrazione straordinaria delle banche e contratti bancari .....	525
6.	Liquidazione coatta amministrativa della banca e contratti bancari. Premessa: disciplina fallimentare e disciplina concorsuale bancaria .....	527
7.	Liquidazione coatta amministrativa della banca senza autorizzazione alla continuazione dell'esercizio dell'impresa (o di singoli rami di azienda) .....	530
8.	Liquidazione coatta amministrativa della banca e autorizzazione alla	

	continuazione dell'esercizio dell'impresa (o di singoli rami d'azienda)	533
9.	Liquidazione coatta amministrativa della banca e "ripresa" dell'esercizio dell'impresa (o di singoli rami d'azienda) .....	536

**Sezione II**  
**Strumenti innovativi per la soluzione**  
**dei conflitti con la clientela**

CAPITOLO XLIII

*Mirella Pellegrini*

SISTEMI ALTERNATIVI

DI COMPOSIZIONE DELLE CONTROVERSIE BANCARIE

1.	Premessa .....	541
2.	Le A.D.R. in generale .....	543
3.	In particolare: l' <i>Ombudsman</i> ed il Conciliatore bancario .....	544
4.	La Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob .....	548
5.	<i>Segue</i> : ... e l'art. 128 <i>bis</i> t.u.b. ....	553
6.	Conclusioni .....	557

CAPITOLO XLIV

*Filippo Sartori*

LA *CLASS ACTION* IN AMBITO BANCARIO

1.	Introduzione. La sanzione civile e i rimedi risarcitori .....	561
2.	La <i>class action</i> statunitense .....	562
3.	La azione di classe: profili di disciplina .....	563
4.	Conclusioni .....	565

## CAPITOLO XXVII

### GLI STRUMENTI FINANZIARI DERIVATI

*Francesco Caputo Nassetti*

SOMMARIO: 1. Profili civilistici. - 2. Contratti derivati e strumenti finanziari derivati. - 3. Il ruolo degli strumenti finanziari derivati per le banche.

#### 1. Profili civilistici

I contratti «derivati» rappresentano un fenomeno finanziario nuovo iniziato nei primi anni '80 che ha visto un notevole sviluppo e diffusione, raggiungendo 592 mila miliardi di dollari (dati al 31 dicembre 2008, fonte Banca Internazionale dei Regolamenti).

Le fattispecie contrattuali sono numerose e variegate e sarebbe impossibile esaminarle in poche pagine (chi fosse interessato all'argomento, potrà avvalersi delle indicazioni bibliografiche riportate alla fine del capitolo).

Peraltro, da una esaustiva analisi delle fattispecie si può notare che vi sono alcune strutture negoziali che si ripetono, sebbene utilizzando parametri di riferimento e *nomina* diversi.

Tutte le fattispecie sono essenzialmente riconducibili a cinque prototipi.

Il primo è quello dello *swap* di pagamenti, cioè quel contratto in forza del quale le parti si obbligano ad eseguire reciprocamente dei pagamenti il cui ammontare è determinato sulla base di parametri di riferimento diversi. La causa è quella di scambio di obbligazioni di pagamento. Il valore positivo emerge dallo scambio in sè stesso o, meglio, lo scambio è il valore positivo, la ragion d'essere del contratto. Il contratto esaurisce la sua funzione con lo scambio dei flussi di pagamento e la causa tipica immanente che caratterizza questo contratto è appunto lo scambio dei pagamenti, che di per sè ha ragion d'essere ed ha una positiva funzione sociale. Il contratto è, pertanto, commutativo ed i motivi per i quali le parti contraggono sono irrilevanti ai fini della determinazione della fattispecie. Trattasi di un contratto atipico.

A tale prototipo sono riconducibili gli *swap* sugli interessi e sulle divise (*interest rate swap* e *interest rate and currency swap*), i *total rate of return*

*swap* tra i derivati di credito, i *total return equity swap*, siano essi con *cash* o *physical settlement*, i *return fund swap*, siano essi con *cash* o *physical settlement*. Inoltre, possono essere ricondotti a tale prototipo anche i *commodity swap* ed i *weather index swap* con pluralità di pagamenti, entrambi contratti che prevedono il pagamento di più differenziali nel tempo.

Il secondo prototipo è quello del contratto differenziale semplice, che può essere definito come il contratto mediante il quale una parte si obbliga a corrispondere, al termine stabilito, un importo pari alla differenza positiva tra a) il valore di un bene al tempo della conclusione del contratto e b) il valore dello stesso alla scadenza del contratto e contestualmente l'altra si obbliga a corrispondere allo stesso termine un importo pari alla differenza negativa tra gli stessi valori.

Al momento della conclusione del contratto non è certo quale delle due parti sarà tenuta ad eseguire la prestazione e l'ammontare della stessa risulta, di norma, incerto in quanto determinabile soltanto alla scadenza del contratto.

Sono riconducibili a questo prototipo gli *swap* domestici (*domestic currency swap*), i *fra* o *forward rate agreement*, i *financial future* su indici, i *financial future* su tassi di interesse, i *financial future* su azioni, gli *equity forward* con *cash settlement*, i *fund forward* con *cash settlement*, i *commodity forward* con *cash settlement*, i *weather index swap* con singolo pagamento, i *forward* su indici economici e i *credit spread swap*.

In queste fattispecie appare evidente che la volontà delle parti è quella di effettuare un pagamento differenziale e non sarebbe nemmeno possibile ricostruire diversamente la volontà contrattuale come modalità di esecuzione di un contratto di compravendita (nell'alveo del quale una dottrina ormai datata ha fatto ricadere il contratto differenziale semplice, togliendogli ogni autonomia giuridica). Si ricordi anche che lo *swap* domestico, tra l'altro, nasce dall'esigenza di superare un divieto normativo relativo alle compravendite a termine di divise.

Il terzo prototipo è quello del contratto in forza del quale una parte, verso pagamento di un premio, si obbliga a pagare all'altra una somma di denaro entro i limiti convenuti al verificarsi di certe variazioni di un parametro di riferimento. Si tratta di un contratto atipico ed aleatorio.

Sono riconducibili a questo prototipo i contratti di opzione sui tassi di interesse (*interest rate option*), i *commodity call, put* e *collar* tra i contratti derivati su merci, i *weather call, put* e *collar* tra i contratti derivati meteorologici, i *credit default swap* tra i contratti derivati di credito e le *economic call* o *put option* tra i derivati su indicatori economici.

Il quarto prototipo è quello tipico della compravendita e cioè lo scambio di bene contro prezzo. La causa è commutativa. Sono riconducibili a questo



prototipo i *financial future* su titoli di stato e su titoli obbligazionari, i *financial future* su merci, gli *equity forward* con *physical settlement*, i *fund forward* con *physical settlement* e i *commodity forward* con *physical settlement*, quali i contratti derivati su metalli preziosi ed energie. Alla *causa vendendi* va collegato anche il contratto di cessione delle quote di tolleranza delle emissioni di gas con effetto serra (*EU emissions allowance transactions*).

Il quinto ed ultimo prototipo è quello tipico del contratto di opzione e cioè quel contratto in forza del quale una parte rende irrevocabile la propria proposta. Alla controparte spetta il diritto di concludere, o meno, un secondo contratto che può essere uno dei contratti elencati in precedenza. La causa è commutativa. Sono riconducibili a questo prototipo le opzioni su *swap*, su titoli, su divise, su indici, le *equity option*, le *fund option*, le *commodity option*, i *credit spread option* e le opzioni su *asset swap*.

Si noti che i termini inglesi utilizzati per indicare le fattispecie sono spesso portatori di confusione. Infatti, si usa il termine «*swap*» non solo per le fattispecie riconducibili al primo prototipo, ma anche per contratti differenziali appartenenti al secondo prototipo (ad es., i *weather index swap* con singolo pagamento) o al terzo prototipo (ad esempio, i *credit default swap*). Parimenti, si usa il termine «*option*» sia per indicare i contratti di opzione veri e propri, cioè quei contratti con cui si rende irrevocabile la proposta, sia per diversi contratti appartenenti al terzo prototipo, quali le *interest rate option*, i *commodity call, put e collar* tra i contratti derivati su merci, i *weather call, put e collar* e le *economic call o put option* tra i derivati su indicatori economici. Ancora, i contratti appartenenti al terzo prototipo - a dispetto del *nomen* - non hanno alcun elemento di opzionalità e non conferiscono - a differenza dei contratti di opzione - alcun diritto ad una parte di concludere un secondo ed eventuale contratto.

I contratti derivati si perfezionano nel momento in cui colui che ha fatto la proposta viene a conoscenza dell'altrui accettazione. Trattasi cioè di contratti *consensuali*. Normalmente le parti negoziano i termini del contratto e lo concludono al telefono. Segue a breve distanza temporale una conferma scritta per telex, facsimile o email che contiene tutti gli estremi dell'operazione. La formalizzazione attraverso la firma di un documento avviene, di norma, nei giorni successivi. La forma scritta non è richiesta né *ad substantiam* né *ad probationem*, salvo nei rapporti tra intermediari finanziari ed il pubblico nell'ambito della prestazione di servizi di investimento, per i quali la forma scritta è prevista a pena di nullità (art. 23 t.u.f.: v. *supra*, cap. XXV). La prova della conclusione può essere data in qualsiasi forma (salvo naturalmente quando la forma scritta è richiesta a pena di nullità).

I contratti derivati sono contratti ad *effetti obbligatori*, in quanto le parti si impegnano reciprocamente ad eseguire pagamenti futuri (ed in certi casi anche consegne future), e sono contratti a titolo *oneroso*.

I contratti derivati comportano l'assunzione di rischi di credito per importi notevoli — anche nel caso si tratti di importi differenziali — o per durate non brevi. Le condizioni a cui viene concluso il contratto tengono conto o sono influenzate dallo *standing creditizio* delle parti: una società con un elevato *rating* ottiene condizioni migliori rispetto ad una società che abbia un *rating* inferiore. Esiste sempre un interesse che induce a scegliere una parte piuttosto che un'altra e ciò in funzione della propensione al rischio o al guadagno di ogni contraente. Si può, pertanto, ritenere che, essendo la persona in concreto delle parti un elemento essenziale, i contratti derivati siano contratti *ab intuitu personae*, al pari di altri contratti di credito. A conclusione contraria si giunge nel caso del compratore dell'opzione, in quanto, una volta pagato il premio al momento della conclusione del contratto, non esistono obbligazioni del compratore se il secondo contratto è un contratto differenziale. Qualora il secondo contratto non sia un contratto differenziale potranno sorgere in capo al compratore dell'opzione obbligazioni per l'assunzione delle quali la qualità della parte diviene rilevante. Da qui consegue, ad es., la incedibilità del contratto (è fatto ovviamente salvo l'accordo delle parti).

Ai contratti derivati non è applicabile l'art. 1933 c.c., vuoi perché ciò è espressamente previsto per quei contratti derivati che rientrano nella definizione di «*strumenti finanziari derivati*» (art. 23, co. 5, t.u.f.), vuoi perché alcuni contratti derivati sono commutativi o, infine, perché anche i contratti derivati da considerarsi aleatori hanno una causa meritevole di piena tutela da parte dell'ordinamento giuridico.

Veniamo ora agli aspetti di disciplina fallimentare dei contratti derivati, limitandoci a segnalare che il fallimento produce lo scioglimento del contratto derivato la cui scadenza sia posteriore alla dichiarazione di fallimento. Tale affermazione vale sia per i contratti derivati che sono qualificati come strumenti finanziari derivati e per i quali l'applicazione dell'art. 76 l.fall. avviene in base all'art. 203 t.u.f., sia per i contratti derivati che non sono annoverabili tra gli strumenti finanziari grazie al procedimento di applicazione analogica dell'art. 76 l.fall.

## 2. Contratti derivati e strumenti finanziari derivati

Tutti i contratti sopra elencati sono considerati, dal punto di vista economico, «contratti derivati».

Il quesito da porsi è se i contratti derivati così individuati costituiscano anche una categoria giuridica, la quale, tra l'altro sarebbe una categoria nuova e diversa da quella già ben nota nel diritto civile con lo stesso *nomen*, relativa al contratto – detto subcontratto – che discende e dipende da un altro contratto concluso separatamente.

La risposta appare essere negativa, in quanto il legislatore non fornisce una definizione della categoria né, in realtà, la presuppone.

Una definizione di «contratto derivato con titolo sottostante» o «senza titolo sottostante» è offerta dalla Banca d'Italia (Regolamento 2 luglio 1991, titolo V, capo I, art. 49) che definisce il primo come «il contratto a termine su strumenti finanziari collegati a valori mobiliari» ed il secondo come il «contratto a termine su strumenti finanziari collegati a tassi di interesse, a valute e a indici su valori mobiliari, su tassi di interesse e su valute».

Appare chiaro che tali definizioni mal si attagliano alla eterogeneità delle fattispecie analizzate, e ciò per più motivi.

*In primis*, si può affermare che tutti i prototipi di contratti derivati che abbiamo visto sono contratti a termine. Ma tale affermazione non è sufficiente ad individuarne la categoria, in quanto il termine è soltanto una caratteristica comune ai contratti derivati al pari di essere, ad es., contratti consensuali.

*In secundis*, il concetto di valore mobiliare è stato superato da quello di strumento finanziario e, pertanto, la prima definizione andrebbe riletta come «contratti a termine su strumenti finanziari» oppure «contratti a termine collegati a strumenti finanziari». La conseguenza sarebbe che anche una semplice vendita a termine di un titolo di Stato o di una azione sarebbe un «contratto derivato», il che appare ampliare il campo della definizione in maniera eccessiva.

La seconda definizione, invece, appare troppo ristretta, in quanto lascerebbe fuori i contratti derivati meteorologici, gli *economic derivatives*, i *commodity derivatives*, i *freight derivatives*, i *real estate derivatives*, ecc...

La Banca d'Italia offre anche una definizione di «prodotti derivati» intesi come «i contratti che insistono su elementi di altri schemi negoziati, quali i titoli, valute, tassi di interesse, tassi di cambio, indici di borsa ecc. Il loro valore deriva da quello degli elementi sottostanti. Costituiscono prodotti derivati ad esempio i futures, le options, gli swaps, i forward rate agreements» (Circolare 23 giugno 1994, sez. I, co. 2).

Anche in questo caso la definizione non appare soddisfacente, in quanto esclude quei contratti derivati che non insistono «su elementi di altri schemi negoziati», quali i derivati meteorologici, gli *economic derivatives*, dato che è indubbio che un giorno di pioggia o il numero dei disoccupati non sono elementi di uno schema negoziale. Inoltre, un contratto di *interest rate and*

*currency swap* nel quale sono determinati al momento della conclusione del contratto tutte le somme dovute dalle parti è un contratto che non insiste su alcun elemento di altri schemi negoziali e non richiede l'utilizzo di altri parametri per determinare le obbligazioni delle parti.

Inoltre, non si deve confondere la definizione di «contratto derivato» con quella di «strumenti finanziari derivati» di cui all'art. 1 t.u.f.

Innanzitutto, certamente non tutti i contratti derivati sono strumenti finanziari derivati. La definizione legislativa di questi ultimi in vigore fino al 17 settembre 2007 (data in cui la definizione è stata aggiornata con d.lgs n. 164) non comprende numerose fattispecie di contratti derivati utilizzati nei mercati finanziari. Basti, al proposito, citare i contratti derivati su indici economici, i contratti derivati meteorologici, i *credit derivatives* che hanno come obbligazione di riferimento un prestito bancario, i *real estate derivatives*, i *freight derivatives*, ecc. Si deve però avere presente che il Ministro dell'economia e delle finanze può individuare, con apposito regolamento, nuove categorie di strumenti finanziari ai sensi del quinto comma dell'art. 18 t.u.f. e, quindi, le fattispecie oggi escluse dalla definizione di strumenti finanziari derivati potrebbero rientrarvi in futuro.

Se da un lato non tutti i contratti derivati sono strumenti finanziari derivati, è altrettanto vero il contrario e cioè che non tutti gli strumenti finanziari derivati sono contratti derivati.

Ad esempio, un contratto di scambio a pronti e a termine su valute (art. 1, co. 2, lett. g), t.u.f.) non è considerato un contratto derivato, essendo una tradizionale operazione in cambi.

Inoltre, l'elencazione di strumenti finanziari derivati contiene fattispecie che la pratica degli affari non conosce. Ad esempio, non esiste un «contratto di scambio a pronti e a termine su tassi di interesse», dove la congiunzione «e» comporta che il contratto preveda due scambi, uno iniziale ed uno a termine. Ugualmente non appare che esistano «contratti di scambio a pronti e a termine su merci o su indici azionari», che erano erroneamente indicati con l'inciso tra parentesi «*equity swaps*» nella definizione ante 17 settembre 2007.

I contratti derivati sono rappresentati da cinque prototipi principali, ai quali sono riconducibili la quasi totalità delle fattispecie in uso nei mercati finanziari. Due prototipi sono contratti tipici (compravendita e contratto di opzione), mentre i rimanenti tre sono contratti atipici. Il perimetro dei contratti derivati è in continua evoluzione.

Al fine di individuare una definizione di contratto derivato, quantomeno dal punto di vista finanziario prima che giuridico, è necessario mettere in evidenza una o più caratteristiche che dovrebbero accomunare i cinque prototipi.

Tale caratteristica non sembra essere di natura legale, in quanto i prototipi non hanno elementi strutturali comuni.

Né la caratteristica appare legata all'oggetto o al parametro di riferimento, in quanto detti parametri spaziano dalla giornata di sofe del *weather derivative* al cacao, dall'indice di borsa al prodotto nazionale lordo di una nazione.

Si presenta in un certo qual modo la stessa problematica affrontata in passato dalla dottrina in merito alla definizione del contratto di borsa.

Secondo una corrente di pensiero, un contratto può definirsi di borsa solo quando i contraenti si avvalgano degli organi della borsa. Secondo un'altra opinione sono qualificabili come contratti di borsa le compravendite ed i riporti conclusi in borsa tramite l'intervento di un agente di cambio, nonché gli altri contratti, pur non conclusi in borsa, stipulati tramite un agente di cambio o un istituto di credito iscritto nell'apposito albo tenuto presso la Banca d'Italia, in quanto assoggettati per volontà delle parti o della legge alla disciplina propria dei contratti conclusi in borsa. Una terza opinione, ricavata dal complesso delle fonti normative che regolano l'attività di borsa (leggi, regolamenti speciali e, soprattutto, usi di borsa), ricomprende ogni contratto relativo alla negoziazione di titoli o valori, che sia dotato dei seguenti requisiti: avere per oggetto titoli o valori genericamente determinati, essere il contratto a termine, essere regolato preventivamente il procedimento per l'esecuzione, o per la proroga, degli obblighi assunti, con riferimento al particolare meccanismo previsto per le borse. Altra opinione è quella secondo cui i contratti di borsa sono «quei contratti conclusi secondo la tecnica del commercio di borsa, e destinati (normalmente) a consentire il trasferimento di una determinata quantità di titoli non ancora individuati, per i quali consegna e pagamento sono differiti ad una scadenza (uniforme) predeterminata». Altra opinione ancora consiste nel ritenere contratti di borsa tutti quei contratti che sostanzialmente riproducono «i modelli presenti nella realtà della borsa, che qualificano e caratterizzano la contrattazione».

Orbene, prendendo spunto da tale dibattito dottrinale, si potrebbe cercare di individuare la caratteristica dei contratti derivati nella presenza di un intermediario finanziario. Ma tale criterio non sarebbe sufficiente in quanto i contratti derivati possono essere conclusi tra soggetti qualsiasi.

La riserva di attività prevista dall'art. 18 t.u.f., a favore delle imprese di investimento e delle banche è limitata all'esercizio professionale nei confronti del pubblico delle negoziazioni su strumenti finanziari derivati.

Altro criterio potrebbe individuarsi nel fatto che l'ammontare della prestazione deriva da un bene (titolo, merce, ecc..) estraneo al contratto e che si pone come parametro di riferimento del contratto. Ma anche tale criterio non soddisfa, in quanto esclude numerose fattispecie nelle quali tutte le prestazioni sono determinate nel loro ammontare al momento della conclusione del contratto. Si pensi, infatti, ad un *interest rate and currency swap* nel quale entrambe le parti pagano un tasso fisso, ad un *commodity forward* su metalli

preziosi o ad uno qualsiasi dei contratti di opzione appartenenti al quinto prototipo sopra descritto.

Né varrebbe obiettare affermando che la “derivazione” si può materializzare non solo nella determinazione dell’ammontare di una prestazione, ma anche nella valorizzazione del contratto, cioè nella attribuzione del valore di sostituzione dello stesso. Tale criterio, infatti, è comune a qualsiasi contratto a prestazioni corrispettive a termine e non è una peculiarità esclusiva dei contratti derivati finanziari.

Inadeguato sarebbe anche il criterio basato sulla disciplina prevista dal Testo unico della finanza applicabile agli strumenti finanziari derivati, in quanto abbiamo visto che non solo i due concetti – contratto derivato e strumento finanziario derivato – non sono coincidenti, ma anche che tale disciplina si applica soltanto a quei contratti derivati *a)* che siano strumenti finanziari derivati e *b)* che siano negoziati all’interno di un servizio di investimento reso professionalmente e al pubblico.

Altrettanto non convincente sarebbe il criterio basato sulla documentazione contrattuale standardizzata in uso nei mercati finanziari, in quanto esiste la più ampia libertà nella scelta della documentazione contrattuale al punto da potersi concepire, in teoria, anche un contratto derivato verbale legalmente vincolante.

In realtà, sembra mancare una caratteristica strutturale che accomuni tutti i contratti derivati o i cinque prototipi ai quali essi sono riconducibili.

Vani e non convincenti si sono dimostrati i tentativi di offrire una definizione giuridica unitaria del contratto derivato a volte assumendo erroneamente il differenziale quale oggetto tipico del contratto – che manca del tutto in diverse fattispecie – o un presunto effetto leva – che è un effetto che può essere introdotto nel contratto dalle parti senza incidere sulla struttura del negozio – o una presunta atipicità – che è del tutto assente nei casi di contratti tipici, quali la compravendita a termine di beni o il contratto di opzione *ex art. 1331 c.c.*

La compravendita a termine di titoli di stato effettuata attraverso un *financial future* o la compravendita a termine di metalli preziosi (*commodity forward*) o la cessione di *EU emission allowance* (cioè la cessione di un diritto) sono considerati, dal punto di vista finanziario, contratti derivati pur essendo contratti tipici (*causa vendendi*).

In definitiva, sembra doversi concludere che sono «contratti derivati» quei contratti che il mercato finanziario considera tali, accettando l’impossibilità di individuare una definizione giuridica della categoria. Si tratta di una categoria finanziaria dai confini incerti ed in continua evoluzione.

*Mutatis mutandis*, la stessa definizione di «strumenti finanziari derivati» contenuta nell’art. 1 l.u.c. (modificata con d.lgs. 17 settembre 2007, n. 164),

d'altronde non offre una definizione della categoria, ma si limita all'elencazione di caratteristiche di alcune tipologie di contratti o, in altre parole, ad una descrizione di una sorta di quattro prototipi, (contratti di scambio definiti con il termine «*swap*», contratti differenziali, contratti a termine e contratti di opzione), mischiata alla elencazione di fattispecie, quali, ad es., i contratti derivati di credito. Elencazione e descrizione, tra l'altro, non esaustive della categoria finanziaria dei contratti derivati.

Pertanto, non rimane che definire, dal punto di vista giuridico, «strumento finanziario derivato» quel contratto definito come tale dal Testo unico della finanza, senza poter individuare caratteristiche strutturali comuni alle diverse fattispecie.

In conclusione ed in estrema sintesi, la conseguenza dell'inclusione di una fattispecie nell'elencazione dell'art. 1, t.u.f. ha due importanti effetti: *a)* la riserva di attività professionale e nei confronti del pubblico a soggetti qualificati e *b)* l'applicazione di una specifica ed articolata disciplina che consiste, ad es., nel requisito della forma scritta dei contratti a pena di nullità relativa, nell'obbligo generale di correttezza, diligenza e trasparenza nell'interesse dei clienti e dell'integrità dei mercati, in obblighi generali di acquisire informazioni necessarie dai clienti e di operare in modo che siano sempre adeguatamente informati. Per un esame di tale disciplina si rimanda al precedente capitolo.

### 3. Il ruolo degli strumenti finanziari derivati per le banche

Gli strumenti finanziari derivati hanno assunto un ruolo importante nell'attività bancaria. Non solo essi rappresentano una categoria di prodotti offerti alla propria clientela, ma sono ampiamente utilizzati per la gestione dell'attivo e del passivo del bilancio della banca e per la gestione dei rischi (sui tassi di interesse, di credito, ecc.). Vengono anche utilizzati come strumenti per prendere posizioni speculative ai fini di profitto (attività di *trading*).

La Banca d'Italia ha stabilito un obbligo di informazione esaustiva nei bilanci bancari in merito all'utilizzo degli strumenti derivati che, di norma, vengono contabilizzati tra i conti d'ordine.

#### INDICAZIONI BIBLIOGRAFICHE ESSENZIALI

MORI, *Swap - una tecnica finanziaria per l'impresa*, Padova, 1990; CAPUTO NASSETTI-FABBRI, *Trattato sui contratti derivati di credito*, Milano, 2001; GIRINO, *I contratti derivati*, Milano, 2001, p. 12; PAGNONI, *Contratti di swap*, in *I contratti del mercato finanziario*, in *Tratt. dei contratti*, diretto da Rescigno e Gabrielli E.,

Torino, 2004; CAROZZI, *Swap*, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, a cura di Cendon, Torino, 2004; CAPUTO NASSETTI, *I contratti derivati finanziari*, Milano, 2007.

Con riferimento al dibattito dottrinale sui contratti di borsa, cui si accenna nel testo, v. MESSINEO, *Il contratto di borsa per contanti*, in *Operazioni di borsa e di banca*, Milano, 1954, p. 5; DALMARTELO, *Adempimento e inadempimento nel contratto di riporto*, Milano, 1955, p. 91 ss.; BIANCHI D'ESPINOSA, *Il contratto di borsa. Il riporto*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.* fondato da Cicu e Messineo, Milano, 1969, p. 147 ss; SERRA, *I contratti di borsa a premio*, Milano, 1971, p. 79; FERRI G., *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1982, p. 512.