



UNICA

UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI CAGLIARI

DOTTORATO DI RICERCA IN

SCIENZE GIURIDICHE

Ciclo XXXV

**GLI INTERESSI NEGATIVI NEL SISTEMA DEI CONTRATTI DI
FINANZIAMENTO**

Settore scientifico-disciplinare di afferenza

IUS/05 – Diritto dell'economia

Presentata da	Dott. Francesco Sabiu
Supervisore	Chiar.ma Prof.ssa Rossella Fadda
Co-supervisore	Chiar.mo Prof. Paoloefisio Corrias

Esame finale anno accademico 2021/2022
Tesi discussa nella sessione d'esame di aprile 2023

In memoria di Ugo e Giovanni.

Esprimo un sincero ringraziamento al Prof. Paoloefisio Corrias e alla Prof.ssa
Alessandra Camedda per il costante supporto e i preziosi suggerimenti.

INDICE

INTRODUZIONE.....	1
CAPITOLO PRIMO.....	3
LA CAUSA NEI CONTRATTI DI FINANZIAMENTO.....	3
1. <i>Polisemia del termine finanziamento nel quadro del diritto positivo.</i>	3
2. <i>L'evoluzione del concetto di causa del contratto.</i>	13
3. <i>Un inquadramento generale delle tesi sul contratto di finanziamento.</i>	19
4. <i>La causa di finanziamento.</i>	23
5. <i>La categoria dei contratti di credito.</i>	30
6. <i>Il sistema «elastico» dei contratti di finanziamento. La rilevanza causale del soggetto e del corrispettivo.</i>	38
CAPITOLO SECONDO.....	46
IL TASSO DI INTERESSE NEI CONTRATTI DI FINANZIAMENTO.....	46
1. <i>Brevi cenni sul regime degli interessi nelle obbligazioni pecuniarie: classificazioni generali.</i>	46
2. <i>La distinzione tra interessi corrispettivi e moratori e la rilevazione dell'usura in base ai tassi soglia.</i>	50
2.1. <i>I criteri di accertamento dell'usura degli interessi moratori.</i>	52
2.2. <i>Brevi cenni sulla soluzione accolta dalle Sezioni Unite.</i>	56
3. <i>La clausola di interessi nei contratti di finanziamento.</i>	57
3.1. <i>Piani di ammortamento.</i>	58
3.2. <i>La determinazione per relationem del tasso di interesse.</i>	61
3.3. <i>La struttura del tasso variabile.</i>	62
3.4. <i>L'andamento in negativo degli indicatori finanziari di riferimento.</i>	63
4. <i>Le clausole floor, cap e collar.</i>	66
4.1. <i>La clausola floor nei contratti di finanziamento con i consumatori. Il giudizio di vessatorietà.</i>	68
4.2. <i>La tesi del floor come derivato implicito.</i>	71
4.2.1. <i>Osservazioni critiche.</i>	75
CAPITOLO TERZO.....	82
CONTRATTI DI FINANZIAMENTO E TASSI DI INTERESSE NEGATIVI.....	82
1. <i>I tassi negativi nei rapporti tra banche e banche centrali.</i>	82
2. <i>L'ordinamento italiano conosce i tassi negativi.</i>	88
3. <i>L'inversione dei tassi interesse nei contratti di finanziamento. Premesse metodologiche.</i>	89
4. <i>Il dibattito sulla configurabilità degli interessi negativi nei contratti di finanziamento.</i>	93
4.1. <i>Le ragioni del dibattito.</i>	93
4.2. <i>La tesi dell'ammmissibilità.</i>	96
4.2.1. <i>La soluzione accolta dall'Arbitro Bancario e Finanziario.</i>	99
4.3. <i>La tesi dell'ammmissibilità.</i>	100
4.3.1. <i>Le soluzioni dell'autonomia negoziale.</i>	102
5. <i>Clausole di indicizzazione degli interessi tra corrispettività e alea nei contratti finanziamento.</i> ..	104

5.1. <i>Interessi negativi e corrispettività dei contratti di finanziamento onerosi.</i>	104
5.2. <i>Interessi negativi e alea (in senso economico) dei contratti di finanziamento onerosi.</i>	109
5.3. <i>Interessi negativi e ordinamento bancario.</i>	113
6. <i>Ammissibilità in astratto dell'inversione del tasso di interesse.</i>	115
6.1. <i>Gli interessi negativi nei contratti commutativi.</i>	117
6.2. <i>Gli interessi negativi nel contesto di un contratto aleatorio.</i>	124
CAPITOLO QUARTO.....	129
I TASSI DI INTERESSE NEGATIVI IN UNA PROSPETTIVA RIMEDIALE.....	129
1. <i>Considerazioni introduttive.</i>	129
2. <i>La clausola zero floor alla prova dei tassi negativi.</i>	130
2.1. <i>Zero floor e componente variabile del tasso di interessi. Il ius variandi bancario.</i>	130
2.2. <i>Zero floor e tasso di interesse «finito».</i>	134
2.3. <i>La comunicazione della Banca d'Italia. Questioni aperte.</i>	136
3. <i>I tassi negativi nel prisma dei rimedi ordinamentali.</i>	137
3.1. <i>La nullità: esclusione.</i>	138
3.2. <i>La presupposizione.</i>	139
3.3. <i>La risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta.</i>	142
3.4. <i>L'adeguamento del contratto.</i>	144
3.4.2. <i>La rinegoziazione del contratto di finanziamento con tassi negativi.</i>	149
3.4.3. <i>L'adeguamento del contratto per impossibilità parziale o temporanea della prestazione.</i>	154
3.4.4. <i>La rideterminazione del contratto squilibrato dalla negatività dei tassi: osservazioni critiche e proposte costruttive.</i>	157
4. <i>Prospettive di sintesi e considerazioni conclusive.</i>	164
BIBLIOGRAFIA.....	170

INTRODUZIONE

In considerazione del livello piuttosto basso, e talora neanche negativo, che i tassi interbancari hanno assunto nel recente passato, non sono stati rari nella prassi i casi in cui il saggio variabile indicizzato a tali parametri, accluso a un contratto di finanziamento, sia divenuto a sua volta di segno negativo.

Il presente studio si propone di analizzare quest'ultimo fenomeno, in quanto avente una portata potenzialmente eversiva della logica che tradizionalmente governa i contratti di finanziamento, caratterizzata dagli assiomi della remuneratività per chi effettua il prestito e dell'onerosità in capo a chi lo riceve.

A tal riguardo, si è ritenuto di dover procedere, in via preliminare, ad un'analisi ricognitiva dei principali tratti strutturali e funzionali dei contratti di finanziamento, ripercorrendo le linee evolutive di questi ultimi alla luce delle principali posizioni della dottrina e della giurisprudenza. Assumendo come angolo privilegiato di osservazione quello della causa contrattuale, si perverrà a delineare una categoria dai contorni elastici, in cui sono riconducibili non soltanto i contratti di credito in senso stretto, ma altresì tutte quelle operazioni preordinate a perseguire una funzione sostanzialmente analoga alla *causa credendi*. La natura corrispettiva e onerosa, pur non essendo un carattere imprescindibile di tutte le figure negoziali in questione, non è comunque avulsa dalla concreta causa di finanziamento.

In seconda battuta ci si concentrerà sull'eterogenea figura degli interessi, segnalandone i caratteri essenziali e marcando la distinzione, al suo interno, tra gli interessi derivanti dalla *mora debendi* e quelli c.d. corrispettivi. Le divergenze, che riguardano in particolare i profili funzionali, emergono anche nella materia dell'usura, nonostante un recente orientamento giurisprudenziale abbia riconosciuto una parziale parificazione di trattamento tra le due categorie. Soffermandosi sul funzionamento del tasso variabile, poi, lo scritto affronterà il tema della discesa del parametro indicizzato, tale da erodere – almeno potenzialmente – anche l'eventuale componente fissa del medesimo saggio contrattuale. In quest'ottica si analizzeranno, altresì, i profili di legittimità delle pattuizioni (*i.e.* le clausole *floor*) suscettive di limitare la discesa del tasso variabile, garantendo un margine minimo di remuneratività per il finanziatore.

Il quadro così tracciato risulterà propedeutico all'esame dei principali ostacoli concettuali all'ammissibilità degli interessi negativi, da rinvenirsi principalmente nella causa di finanziamento onerosa e nel principio di corrispettività, nonché nella clausola generale di sana e prudente gestione dell'impresa bancaria. Per di più, valorizzando il ruolo dell'autonomia dei privati nella distribuzione dell'alea contrattuale, si sottoporrà al vaglio dei principi dell'ordinamento una soluzione di compromesso tra la teoria dell'irrilevanza del capovolgimento dei tassi finanziari e quella che riconosce agli interessi negativi una piena ammissibilità.

L'indagine volgerà infine verso l'individuazione delle tecniche rimediali esperibili dal finanziatore a fronte di un tasso divenuto negativo, quando una simile sopravvenienza non rientri nell'alea normale del contratto.

CAPITOLO PRIMO

LA CAUSA NEI CONTRATTI DI FINANZIAMENTO

1. Polisemia del termine finanziamento nel quadro del diritto positivo.

Nel lessico legislativo il termine «finanziamento» assume una valenza polisemica, essendo utilizzato per lo più in maniera atecnica¹.

Il vocabolo figura con significati differenti in particolare nel codice civile e nel testo unico bancario (di qui in avanti anche «t.u.b.»)², che rappresentano due plessi normativi paradigmatici per lo studio della materia.

Per ciò che concerne l'ambito bancario, il sostantivo in passato veniva utilizzato in un'accezione diversa rispetto al presente. Nel sistema previgente esso compariva nell'ambito delle leggi sui crediti speciali e agevolati col significato di credito di scopo. Nessun riferimento al lemma in questione, invece, era contenuto nella legge bancaria del 1936, che utilizzava le forme lessicali «credito» o «fido» per epitetare i negozi astrattamente rientranti nella figura³.

Nella vigente regolamentazione bancaria le voci «finanziamento» o «finanziario» (attributo, questo, spesso preceduto da sostantivi quali «sostegno» o, se la forma è femminile, «dotazione») si riferiscono invece a fattispecie proteiformi: l'oggetto del credito fondiario (art. 38), del credito alle opere pubbliche (art. 42), nonché di quello agrario e peschereccio (art. 43); le sovvenzioni nei confronti dell'impresa (artt. 46 e 48-*bis*)⁴ e quelle prestate a condizioni agevolate, qualunque siano i destinatari (art. 47); le forme di sostegno finanziario tra società appartenenti a un gruppo bancario (art. 69-*duodecies*); i contributi dovuti dalle banche «per costituire la dotazione finanziaria dei sistemi di garanzia» (art. 96); il microcredito (art. 111); gli interventi di finanza etica e sostenibile (art. 111-*bis*).

¹ Lo rileva G. FALCONE, *Privilegio ex art. 9 d.lgs. n. 123 del 1998 e natura polisemica della nozione di «finanziamento»* (nota a Cass., 30 gennaio 2019, n. 2664), in *Banca borsa tit. cred.*, 2021, IV, p. 563 ss.

² D.lg. del 1° settembre 1993, n. 385, recante il t.u. delle leggi in materia bancaria e creditizia, emanato in attuazione della direttiva n. 1989/646/CE del 15 dicembre 1989.

³ Cfr. C. BRESCIA MORRA, *Finanziamento e partecipazione all'impresa. Profili evolutivi*, Napoli, 2008, pp. 72-73.

⁴ R. COSTI, *Manuale di diritto bancario*, 5ª ed., Bologna, 2012, p. 497, mette in luce, in prospettiva storica, che a differenza del credito agrario, che continuava ad essere strutturato come finanziamento di singole operazioni, il credito nei confronti di imprenditori esercenti un'attività industriale si era sviluppato sempre più come finanziamento nei confronti dell'impresa in quanto tale piuttosto che di singole operazioni.

In alcune di queste disposizioni il finanziamento si connota per la presenza di un vincolo di scopo: è il caso, ad esempio, degli artt. 42 e 43, in ossequio ai quali la somma prestata è destinata, rispettivamente, alla realizzazione di un'opera pubblica o di impianti di pubblica utilità e allo svolgimento di un'attività agricola e zootecnica ovvero di pesca e acquacultura (o altre attività accessorie o connesse a queste); dell'art. 111, in materia di microcredito, in cui si prescrive, in deroga alla riserva soggettiva di cui all'art. 106⁵, che il finanziamento possa essere concesso da soggetti diversi dagli intermediari finanziari purché diretto a finanziare «l'avvio o l'esercizio di attività di lavoro autonomo o di microimpresa»⁶.

Nelle ulteriori disposizioni prevalgono accezioni svincolate dall'obbligo di destinazione, come nel caso del credito fondiario e di quello alle imprese, quest'ultimo caratterizzato dalla possibilità di costituire un privilegio speciale in favore della banca; entrambe le forme creditizie sono inoltre contrassegnate – ai sensi rispettivamente degli artt. 38 e 46 – dalla durata medio-lunga del contratto. In altre ipotesi il finanziamento rileva per l'agevolazione che il legislatore connette ad esso; nel qual caso è sancita dall'art. 47 la piena applicabilità delle leggi di agevolazione.

Le norme sin qui citate, malgrado le richiamate differenze, sembrano legate da un denominatore comune: il finanziamento è inteso quale sinonimo di contratto di credito⁷, come si evince talora dalla rubrica delle norme (artt. 38 e 43), talaltra da questa e dai limiti quantitativi del suo oggetto, aventi natura prettamente pecuniaria (art. 111) ovvero dal riferimento a una

⁵ L'analisi della norma sarà esposta *infra*.

⁶ A cagione della richiamata efficacia derogatoria della riserva di attività finanziaria in favore degli intermediari finanziari iscritti all'apposito albo, l'art. 111, comma 1, t.u.b. prescrive condizioni stringenti per l'esercizio del microcredito. Due di queste hanno natura soggettiva: il finanziamento può essere concesso solo da soggetti iscritti in un apposito elenco; i suoi destinatari possono essere esclusivamente persone fisiche, società di persone, società a responsabilità limitata semplificata *ex* art. 2463-*bis* c.c. o associazioni cooperative. Gli ulteriori requisiti hanno carattere oggettivo: l'importo finanziato non deve essere superiore a euro 75.000,00 e non deve essere assistito da garanzia reale; l'operazione, lungi dall'aver carattere meramente economico, deve essere affiancata da servizi accessori di assistenza e monitoraggio dei servizi finanziati. In deroga a quanto previsto dal comma 1, il comma 1-*bis* del citato art. 111 sancisce che gli iscritti al prefato elenco «possono concedere finanziamenti a società a responsabilità limitata» per un importo maggiore, ma comunque non superiore ad euro 100.000,00, quand'anche assistiti da garanzia reale.

⁷ L'ordinamento non contiene una definizione di contratto di credito. Secondo un'opinione consolidata in dottrina, tuttavia, la fattispecie sussiste quando «ricorra da un lato l'attribuzione di una determinata quantità di denaro a favore del sovvenuto, e dall'altro l'obbligo di quest'ultimo di restituire dopo un certo tempo il *tantundem*» (G. DE NOVA, *Il contratto di leasing*, 2^a ed., Milano, 1985, p. 21).

determinata categoria di crediti speciali (artt. 46 e 47)⁸. Nelle norme che disciplinano i contratti che le banche stipulano coi consumatori, inoltre, vengono adoperati in maniera fungibile riferimenti all'attività finanziaria e a quella creditizia⁹.

⁸ La natura creditizia dei finanziamenti alle imprese può desumersi da una considerazione storica: l'art. 46 affonda le proprie radici nelle norme che disciplinavano il credito nei confronti dell'industria e del commercio (cfr., per tutti, R. COSTI, *Manuale*, cit., p. 491 ss., che considera la previsione «una razionalizzazione dell'esistente»).

Passando all'esame dei conferimenti agevolati, v. G. FAUCEGLIA, *I contratti di finanziamento con clausola di agevolazione*, in V. BUONOCORE e A. LUMINOSO (a cura di), *Contratti d'impresa*, Milano, 1993, p. 1318 ss., che, in materia di aiuti finanziari pubblici, individua «tre figure ormai "tipiche" di finanziamento: a) la *sovvenzione*, cioè l'erogazione di denaro da parte della p.a., per un fine determinato e senza obbligo di restituzione; b) il *finanziamento pubblico agevolato*, cioè l'erogazione di denaro da parte della p. a. per un fine determinato e con un obbligo di restituzione, nonché con l'obbligo ulteriore di pagare interessi, a tasso inferiore a quello di mercato; c) il *finanziamento bancario agevolato*, cioè il contratto di credito assistito da un contributo in conto interessi da parte della p. a.» (corsivi dell'a.). Vale la pena osservare, per inciso, che il finanziamento agevolato di cui all'art. 47 t.u.b. potrebbe rientrare nell'ultima ipotesi della classificazione proposta. L'a., peraltro, nel distinguere tra la nozione di «finanziamento» e quella di «contratti di credito», annovera in quest'ultima il «solo mutuo e [i] contratti bancari corrispondenti alle cosiddette operazioni attive»; in coerenza a ciò, qualifica il finanziamento bancario agevolato come «contratto di credito», mentre non utilizza la stessa espressione per indicare il finanziamento pubblico agevolato.

⁹ L'art. 121 t.u.b. definisce «contratto di credito» quello «con cui un *finanziatore* concede o si impegna a concedere a un consumatore un credito sotto forma di dilazione di pagamento, di prestito o di altra facilitazione finanziaria»; «finanziatore» il «soggetto che, essendo abilitato a erogare finanziamenti a titolo professionale nel territorio della Repubblica, offre o stipula contratti di credito». L'art. 122 t.u.b., inoltre, nel delimitare l'ambito di applicazione del capo II del titolo VI del testo unico, contiene un elenco di «contratti di credito» ai quali la disciplina non si applica, includendo tra, questi, una serie di ipotesi qualificati sia come «crediti» che come «finanziamenti», a ulteriore conferma che i due sostantivi vengono talvolta utilizzati in modo intercambiabile dal legislatore. Le deroghe a cui si è poc'anzi accennato sono le seguenti: «a) *finanziamenti* di importo inferiore a 200 euro o superiore a 75.000 euro. Ai fini del computo della soglia minima si prendono in considerazione anche i *crediti* frazionati concessi attraverso più contratti, se questi sono riconducibili a una medesima operazione economica; [...] c) *finanziamenti* nei quali è escluso il pagamento di interessi o di altri oneri; d) *finanziamenti* a fronte dei quali il consumatore è tenuto a corrispondere esclusivamente commissioni per un importo non significativo, qualora il rimborso del credito debba avvenire entro tre mesi dall'utilizzo delle somme; e) *finanziamenti* destinati all'acquisto o alla conservazione di un diritto di proprietà su un terreno o su un immobile edificato o progettato; f) *finanziamenti* garantiti da ipoteca su beni immobili; g) *finanziamenti*, concessi da banche o da imprese di investimento, finalizzati a effettuare un'operazione avente a oggetto strumenti finanziari quali definiti dall'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni, purché il finanziatore partecipi all'operazione; h) *finanziamenti* concessi in base a un accordo raggiunto dinanzi all'autorità giudiziaria o a un'altra autorità prevista dalla legge; i) dilazioni del pagamento di un debito preesistente concesse gratuitamente dal *finanziatore*; l) *finanziamenti* garantiti da pegno su un bene mobile, se il consumatore non è obbligato per un ammontare eccedente il valore del bene; [...] n) iniziative di *microcredito* ai sensi dell'articolo 111 e altri *contratti di credito* individuati con legge relativi a prestiti concessi a un pubblico ristretto, con finalità di interesse generale, che non prevedono il pagamento di interessi o prevedono tassi inferiori a quelli prevalenti sul mercato oppure ad altre condizioni più favorevoli per il consumatore rispetto a quelle prevalenti sul mercato e a tassi d'interesse non superiori a quelli prevalenti sul mercato; o) *contratti di credito* sotto forma di sconfinamento del conto corrente,

Indicazioni di segno contrario promanano, per converso, dall'art. 1, contenente le definizioni rilevanti ai fini dell'applicazione del testo unico, tra le quali figura quella di «attività ammesse al mutuo riconoscimento», nel cui ambito è tenuto distinto il *leasing* (riconducibile secondo un'opinione tra i finanziamenti)¹⁰ e il rilascio di garanzie e di impegni di firma (cui parimenti si riconosce natura di attività finanziaria intesa in senso lato)¹¹ dalle operazioni di prestito, che si sostanziano in figure negoziali di credito¹².

Che l'attività finanziaria possa assumere connotazioni eterogenee e non possa identificarsi con quella *tout court* creditizia può desumersi altresì dalla locuzione «finanziamento sotto qualsiasi forma» di cui all'art. 106 t.u.b. Con tale espressione, secondo quanto esplicitato dal decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze del 2 aprile 2015, n. 53, si intende «la concessione di crediti, ivi compreso il rilascio di garanzie sostitutive del credito e di impegni di firma», nonché «ogni tipo di finanziamento erogato nella forma di a) locazione finanziaria; b) acquisto di crediti a titolo oneroso; c) credito ai consumatori, così come definito dall'articolo 121, t.u.b.; d) credito ipotecario; e) prestito su pegno; f) rilascio di fidejussioni, avallo, apertura di credito documentaria, accettazione, girata, impegno a concedere credito, nonché ogni altra forma di rilascio di garanzie e di impegni di firma»¹³. Le attività sopra

salvo quanto disposto dall'articolo 125-*octies*». Nell'ambito delle predette eccezioni, peraltro, il finanziamento indica tanto operazioni connesse con un vincolo di destinazione quanto operazioni prive di un siffatto carattere.

¹⁰ V. BUONOCORE, *La locazione finanziaria nell'ordinamento italiano*, in AA. VV., *Il leasing. Profili privatistici e tributari*. Milano, 1975, p. 21 ss., che ravvisa inoltre una parentela del leasing coi contratti di credito; ID., *Leasing*, in *Nov. dig. it., Appendice IV*, Torino, 1983, p. 812; ID., *Il leasing immobiliare*, in *Riv. not.*, 1984, I, p. 13 ss.; G. DE NOVA, *Il leasing e il factoring, come strumenti di finanziamento*, *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 9 ss.; ID., *La locazione finanziaria*, XI, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, Torino, 1984, p. 10 ss.

¹¹ La nozione ampia e onnicomprensiva di attività finanziaria sarà analizzata *funditus* nel prosieguo.

¹² Le esemplificazioni del concetto di prestito di cui alla disposizione citata includono in particolare «il credito al consumo, il credito con garanzia ipotecaria, il *factoring*, le cessioni di credito *pro soluto* e *pro solvendo*, il credito commerciale incluso il “*forfaiting*”». In dottrina vi è chi ritiene che il *leasing* sia una forma di credito (v., *ex multis*, R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, 5ª ed., Bologna, 2012, p. 214; A. MUNARI, *Il leasing finanziario nella teoria dei crediti di scopo*, Milano, 1989, p. 125 ss.). *Contra*, per tutti, A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici. Contratti di alienazione, di godimento, di credito*, Milano, 1995, p. 381 ss.; G. CASELLI, *Leasing*, in *Contr. impr.*, 1985, p. 213 ss.; G. DE NOVA, *Il contratto di leasing*, cit., p. 21, G. FERRARINI, *La locazione finanziaria*, Milano, 1977, p. 219; V. ZENO-ZENCOVICH, *Natura di contratto atipico, causa di finanziamento, risoluzione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, I, p. 577 ss.; ID., *Il “leasing” e la causa di finanziamento: una confutazione grafica*, in *Foro it.*, 1988, I, c. 2329 ss.

¹³ Nella disposizione è stata trasfusa, con alcune differenze, il contenuto di una norma contenuta nell'art. 3 del d.m. 17 febbraio 2009, n. 29, che a sua volta ha sostituito – in virtù dell'effetto abrogativo sortito dall'art. 24, comma 1, lettera a) – la definizione originaria *ex art. 2* del decreto del Ministero del Tesoro del 6 luglio 1994. Può segnalarsi, tra le novità apportate rispetto alla disciplina previgente, la sostituzione della locuzione «ogni tipo di

elencate, se esercitate nei confronti del pubblico, sono soggette a una riserva soggettiva¹⁴: trattasi di finanziamenti che possono essere concessi soltanto da intermediari finanziari iscritti in un apposito albo tenuto dalla Banca d'Italia¹⁵.

Alla luce di quanto sopra riportato si possono trarre due considerazioni preliminari. La definizione di finanziamento accolta dall'art. 106 t.u.b., *in primis*, non coincide del tutto con quella di credito¹⁶, rispetto alla quale è più ampia, siccome ricomprende: sia l'attività creditizia intesa in senso tradizionale, cioè l'imprestito di denaro con obbligo di restituzione del *tantundem*, sia la messa a disposizione di beni diversi dal denaro; tanto la concessione di utilità a scopo vincolato, quanto le ipotesi in cui la sua destinazione sia neutra. Il significato con cui

finanziamento connesso con operazioni di [...]» con la formula «ogni tipo di finanziamento erogato nella forma di [...]»; l'utilizzo della nuova locuzione suggerisce che le operazioni di cui all'elenco succitato non sono semplicemente connesse con l'attività di finanziamento, ma assumono esse stesse natura di finanziamento. Attualmente, inoltre, l'acquisto di crediti rientra nella categoria in oggetto soltanto se effettuato a titolo oneroso e non sono previste come eccezioni «le fideiussioni e gli altri impegni di firma previsti nell'ambito di contratti di fornitura in esclusiva e rilasciati unicamente a banche e intermediari finanziari»; sono state introdotte, tuttavia, deroghe prima non contemplate, essendo state espressamente escluse dalla nozione di finanziamento le seguenti attività: «a) l'acquisto dei crediti di imposta sul valore aggiunto relativi a cessioni di beni e servizi nei casi previsti dalla normativa vigente; b) l'acquisto, a titolo definitivo, di crediti da parte di società titolari della licenza per l'attività di recupero stragiudiziale di crediti ai sensi dell'articolo 115 del Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza [...]».

¹⁴ Per effetto delle modifiche apportate dall'art. 7 del d.lg. del 13 agosto 2010, n. 141, nonché dall'art. 2 del d.lg. del 16 aprile 2012, n. 45, la disciplina di cui all'art. 106 t.u.b. «reca tre importanti novità: a) ridefinisce, al 1° co., l'ambito delle attività riservate, rendendo gli intermediari finanziari soggetti specializzati nella concessione del credito in tutte le sue forme; b) stabilisce che le attività di assunzione di partecipazioni e di intermediazione in cambi non sono più riservate agli intermediari (purché vengano svolte in via esclusiva o non congiuntamente ad attività riservate); c) specifica che, oltre alle attività sopra indicate e oggetto di riserva, gli intermediari autorizzati ai sensi dell'art. 106 possono emettere moneta elettronica e prestare servizi di pagamento (purché siano autorizzati a norma dell'art. 114-*quinquies*, 4° co., come recentemente introdotto ad opera del d.lg. n. 45 del 2012, ed essere iscritti nel relativo albo (2° co., lett. a); prestare i servizi di investimento, purché dispongano della relativa autorizzazione *ex art. 18*, 3° co., t.u.i.f.». Così M. RISPOLI FARINA, *Art. 106*, in *Comm. t.u.b.* Costa, II, Torino, 2013, pp. 1120-1121.

¹⁵ R. FEDERICO, *Art. 106*, in *Comm. t.u.b.* Costi e Vella, Milano, 2019, p. 595 ss. Cfr. anche F. CAPRIGLIONE e V. LEMMA, *Art. 106*, in *Comm. t.u.b.c.* Capriglione, Milano, 2018, p. 1571, ove si pone in luce che la formulazione previgente della norma prevedeva un obbligo di «esclusiva», che imponeva agli intermediari iscritti nell'apposito albo di non svolgere attività diverse da quelle finanziarie: obbligo cui in letteratura si affiancava la configurabilità di una «riserva», intesa come «divieto (a carico dei soggetti non autorizzati) di porre in essere dette attività, tutelato in sede penale dal disposto del successivo art. 132 T.U.B.».

¹⁶ C. BRESCIA MORRA, *Finanziamento*, cit., p. 74, diversamente da quanto sopra esposto, ha sostenuto la sostanziale equivalenza nel sistema normativo bancario tra la nozione di finanziamento *ex art. 106* e quella di credito.

il termine viene adoperato dal legislatore, in secondo luogo, assume una configurazione marcatamente soggettiva: si tratta di una categoria generale in cui sono racchiuse operazioni, servizi e contratti che sono riservati agli intermediari finanziari, anche di tipo non bancario¹⁷, in quanto soggetti «dediti ad esercitare una varietà di attività» e sottoposti a controllo di vigilanza¹⁸.

La nozione di finanziamento dettata dal succitato decreto ministeriale, in verità, sembra rivestire una portata soltanto settoriale. Circoscrivendo il perimetro delle attività soggette al regime autorizzatorio *ex* artt. 106 e 107 t.u.b., la sua estensione non corrisponde necessariamente a quella che l'attività finanziaria assume nel diritto positivo in generale e nello stesso ordinamento bancario. Basti pensare, ad esempio, che mentre nella definizione di «finanziamento sotto qualsiasi forma» sono annoverabili anche fattispecie con causa di garanzia come la fideiussione o l'avallo, al contrario l'art. 69-*duodecies* t.u.b., nel definire gli interventi di sostegno finanziario in esecuzione di un accordo di gruppo, distingue il finanziamento da altre misure che si attuano in forma «di prestazione di garanzia o mediante la messa a disposizione di beni o attività da utilizzare come garanzia reale o finanziaria».

Anche fuori dell'ambito bancario il finanziamento viene talora inteso in senso non onnicomprensivo. Il termine costituisce oggetto di una sia pur moderata diffusione nel codice civile in tempi piuttosto recenti. Esso non è contemplato nelle disposizioni in materia di obbligazioni; fino alla riforma del 2003 compariva sporadicamente nelle disposizioni di cui al Libro V, titolo V, dedicato alle società, e non veniva comunque adoperato per designare né le

¹⁷ R. CLARIZIA, *I contratti per il finanziamento dell'impresa. Mutuo di scopo, leasing, factoring*, Torino, 2002, p. 3 ss. e 8 ss., per il quale la definizione di finanziamento risulta caratterizzata soggettivamente: in essa rientrano comunque quelle attività svolte non soltanto da istituti bancari, ma anche «dalle società di intermediazione mobiliare, dalle società di gestione dei fondi comuni di investimento, dalle società di investimento a capitale variabile, insomma da tutti quei soggetti la cui attività è stata riordinata nel testo unico delle disposizioni in materia di mercati finanziari».

¹⁸ Come evidenziato da R. CLARIZIA, *o.n.c.*, p. 10 ss., nell'ambito del t.u.b. l'attività finanziaria assume un «significato ampio e onnicomprensivo di tutte le operazioni, i servizi e i contratti che le banche e gli intermediari finanziari possono porre in essere. Essa assume la portata di una categoria generale, al cui interno si configurano attività specificamente caratterizzate dallo statuto speciale che disciplina il soggetto cui è "riservata" l'attività». Il profilo soggettivo delle operazioni di finanziamento, in altre parole, sarebbe inscindibile da quello oggettivo, con l'ulteriore corollario che: «se da un lato è attività finanziaria quella svolta dagli intermediari finanziari, bancari e non, dall'altro gli intermediari finanziari, bancari e non, possono svolgere esclusivamente attività finanziaria», dal momento che «essi non possono svolgere altre attività e quindi i contratti che perfezionano nell'esercizio della loro ordinaria attività di impresa devono avere quella connotazione».

forme di partecipazione al capitale sociale¹⁹ né le emissioni obbligazionarie, di cui la dottrina ha affermato la natura creditizia²⁰. A seguito della riforma del diritto societario, invece, il vocabolo figura, oltre che nelle disposizioni già citate, anche negli artt. 2447-*bis* ss., in materia di patrimoni destinati, ove assume una connotazione non totalizzante. Sintomatico, al riguardo, è l'art. 2447-*decies* c.c., che separa il concetto di «contratto di finanziamento di uno specifico affare» dalle «specifiche garanzie che la società offre in ordine all'obbligo di esecuzione del contratto e di corretta e tempestiva realizzazione dell'operazione», nonché dalle «eventuali garanzie che la società presta per il rimborso di parte del finanziamento»²¹.

L'art. 2358 c.c., nel dettare le condizioni di legittimità dell'assistenza finanziaria da parte della società per l'acquisto o la sottoscrizione delle proprie azioni, parimenti contempla come attività differenziate la concessione di prestiti e la prestazione di garanzie, pur parificandone in larga parte la disciplina²².

¹⁹ Riconducono il fenomeno di partecipazione al capitale alla *causa societatis* P. SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1974, p. 157 ss.; M. SCIUTO E P. SPADA, *Il tipo della società per azioni*, in AA.VV., *Tipo. Costituzione. Nullità*, in *Tratt. s.p.a.* Colombo e Portale, I, Torino, 2004, p. 34. Tuttavia, come rilevato da C. BRESCIA MORRA, *Finanziamento*, cit., p. 76 ss., la riforma societaria del 2003 ha introdotto una disciplina dedicata alle società che fanno ricorso al mercato dei capitali di rischio, che ha rinnovato gli strumenti finanziari che tali società possono emettere, differenziandone il grado di partecipazione al rischio di impresa e alla vita societaria. La nuova regolamentazione «è fortemente improntata all'idea che [il modello societario] rappresenti un modo di finanziamento dell'attività economica e che l'acquisto di partecipazioni finanziarie rappresenti soprattutto una forma di investimento per i risparmiatori». Sono stati previsti in particolare «nuovi tipi di azioni e altri strumenti finanziari partecipativi, [la cui] riconducibilità alla *causa societatis* appare sempre più difficile e la distinzione tra capitale di credito e capitale di rischio perde di significato». Ciò detto, l'a. rileva che comunque «il codice continua a non utilizzare il termine finanziamento per qualificare gli apporti alla società, sia nella forma del capitale di rischio, sia di credito, sia delle forme intermedie. Il termine resta strumento di interpretazione e qualificazione della dottrina [...]».

²⁰ Per una ricostruzione del fenomeno in termini di mutuo collettivo v. C. BRESCIA MORRA, *o.u.c.* p. 76 ss., spec. nota 63 e contributi *ini* citati. Cfr. anche la posizione di T. TOMASI, *Art. 2467*, in *Comm. dir. soc.*, Maffei Alberti, Padova, 2017, p. 1376, che precisa come il prestito obbligazionario non sia assimilabile al semplice finanziamento.

²¹ Il significato di finanziamento accolto dalla disposizione, pur non abbracciando gli impegni di garanzia, sarebbe comunque esteso: come rilevato da Cass., 30 gennaio 2019, n. 2664, cit., nell'alveo della figura «la dottrina pacificamente ricomprende, oltre ai contratti di credito, le strutture negoziali di stampo partecipativo (dal c.d. mutuo parziario all'associazione in partecipazione, alla cointeressenza) e pure le operazioni di finanza strutturata (quali quelle di cartolarizzazione e quelle di *leveraged*)». Si aggiunga che per G. PESCATORE, *Art. 2447 decies*, in *Comm. dir. soc.*, cit., p. 1286, la fonte della sovvenzione con obbligo di destinazione «non si sostanzia in un mero contratto di credito, ma costituisce un finanziamento di scopo».

²² Cfr. C. BOLOGNESI, *Art. 2358*, in *Comm. dir. soc.*, cit., p. 486 ss.

Coesistono indicazioni discordanti, tuttavia, anche nell'impianto codicistico: l'art. 2467 c.c., nel prevedere che sia postergato alla soddisfazione degli altri creditori il rimborso dei finanziamenti dei soci²³, precisa che questi ultimi sono quelli «in qualsiasi forma effettuati»²⁴.

Segnali di accoglimento di una concezione più ampia di finanziamento promanano anche dalle leggi speciali: l'art. 101, comma 1, del «Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza» (introdotto con d.lgs. n. 14 del 2019) disciplina, segnatamente, i «finanziamenti prededucibili in esecuzione di un concordato preventivo o di accordi di ristrutturazione dei debiti», facendo riferimento a quelli «in qualsiasi forma effettuati, ivi compresa l'emissione di garanzie». Può inoltre segnalarsi che nel contesto del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 123, contenente le «Disposizioni

²³ La norma tende a contrastare il fenomeno delle s.r.l. nominalmente sottocapitalizzate che operano sulla base di cospicui finanziamenti a titolo di capitale di prestito da parte dei soci, al fine di ripristinare un equilibrio finanziario tra il capitale sociale e l'attività societaria, a tutela, in particolare, dei creditori esterni alla società contro il rischio correlato alla conduzione di un'impresa priva di adeguati mezzi propri. La *ratio* suesposta traspare specialmente dai requisiti oggettivi della norma, che richiede, in particolare, che il finanziamento sia concesso «in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulta un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento». Per un'analisi della norma v., tra i tanti, G. BALP, *Prestiti obbligazionari e finanziamenti dei soci «in qualsiasi forma effettuati»: sulle ragioni della difficoltosa convivenza delle rispettive discipline*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, II, p. 159 ss.; G.B. FERRI, *Questioni attuali in tema di finanziamento dei soci e postergazione*, in *Riv. soc.*, 2022, I, p. 83 ss.; M. MAUGERI, *Finanziamenti «anormali» dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, Milano, 2005; S. MASTURZI, *I parametri che condizionano la postergazione del finanziamento dei soci e il dovere degli amministratori di verificarli*, in *Giur. comm.*, 2022, II, p. 2010 ss.; E. PEDERZINI e F. DE GOTTARDO, *Incentivi e ostacoli al finanziamento delle PMI s.r.l. sui mercati dei capitali*, in *Giur. comm.*, 2022, II, p. 272 ss.; A. RESTUCCIA, *Limiti alla postergazione legale dei finanziamenti dei soci di s.p.a.*, in *Giur. comm.*, 2021, III, p. 492 ss.; A.D. SCANO, *La «parola» e il «silenzio»: contributo allo studio delle lacune della disciplina delle società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2021, V-VI, p. 1122 ss.

²⁴ La dottrina è discorde sul significato da attribuire al termine finanziamento ai sensi della disposizione citata. A una posizione che considera rilevante una nozione di tipo giuridico, coincidente con quelle operazioni che costituiscono o modificano un diritto di credito in seno alla società (*ex multis*: A. BUSANI, *La riforma delle società, s.r.l. Il nuovo ordinamento dopo il D.Lgs. 6 del 2003*, Milano, 2003, p. 323 ss.; M. CAMPOBASSO, *Finanziamento del socio*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, IV, p. 441 ss.; M. STELLA RICHTER, *La società a responsabilità limitata*, in AA.VV., *Diritto della società. Manuale breve*, Milano, 2006, p. 193 ss.) se ne contrappone un'altra che, valorizzando la *ratio* normativa di freno al fenomeno di sottocapitalizzazione delle società, accoglie una nozione aziendalistica, che comprende ogni attività diretta a fornire all'impresa le risorse economiche per lo svolgimento della sua attività, come i versamenti in conto capitale, che non determinano la nascita o la modifica di obbligazioni sociali (per tutti, A.M. MANCINI, *Partecipazioni non proporzionali ai conferimenti, finanziamenti dei soci e adempimento del terzo*, in *Contr. impr.*, 2004, II, p. 1168 ss., spec. p. 1194) ovvero forme indirette di finanziamento come la concessione di beni in godimento ed i contratti di *leasing* finanziario (tra i molti, G.B. PORTALE, *I «finanziamenti» dei soci nelle società di capitali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2003, VI, p. 680 ss.; nutre dubbi al riguardo T. TOMASI, *o.u.c.*). Per un'estensione della norma nei confronti della concessione di garanzie si esprime, tra gli altri, N. ABRIANI, *I conferimenti*, in *Tratt. dir. comm.* Cottino, IV, tomo 1, Padova, 2010, p. 123 ss.

per la razionalizzazione degli interventi di sostegno pubblico alle imprese, a norma dell'articolo 4, comma 4, lettera c), della l. 15 marzo 1997, n. 59», la giurisprudenza ha mostrato di aderire a una concezione espansiva. L'espressione «finanziamenti erogati ai sensi del [suddetto] decreto», contenuta nell'art. 9, comma 4, sebbene non formi oggetto di una precisa definizione, è stata infatti ritenuta comprensiva di ogni forma di agevolazione, compreso il sostegno a mezzo di garanzia²⁵.

In via generale il termine finanziamento è comparso con una frequenza via via maggiore nella legislazione sia civile che fiscale, tanto statale quanto regionale. Dalla lettura della normativa in parola traspare un fenomeno incentrato non tanto sulle tecniche di finanziamento utilizzate, quanto sulla finalità di incentivazione di uno specifico settore, di un determinato territorio ovvero di una categoria di soggetti (ad esempio la piccola e media impresa)²⁶.

Il quadro del diritto positivo, in definitiva, conferma che non può evincersi una nozione univoca di negozio di finanziamento. Le numerose norme che contemplano la figura alludono a concetti talvolta differenti, tutti presidiati dall'ampio contenuto semantico del vocabolo. La valenza sistematica di ciascuna fattispecie, in difetto di un disegno legislativo generale, appare quindi connotata da relatività²⁷, di guisa che il significato assunto dal vocabolo nel contesto di

²⁵ L'orientamento è avallato da Cass., 30 gennaio 2019, n. 2664, cit., che ha giudicato irrazionale la limitazione dell'operatività dell'art. 9 del d.lgs. n. 123 del 1998 ai soli finanziamenti agevolati, dovendosi invece propendere per un'estensione della nozione di finanziamento a tutte le forme di intervento previste dall'art. 7 del decreto, a prescindere dal *nomen iuris*. Si tratta, in particolare, delle seguenti misure di agevolazione: «credito d'imposta, bonus fiscale, [...] concessione di garanzia, contributo in conto capitale, contributo in conto interessi», oltre, naturalmente, il «finanziamento agevolato».

²⁶ R. CLARIZIA, *Finanziamenti (diritto privato)*, in *Nov. dig. it.*, App. III, Torino, 1982, p. 754 ss. Tra i finanziamenti destinati a determinati soggetti figurano, ad esempio, quelli in favore delle vittime di mancati pagamenti, quali micro, piccole e medie imprese che risultino parti offese in un procedimento penale a carico del debitore. Per accedere al contributo, che viene concesso a valere sulle risorse del Fondo istituito dalla l. 28 dicembre 2015, n. 208, il potenziale beneficiario deve soddisfare i requisiti previsti dal decreto adottato il 17 ottobre 2016 dal Ministro dello Sviluppo Economico, di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze. L'anzidetta fonte normativa disciplina, oltretutto, i limiti di valore dell'agevolazione e le sue modalità di erogazione, ma non esplicita la natura giuridica dello strumento finanziario con cui viene concessa.

²⁷ Sebbene manchi una considerazione uniforme del fenomeno finanziario nell'ambito dell'ordinamento generale, non può escludersi a priori che un impianto unitario sussista entro i confini di un determinato corpo normativo. Tale circostanza è stata ravvisata, del resto, nell'ambito della disciplina in materia di intervento pubblico di sostegno alle attività produttive, ove appare tangibile il tentativo di «razionalizzazione» e riorganizzazione dell'intero settore». In questi termini Cass., 30 gennaio 2019, n. 2664, cit.

una determinata disposizione non può essere automaticamente assegnato a un'operazione economica non rientrante nel perimetro normativo della stessa. Sicché l'interpretazione estensiva ovvero l'applicazione analogica della singola previsione dovrà essere sottoposta di volta in volta a un attento esame sulla natura della fattispecie concreta non espressamente contemplata dalla disposizione, onde verificare la pertinenza dell'estensione ermeneutica ovvero l'identità di *ratio* che costituisce il presupposto dell'analogia.

Poiché la lettura delle norme di diritto positivo non restituisce all'interprete un'immagine monolitica del contratto di finanziamento, l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza si è incentrata sulla ricerca di un profilo causale (oltre che strutturale) comune a talune fattispecie che potrebbero in astratto essere riconducibili alla figura. Prima di ripercorrere le tappe principali di questa interpretazione e verificare la configurabilità di un'unitaria categoria di finanziamento, appare perciò opportuno chiarire in via preliminare cosa si debba intendere per causa del contratto alla luce delle più evolute riflessioni in materia.

2. L'evoluzione del concetto di causa del contratto.

La causa è uno degli istituti più controversi del diritto civile²⁸, tanto da essere considerata un «concetto molto vago e misterioso», oltre che «la più rigogliosa fonte di equivoci dell'intera teoria del negozio giuridico»²⁹.

La legge non definisce la causa³⁰, ma si limita ad annoverarla tra gli elementi essenziali del contratto, insieme all'accordo, all'oggetto e alla forma, se richiesta ai fini della validità dell'atto³¹; ne deriva che, in via di principio, non sono ammessi contratti privi di causa³². Il

²⁸ Sul problema della causa si sono confrontate numerose voci in dottrina. Nell'impossibilità di citare tutti i contributi in materia, ci si limiterà a riportare di seguito alcune delle opere principali: G. ALPA, *La causa e il tipo*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, I, *Tratt. contr.* Rescigno e Gabrielli, Milano, 2006, p. 540 ss.; ID., *L'uso giurisprudenziale della causa del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, II, p. 1 ss.; M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Milano, 2015; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, rist. 2^a ed., Napoli, 1994; ID., *Causa del negozio giuridico*, in *Nov. dig. it.*, III, Torino, 1957, p. 32 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2019, p. 409 ss.; ID., *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, II, p. 251 ss.; P. BONFANTE, *Il contratto e la causa del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1908, I, p. 115 ss.; U. BRECCIA, *Causa*, in G. ALPA, U. BRECCIA e A. LISERRE (a cura di), *Il contratto in generale*, III, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, Torino, 1999, p. 1 ss.; C. CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti*, Milano, 2001; ID., *Autonomia privata e Costituzione europea*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, I, p. 29 ss.; V. DE GENNARO, *I contratti misti: delimitazione, classificazione e disciplina: negotia mixta cum donatione*, Padova, 1934; G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974; A. DI MAJO, *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988, p. 2 ss.; F. FERRARA, *Teoria dei contratti*, Napoli, 1940, p. 127 ss.; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966; ID., *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, I, p. 1 ss. e in ID., *Saggi di diritto civile*, 2^a ed., Rimini, 1994, p. 405 ss.; F. GAZZONI, *La giustificazione causale del negozio attributivo di conferma*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, p. 278 ss.; M. GIORGIANNI, *Causa (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 547 ss.; E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000; ID., *Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, VI, p. 411 ss.; S. PUGLIATTI, *Nuovi aspetti del problema della causa nei negozi giuridici*, in *Studi in memoria di G. Venezian*, Messina, 1934, ora in *Diritto civile. Metodo, teoria, pratica*, Milano, 1951, p. 76 ss. e in ID., *Scritti giuridici*, III, Milano, 2010, p. 189 ss.; R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008; V. ROPPO, *Causa tipica, motivo rilevante, contratto illecito*, in *Foro it.*, 1971, I, c. 2376 ss.; ID., *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, in *Pol. dir.*, 2007, III, p. 451 ss.; R. SACCO, *La causa*, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Obbligazioni e contratti*, X, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, 3^a ed., Torino, 2002, p. 325 ss.; A. SCIALOJA, *Negozi giuridici*, Roma, 1933, p. 88 ss.; G. VENEZIAN, *La causa nei contratti*, Roma, 1892; C. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, IV, Bologna-Roma, 1970, p. 300 ss.; ID., *Problemi della causa e del tipo*, in G. VETTORI (a cura di), *Regolamento*, II, in *Tratt. contr.* Roppo, Milano, 2006, p. 86 ss.

²⁹ La prima suggestione è di F. FERRARA, *o.c.*, p. 127; la seconda di S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, in *Diritto civile. Metodo, teoria, pratica*, cit., p. 105.

³⁰ Secondo F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto (artt. 1321-1469 cod. civ.)*, Milano, 1944, p. 68, la nozione di causa è data «per presupposta» dalla legge.

³¹ Cfr. art. 1325 c.c.

³² Per tutti, C.M. BIANCA, *Diritto*, cit., p. 410. Il nostro ordinamento, tuttavia, disciplina dei casi in cui il principio di causalità conosce un'attenuazione: è il caso dei negozi astratti, i cui effetti si producono a prescindere

codice civile contiene, tuttavia, una definizione di illiceità della causa: tale è la contrarietà del requisito contrattuale a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume³³. Sia l'assenza che l'illiceità dell'elemento causale sono fonti di nullità dell'atto (art. 1418, comma 2, c.c.).

Dalla laconicità delle disposizioni legislative ha tratto vigore il dibattito in ordine alla natura dell'elemento causale³⁴. In un primo stadio dell'elaborazione dogmatica, in verità antecedente alla codificazione del 1942, è prevalsa una concezione soggettiva, imperniata sulla rilevanza della volontà negoziale³⁵. In questo contesto è invalsa la tesi che identificava la causa coi moti interiori che inducono le parti a contrarre³⁶.

Ben presto si è però obiettato che tale ricostruzione confonderebbe il dato soggettivo della volontà con quello oggettivo della causa, che del primo costituisce peraltro un antecedente

dal requisito causale. Per un'analisi sul tema dell'astrazione della causa v., tra i tanti, P. GALLO, *Il contratto*, 2ª ed., in *Tratt. dir. civ.* Gallo, V, Milano, 2022, p. 537 ss. e dottrina *ivi* citata.

³³ La nozione di causa illecita è dettata dall'art. 1343 c.c., disposizione collocata nella sezione II del capo II del libro IV, rubricata «Della causa del contratto», il cui contenuto si compone di due ulteriori disposizioni: l'art. 1344 c.c., che «reputa» illecita la causa del contratto quando questo costituisca il mezzo per eludere norme imperative (c.d. contratto in frode alla legge), e l'art. 1345 c.c. che, pur non menzionando il lemma «causa», considera illecito il contratto che sia stato concluso «esclusivamente per un motivo illecito comune ad entrambe» le parti, in deroga al principio di irrilevanza dei motivi.

³⁴ Le origini della *querelle* risalgono a un periodo di gran lunga precedente la codificazione del 1942. Durante la vigenza del codice postunitario, che al pari di quello in vigore non definiva l'istituto, la causa veniva riferita all'obbligazione e non al contratto. Il fondamento di tale impostazione è da rinvenirsi nella circostanza che in quel periodo prevaleva un modello di «contratto obbligatorio», come risultante delle singole «promesse» delle parti. La nozione di contratto contenuta nell'art. 1098 era incentrata unicamente sulla costituzione, regolamentazione o scioglimento di un «vincolo giuridico»; l'art. 1099, per di più, definiva il contratto bilaterale come quello in cui i «contraenti [...] si obbligano reciprocamente gli uni verso gli altri». Accantonata, a un certo punto, l'idea del contratto come somma di prestazioni isolate, si è imposta la tesi per cui il contratto debba essere analizzato nella sua unitarietà, trascendendo dalle dichiarazioni individuali dei contraenti. La concezione «unitaria» del contratto si è poi riverberata sullo studio della causa, la quale è stata riferita non alle singole obbligazioni ma al contratto nel suo complesso. V., sul punto, A. DI MAJO, *Causa*, cit., p. 2.

³⁵ E. BATTISTONI, *La causa nei negozi giuridici: dal diritto intermedio al codice civile italiano*, Padova, 1932; G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, p. 52 ss., che discorre di «causa soggettiva», considerandola un «particolare movente».

³⁶ La tesi soggettiva – come rilevato da V. ROPPO, *Il contratto*, 2ª ed., in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, Milano, 2011, pp. 342-343 – identifica la causa con un «dato psicologico», cioè lo «scopo, il fine, il motivo [...] che – in quanto oggetto di rappresentazione psichica della parte – spinge questa a prestare il consenso contrattuale». In chiave critica l'a. avverte che la predetta impostazione finisce «per dissolvere l'elemento della causa in quello dell'accordo».

storico³⁷. Già sotto la vigenza del codice del 1865, del resto, non era mancato chi, pur aderendo alla tesi soggettiva, aveva rilevato che i motivi ultimi che muovono le parti a prestare il consenso si risolvono, in definitiva, nel fine economico-giuridico perseguito attraverso il negozio giuridico³⁸; in chiave maggiormente critica rispetto all'impostazione tradizionale si era anche sostenuto che tale finalità costituisce l'aspetto oggettivo del contratto, da tenere distinto rispetto agli impulsi psicologici che, in quanto relegati alla sfera interna dei paciscenti, non assumono rilievo giuridico³⁹.

Sebbene il tenore letterale del codice civile del 1942 non fornisca indicazioni univoche sull'essenza del presupposto causale, la sua entrata in vigore ha segnato il passaggio a una concezione oggettiva, secondo cui «la causa va ricercata in qualche elemento obiettivo, esterno e autonomo rispetto alle rappresentazioni mentali dei contraenti». Nella Relazione del Ministro Guardasigilli che ha accompagnato la nuova codificazione, infatti, la causa contrattuale è stata individuata nello «scopo obiettivo la cui realizzazione l'ordinamento giuridico si propone di garantire»⁴⁰.

Per questa via, nelle successive ricostruzioni dottrinali essa è stata rappresentata come la funzione «immediatamente adempiuta dal negozio», alla cui configurazione non concorrono le circostanze soggettive in cui si compendiano i motivi delle parti, normalmente irrilevanti per il diritto⁴¹.

³⁷ P. BONFANTE, *Il contratto*, cit., p. 115 ss.

³⁸ R. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, I, *Introduzione e parte generale. Diritto delle persone*, 6^a ed., Messina, 1932, p. 264 ss., distingue, in particolare, tra causa, «vale a dire la ragione determinante della volontà, e pei negozi patrimoniali, il fondamento obbiettivo che giustifica l'attribuzione patrimoniale», e motivi, «cioè le cause impulsive, individuali e subiettive [...]». O ancora, se a tutta la serie si vuol dare il nome di motivi, quello il *motivo prossimo*, che è sempre uno e non muta mai perché oggettivamente determinato e caratterizzato dalla natura e finalità intrinseca del negozio: gli altri i *motivi remoti*, rispondenti alle interne rappresentazioni psichiche, che possono essere infinite e variabili quante sono le circostanze individuali, che muovono gli uomini a stringere rapporti tra loro». La causa – prosegue l'a. – coincide con «la funzione economica e sociale in vista ed a protezione della quale il diritto accorda il suo riconoscimento alla volontà». Corsivi dell'a.

³⁹ A. SCIALOJA, *Negozi*, cit., p. 88 ss. V. anche DE GENNARO, *I contratti misti*, cit., p. 19 ss., il quale critica la teoria soggettiva per il fatto che «essa non dà alla causa il suo immediato e completo significato, ma ne accoglie un significato traslato, in quanto guarda da un punto di vista subbiettivo una realtà obbiettiva; ed opera una mutilazione, in quanto riferisce alle singole obbligazioni un elemento che investe, invece, tutto il contratto, un elemento fondamentale e in un certo senso generatore degli altri, che si possono tutti ricondurre ad esso».

⁴⁰ Relazione al Re, par. 613.

⁴¹ F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2002, ristampa, pp. 127-128.

La tesi obiettiva assegna alla causa il ruolo di limite all'autonomia privata⁴², perché presuppone il riscontro di una connessione oggettiva tra la volontà delle parti e la circolazione della ricchezza⁴³, in guisa di giustificazione degli spostamenti patrimoniali⁴⁴. Nelle prime e più significative elaborazioni dell'orientamento in questione la causa è stata definita come «funzione economico-sociale», che informa tutte le fattispecie negoziali rientranti in un tipo di matrice sia «legislativa» che «sociale»⁴⁵. In base a tale concezione il contratto costituisce un mezzo per il perseguimento di interessi socialmente rilevanti⁴⁶, non potendo l'ordinamento «apprestare protezione al mero capriccio individuale»⁴⁷. Così, la causa doveva non soltanto soddisfare il requisito negativo della liceità, ma anche quello della meritevolezza dell'interesse perseguito dai contraenti⁴⁸.

La teoria economico-sociale è stata sottoposta alle critiche di chi ha ravvisato in essa uno strumento di limitazione della «signoria del volere» che connota la contrattazione⁴⁹, ovvero di

⁴² A. DI MAJO, *o.n.c.*, p. 3; L. FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959, p. 321.

⁴³ P. BONFANTE, *Il contratto*, cit., p. 115 ss.; G. VENEZIAN, *La causa*, cit., p. 347 ss.

⁴⁴ M. GIORGIANNI, *Causa*, cit., p. 575, osserva che «la causa, riferita al negozio che attua uno spostamento patrimoniale, può tuttora, nei due aspetti [della] “funzione” e [dello] “scopo” ed insieme “fondamento” – che forse riproducono in termini “moderni” la vecchia distinzione tra contratti materiali e formali – considerarsi, sia pure in senso diverso dall'antico, il “*vestmentum*” che ricopre la nuda volontà permettendole di apparire nel mondo giuridico».

⁴⁵ V. E. BETTI, *Teoria generale*, cit., p. 167 ss., spec. 192, ove l'a. precisa che le cause dei contratti non rispondenti ai tipi legali, «pur non essendo tassativamente indicate dalla legge, debbono però in genere essere ammesse dalla coscienza sociale, siccome rispondenti ad una esigenza pratica legittima, a un interesse sociale durevole, e come tali sono valutate degne di tutela giuridica»; ID., *Causa del negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino 1957, III, p. 38 ss.

⁴⁶ E. BETTI, *Sui principii generali del nuovo ordine giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, I, p. 222, afferma che «l'esigenza di subordinare l'interesse individuale all'interesse della società nazionale» conduce ad apprestare una «serie di limiti ed oneri dell'autonomia privata: limiti ed oneri che hanno bensì riferimento precipuo alla materia dei contratti [...] ma non si limitano a questa materia soltanto. Invero, giusta l'accennata esigenza, l'autonomia privata non è tutelata se non in quanto persegua funzioni utili socialmente e rispondenti all'economia nazionale ed all'ordine pubblico, non essendo più sufficiente, come in regime liberale, il limite puramente negativo che la causa del negozio non sia illecita. In particolare, i negozi giuridici non debbono mai diventare strumenti di sfruttamento e di sopraffazione dell'un privato da parte dell'altro: si dovrà osservare per quanto possibile il criterio della proporzionalità fra il sacrificio patrimoniale dell'una parte e il rendimento utile per l'altra [...]».

⁴⁷ Relazione al Re, par. 603.

⁴⁸ A. GUARNIERI, *Meritevolezza dell'interesse*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Torino, 1994, p. 325.

⁴⁹ G.B. FERRI, *La causa nella teoria del contratto*, in G.B. FERRI e C. ANGELICI (a cura di), *Studi sull'autonomia dei privati*, Torino 1997, p. 97 ss., ravvisa nella causa «non più [un] meccanismo di controllo, ma [un] oggetto di

realizzazione delle finalità di natura etica del regime corporativo, nel quadro di una politica dirigistica di stampo fascista⁵⁰. La funzione del negozio, proiettata in una dimensione astratta, finiva inoltre col sovrapporsi al concetto di tipo contrattuale, precludendo ogni valutazione in merito alle peculiari e contingenti circostanze in cui l'operazione negoziale si esplica. Ne conseguiva il paradosso di ritenere sempre sussistente e lecita, a prescindere da qualsivoglia indagine in concreto, la causa dei contratti riconducibili a uno schema tipico, in quanto destinati a realizzare uno scopo che, a cagione di una valutazione di idoneità operata a monte dal legislatore, sarebbe intrinsecamente meritevole di tutela⁵¹.

Alla luce di tali coordinate ermeneutiche si è ritenuto, sempre nell'ambito della teoria oggettiva, che la causa fosse da individuare nella funzione economico-individuale perseguita dal singolo contratto e non nella tensione del regolamento contrattuale verso la realizzazione di un interesse socialmente apprezzabile⁵². In base a tale mutata prospettiva, il requisito attinge la sua oggettività dal concreto assetto di interessi divisato dai contraenti, in chiave di giustificazione delle reali attribuzioni programmate per mezzo del contratto⁵³.

Configurata come «pratica ragion d'essere dell'operazione valutata nella sua individualità o singolarità»⁵⁴, la causa cessa di essere considerata nella sua astrattezza⁵⁵, acquisendo una

controllo»; ciò consente di recuperare il suo ruolo di elemento essenziale della struttura di quel particolare e concreto autoregolamento di interessi privati che è appunto il negozio giuridico».

⁵⁰ V. A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, 2ª ed., Torino 2000, p. 187, il quale mette in luce che «i privati, nell'esercizio del potere di autonomia, non sono strumenti dell'organizzazione statale, non operano né devono operare per la realizzazione di finalità pubbliche: operano a tutela di interessi loro propri». Cfr. anche G. ALPA, *L'uso giurisprudenziale*, cit., p. 1 ss.

⁵¹ Il vaglio sulla liceità e meritevolezza della causa, nonché sulla sua stessa esistenza, deve essere condotto, al contrario, anche nei confronti dei contratti tipici. Per spunti al riguardo v. C.M. BIANCA, *o.c.*, p. 409 ss.; A. CATAUDELLA, *o.c.*, p. 188 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale. Disposizioni preliminari. Dei requisiti del contratto. Art. 1321-1352*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970, p. 312 ss. che ammette in particolare che «la mancanza di una causa possa ravvisarsi, e rilevare, nei confronti degli stessi negozi nominati».

⁵² In tal senso, G.B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., p. 358 ss.

⁵³ G.B. FERRI, *o.u.c.*, p. 370; ID., *L'invisibile presenza della causa nel contratto*, in *Europa e dir. priv.*, 2002, p. 903; ID., *Tradizione e novità nella disciplina della causa del negozio giuridico (dal cod. civ. 1865 al cod. civ. 1942)*, in *Riv. dir. comm.*, 1986, I, p. 141 ss.

⁵⁴ La formulazione, che ha avuto largo successo tra i commentatori successivi, è di M. BESSONE, *Causa tipica e motivi del contratto, dogmi di teoria generale, orientamenti della giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1979, p. 1098.

⁵⁵ Nelle pregresse elaborazioni dottrinarie il fattore causale veniva identificato nella «funzione astrattamente considerata, come schema asettico e costante di regolamentazione di interessi, che prescinde dal contesto

dimensione concreta che può discostarsi in tutto o in parte dalla funzione che il legislatore assegna ai contratti codificati nei tipi. Corollario di ciò è la necessità di verificare la presenza e la liceità della causa di qualsiasi fattispecie negoziale, sia tipica che atipica: l'atto, anche quando corrisponde strutturalmente a un modello tipizzato, potrebbe essere infatti preordinato a realizzare uno scopo che si discosta da quest'ultimo. In tale ipotesi il negozio, tipico soltanto in apparenza, è in realtà sostanzialmente atipico⁵⁶.

La tesi della causa in concreto ha fatto capolino, infine, nella giurisprudenza di legittimità, che ha espresso la necessità di condurre la verifica sulla causa con riferimento al singolo negozio considerato⁵⁷, assumendo come parametro di valutazione «la sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare (al di là del modello, anche tipico, adoperato)»⁵⁸.

concreto, dalle circostanze esistenti, dalle finalità pratiche perseguite dai contraenti»: in questi termini R. ROLLI, *Causa in astratto*, cit., p. 67.

⁵⁶ Valgano, sul punto, le considerazioni di C.M. BIANCA, *Contratto*, cit., p. 430, che reputa «un criterio formalistico basato sulla coincidenza degli effetti giuridici con la disciplina di un tipo legale insufficiente a qualificare correttamente il contratto, come è evidente quando la causa concreta che questo è diretto a realizzare – isolatamente o mediante altri contratti – risulta incompatibile col tipo legale adottato». V. anche ID., *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, II, p. 256. Spunti di riflessione emergono, al riguardo, altresì dal rapporto tra la causa e la teoria del collegamento negoziale, a proposito del quale è stato assegnato un ruolo privilegiato, tra i criteri di interpretazione del contratto, a quello «funzionale», che si identifica con «l'interpretazione diretta a ricercare il significato del contratto in coerenza con la causa concreta di esso, più correttamente, ancora, con la causa di esso così come integrata dagli interessi determinanti l'operazione» (cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa*, cit., p. 183-184).

⁵⁷ Cfr. Cass., 6 agosto 1997, n. 7266, secondo cui deve essere privilegiata «la cosiddetta causa concreta, intesa (solitamente) come funzione economico-individuale, inclusiva dei motivi obiettivi nel negozio».

⁵⁸ L'espressione è di Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1720 ss., con nota di F. ROLFI, *La causa come «funzione economico sociale»: tramonto di un idolo tribus?*, in *Giust. civ.*, 2007, I, p. 1985 ss., con nota di B. IZZI, *La causa del contratto come funzione economico-individuale*, in *Riv. not.*, 2007, II, p. 180 ss., con nota di C. UNGARI TRANSATTI, *La Cassazione sposa la tesi della causa in concreto del contratto*, in *Contratti*, 2007, p. 621 ss., con nota di F. RIMOLDI, *La causa quale ragione in concreto del singolo contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 299 ss., con nota di M. CUCCOVILLO, *La nullità del contratto d'opera per difetto di causa*. La Suprema Corte, segnatamente, considera la causa «ancora iscritta nell'orbita della dimensione funzionale dell'atto, ma, questa volta, funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto, seguendo un iter evolutivo del concetto di funzione economico-sociale del negozio che, muovendo dalla cristallizzazione normativa dei vari tipi contrattuali, si volga infine a cogliere l'uso che di ciascuno di essi hanno inteso compiere i contraenti adottando quella determinata, specifica (a suo modo unica) convenzione negoziale». Cfr. V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, IV, p. 957 ss. e in particolare p. 963 ss., il quale, pur condividendo l'astratta enunciazione con cui la Suprema Corte ha formalmente aderito alla teoria della causa in concreto, ha criticato la decisione per

L'evoluzione, per tappe intermedie, del concetto di causa ha infine influenzato i tentativi dogmatici di fondare una categoria unitaria di contratti di finanziamento a partire sia dai dati offerti dal diritto positivo che da quelli empirici provenienti dalla prassi.

3. *Un inquadramento generale delle tesi sul contratto di finanziamento.*

Finanziamento nel linguaggio comune⁵⁹ e in quello economico significa approvvigionamento di mezzi finanziari (denaro)⁶⁰, sovente legato all'esercizio di un'attività d'impresa⁶¹.

La prefata nozione di finanziamento non si identifica, quindi, con quella giuridica: perché nell'ordinamento il termine è talvolta impiegato per designare operazioni economiche aventi ad oggetto beni diversi dal denaro⁶²; e perché in base ad una tradizionale impostazione la qualifica di finanziamento deve essere negata ad attività negoziali che – pur avendo ad oggetto la concessione in prestito di denaro – non sono preordinate al perseguimento di un fine vincolato o allo svolgimento di una determinata attività.

Perseguendo l'obiettivo di ricondurre il fenomeno entro una prospettiva unitaria, pur non essendo mancato chi ha accolto una nozione ampia, nella quale sono compresi tutti i negozi diretti ad apprestare mezzi economici all'*accipiens*⁶³, l'indirizzo maggioritario ha espresso l'esigenza di restringere la nozione giuridica di contratti di finanziamento, assumendo un significato meno generico di quello economico. Nella categoria sono stati così inclusi, in una

l'asserita mancanza di coerenza dell'approccio operativamente seguito col principio di diritto cui in astratto si ispira.

⁵⁹ Il lemma «finanziare» indica l'atto di «fornire a un'impresa, in forma di credito a lunga durata o a media scadenza, di partecipazione alla gestione, o di erogazione a fondo perduto, i mezzi finanziari necessari per lo svolgimento della propria attività [...]. In senso generico, dare, anticipare il denaro necessario per l'attuazione di determinati fini». Dal punto di vista etimologico il finanziamento deriva dal francese *finance* (risorse pecuniarie) e *finer* (pagare alla fine): cfr. M. CORTELLAZZI e P. ZOLLI, *Dizionario etimologico della lingua italiana*, 2/D-H, rist., Bologna, 1996, p. 436.

⁶⁰ In luogo di altri, C. BRESCIA MORRA, *Finanziamento*, cit., p. 67; R. CLARIZIA, *Finanziamenti*, cit., p. 755.

⁶¹ R. ARGENZIANO, *Il finanziamento delle imprese industriali*, Milano, 1959; T. BIANCHI, *L'autofinanziamento*, Milano, 1963; E. FILIPPI, *Le fonti di finanziamento dell'attività produttiva: distorsioni e squilibri contrattuali*, in AA. VV., *Il finanziamento delle imprese*, Milano, 1977.

⁶² Cfr. § 1.

⁶³ Così G. MOLLE, *Fidejussioni bancarie e assicurazioni fideiussorie*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1953, I, p. 442 ss., che qualifica come negozi di finanziamento anche le fidejussioni bancarie e le polizze fideiussorie.

prima ricostruzione, negozi di credito di diversa natura – quali il mutuo, la promessa di mutuo, la promessa di successivi mutui e l'impegno di somministrare denaro al finanziato – a condizione che il capitale trasferito sia destinato ad approntare risorse finanziarie per l'attività d'impresa⁶⁴. Con diversità di vedute, in ottica parimenti riduzionistica, il contratto di finanziamento è stato identificato con l'ipotesi di sovvenzione a lungo termine che, in quanto improntata sul potere di ingerenza del finanziatore, è da distinguere da altri contratti quali il mutuo, l'avallo e la fideiussione⁶⁵. Da questo indirizzo si differenzia quell'impostazione che, circoscrivendo la rilevanza del fenomeno ai contratti di mutuo o promessa di mutuo, ritiene integrata la fattispecie laddove all'erogazione di mezzi finanziari si accompagni la necessità di destinare quella somma all'esercizio di una determinata attività (in genere economica), di cui si abbia un'evidenza anche soltanto in via riflessa e indiretta, non essendo invece necessario che tale conoscenza risulti formalizzata in una specifica clausola negoziale⁶⁶. Per un'ulteriore opinione il finanziamento sarebbe non un singolo negozio giuridico, ma una fattispecie complessa, spesso a formazione progressiva, in cui la tipica funzione di godimento del mutuo viene piegata alla realizzazione di un'attività economicamente o socialmente utile; oppure un'ipotesi di collegamento negoziale preordinata al perseguimento di un'utilità socioeconomica⁶⁷. Ampliando viepiù le vedute sul tema, un altro autore, pur estendendo la nozione di finanziamento anche ai semplici atti privi di valore negoziale⁶⁸, ritiene che la categoria sia circoscritta a quelle ipotesi, come il mutuo, che possono essere rivolte o sono di per sé rivolte a procurare mezzi economici di utilizzazione vincolata⁶⁹.

⁶⁴ M. BACCIGALUPI, *Note sul contratto di finanziamento*, in *Dir. econ.*, 1955, p. 111 ss.

⁶⁵ F. MESSINEO, *Caratteri giuridici comuni, concetto e classificazione dei contratti bancari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1960, I, p. 321 ss., spec. 332 ss., il quale comunque osserva che i poteri di «controllo», pur essendo «un modo di atteggiarsi della politica creditizia della banca, [...] può essere suscettibile di divenire il connotato giuridico di un tipo di contratto bancario, particolarmente conformato nel suo elemento finalistico». Corsivi dell'a.

⁶⁶ R. RASCIO, *Contratto di finanziamento: apertura di credito o promessa di mutuo*, in *Dir. giur.*, 1957, p. 390 ss. (nota a Trib. Napoli, Sez. V, 25 gennaio 1956), il quale comunque reputa necessaria una previsione dello svolgimento dell'attività o dell'esistenza di beni, dalla quale desumere la destinazione d'impiego della somma.

⁶⁷ A. GALASSO, *Contratti di credito e titoli bancari*, Padova, 1971, p. 17 ss., spec. nota 6; ID., *Mutuo e deposito irregolare*, I, *La Costituzione del rapporto*, Milano, 1968, p. 64 ss., spec. nota 49.

⁶⁸ L'opinione è di M. FRAGALI, *Del mutuo. Art. 1813-1822*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1966, p. 76, che, in via esemplificativa, tra gli atti giuridici in senso stretto riconducibili alla figura annovera, in particolare, «l'accantonamento od utilizzazione di riserve di bilancio, aumento di capitale, ecc.».

⁶⁹ M. FRAGALI, *o.n.c.*, pp. 75-76, il quale, tra le fattispecie negoziali, considera alla stregua di finanziamenti, altresì, l'apertura di credito, lo sconto cambiario, l'avallo, la fideiussione, l'apporto e la partecipazione.

La dottrina, a ben vedere, è pervenuta a risultati discordi, oscillando tra una concezione estesa e una più ristretta; tra l'identificazione del finanziamento con la semplice erogazione di mezzi economici e la ricerca di un *quid pluris*, come ad esempio un vincolo di destinazione delle somme; tra l'equiparazione del finanziamento al mutuo di scopo e l'enucleazione di una categoria comprensiva anche di ulteriori modelli contrattuali.

Per l'identificazione della figura col mutuo di scopo si è espressa financo la giurisprudenza⁷⁰, sebbene l'orientamento non sia del tutto pacifico⁷¹.

⁷⁰ Cass., 13 gennaio 1943, n. 47, in *Rep. Foro it.*, 1943, c. 1064 ss., secondo cui «quello che nella pratica commerciale si chiama finanziamento altro non è che un mutuo, con lo scopo prestabilito dell'impiego del danaro mutuato in una determinata industria o commercio e col corrispettivo di un interesse o anche di un premio proporzionale agli utili dell'azienda del mutuatario». Nel solco tracciato dalla pronuncia anzidetta, Cass., 2 ottobre 1972, n. 2796, in *Giust. civ.*, 1973, I, c. 1009 ss., ha peraltro individuato il contenuto essenziale del c.d. finanziamento di scopo legale nei seguenti caratteri: «da finalità e la destinazione del mutuo, previste ed imposte dalla legge anche in relazione ad uno specifico interesse di ordine generale». Ancor più significativo, per la sua portata generale, è l'insegnamento di Cass., 10 giugno 1981, n. 3752, in *Foro it.*, I, c. 1887 ss., e in *Giust. civ.*, 1981, I, c. 2583 ss., a mente del quale i contratti di finanziamento coincidono con «i contratti di mutuo di scopo o di destinazione, preordinati per legge (o per volontà delle parti) al perseguimento di determinate finalità». Tali fattispecie contrattuali «si diversificano dallo schema tipico dei negozi di mutuo – oltre che per il modo di perfezionamento, in quanto hanno natura consensuale e non reale – altresì sotto il profilo strutturale, perché il sovvenuto non si obbliga solo a restituire la somma mutuata e a corrispondere i relativi interessi, ma anche a realizzare lo scopo previsto compiendo gli atti o svolgendo l'attività in concreto programmata; e sotto il profilo causale, giacché nel sinallagma contrattuale quest'ultima prestazione, ancor più di quella degli interessi, assume rilievo corrispettivo dell'attribuzione della somma, con la conseguenza che la funzione economico-sociale del negozio non si esaurisce, come di ordinario, nel consentire al sovvenuto il godimento del danaro mutuato, ma concerne la (futura) destinazione dello stesso, essendo la disponibilità della somma strumentale all'interesse (pubblico, nel mutuo di scopo legale) di conseguire la finalità stabilita». La coincidenza semantica tra «mutuo di scopo» e «finanziamento» è stata ravvisata anche dalla giurisprudenza di merito: cfr. Trib. Milano, 18 novembre 2021, n. 9459, in *www.dejure.it*; Trib. Roma, 25 giugno 2019, n. 13404, *ivi*; Trib. Cagliari, 24 aprile 2018, n. 1350, *ivi*; App. Firenze, 28 gennaio 1953, in *Giur. it.*, 1953, p. 429 ss.

Anche la giurisprudenza più recente equipara il contratto di finanziamento al mutuo di scopo, distinguendolo invece dal mutuo in senso proprio (*ex multis*; Cass., 3 dicembre 2007, n. 25180, in *Contratti*, 2008, p. 561 ss.; in *Riv. notariato*, 2009, II, p. 442 ss., con nota di T. AGGIO, *Sul mutuo di scopo convenzionale*; in *Giust. civ.*, 2008, X, p. 2187 ss.; Cass., 9 maggio 2003, n. 7773, in *www.dejure.it*; in *Contratti*, 2003, p. 1131 ss., con note di N. MONTICELLI, *Contratto di finanziamento e rischio di cambio: il difficile equilibrio degli interessi contrapposti*, e di V. GIORGI, *In tema di trasferimento del rischio di cambio inerente ad una somma di denaro oggetto di mutuo di scopo*; Cass. 21 luglio 1998, n. 7116, in *Contratti*, 1999, p. 373 ss., con nota di E. GOLTARA, *Mutuo di scopo e consegna*.

⁷¹ In un arresto giurisprudenziale si è tracciata una distinzione tra il contratto di mutuo, avente carattere reale, e quello di finanziamento, per tale intendendosi un contratto di natura consensuale e avente una valenza per lo più normativa, che peraltro sembrerebbe slegata dalla presenza di un vincolo di destinazione. Il convincimento è di Cass., 27 novembre 1967, n. 2845, in *Foro pad.*, 1969, I, c. 1014 ss. (con nota di A. GALASSO, *Osservazioni su un caso di «mutuo consensuale»*), di cui si riporta, testualmente, un passaggio fondamentale: «diverso dal contratto di mutuo è quello c.d. di finanziamento, il quale è caratterizzato dall'obbligo di un soggetto di fornire capitali a

La rassegna delle specifiche posizioni restrittive assunte dalla dottrina tradizionale e dalla giurisprudenza lascia trasparire che la categoria di negozi di finanziamento sia di norma contrassegnata dalla presenza di una qualche forma di destinazione dei mezzi finanziari apprestati da una parte all'altra, talvolta assistita da un potere di controllo in capo al dante causa. Ciascun contributo, inoltre, configura un modello fondato per lo più su schemi contrattuali tipici, mostrando una scarsa apertura verso forme negoziali di nuovo conio, emerse più di recente nella realtà dei traffici e perciò non tipizzate⁷².

In definitiva, se da un punto di vista strutturale l'impostazione classica ruota intorno ai caratteri del mutuo ordinario, dal punto di vista causale l'archetipo è rappresentato dal mutuo di scopo; anche chi non ravvisa un'assoluta identità tra questo e il finanziamento, infatti, finisce con l'assegnare al primo una posizione di centralità nella ricostruzione dei contorni del secondo⁷³.

ripetizione, in base ad un rapporto fondamentale di carattere contestuale e obbligatorio. Tale figura contrattuale importa la promessa fondamentale, accettata, di successivi mutui di danaro, con un corrispettivo che può essere un tasso di interesse o anche una partecipazione agli utili delle operazioni finanziarie. Mentre il mutuo si esaurisce in quella prestazione di consegna, da cui nascono obbligazioni contrattuali a carico del solo mutuatario, il finanziamento costituisce un contratto di carattere obbligatorio e consensuale, preparatorio dei futuri mutui, che, al pari dei contratti preliminari di mutuo, può essere unilaterale e con obbligazioni da una sola parte, ove sussista soltanto la promessa accettata, cioè l'obbligo di dare a mutuo, rimanendo libero il finanziamento di riceversi le somme, e può anche essere bilaterale o a prestazioni contrapposte e reciproche, ove alla promessa da parte del finanziante corrisponda l'obbligo del finanziato di ricevere il finanziamento nei modi e nei termini previsti». In senso adesivo Cass., 6 settembre 2019, n. 22380, in *Foro it.*, I, c. 1368 ss.

⁷² R. CLARIZIA, *I contratti di finanziamento. Leasing e factoring*, Torino, 1989, p. 28 ss., rileva che i principali orientamenti sviluppati in materia di contratti di finanziamento e di credito sono tutti «poco sensibili a recepire nella categoria tecniche contrattuali di finanziamento non legalmente tipizzate o offrono un “sistema” di tipizzazione che non ne consente l'inquadramento». Saggiunge, inoltre, che nelle fattispecie prese in esame dalla dottrina e dalla giurisprudenza «il finanziamento [...] non assume autonoma e distinta rilevanza giuridica, ma è sempre riconducibile nell'ambito di un contratto già noto, o perché legalmente tipizzato o perché solo socialmente diffuso». V. anche ID., *I contratti per il finanziamento*, cit., p. 1 ss.

⁷³ Si può notare, in via esemplificativa, che nel delimitare i confini tra finanziamento per scopo volontario e finanziamento per scopo legale, M. FRAGALI, *Finanziamento (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 609, ravvisa tratti differenziali sostanzialmente analoghi a quelli che separano il mutuo di scopo volontario dal mutuo di scopo legale. Come nel mutuo di scopo, così nel più ampio concetto di finanziamento, il fine, se eteroimposto, consiste nella realizzazione di interessi pubblici di varia natura e si esplica attraverso una ripartizione fra più organi o enti della competenza a finanziare sia per ripartirne l'alea sia per incrementare le specializzazioni nella prestazione del servizio; se convenzionalmente stabilito, il fine è legato al perseguimento di un assetto di interessi che si riflette unicamente nella sfera privata, e in materia di legittimazione attiva non soggiace alle limitazioni previste per i finanziamenti pubblici.

4. *La causa di finanziamento.*

Prendendo le mosse da alcuni approdi ermeneutici in materia di causa⁷⁴, una dottrina ha criticato gli orientamenti che rimarcano la presenza dei caratteri distintivi del mutuo di scopo ovvero comunque riconducono il contratto di finanziamento entro i contorni di una fattispecie tipica o socialmente tipica⁷⁵.

I contratti di finanziamento, così come quelli di credito, configurano in realtà non un tipo contrattuale, ma al più – secondo un’impostazione in verità classica – un insieme di tipi⁷⁶, avvinti dalla presenza di elementi comuni sulla cui ricerca in concreto dovrà soffermarsi l’indagine dell’interprete⁷⁷. La causa rappresenta il terreno privilegiato di questa nuova prospettiva⁷⁸, che si incentra sull’individuazione, da un lato, degli elementi idonei a qualificare

⁷⁴ Si tratta in particolare dell’insegnamento di G.B. FERRI, *CAUSA E TIPO*, cit., p. 370 ss.: se la causa dev’essere concepita come funzione economico-individuale del negozio giuridico, non v’è ragione di limitare l’operazione di qualificazione contrattuale all’astratta riconducibilità della fattispecie atipica in una tipica, dovendosi pur sempre indagare circa il concreto risultato che le parti si prefiggono di raggiungere.

⁷⁵ R. CLARIZIA, *I contratti di finanziamento*, cit., p. 21 ss., il quale, da una parte, evidenzia che «il metodo tipologico può servire ad “ordinare” le diverse fattispecie che nell’ambito della autonomia contrattuale le parti sono libere di porre in essere e gli aggettivi che possono accompagnare il sostantivo “tipo” (“legale”, “sociale”, “giurisprudenziale”, “normativo”) valgono esclusivamente a dare una “informazione” ulteriore al lettore, ma non incidono sulla struttura sostanziale del tipo». D’altra parte, però, l’a. significa che «tutti i singoli contratti, in quanto tali sono tipi, e che pertanto non esistono contratti “atipici” perché, dovendo tutti rispondere ad una funzionalizzazione consentita dell’ordinamento giuridico, essi altrimenti non assumerebbero rilevanza giuridica».

⁷⁶ M. FRAGALI, *Finanziamento*, cit., p. 607, contrastando la teoria che riconosce alla clausola di destinazione l’attitudine a costituire un sottotipo dei negozi di credito (cfr. BACCIGALUPI, *Note*, cit., p. 122) osserva che questi «non formano un tipo negoziale, ma una categoria, vale a dire un raggruppamento di tipi come prodotto di una costruzione semplificatrice, la quale potrà completarsi con l’identificazione di sottocategorie, mentre il sottotipo si potrà individuare nell’ambito di ciascuno dei tipi utilizzati per formare la categoria. Solo quando la clausola di destinazione è fonte di speciali vantaggi garantiti dall’ordinamento o dà ragione ad un particolare assetto legale degli interessi delle parti potrà essere legittimo ricercare se a ciascuna fattispecie disegnata da ciascun gruppo di norme corrispondono altrettante configurazioni derivate o particolari atteggiamenti di una medesima causa tipica; ma, anche in tal caso, si potrà avere un sottotipo del negozio utilizzato, non un sottotipo di un generico contratto di credito».

⁷⁷ R. CLARIZIA, *I contratti di finanziamento*, cit., p. 27, mette in luce che, di fronte all’emersione nella pratica di una fattispecie contrattuale non legalmente tipizzata, l’interprete – fintantoché l’intervento legislativo non si compie – ha il compito di «ricercare la funzione della fattispecie contrattuale concreta, valutare se gli interessi perseguiti dalle parti siano meritevoli di tutela secondo l’ordinamento giuridico e quindi se la fattispecie possa assicurare a dignità di tipo contrattuale inquadrabile in una categoria generale della quale facciano parte schemi contrattuali già menzionati e disciplinati dalla legge e perciò la cui funzione sia meritevole di tutela secondo l’ordinamento giuridico».

⁷⁸ R. CLARIZIA, *o.u.c.*, p. 41 ss. La ricerca di connotati causali non è, per vero, una novità nell’elaborazione classica della categoria dei contratti di finanziamento, anche se i risultati cui quest’ultima impostazione sono, come si è visto, difformi sia al suo interno sia nei confronti della più recente dottrina.

sotto il profilo funzionale l'astratta categoria del finanziamento e, dall'altro, di quegli ulteriori o diversi aspetti che consentono di distinguere, sotto il medesimo profilo, un negozio da un altro pur se facenti parte di quella unitaria categoria⁷⁹.

Tra i caratteri qualificanti del raggruppamento negoziale si annovera, *in primis*, un dato soggettivo: chi assume i panni di finanziatore sarebbe sempre una banca o una società finanziaria⁸⁰. Il finanziamento sarebbe quindi un contratto di impresa⁸¹. A fondamento di ciò

⁷⁹ L'impostazione metodologica in parola è ascrivibile a R. CLARIZIA, *o.u.c.*, p. 47, che individua nella causa una funzione ordinante che si esplica su due livelli: «uno, più generale che esaltando taluni caratteri ricorrenti in più contratti consente di disegnare una "categoria" di appartenenza, l'altro più particolare che specifica taluni caratteri aggiuntivi e distintivi di quel contratto pur nell'ambito della stessa categoria contrattuale».

⁸⁰ R. CLARIZIA, *La nozione di attività finanziaria*, in P. FERRO-LUZZI e G. CASTALDI (a cura di), *La nuova legge bancaria. Commentario*, III, Milano, 1996, p. 1677 ss., ove la configurazione della categoria assume una valenza marcatamente soggettiva, configurandosi al suo interno «attività specificamente caratterizzate dallo statuto speciale che disciplina il soggetto cui è "riservata" l'attività: l'attività bancaria, l'attività di intermediazione finanziaria, l'attività di intermediazione mobiliare, l'attività di gestione di fondi comuni, l'attività fiduciaria».

⁸¹ R. CLARIZIA, *o.u.c.*, p. 1682. Viene alla mente, in relazione a quanto sopra esposto, l'insegnamento di A. DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*, 3^a ed., Padova, 1962, p. 3 e 94 ss. e ID., *Contratti di impresa*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1998, p. 1, in ossequio al quale il criterio di unificazione dei contratti c.d. commerciali, all'indomani dell'abrogazione del codice di commercio e dell'unificazione del diritto privato nel codice civile in vigore, è il concetto di impresa; nel contesto dei contratti stipulati dalle imprese sarebbe peraltro possibile individuare il sottogruppo dei contratti «di impresa», che si caratterizza non soltanto per il fatto che in essi prende parte l'imprenditore, ma soprattutto perché attraverso di essi si realizza l'attività d'impresa. Tale sistemazione concettuale, in particolare, consente di cogliere il rapporto che lega il contratto non tanto alla qualifica formale del soggetto che lo pone in essere, quanto piuttosto alla natura dell'attività (d'impresa) che questi è dedito svolgere. La configurabilità di una categoria autonoma di contratto d'impresa è in realtà assai controversa. Sembra prevalente il convincimento che l'archetipo in questione abbia una valenza più euristica che normativa: v. G. ALPA, *Le autonomie contrattuali tra mercato e persona*, in AA.VV., *La vocazione civile del giurista: saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Roma-Bari, 2013, p. 204 ss.; ID., *I contratti d'impresa, i regolamenti e gli usi normativi*, in P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Milano, 2006, p. 6 ss., il quale avverte in particolare che «il sintagma in esame ha natura dottrinale, ed ha una valenza di carattere fattuale, nel senso che indica semplicemente che i contratti di cui si parla sono conclusi da "imprese"». Non potrebbe sostenersi, invece, che «la classificazione implichi regole comuni a tutti i contratti inclusi in questa categoria. Proprio l'analisi della legislazione speciale ci avverte che le regole comuni riguardano piuttosto i sotto-settori in cui la categoria può essere scomposta, come le regole che concernono i contratti bancari, i contratti dell'intermediazione finanziaria, i contratti di assicurazione, e così via». Secondo F. DI MARZIO, *Contratti d'impresa*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, agg., Torino, 2007, p. 349 ss., la locuzione «contratti d'impresa» avrebbe una funzione descrittiva, peraltro passibile di ridimensionamento a causa dell'avvento della tutela contrattuale del consumatore, così come della normativa in materia di «terzo contratto». In senso adesivo G. DE NOVA, *Dal tipo contrattuale al contratto alieno: i contratti di impresa*, in G. GITTI, M. MAUGERI e M. NOTARI, *I contratti per l'impresa*, I, Bologna, 2012, p. 23 ss. Sotto altro profilo, dubitano che la semplice presenza dell'imprenditore sia sufficiente a fondare la categoria dei contratti d'impresa G. CIAN, *Contratti commerciali e contratti d'impresa: valore sistematico ermeneutico delle classificazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 849 ss.; E. GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, *ivi*, 1997, I, p. 705 ss.

si adduce che ai sensi dell'art. 10 t.u.b. la banca può svolgere, oltre alla tradizionale attività bancaria consistente nella raccolta ed erogazione di moneta (comma 1), anche «ogni altra attività finanziaria», ma «sono salve le riserve di attività previste dalla legge» (comma 3). Per di più, l'attività di finanziamento (nei confronti del pubblico) può essere esercitata, come già visto, dagli intermediari finanziari non bancari che soddisfano il regime autorizzatorio di cui artt. 106 e 107 t.u.b.; tale riserva non ha comunque carattere esclusivo, dal momento che l'attività finanziaria può essere espletata dalle banche⁸². Sempre con riferimento al profilo subiettivo si è sostenuto, ancora, che la controparte dell'intermediario bancario o finanziario «sarà sempre un “non consumatore”».

La sfera applicativa della tesi è però suscettibile di essere ridimensionata: essa si basa su una disposizione, l'art. 106 t.u.b., dalla valenza relativa, in quanto circoscritta ai finanziamenti

La posizione non è però pacifica: in senso contrario v. M. ORLANDI, *Dominanza relativa e illecito contrattuale*, in G. GITTI e G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008, p. 137 ss.; S. PATTI, *I contratti di impresa: caratteristiche e disciplina*, in *Obbl. contr.*, 2010, p. 326 ss. Sulla generale nozione di contratto d'impresa v., *ex multis*, F. MESSINEO, *Dottrina generale*, cit., p. 220; A. DALMARTELLO, *Contratti d'impresa*, cit.; P. FERRO-LUZZI, *Lezioni di diritto bancario*, Torino, 1995, p. 12; F. GALGANO, *I contratti di impresa. I titoli di credito. Il fallimento*, Bologna, 1980, p. 1 ss.; C. ANGELICI, *La contrattazione d'impresa*, in AA.VV., *L'impresa*, Milano, 1985, p. 185 ss.; V. BUONOCORE, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Milano, 2000; ID., *I contratti d'impresa*, in V. BUONOCORE e A. LUMINOSO (a cura di), *Contratti d'impresa*, I, Milano, 1993; A. LUMINOSO, *I contratti dell'imprenditore*, in AA.VV., *Manuale di diritto commerciale* (a cura di V. BUONOCORE), 9ª ed., Torino, 2009, p. 871 ss.;

⁸² M. RISPOLI FARINA, *o.c.*, p. 1095 ss. Cfr. altresì R. FEDERICO, *Art. 106*, cit., p. 595 ss.

concessi «nei confronti del pubblico»⁸³: quando assume carattere non professionale, invece, l'attività finanziaria può essere svolta da un qualsivoglia soggetto, compresa la persona fisica⁸⁴.

Allo stesso modo l'identificazione del percettore del finanziamento con la figura del professionista sembra il frutto di un'eccessiva generalizzazione, contraddetta sia dalla prassi⁸⁵ sia dal diritto positivo, ove la natura non professionale del finanziato è alla base di una speciale disciplina a tutela del contraente debole⁸⁶.

Da un punto di vista oggettivo, poi, il carattere distintivo del finanziamento è stato individuato «nella messa a disposizione di un bene “utile” alla controparte (il danaro nel mutuo

⁸³ Per un'analisi della nozione di «pubblico» in seno all'art. 106 t.u.b., v. F. VOLPE, *L'esercizio nei confronti del pubblico dell'attività finanziaria*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2000, V, p. 436 ss. La figura – come rammentato dall'a. – ruota intorno a due criteri. Il primo è quantitativo: «nella sua elaborazione più nota, [esso] attribuisce preminente rilevanza all'estensione soggettiva dell'ambito operativo dell'intermediario e consente di qualificare come pubblico l'esercizio di un'attività che sia rivolta ad un numero elevato di soggetti». Il secondo criterio è invece qualitativo e, diversamente dal primo, non è oggetto di una ricostruzione unitaria nella dottrina e nella giurisprudenza. Una prima impostazione valorizza «il profilo soggettivo ed esclude il carattere pubblico dell'attività quando la stessa venga esercitata nei confronti di soggetti contraddistinti da un particolare legame con l'intermediario ovvero da altre peculiari condizioni e qualità personali». Per un diverso orientamento, invece, l'elemento qualitativo sussisterebbe in presenza di un «profilo oggettivo», riveniente, ad esempio, «dalle particolari forme e modalità del suo esercizio ovvero dall'utilizzo, da parte dell'intermediario, di strumenti pubblicitari, di locali aperti al pubblico, di modelli generali di contratti, etc.». È ora espressamente previsto che l'esercizio nei confronti del pubblico sussista nel caso in cui l'esercizio sia connotato da professionalità (art. 3, comma 2, d.m. n. 53/2015); poiché tale carattere è stato concepito come l'equivalente del carattere d'impresa (G. ROTONDO, *Art. 106*, in *Comm. t.u.b.* Porzio, Milano, 2010, p. 849 ss.) assume rilievo, pertanto, solo l'attività continuativa di finanziamento e non anche quella occasionale. Il comma 2 dell'art. 3 del citato d.m. esclude, per altro verso, la configurabilità dell'esercizio nei confronti del pubblico in presenza di operazioni infragruppo, finanziamenti concessi dal datore di lavoro nei confronti di dipendenti o collaboratori ovvero realizzate da società «costituite per singole operazioni di raccolta o di impiego e destinate a essere liquidate una volta conclusa l'operazione».

⁸⁴ Ciò è confermato, tra gli altri dati normativi, dal già citato art. 2467 c.c., che allude ai finanziamenti erogati alla società dai soci, la cui eventuale natura di intermediari finanziari non rileva ai fini dell'applicazione della norma.

⁸⁵ È sufficiente una rapida consultazione dei siti internet dei principali istituti bancari e finanziari per rendersi conto dell'ampia offerta di finanziamenti destinati ai consumatori, quali i prestiti personali, la cessione del quinto dello stipendio o della pensione e le carte di credito.

⁸⁶ È eloquente l'inserimento nel t.u.b., titolo VI, dei capi I *bis* (inserito dall'articolo 1, comma 2, del d.lg. 21 aprile 2016, n. 72) e II (come sostituito dall'articolo 1 del d.lg. 13 agosto 2010, n. 141), rubricati rispettivamente «credito immobiliare ai consumatori» e «credito ai consumatori», ove la controparte del «finanziatore» è identificata nella persona del «consumatore». Una peculiare forma di finanziamento dedicata ai lavoratori dipendenti sia pubblici che privati, nonché ai pensionati, è la c.d. cessione del quinto, in cui la miglior dottrina (U. MALVAGNA, *La «cessione del quinto» come tipo contrattuale*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2021, II, p. 203 ss.) ravvisa una «causa credendi in senso proprio, connotata dalla strumentalità della cessione del credito retributivo alla conformazione del credito alla restituzione del capitale (e alla corresponsione degli interessi) del finanziatore».

di scopo e nell'acquisto dei crediti di impresa, il bene "strumentale" nella locazione finanziaria)»⁸⁷. L'oggetto della prestazione potrebbe dunque consistere anche in un bene diverso dal denaro.

La tesi non è però unanime: un'autorevole dottrina aveva in precedenza rilevato, in senso contrario, come «per attività finanziaria debba intendersi l'attività diretta a porre in essere, in serie, operazioni che tra le parti (cliente e banca od altro operatore finanziario) inizino e terminino col denaro, indipendentemente dalla specifica natura giuridica, e connessione, dei singoli atti o negozi che possano giuridicamente puntualizzare tali operazioni»⁸⁸.

Si è però obiettato che se si agganciasse la nozione di finanziamento a quella di denaro si negherebbe l'autonomia della categoria rispetto a quella creditizia, se per tale viene intesa quel complesso di operazioni che, congiunte rispetto a quella di raccolta del risparmio, costituiscono «l'attività "tipicamente" bancaria». A tal proposito si è soggiunto che non può essere accolta l'idea che l'attività sia qualificabile come creditizia e non finanziaria quando essa presenti una connessione con quella di raccolta e, viceversa, nel caso manchi un coordinamento con quest'ultima, l'operazione sia finanziaria ma non creditizia⁸⁹. Si dovrebbe

⁸⁷ R. CLARIZIA, *I contratti per il finanziamento*, cit., p. 48.

⁸⁸ Il rilievo è di P. FERRO-LUZZI, *L'attività bancaria*, I, in P. FERRO-LUZZI e G. CASTALDI, *La nuova legge bancaria*, cit., p. 232 ss., il quale precisa che «sono operazioni il cui compimento in serie determina la natura di attività finanziaria, le operazioni riassumibili nei seguenti schemi elementari: a) danaro-tempo-danaro, cioè in principio operazioni creditizie; b) danaro-spazio danaro, cioè in principio operazioni di trasferimento di danaro o operazioni di pagamento; c) danaro-danaro, cioè operazioni di cambio». Soffermandosi sull'operazione «danaro-tempo-danaro» l'a. puntualizza due aspetti: «a) tale schema, ove considerato nella sua massima ampiezza, potrebbe comprendere fenomeni diversissimi, e addirittura lo stesso fenomeno dell'impresa considerando che certamente all'inizio l'imprenditore valuta il complesso del capitale (proprio e di credito) necessario e al termine del processo produttivo, quindi anche con un fattore tempo, valuta il capitale che se ne può ritrarre per sé, e per rimborsare i debiti assunti; per questo, in principio per tutti e tre gli schemi, ma soprattutto per quello danaro-tempo-danaro, è necessario precisare che viene presa in considerazione una operazione tra le due parti: la banca (o altro operatore finanziario) e il cliente; b) occorre inoltre sottolineare che il tempo deve essere il fattore determinante dell'operazione (in termini giuridici la causa, se si potesse parlare di causa rispetto all'operazione e non ai singoli negozi che possono eventualmente puntualizzarla) nel senso che è appunto il far godere l'altra parte della disponibilità del denaro per un certo periodo di tempo che giustifica l'operazione stessa». Secondo questa dottrina la rilevanza del fattore temporale non sarebbe peraltro limitata alle operazioni di credito, ma si estenderebbe, sia pure in via strumentale, nei confronti di attività, come le gestioni patrimoniali, di natura non creditizia, ma comunque finanziaria, dato che «iniziano e terminano programmaticamente con il denaro».

⁸⁹ Ci si riferisce al convincimento di P. FERRO-LUZZI, *o.c.*, p. 235, per cui ciò che «distingue nettamente l'attività bancaria dall'attività finanziaria è sicuramente la circostanza che dell'attività bancaria è proprio ed esclusivo il coordinamento strutturale e funzionale tra tutte le operazioni, creditizie, di raccolta e le operazioni,

anzi ritenere che l'attività bancaria costituisca una specie di quella finanziaria, che rappresenta a sua volta un *genus* strettamente correlato con la natura del soggetto che la esercita (banca o altro intermediario)⁹⁰.

Per questa teoria il bene rileva in ragione non della sua natura (pecuniaria o meno), bensì della possibilità che il concessionario ritragga da esso un'utilità, intendendo per tale non una generica attitudine a soddisfare bisogni umani, ma una serie di poteri, che si compendiano nel concetto romano di *utilitas*⁹¹: il soggetto finanziato fa un utilizzo pieno del bene, ricavando da esso vantaggi che non sono limitati da un eventuale interesse del finanziatore alla sua restituzione, poiché questi ha diritto soltanto a ottenere il *tantundem* (ossia la somma spesa per l'acquisto e la messa a disposizione del bene) oltre all'eventuale corrispettivo. Tale connotazione causale del contratto di finanziamento è evidente nel caso del mutuo, ove il bene è fungibile e passa in proprietà al mutuatario; ma l'utilità in esame non postula in tutti i casi il trasferimento del diritto dominicale, giacché essa sarebbe ravvisabile, ad esempio, anche nel caso della locazione finanziaria, ove la restituzione del bene alla scadenza del contratto è soltanto eventuale e non consente in ogni caso di soddisfare – o quantomeno di non soddisfare integralmente – l'interesse del finanziatore, che consiste più precipuamente nel conseguimento del valore economico del bene nell'ammontare prestabilito⁹².

sempre creditizie, di erogazione, mentre nell'attività finanziaria può ad esempio ricorrere raccolta od erogazione, ma non le due attività coordinate».

⁹⁰ R. CLARIZIA, *o.m.c.*, p. 7 ss., evidenziando che l'art. 10 t.u.b. assegna alle banche la facoltà di esercitare «ogni altra attività finanziaria», deduce che l'attività bancaria è da ricomprendersi in quella finanziaria, avente natura «totalizzante», essendo ad essa ascrivibili anche quelle operazioni eterogenee, come quelle di «assunzione di partecipazioni, di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma, di prestazione di servizi di pagamento e di intermediazione in cambi» (art. 106, 1° comma).

⁹¹ R. CLARIZIA, *I contratti di finanziamento*, cit., p. 32, evoca il suddetto latinismo per indicare la situazione giuridica che consiste nella possibilità di sfruttare tutte le risorse di quel bene, cioè «quella serie di poteri riconosciuti a colui che ha il *dominium utile* sul bene e limitativi dei poteri di chi ha il *dominium directum*».

⁹² In questi termini R. CLARIZIA, *o.m.c.*, p. 32 ss., il quale riferisce che l'interesse del concedente ruoterebbe intorno al conseguimento del valore economico del bene nell'ammontare prestabilito piuttosto che alla restituzione del bene, ormai obsoleto o di valore minimo. Soffermandosi sulla non necessarietà di un meccanismo di trasferimento della proprietà, peraltro, l'a. osserva che questo non colora nemmeno la causa del mutuo, ove si pone in posizione di mera strumentalità rispetto alla realizzazione della funzione contrattuale; ID., *I contratti per il finanziamento*, cit., p. 316, per il quale, con specifico riguardo al *leasing*, è «l'intensità» della messa a disposizione del bene a conferire al contratto la causa di finanziamento nei confronti dell'utilizzatore, sul quale incombe l'obbligo di corrispondere i canoni periodici, che rappresentano il *tantundem*, cioè «l'ammontare del finanziamento realizzato dal concedente con l'acquisto (o l'appalto della costruzione) e la messa a disposizione del bene». A. LUMINOSO, *I contratti tipici*, cit., p. 384 ss., puntualizza, sul punto, che ad avere una connotazione finanziaria non

In ogni caso l'assetto di interessi diviso dai contraenti si sostanzia nella temporanea ma continuativa disponibilità di un bene. Tale circostanza, resa possibile dall'imprescindibile meccanismo restitutorio, mette in luce che i finanziamenti sono contratti di durata⁹³.

Dal possesso dei suddetti tratti comuni dipenderebbe la possibilità di inquadrare una fattispecie concreta nella categoria dei contratti di finanziamento, la cui causa sarebbe dunque distinta da quelle di scambio, godimento o gestione, sebbene queste ultime funzioni siano idonee a caratterizzare, ma solo in chiave descrittiva, singoli profili di una complessa operazione di finanziamento, senza peraltro intaccarne la generale funzionalizzazione al perseguimento dell'*utilitas*⁹⁴.

In base a una siffatta configurazione l'eventualità che il contratto sia assistito da agevolazioni ovvero rechi una clausola di destinazione non penetrerebbe la causa del finanziamento, che è suscettiva di essere integrata, tra l'altro, in presenza di un mutuo

è il contratto di *leasing* in sé, ma la complessiva operazione che comprende i contratti, tra loro collegati, di vendita e *leasing*. Dopo aver riscontrato nella prassi la presenza di casi in cui il bene ceduto in *leasing* conserva alla scadenza un valore residuo consistente, nonché avvertito circa il rischio che il *leasing* finanziario possa perseguire una finalità di garanzia in contrasto col divieto di cui all'art. 2744 c.c., l'a. osserva che il *leasing* si presenta «con una varietà di atteggiamenti tale da impedire una configurazione unitaria».

⁹³ G. GIAMPICCOLO, *Comodato e mutuo*, in *Tratt. dir. civ.* Grosso e Passarelli, V, Milano, 1972, p. 68 ss., nel ricondurre la specifica figura del mutuo tra i contratti di durata, ritiene che la *ratio* «della speciale disciplina che il codice detta per quest'ultimo gruppo di contratti [...] non sta tanto nel fatto che la funzione negoziale si attua in essi mediante l'adempimento di una prestazione continuata, quanto nel fatto che tale funzione viene svolta continuativamente, secondo il modulo di un'utilità scindibile che si distribuisce nel tempo». Considera il mutuo un contratto a prestazione continuativa E. SIMONETTO, *Mutuo (disciplina generale)*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990, p. 7, il quale ritiene che la prestazione del mutuante sia «nel passaggio del tempo corrispondente al non utilizzo dei capitali imprestati». Anche la dottrina che nega che il mutuo appartenga ai negozi di durata (M. FRAGALI, *Del mutuo*, cit., pp. 20-21) reputa applicabile, del resto, la disciplina dedicata a questi ultimi (artt. 1360, comma 2; 1373, comma 2, 1458, comma 1, c.c.). Secondo quest'opinione, più precisamente, sarebbe di durata soltanto l'obbligazione del mutuatario agli interessi, laddove sussistente, con la conseguenza che il mutuo sarebbe un contratto solo eventualmente di durata.

⁹⁴ Con particolare riferimento al *leasing*, R. CLARIZIA, *I contratti per il finanziamento*, cit., p. 343, osserva che non penetrano nella causa dell'operazione né un profilo che attiene alla sua struttura, come il godimento che l'utilizzatore ritrae dalla disponibilità del bene, né un aspetto che è in realtà soltanto eventuale, come il trasferimento della proprietà del bene, che dipende dall'esercizio, del tutto discrezionale, dell'opzione di acquisto da parte dell'utilizzatore stesso. Del resto – argomenta l'a. – «nel soffermarsi su un profilo del contratto si perde l'unitario scopo dell'operazione che non è certamente né di far godere il bene né di trasferirne la proprietà alla scadenza del contratto, ma di finanziare l'utilizzatore con la messa a disposizione di un bene strumentale alla sua attività».

ordinario *ex art.* 1813 c.c., non essendo invece necessario che il contratto si atteggi come mutuo «di scopo»⁹⁵.

5. *La categoria dei contratti di credito.*

Allargando l'angolo prospettico può notarsi che le dottrine che hanno sviluppato una nozione unitaria di finanziamento sono state mosse da esigenze di diversa natura: restringere la concezione economica, la quale, trasposta sul piano giuridico, appariva inadeguata a configurare una categoria dai contorni definiti⁹⁶; affrancare la nozione di finanziamento da quella di credito⁹⁷ ovvero ampliarla rispetto a quelle configurazioni che la identificavano come sinonimo di credito speciale⁹⁸.

L'eterogeneità delle teorie in questione rende alquanto complessi i tentativi di distinguere il finanziamento dal credito, dai quali tuttavia non può prescindersi per una corretta delimitazione dell'area di rilevanza delle due figure. A ciò si aggiunga che il nostro ordinamento, oltre a configurare in modo eterogeneo i contratti di finanziamento, non regola in maniera unitaria i negozi di credito, i cui presidi normativi devono essere

⁹⁵ R. CLARIZIA, *o.u.c.*, p. 2 ss.

⁹⁶ R. CLARIZIA, *Finanziamenti*, cit., p. 755.

⁹⁷ M. FRAGALI, *Finanziamento*, cit., p. 606, per il quale «tentare [...] di ricostruire la nozione di negozio di finanziamento esclusivamente col sussidio di quella di negozio di credito è disconoscere la realtà; la quale riconnette quest'ultima nozione alla funzione generica di incremento temporaneo delle risorse di una parte, e non dà a quel negozio la forza di escludere la discrezionalità di uso di tali risorse, come dovrebbe dirsi se i negozi di credito dovessero coprire tutta l'area dei negozi di finanziamento». Cfr. altresì C. BRESCIA MORRA, *Finanziamento*, cit., p. 68.

⁹⁸ Tale elaborazione è stata influenzata, segnatamente, dal proliferare, nella legislazione speciale, di una particolare ipotesi di negozio di credito, che si caratterizza appunto per il vincolo di destinazione delle somme (mutuo di scopo). V. in particolare R. CLARIZIA, *Finanziamenti*, cit., p. 755, il quale rammenta che nella legislazione il termine «finanziamenti» si ricollega un fenomeno più ampio di quello dei crediti speciali, e p. 763, ove egli chiarisce l'esigenza «di fornire una nozione giuridica di finanziamento in un certo qual modo intermedia tra quella economica e quella consegnataci dalla tradizionale impostazione dottrinale e giurisprudenziale». Particolarmente pregiate per la chiarezza d'esposizione sono le pagine di N. CORBO, *Autonomia privata e causa di finanziamento*, Milano, 1990, p. 67 ss., il quale, illustrando l'orientamento più diffuso, sintetizza così i tratti differenziali che in base all'impostazione tradizionale consentono di distinguere il fenomeno creditizio da quello finanziario: «nei contratti di credito il sovvenuto potrebbe utilizzare il denaro o gli altri beni fungibili per fini preferiti, mentre nei contratti di finanziamento la conservazione dello scopo concordemente individuato gli sarebbe imposta dalla causa».

rinvenuti principalmente nella disciplina del mutuo⁹⁹, considerato il prototipo della categoria¹⁰⁰.

In assenza di chiare indicazioni legislative, la categoria del credito ha formato oggetto di configurazioni dogmatiche differenti, delle quali appare opportuna un'esposizione sia pur sommaria, nei termini che saranno esposti *infra*.

Mutuando gli approdi cui era pervenuta la dottrina tedesca, cui si devono le prime elaborazioni della materia¹⁰¹, quella italiana in un primo momento ha individuato i tratti comuni della figura nella presenza di una generica finalità di godimento di un bene che è stato variamente identificato nel denaro, concepito nella sua materialità¹⁰², nella somma, intesa come

⁹⁹ La considerazione è di A. GALASSO, *Contratti di credito*, cit., p. 42 ss., il quale, vagliando in chiave critica le soluzioni secondo cui il deposito irregolare sarebbe un contratto *sui generis*, a metà strada tra il deposito ordinario e il mutuo, ovvero un'ipotesi di contratto di credito, osserva che «l'art. 1782, comma 2, c.c. fa rinvio per la disciplina del deposito irregolare alle norme del mutuo, "in quanto applicabili"».

¹⁰⁰ Tra i molti, v. E.M. LEO, *L'essenza del credito e il leasing finanziario*, in *Riv. soc.*, 1978, p. 82, nota 47.

¹⁰¹ Nella dottrina d'oltralpe cui si è ispirata quella nostrana si sono in verità formati una pluralità di orientamenti. Tra questi possono ricordarsi: la teoria della *fruttificazione*, per la quale l'interesse rappresenta l'equivalente della rendita che potrebbe generarsi con un fondo che potrebbe essere scambiato con quel capitale; la più complessa e generale tesi della *produttività*, secondo cui il capitale genera l'interesse, lo «produce» (affermazione questa intesa o nel senso che della «produzione di beni o di una maggiore quantità di beni rispetto a quella che senza di esso si produrrebbe» oppure nell'accezione di incremento di valore del capitale); le teorie, numerose e al loro interno non del tutto omogenee, dell'uso o del godimento, su cui alcuni cenni di approfondimento verranno svolti nel corso del testo. In Italia si deve lo studio sistematico dei predetti orientamenti e l'elaborazione delle relative obiezioni principali a E. SIMONETTO, *I contratti di credito*, Padova, 1994, rist., p. 11 ss., con ampia bibliografia della dottrina italiana e tedesca.

¹⁰² La tesi, che rappresenta una delle prime versioni delle teorie del godimento di matrice tedesca, è stata recepita da F. CARNELUTTI, *Teoria cambiaria*, Padova, 1937, pp. 24-25. Tale concezione, per la quale «le cose consegnate come suscettibili di godimento continuato nel tempo e di restituzione», ha prestato il fianco all'obiezione per cui l'*accipiens* non può essere tenuto a corrispondere gli interessi per il godimento di una cosa che gli è propria, essendo transitata nella sua proprietà in virtù dell'effetto traslativo del contratto; si è inoltre rilevato che il denaro può formare oggetto di un godimento non prolungato, perché connesso alla realizzazione di un unico atto di disposizione, a seguito del quale la sua utilità si esaurisce. Queste considerazioni non sono apparse condivisibili, posto che il concetto di quantità è una mera idealizzazione ovvero un'unità di misura, ma non si sostanzia nella cosa che forma oggetto del contratto. Le critiche alla tesi del godimento sono state mosse dalla dottrina c.d. dello scambio e riproposte da E. SIMONETTO, *o.u.c.*, p. 14 ss., spec. note 16 e 17 e *ivi* i riferimenti bibliografici di lingua tedesca, e G. OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, p. 146 ss. e 1944, I, p. 17 ss.

astratta quantità di cose fungibili¹⁰³, nell'incremento patrimoniale¹⁰⁴, nel capitale¹⁰⁵ o nel credito¹⁰⁶. A tale concezione si è contrapposta la teoria dello scambio (o dell'aggio), per la quale il negozio di credito tende a realizzare non il godimento di un'entità ideale ma il trasferimento in proprietà di beni attuali, che vengono scambiati con beni futuri o, secondo un diverso filone, con un credito¹⁰⁷. Appoggiandosi alle risultanze delle scienze economiche

¹⁰³ Un'eco di questa concezione – che, superando le critiche mosse alle prime versioni della teoria del godimento, si concentra sul concetto di somma, o quantità, ponendo altresì l'accento sul carattere fungibile del bene – è rinvenibile in A. FIORENTINO, *Le operazioni bancarie*, Napoli, 1948, pp. 45-46. Queste considerazioni non sono apparse condivisibili a E. SIMONETTO, *o.n.c.*, pp. 15-16, posto che il concetto di quantità è una mera idealizzazione ovvero un'unità di misura, ma non si sostanzia nella cosa che forma oggetto del contratto.

¹⁰⁴ L.V. BERLIRI, *Appunti sui contratti reali*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1932, p. 207 ss. *Contra*: E. SIMONETTO, *o.n.c.*, p. 16 ss., il quale riscontra che in realtà non si verifica nessun incremento patrimoniale, atteso che contestualmente alla consegna delle cose mutate sorge in capo al mutuatario un debito di valore pari al capitale prestato.

¹⁰⁵ Si tratta di un termine invalso nel linguaggio degli economisti e condiviso da taluni giuristi tedeschi, che lo utilizzano per indicare una somma di valori che può essere scambiata senza che cessi l'utilità, che insiste, anzi, nella ricchezza materiale acquistata con tale somma. Contro tale concezione E. SIMONETTO, *o.n.c.*, p. 18 ss. ha osservato che «il capitale non è una entità che possa dar luogo ad un fenomeno continuato di godimento o di uso, diverso dall'uso delle cose lo compongono, mentre quest'uso non interessa il mutuante, l'accreditante ecc., più di quanto la disposizione dei propri beni da parte del debitore possa interessare il creditore».

¹⁰⁶ G. DONADIO, *Sulla natura giuridica della copertura di credito*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1937, p. 138 ss. E. COLAGROSSO, *Diritto bancario. Soggetti, titoli, negozi giuridici*, 2^a ed., Roma, 1960, pp. 205-206 e 288-289. *Contra*: F. MESSINEO, *Operazioni di borsa e di banca*, 1926, p. 148 ss.; E. SIMONETTO, *o.n.c.*, pp. 21-22, il quale rileva nella apertura di credito, ad esempio, a seguito dell'accreditamento non sorge una semplice potenzialità economica, come asserito dai fautori della tesi, ma un credito nel senso tecnico, che comprende la facoltà di effettuare prelievi di denaro; di stato potenziale si può parlare soltanto finché il credito non formi oggetto di riscossione, dopo il qual momento si avrà un concreto afflusso di mezzi finanziari nel patrimonio dell'accreditato.

¹⁰⁷ F. CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Napoli, 2010, rist., p. 26, che – assumendo come parametro di riferimento la compravendita e la permuta, in cui la differenza tra le cose scambiate è qualitativa – rileva che nel mutuo l'elemento discretivo degli opposti flussi economici è soltanto cronologico, attesa l'identità di specie tra le cose consegnate e il *tantundem* da restituire. Anche questa posizione è stata sottoposta a critica da E. SIMONETTO, *o.n.c.*, p. 30 ss. e 96 ss., il quale, pur riconoscendo ad essa un fondamento di verità, appunta che l'interesse cui aspira il mutuante non è quello di avere beni futuri; semplicemente egli accetta di ricevere beni in futuro, ma agisce al fine di ottenere gli interessi. In virtù del principio di compensazione dei crediti l'a. reputa infatti «inconcepibile un rapporto di corrispettività tra due masse identiche di cose nella considerazione economico-sociale». Questo assunto non muta solo perché tra scambio delle due masse intercorre uno iato temporale: il trascorrere del tempo non è sufficiente a distinguere da un punto di vista qualitativo due gruppi identici di beni. Il termine, peraltro, non costituisce soltanto una modalità dell'obbligazione del mutuatario, cioè il tempo dell'adempimento, ma rappresenta altresì il limite di una positiva concessione del creditore: se questi non concedesse il termine, il pagamento sarebbe dovuto subito. A differenza dei contratti di scambio (compravendita, permuta, ecc.), in cui la dilazione può essere applicata senza che ciò determini una sostanziale modificazione della configurazione corrispettiva del rapporto, lo schema del mutuo prevede appositamente la nascita di un'obbligazione affinché le parti possano prevedere il differimento su cui si innesta l'obbligo di corrispondere le usure.

che definiscono l'interesse come il corrispettivo di un sacrificio prolungato¹⁰⁸, si è poi sviluppata in dottrina la tesi che individua l'essenza causale dei contratti di credito nel differimento di un debito avente ad oggetto una certa quantità di cose fungibili, che rappresenta la prestazione del concedente che viene remunerata dalla concessione degli interessi¹⁰⁹. Nel quadro appena tracciato il meccanismo di consegna e restituzione, con cui vengono realizzati due distinti trasferimenti di proprietà di cose individuate nel genere, viene definito di «sostituzione»¹¹⁰ e costituisce un congegno diretto alla creazione artificiale di un rapporto di debito-credito cui applicare il differimento. Tra consegna e restituzione vi sarebbe, comunque, un mero nesso di strumentalità, definito di «corrispondenza» per tenerlo distinto da quello di corrispettività, da cui sono avvinti invece il differimento e l'obbligo di pagamento delle usure¹¹¹.

Per ciò che concerne il filone che individua i termini dello scambio nel capitale da una parte e nel credito dall'altra, il SIMONETTO osserva che non tutti i negozi di credito si possono ricondurre entro questo schema. Se è vero che scambi di questo genere si possono riscontrare in alcuni contratti, come il deposito bancario (sulla cui riconducibilità alla fattispecie dei negozi creditizi la dottrina successiva ha per vero espresso perplessità), non altrettanto può dirsi con riguardo ad altre fattispecie, come il mutuo, l'apertura di credito o il pegno irregolare, in cui il creditore mira non tanto a ottenere un credito avente ad oggetto la restituzione del capitale, ma a conseguire un risultato ulteriore, come quello di lucrare gli interessi.

¹⁰⁸ I. FISHER, *The Theory of Interest*, New York, 1930, in particolare p. 36 ss.; J.M. KEINES, *The General Theory of Employment, Interest and Money*, VII, *The Collected Writings of John Maynard Keynes*, London, 1973, spec. p. 222 ss., il quale si esprime nei seguenti termini: «*the money-rate of interest [...] is nothing more than the percentage excess of a sum of money contracted for forward delivery, e.g. a year hence, over what we may call the "spot" or cash price of the sum thus contracted forward delivery*».

¹⁰⁹ La teoria del differimento o sostituzione è il più elevato tentativo della nostra dottrina di una sistemazione concettuale dell'unitaria categoria dei negozi di credito; l'opera principale è quella di E. SIMONETTO, *o.u.c.*, p. 51 ss., il quale evidenzia che l'interesse rappresenta la contropartita della concessione del tempo e non di un bene presente o futuro che dir si voglia.

¹¹⁰ Il termine «sostituzione» è apparso adatto a distinguere questa concezione da quella dello «scambio»; elemento questo che è presente anche in certe operazioni di credito («compravendita a pagamento differito o a consegna differita del *genus* comperato, permuta a consegna differita di un *genus*»), così come dalle fattispecie di locazione e comodato, in cui pure è riscontrabile il meccanismo della consegna-restituzione (cui però non consegue il trasferimento del diritto dominicale) e dai negozi fiduciari (in cui la consegna e la restituzione della proprietà hanno ad oggetto la stessa cosa e non un *genus*); cfr. E. SIMONETTO, *o.u.c.*, p. 59 ss.

¹¹¹ Per E. SIMONETTO, *o.u.c.*, p. 58, nei contratti di credito (nel cui novero figurano il mutuo, il deposito irregolare, il pegno irregolare e l'apertura di credito) «è necessario creare il rapporto espressamente per applicarvi il differimento». Del resto, le prestazioni corrispondenti di consegna e restituzione, aventi ad oggetto la medesima quantità di cose fungibili, hanno un contenuto identico e perciò «non possono avere un proprio significato autonomo».

Alla tesi del differimento, cui è stato riconosciuto il merito di aver sottoposto a critica le tesi dello scambio sotto il profilo eminentemente causale, si è obiettato di non aver tenuto in considerazione l'utilità che il concessionario ricava dal credito e per la quale si obbliga a pagare gli interessi; concentrando l'attenzione sul sacrificio del concedente, in particolare, si è perso di vista che il bisogno sostanziale dell'altra parte può essere soddisfatto soltanto dal godimento di un bene e non dalla durata – che di per sé è un'entità astratta inidonea a soddisfare qualsiasi interesse – per la quale tale utilità è ritraibile¹¹².

Inoltre, poiché la teoria della sostituzione identificava come negozi di credito fattispecie anche significativamente diverse dal mutuo, come il deposito irregolare, si è provveduto a delineare una distinzione tra i contratti di credito in senso stretto (mutuo e apertura di credito), dai contratti di credito in senso lato (come il deposito irregolare e il pegno irregolare ovvero, per una diversa impostazione, i contratti c.d. di custodia e di disponibilità¹¹³): i primi sono soltanto quelli in cui il differimento è preordinato a soddisfare un interesse del debitore¹¹⁴; i secondi, pur differenti (sia tra loro sia nei confronti dei negozi di credito in senso stretto) sotto l'aspetto funzionale e strutturale, sono comunque riconducibili entro un'unitaria categoria genericamente creditizia perché accomunati ora dal differimento dell'obbligo restitutorio di

¹¹² G. SENA, *Contratti di credito, contratti di custodia, contratti di disponibilità*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1956, p. 488 ss., in particolare 500 ss., il quale, dopo aver esposto i tratti essenziali delle diverse teorie che si sono contese il campo in materia di contratti di credito, evidenzia che non solo il trasferimento della proprietà nel mutuo, ma anche lo stesso «differimento ha una funzione meramente strumentale, perché il differimento come tale non soddisfa alcun interesse».

¹¹³ Secondo G. SENA, *o.n.c.*, p. 504 ss. la riconducibilità al fenomeno del credito in senso lato dei contratti di custodia vale a tracciare una fondamentale differenza tra questi ultimi e i contratti di credito in senso stretto, ove il differimento è un tratto essenziale dell'operazione; difatti il depositante ha la facoltà di pretendere la restituzione delle cose depositate *ad nutum* ovvero con un breve preavviso. Per ciò che concerne i contratti di disponibilità, il cui tratto caratteristico è la contestualità dell'uso da parte della banca e la disponibilità *ad nutum* o con breve preavviso da parte del cliente, taluni sono qualificabili come crediti in senso stretto (ad esempio l'apertura di credito), tal altri crediti in senso lato (il deposito ad uso, che rappresenta peraltro un contratto di custodia).

¹¹⁴ E. SIMONETTO, *o.n.c.*, p. 424.

beni fungibili¹¹⁵ ora dall'effetto traslativo della proprietà e dall'oggetto pecuniario di tale trasferimento¹¹⁶.

Da ultimo deve rilevarsi che le elaborazioni sviluppatesi intorno alla presenza di un medesimo meccanismo effettuale di consegna e restituzione sono apparse inadeguate a chi ha ravvisato in esso un modulo tanto indifferenziato da risultare di per sé neutro. L'impostazione tradizionale, infatti, aveva creato una frattura tra il meccanismo effettuale e la funzione del contratto¹¹⁷: sotto l'egida del credito venivano ricondotte fattispecie accomunate dal dispositivo restitutorio ma prive di un minimo comune denominatore dal punto di vista teleologico¹¹⁸. La causa, in quanto elemento di qualificazione del contratto, risulta in realtà imprescindibile nella configurazione di un modello contrattuale che aspiri ad acquisire

¹¹⁵ E. SIMONETTO, *o.m.c.*, p. 406 ss. e 415 ss. riconduce alla categoria dei negozi *lato sensu* di credito il deposito irregolare, la cui funzione è analoga a quella di deposito, e il pegno irregolare, avente causa di garanzia in cui «il trasferimento della proprietà delle cose serve ad apprestare il credito per la compensazione futura». Persino in presenza di un *pactum de non petendo* (come nel pegno irregolare) le differenze tra le anzidette fattispecie e il mutuo emergono anche sul piano strutturale, posto che tale *pactum* non esaurisce il congegno strutturale del mutuo, in cui il termine, ad esempio, è determinato in considerazione della funzione *stricto sensu* creditizia, mentre nel pegno irregolare tale elemento è di norma rapportato alla durata del rapporto garantito.

¹¹⁶ L'elaborazione dei suddetti elementi comuni è di G. SENA, *o.m.c.* p. 506 ss., per il quale le fattispecie che vanno sotto il nome di «contratti di credito in senso lato» conservano ciascuno una propria specifica causa.

¹¹⁷ A. GALASSO, *Contratti di credito*, cit., p. 42.

¹¹⁸ A. GALASSO, *Credito (Contratti di)*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., V, 1989, p. 27 ss., evidenzia che «la categoria dei “contratti di credito” abbraccia una varietà di fattispecie negoziali che mal si prestano ad essere ricondotte all'interno di uno schema unico». Ciò, infatti, non consente di mantenere la diversità di funzioni e i differenti congegni operativi di ognuno degli schemi contrattuali che entrerebbero a far parte della categoria. In questo appare eccessivamente riduttivo e semplificante il modulo consegna-restituzione, attraverso il quale sembra trascorrere l'intera vicenda dei contratti di credito». La critica dell'a. alla concezione dominante si appunta, nello specifico, sull'asserita riconducibilità del deposito irregolare all'interno della categoria. Questo inserimento delegittima i tentativi di ricostruzione della figura del credito da un punto di vista tecnico-scientifico, giacché non può dubitarsi che tra i contratti di credito c.d. in senso stretto (*in primis* il mutuo) e il deposito intercorra una diversità di funzione, che è di credito o prestito nel primo caso; di custodia o di sicurezza nel secondo. Anche chi ravvisa un'identità tra mutuo e deposito irregolare, del resto, ritiene che quest'ultimo abbia una funzione di custodia, sebbene questa risulti più sfumata rispetto a quella del deposito regolare (cfr. U. MAJELLO, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958, p. 265 ss.; F. MESSINEO, *Operazioni di borsa*, cit., p. 324; M. GIORGIANNI, *I crediti disponibili*, Milano, 1974, p. 129). Di neutralità dello schema consegna-restituzione discorre F. ALCARO, «Soggetto» e «contratto» nell'attività bancaria. *Contributo allo studio dei contratti bancari*, Milano, 1981, p. 25.

carattere dogmatico, e perciò unitario¹¹⁹, dovendosi dubitare della legittimità o utilità di una categoria eterogenea sul piano funzionale¹²⁰.

In base a tale rinnovato approccio metodologico il *trait d'union* dei negozi di credito è stato rinvenuto nella causa di concessione del godimento temporaneo di un capitale¹²¹. Sotto questo profilo viene in rilievo non soltanto la natura pecuniaria o comunque fungibile del bene ceduto, ma anche il *modus* con cui esso viene individuato come oggetto del contratto, nella qual veste si atteggia non per le sue qualità materiali, ma in quanto espressione di un valore in senso monetario¹²².

Da queste sia pur sintetiche notazioni può evincersi che il perimetro dei contratti di credito sia piuttosto incerto, al punto che la categoria è apparsa più economica che giuridica¹²³, oltre

¹¹⁹ L. MENGONI, *Dogmatica giuridica*, in *Enc. giur.* Treccani, XIII, Roma, 1989, p. 1 ss., in particolare p. 4 ss., distingue tre principali funzioni della dogmatica: espositivo-didattica, che consiste nella «riduzione della molteplicità della materia giuridica a una forma unitaria»; euristica, che si concreta nell'analisi dei risultati dell'interpretazione attraverso la loro sistemazione nella «unità razionale del sistema»; di verifica della coerenza sistematica di argomentazioni che attingono da aspetti extra-sistematici, cioè ricavati al di fuori del diritto positivo o di categorie sistematiche.

¹²⁰ Per A. GALASSO, *Contratti di credito*, cit., p. 56 ss. e 65 ss., «appare quanto meno singolare il fenomeno offerto da una categoria di contratti la cui funzione non trova corrispondenza in un contenuto o in una situazione effettuale tendenzialmente conforme e che per di più risultano accomunati non sulla base di un identico assetto di interessi perseguito dalle parti, bensì in vista di un modulo traslativo-resitutorio nel quale il concreto contenuto di ciascun rapporto viene a dissolversi piuttosto che attuarsi».

¹²¹ A. GALASSO, *Contratti di credito*, cit., p. 62; ID., *Credito*, cit., pp. 33-34. V. anche M. GIORGIANNI, *I crediti disponibili*, cit., p. 77 ss.; C.M. MAZZONI, *Frutti civili e interessi di capitale*, Milano, 1985, p. 77 ss.; O.T. SCOZZAFAVA, *Gli interessi monetari*, Napoli, 1984, p. 140 ss. Con riferimento alla causa del mutuo parla di «godimento temporaneo» o «locazione di capitali» anche E. SIMONETTO, *Mutuo*, cit., p. 3, avvertendo però che le locuzioni non hanno valore di qualifiche giuridiche, posto che l'azione di godere di un capitale è pur sempre «un traslato immaginifico».

¹²² F. ALCARO, «Soggetto» e «contratto», cit., p. 27 ss., che ravvisa la distinzione tra il contratto di locazione e quelli di credito nella constatazione che la moneta rileva non per il suo valore d'uso ma perché rappresentativa di un potere d'acquisto. In questa direzione anche F. CARRESI, *Il comodato. Il mutuo*, 2^a ed., rist., Torino, 1957, p. 106 ss., il quale ritiene che l'oggetto del mutuo coincida non col denaro o con le altre cose fungibili, ma col credito, cioè «l'utilità che si può trarre dal loro valore, incorporata nella pretesa del mutuante alla restituzione del *tantundem*». È evidente l'influenza che su tali posizioni hanno avuto le riflessioni sviluppatesi intorno alla natura della moneta, il cui valore «non è quello intrinseco materiale; ma è, dal punto di vista economico [...] il valore come mezzo di scambio» (cfr. G. SCADUTO, *I debiti pecuniari e il deprezzamento monetario*, Milano, 1924, p. 16 ss.).

¹²³ G. SENA, *Contratti di credito*, cit., p. 488.

che scarsamente omogenea sotto il profilo della causa¹²⁴, la cui determinazione, a sua volta, si è rivelata alquanto problematica¹²⁵.

Preme ora sottolineare che la nozione di contratti di credito è sempre meno al centro delle riflessioni degli interpreti, ove è stata pressoché soppiantata da quella di finanziamento¹²⁶, cui si è attribuito – come si è già visto – un significato in un certo senso nuovo, cioè prettamente giuridico. Sebbene in base alle prime configurazioni dottrinali rappresentasse – nell’ambito del *genus* credito – una sottocategoria coincidente per lo più coi crediti speciali, il neologismo semantico ha subito un ampliamento negli studi specialistici successivi, fino a divenire un contenitore di molte fattispecie, tra cui gli stessi contratti di credito (o per lo meno i crediti in senso stretto). Il rapporto di continenza, pertanto, si presenta ora rovesciato: il credito, da genere idoneo a racchiudere il finanziamento, diviene un sottoinsieme di quest’ultimo, le cui più larghe maglie sono idonee a fungere da minimo comune denominatore per un maggior numero di negozi, anche atipici.

A questi esiti si perviene attraverso la condivisibile impostazione qualificatoria incentrata sulla causa, la quale rappresenta un criterio dotato di una maggiore efficacia ordinante rispetto al tipo, che per sua natura è costretto entro i rigidi confini delle norme positive che ne compongono la disciplina¹²⁷.

¹²⁴ V. BUONOCORE, *La locazione finanziaria*, cit., p. 20 ss.

¹²⁵ F. ALCARO, *o.u.c.*, p. 27.

¹²⁶ La progressiva sostituzione terminologica nel lessico dottrinale e giurisprudenziale è stata propiziata dai riferimenti sempre più frequenti al termine finanziamento nella legislazione speciale.

¹²⁷ Pressoché testualmente N. CORBO, *Autonomia privata*, cit., p. 59 ss., il quale distingue tra causa generica, intesa come «bisogno sostanziale che il contratto persegue», e causa specifica, cioè quella «sintetica e particolare, che [...] descrive la singola articolazione nel perseguimento del bisogno». Poiché quest’ultima si rifletterebbe nelle singole clausole che compongono la struttura del contratto, l’individuazione della disciplina applicabile sarebbe comunque più agevole nei casi in cui il bisogno specifico trovi una tutela diretta nelle norme che positivizzano il tipo, fermo restando che l’interesse sostanziale può trovare emersione anche in contratti che appaiano per la prima volta nell’ordinamento giuridico e siano, pertanto, atipici. In questi termini i concetti di causa e tipo sarebbero tra loro conciliabili e nessuno di essi finirebbe con l’esautorare del tutto l’altro.

6. *Il sistema «elastico» dei contratti di finanziamento. La rilevanza causale del soggetto e del corrispettivo.*

Delimitata in questi termini la metodologia d'indagine, può escludersi che il vincolo di destinazione debba caratterizzare ogni contratto di finanziamento¹²⁸, la cui assimilazione ai soli mutui di scopo appare, anzi, il riflesso della teoria della tipizzazione sociale del negozio¹²⁹ ovvero di una nozione di causa quale strumento atto a veicolare il contratto verso il perseguimento di interessi pubblici o di un'utilità sociale¹³⁰.

L'impostazione preferibile è quella che annovera tra i contratti di finanziamento così i crediti tradizionali tipici come i negozi atipici che rispondono al medesimo bisogno economico sostanziale; con la differenza che mentre i primi hanno ad oggetto una somma di denaro o una quantità di cose fungibili, i secondi potrebbero avere ad oggetto anche beni di diversa natura. Sennonché la possibilità di concedere un bene infungibile avvicinerrebbe il

¹²⁸ Il negare che i contratti di finanziamento possano assumere configurazioni sempre coincidenti coi mutui di scopo non comporta l'automatica accettazione della teoria che – o relegando la specifica finalità del prestito al rango di motivo (M. BACCIGALUPI, *Note*, cit., p. 103 ss.) o qualificando la clausola di destinazione come elemento accidentale del negozio (E. SIMONETTO, *I contratti*, cit., p. 437 ss.; L. RATIN, *Il mutuo di scopo come contratto condizionato*, in *Tem*, 1972, p. 437 ss.) – esclude la rilevanza causale del vincolo di scopo. La dottrina maggioritaria ha da tempo chiarito che la finalità per la quale il prestito viene conferito acquista un rilievo sul piano causale (cfr., per tutti, M. FRAGALI, *Il mutuo di scopo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1961, I, p. 474 ss.; ID., *Del mutuo*, cit., pp. 272-273; A. GALASSO, *Mutuo*, cit., p. 64 ss.; G.B. FERRI, *Rilevanza giuridica dello scopo nei mutui speciali*, in *Foro pad.*, 1972, II, c. 274 ss.; A. FIORENTINO, *Del conto corrente, dei contratti bancari (art. 1823-1860)*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1959, p. 413; A. GRASSANI, *Mutuo (diritto civile)*, in *Nov. dig. it.*, X, Torino, 1964, p. 1049 ss.), sebbene non sia pacifico se il mutuo di scopo sul piano tipologico sia assimilabile al mutuo disciplinato dal codice civile (così M. FRAGALI, *Del mutuo*, cit., p. 69 ss.; G. GIAMPICCOLO, *Comodato*, cit., pp. 78-79; A. GALASSO, *o.n.c.*, cit., p. 65; G. COLLURA, *Finanziamento agevolato e clausola di destinazione*, Milano, 1986, p. 108 ss.) ovvero presenti delle diversità tali da renderlo una figura autonoma (*ex multis*: A. ZIMATORE, *Il mutuo di scopo*, Padova, 1985, p. 216 ss.; ID., *Mutuo di scopo*, in N. IRTI (a cura di) *Diz. Dir. priv.*, I, Milano, 1980, p. 601 ss.; V. BUONOCORE, *Profili privatistici del mutuo agevolato*, in R. COSTI e M. LIBERTINI (a cura di), *Problemi giuridici delle agevolazioni finanziarie all'industria*, Milano, 1982, p. 282 ss.; L. NIVARRA, *Il contratto di finanziamento tra codice e legislazione speciale*, in *Foro it.*, 1982, I, p. 1688 ss.; V. ALLEGRI, *Credito di scopo e finanziamento bancario delle imprese*, Milano, 1984, p. 8 ss.; L. G. FAUCEGLIA, *Il contratto di finanziamento assistito da agevolazione. Profili strutturali e funzionali*, Milano, 1985, p. 177 ss.). Sussiste una divergenza di vedute anche sulla possibilità di considerare il mutuo di scopo come un contratto tipico (in questo senso: E. BUONOCORE, *o.n.c.*, p. 263 ss.; L. G. FAUCEGLIA, *Il contratto di finanziamento*, cit., p. 1425 ss.; L. NIVARRA, *o.n.c.*, p. 1689 ss.; A. ZIMATORE, *Il mutuo di scopo*, cit., p. 225 ss.) ovvero atipico (come argomentato, tra gli altri, da R. CLARIZIA, *I contratti di finanziamento*, cit., pp. 42-43; M. RISPOLI FARINA, *Il mutuo di scopo*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, XII, Torino, 1985, p. 720).

¹²⁹ La critica è di N. CORBO, *Autonomia privata*, cit., p. 125.

¹³⁰ Dall'affermazione del primato del mutuo di scopo R. CLARIZIA, *I contratti per il finanziamento*, cit., p. 2 ss., evince la proclività dell'impostazione tradizionale a ritenere che «soltanto in presenza di un interesse pubblico al perseguimento di un determinato risultato si [giustifici] da un lato la previsione dell'intervento agevolativo e dall'altro la sua peculiare incidenza causale».

finanziamento a figure come la locazione o il comodato. Onde rimarcare la distinzione dai c.d. contratti di utilizzazione dei beni può ritenersi opportuno che l'oggetto del finanziamento sia quantomeno commisurato ad un valore monetario che funge, a sua volta, da parametro economico del rimborso dovuto dall'*accipiens* che da quel bene ritrae un'utilità¹³¹. La (indiretta) finanziarietà dell'oggetto e la stessa esistenza del modulo restitutorio¹³², inoltre, non necessariamente devono emergere dal singolo contratto, potendo risultare anche dall'operazione considerata nel suo complesso¹³³; nei casi di collegamento negoziale, d'altronde, la causa dei singoli negozi si dissolve nell'unitaria funzione che con il loro coordinamento si intende realizzare¹³⁴.

¹³¹ Non si tratta, in altri termini, di attribuire semplicemente una stima monetaria ad un bene infungibile o alla prestazione di cui quel bene forma oggetto, posto che ogni prestazione deve essere suscettibile di valutazione economica (art. 1174 c.c.). La valutazione monetaria di cui si discorre, pur investendo la prestazione del finanziatore, è necessariamente rapportata, infatti, alla controprestazione di natura restitutoria.

¹³² A. MUNARI, *Il leasing finanziario*, cit., p. 198 ss., dopo aver evidenziato che il pagamento delle rate da parte dell'utilizzatore non ha valore di mero prezzo o di canone di godimento ma di «restituzione del finanziamento anticipato dal concedente sotto la forma dell'acquisto e messa a disposizione del bene», soggiunge – appoggiandosi alla dottrina economica – che il parametro su cui è fondato il piano di rimborso è di tipo monetario, poiché esso assume come base di riferimento anzitutto il prezzo del bene, sul quale viene calcolato l'investimento complessivo. L'opinione, seppur suggestiva e autorevolmente sostenuta, non pare condivisibile – per le ragioni che si esporranno appresso – nella misura in cui conduce a una commistione eccessiva tra finanziamento e credito.

¹³³ Rispetto al contratto di *leasing*, che lega il *lessor* (concedente) al *lessee* (utilizzatore), A. LUMINOSO, *I contratti tipici*, cit., p. 381 ss. avverte circa l'incompatibilità tra la causa finanziaria e l'obbligo di restituzione del bene (che resta nella proprietà dell'impresa di *leasing*) alla scadenza del rapporto, salvo l'esercizio dell'opzione di acquisto da parte del beneficiario. Ciò non comporta, però, che il carattere finanziario sia completamente assente; solo che questo non emerge dal predetto contratto considerato nella sua singolarità, bensì dall'operazione complessa che risulta dalla sintesi tra *leasing* e vendita.

¹³⁴ Per A. LUMINOSO, *La compravendita. Corso di diritto civile*, Torino, 1991, p. 13 ss., spec. nota 12, dal collegamento tra il contratto di *leasing* e quello di compravendita emerge uno scopo di finanziamento che trascende i due negozi collegati.

Può soggiungersi, al riguardo, che il collegamento negoziale sarebbe, in quest'ipotesi, volontario e funzionale. L'enorme mole degli ulteriori contributi dedicati all'istituto del collegamento negoziale impedisce di citare ciascuno di essi. Ci si limiterà, pertanto, a richiamare taluni degli ulteriori scritti principali: M. GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1937, 275 ss.; F. CARNELUTTI, *Forma degli atti complessi*, in *Riv. dir. comm.*, 1937, I, 457 ss.; T. ASCARELLI, *Il negozio indiretto*, in ID., *Saggi giuridici*, Milano, 1949, 149 ss.; ID., *Contratto misto, negozio indiretto*, “negotium mixtum cum donatione”, in *Riv. dir. comm.*, 1930, II, 462 ss.; U. NATOLI, *In tema di collegamento funzionale tra contratti*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1946, II, 328 ss.; C. GRASSETTI, *Negozio collegato, negozio illegale e ripetibilità del pagamento*, in *Temi*, 1951, 154 ss.; N. GASPERONI, *Collegamento e connessione tra negozi*, in *Riv. dir. comm.*, 1955, I, 357 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Il collegamento negoziale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 378 ss.; G. FERRANDO, *I contratti collegati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, II, 256 ss.; ID., *Recenti orientamenti in tema di collegamento negoziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, II, 233 ss.; ID., *I contratti collegati: principi della tradizione e tendenze innovative*, in *Contr. e*

Per altro verso non appare un requisito indefettibile dei negozi (o delle operazioni) di finanziamento il trasferimento della proprietà di un bene. L'effetto traslativo, difatti, promana dal mutuo in quanto contratto avente ad oggetto cose fungibili della medesima specie, da cui discende il fenomeno della confusione nel patrimonio del mutuatario; ma le stesse conseguenze non connotano in modo esclusivo il mutuo o i contratti di credito, atteso che esse sono riscontrabili anche in figure aventi una funzione diversa (deposito e pegno irregolari)¹³⁵.

Se per costituire un'autonoma categoria giuridica non può prescindersi dalla ricerca – oltre che di un medesimo risultato economico – anche di una comune struttura effettuale¹³⁶, non può parimenti sottacersi che tale unitaria impalcatura deve essere pur sempre valutata in chiave causale¹³⁷. La funzione che accomuna il mutuo ad altri contratti sia tipici che atipici è la concessione dell'utilizzo di un bene o di una disponibilità patrimoniale per un certo periodo di tempo: mentre nei contratti di credito – aventi ad oggetti denaro o beni fungibili – tale risultato può essere raggiunto con la circolazione del diritto dominicale¹³⁸, in altre fattispecie,

impr., 2000, I, 127 ss.; S. ORLANDO CASCIO e C. ARGIROFFI, *Contratti misti e contratti collegati*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, 1 ss.; G. CHINÉ, *Il collegamento contrattuale tra tipicità e atipicità*, in *Giust. civ.*, 1996, I, 1096 ss.; F. SCAGLIONE, *Collegamento negoziale e multiproprietà azionaria*, in *Vita not.*, 1997, 1372 ss.; E. GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, cit., p. 705 ss.; ID., *Il contratto e l'operazione economica*, *ivi*, 2003, I, 93 ss.; G. LENER, *Leasing, collegamento negoziale ed azione diretta dell'utilizzatore*, in *Foro it.*, 1998, I, 3081 ss.; ID., *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999; F. MAISTO, *Il collegamento volontario tra contratti nel sistema dell'ordinamento giuridico. Sostanza economica e natura giuridica degli autoregolamenti complessi*, Napoli, 2000; C. COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova, 1999; R. SACCO, *Contratto collegato*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino, 2011, 238 ss.; VI. BARBA, *La connessione tra i negozi e il collegamento negoziale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, III, p. 805 ss.

¹³⁵ B.G. TEDESCHI, *Mutuo (contratto di)*, in *Dig. disc. priv.*, XI, 1994, p. 542.

¹³⁶ Lo sostiene A. LUMINOSO, *I contratti tipici*, cit., p. 671, appoggiandosi sulla concezione della causa come sintesi degli effetti essenziali del negozio (cfr. S. PUGLIATTI, *Precisazioni*, cit., p. 105 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984, p. 259).

¹³⁷ Per G.B. FERRI, *La causa nella teoria*, cit., p. 100, la causa rappresenta «l'elemento di coesione di tutti gli altri elementi (primari o secondari che siano)» presenti nella struttura negoziale.

¹³⁸ Il trasferimento della proprietà, per di più, non sarebbe un connotato imprescindibile di tutti i contratti di credito. La distinzione tra il mutuo e l'apertura di credito, infatti, sarebbe legata circostanza che nella seconda si mette a disposizione del finanziato una somma di denaro, che resta confusa nel patrimonio della banca, e l'acquisto della proprietà dipende dall'eventuale utilizzo che il cliente faccia di tale disponibilità (G.B. FERRI, *Apertura di credito*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 596 ss.). V. BUONOCORE, *La locazione finanziaria*, cit., p. 26, alla luce della funzione meramente strumentale del trasferimento della proprietà, realizzata nel mutuo attraverso la consegna dell'oggetto, discorre di «svalutazione più o meno accentuata del momento traslativo delle cose mutate», che si riflette una «marcata valorizzazione del profilo relativo alla reale funzione» del mutuo stesso e degli altri contratti di credito.

come il *leasing* o il *factoring* c.d. finanziario, lo stesso scopo può essere perseguito con l'attribuzione a titolo non traslativo del godimento di un bene o il trasferimento della titolarità di un altro diritto (*i.e.* un credito)¹³⁹. In entrambi i casi si verifica un incremento temporaneo del patrimonio del finanziato, che giustifica la nascita in capo a quest'ultimo di un'obbligazione restitutoria parametrata sul valore economico del bene¹⁴⁰.

¹³⁹ N. CORBO, *Autonomia privata*, cit., p. 229 ss. e 243 ss., ritiene che il *factoring* abbia causa finanziaria solo nel caso sia prevista un'anticipazione da parte del *factor*, giacché in quest'ipotesi sussisterebbe l'obbligazione del fornitore (o cliente) di pagare gli interessi e restituire le somme liquide anticipate, non essendo viceversa sufficiente a qualificare l'operazione come finanziamento la «vaga idoneità alla costituzione di un vantaggio a favore del cliente».

L'indirizzo appena ricordato si pone in parziale contraddizione con la posizione, sia pur complessivamente affine, sostenuta da R. CLARIZIA, *Finanziamenti*, cit., p. 759 ss., che riconduce tra i finanziamenti, oltre al mutuo di scopo, anche il mutuo (considerato il prototipo dei contratti di finanziamento), la promessa di mutuo, i contratti bancari di apertura di credito, anticipazione e sconto; oppure operazioni economiche come il riporto finanziario, la locazione finanziaria, il *factoring* e il *forfaiting*, nonché, ancora, l'emissione di titoli, sia tipici, come ad esempio le obbligazioni e le accettazioni bancarie, sia atipici, quali i titoli incorporanti la posizione di associato e in particolare i certificati immobiliari.

¹⁴⁰ Pur restando nei limiti di questa analisi, che non si ataglia allo studio dei singoli contratti, si noti che nell'ambito della già menzionata categoria dei contratti di credito c.d. in senso lato (elaborata da G. SENA, *Contratti di credito*, cit., p. 488 ss.) si annoverano fattispecie tutte accomunate dalla presenza di un'obbligazione di restituzione del *tantundem*. Sebbene la sistemazione concettuale appena richiamata non appaia supportata da un'impostazione scientifica rigorosa, in quanto fondata sulla (parziale) comunanza del mero meccanismo effettuale e perciò fonte di risultati disomogenei sotto il profilo funzionale, può comunque riconoscersi una certa capacità «ordinante» alla sottocategoria dei contratti di credito in senso stretto, la cui causa – nel pensiero dell'a. – si risolve nel «consentire a colui che riceve la somma l'utilizzazione della stessa in funzione del tempo per il quale ne ha la disponibilità, ed a colui che la concede di ricevere in cambio gli interessi; il differimento, cioè un certo periodo di tempo fra consegna e restituzione, è necessario perché tale causa possa realizzarsi». Rientrano nella nozione di credito in senso stretto, secondo questa concezione, il mutuo e l'apertura di credito, mentre resta fuori da essa l'anticipazione bancaria, oltre ai contratti di disponibilità e di custodia.

Suggestiva è poi la tesi (N. CORBO, *Autonomia privata*, cit., p. 59 ss. e 271 ss.) che distingue i contratti bancari di credito «puri», in cui lo schema del finanziamento non viene alterato dalla costituzione di una garanzia oppure dall'eventuale inserimento di una clausola di destinazione», da quelli «impuri», in cui è possibile scorgere una simile alterazione: nella prima ipotesi rientra l'apertura di credito; nella seconda sono ricondotti lo sconto e l'anticipazione bancaria. Premessa necessaria nell'opinione dell'a. è la scissione (fondata a sua volta sulle riflessioni di F. SANTORO PASSARELLI, *La causa del contratto di assicurazione*, in AA.VV., *Studi sulle assicurazioni*, Roma, 1963, p. 207 ss. e ID., *Relazione sulle Funzioni delle assicurazioni private e delle assicurazioni sociali (relazione generale)*, in AA.VV., *Atti del primo congresso internazionale di diritto delle assicurazioni*, Milano, 1963, p. 523 ss.) tra causa generica e causa specifica (già richiamata alla nota 127). Poste queste preliminari osservazioni, la dottrina in questione riconduce a una medesima causa generica di finanziamento tanto i contratti bancari di credito «puri» quanto quelli «impuri»: tratto comune è «l'attribuzione al finanziato [...] del potere di disposizione di una somma di denaro, con obbligo di restituzione del *tantundem*, incrementato degli interessi». Questa funzione sarebbe altresì presente nelle figure del *leasing* e del *factoring* (in senso proprio o finanziari), seppur con la differenza che l'oggetto dei contratti di credito è monetario; quello delle figure mutate dai sistemi di *common law* è invece rappresentato da

Il profilo della funzione giuridica, in definitiva, accomuna il finanziamento al credito, al punto che potrebbe anche dubitarsi dell'opportunità di mantenere intatto il sottosistema dei contratti di credito nel *genus* finanziamento, considerato altresì che per entrambi il mutuo assume un'innegabile valenza sistematica: non soltanto perché sia la struttura «essenziale» che la funzione «generica» del prefato contratto tipico sono comunque presenti, quand'anche frammentate nei diversi atti che compongono l'operazione di finanziamento; ma soprattutto perché le norme *ex* artt. 1813 ss. c.c. appaiono in larga parte espressione di principi generali applicabili – in presenza di lacune normative – a una pluralità di finanziamenti non corrispondenti al tipo¹⁴¹.

Si può evitare, in realtà, di dissolvere nel *mare magnum* dei contratti di finanziamento il sottoinsieme dei contratti di credito, in cui è presente l'elemento specializzante del trasferimento della proprietà di beni fungibili con obbligo di restituzione del *tantundem eiusdem generis*. Tale peculiare atteggiamento dell'assetto degli interessi contrattuali, infatti, connota in maniera peculiare la causa dei negozi creditizi e permette di salvaguardarne la dignità di sottocategoria. Allo stesso tempo, tuttavia, deve rimarcarsi che i profili distintivi tra i negozi creditizi e quelli di finanziamento non creditizi – che potremmo definire di finanziamento, rispettivamente, in senso stretto e in senso lato – sfumano quando si tratta di applicare almeno due regole generali strettamente correlate alla funzione di finanziamento: l'obbligo di corrispondere gli interessi (art. 1815 c.c.) e la decadenza dal beneficio del termine in caso di inadempimento dell'obbligo di restituzione anche di una singola rata (art. 1819 c.c.)¹⁴². Nei limiti dell'applicabilità ai contratti di finanziamento dei principi generali del mutuo può

un'utilità non pecuniaria ma valutabile economicamente. Ciascuna delle figure contrattuali citate, peraltro, presenterebbe degli elementi peculiari atti a orientare la struttura effettuale verso il perseguimento di un fine specifico e del tutto singolare, che vale a distinguere un negozio dall'altro pur nell'ambito dell'unitaria categoria.

¹⁴¹ A. LUMINOSO, *I contratti tipici*, cit., p. 677 discorre della disciplina del mutuo come di un «sistema di chiusura» relativamente ai contratti di credito. In questa sede si propone di estendere il rilievo paradigmatico di quella regolamentazione a tutti i contratti di finanziamento. V. anche A. GALASSO, *Mutuo*, cit., p. 104, il quale afferma che «lo schema legale del mutuo è in grado di resistere alle modificazioni apportate dall'intensificarsi dei traffici commerciali ed anzi serve spesso per supplire alla incompleta disciplina specifica dei contratti bancari».

¹⁴² N. CORBO, *o.n.c.*, p. 104.

riconoscersi a questi la dignità di sistema¹⁴³ su cui fondare il ricorso all'analogia ovvero all'interpretazione estensiva e sistematica.

Al di là dei tratti essenziali comuni, però, la categoria dogmatica appare estremamente elastica, confluendo in essa fattispecie avvinte da un'identità soltanto parziale di struttura e funzione. Al suo interno i finanziamenti acquistano una dimensione causale relativamente diversa non soltanto in ragione delle peculiarità dell'oggetto, ma anche a seconda che: contengano una clausola scopo ovvero ne siano privi; abbiano natura onerosa oppure gratuita; siano stipulati da un intermediario o esclusivamente da privati¹⁴⁴.

Sebbene, come si è visto, i finanziamenti possano essere conclusi – al di fuori dei margini di operatività dell'ordinamento bancario – anche da soggetti privi di una peculiare qualifica soggettiva, la partecipazione al contratto da parte di un intermediario bancario o finanziario imprime uno specifico orientamento al requisito causale¹⁴⁵. Allo stesso tempo, quantunque l'onerosità non sia un tratto imprescindibile della categoria¹⁴⁶, la causa di finanziamento non è insensibile all'eventuale corrispettività del rapporto derivante dall'obbligo di interessi¹⁴⁷. Il

¹⁴³ In questa sede si richiama il concetto (generico) di sistema come complesso di norme che si ispirano a principi e valori omogenei e non quello di sinonimo di ordinamento. Per approfondimenti v. F. MODUGNO, *Sistema giuridico*, in *Enc. giur.*, XXIX, Roma, p. 1 ss.

¹⁴⁴ L'elencazione non ha carattere esaustivo di tutte le possibili varianti causali dei negozi di finanziamento, ma riflette esclusivamente quelle su cui la dottrina si è soffermata maggiormente, talvolta riferendosi ai soli contratti di credito.

¹⁴⁵ Sull'incidenza dei profili soggettivi nella causa dei contratti conclusi in ambito bancario v. F. ALCARO, «Soggetto» e «contratto», cit., p. 111 ss., il quale, ricondotti i contratti bancari nell'alveo dei contratti di impresa, esprime l'esigenza di andare oltre la scontata considerazione dell'inerenza dell'atto a una determinata attività, ricercando «l'atteggiamento specifico dipendente dalla particolare natura dell'intermediazione bancaria e degli interessi che ad essi sono sottesi». L'a. rileva, in quest'ottica, che la causa dei contratti bancari «assorbe organicamente le specifiche esigenze oggettivamente poste dalla presenza soggettiva della banca». In questa prospettiva, ravvisa una sostanziale autonomia del mutuo «bancario» rispetto a quello tradizionale M. TATARANO, *Il mutuo bancario*, in E. CAPOBIANCO (a cura di), *Contratti bancari*, Milano, 2021, p. 1033 ss.

¹⁴⁶ Si è però sostenuto che l'onerosità sia «insito» nei contratti di credito: F. MESSINEO, *Caratteri giuridici comuni*, cit., p. 331, che giustifica una simile opinione in ragione del fatto che «chi pratica gli affari di credito è di regola un imprenditore commerciale, il quale non esercita la propria funzione a scopo di beneficenza, ma, al contrario, a scopo di lucro, cioè per conseguire utili»; l'a. osserva che peraltro «il dato non muta se il contratto di credito sia posto in essere da un soggetto non-imprenditore: a meno che la gratuità sia intenzionale».

¹⁴⁷ Secondo G. DE NOVA, *Il tipo*, cit., p. 92 ss., l'onerosità assume una sicura valenza qualificatoria. Con riferimento al mutuo va comunque escluso che la prestazione restitutoria si ponga in posizione sinallagmatica rispetto al prestito, di cui non costituisce pertanto il corrispettivo. Per spunti sul tema v. A. DALMARTELLO, *Appunti in tema di contratti reali, contratti restitutori e contratti sinallagmatici*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, p. 817 ss.; A. DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, p. 339 ss.

mutuo, ad esempio, è considerato un contratto a causa variabile¹⁴⁸, cioè naturalmente ma non essenzialmente onerosa, che può divenire gratuita con un'apposita pattuizione in tal senso. Il mutuo oneroso, dal canto suo, è un contratto a prestazioni corrispettive¹⁴⁹, in cui l'obbligazione accessoria avente ad oggetto i frutti civili si pone in relazione sinallagmatica con l'attribuzione della disponibilità del capitale¹⁵⁰.

¹⁴⁸ *Ex multis*: M. TATARANO, *Il mutuo*, cit. p. 1348; B. QUATRARO e F. DIMUNDO, *La verifica dei crediti nelle procedure concorsuali. Contratti bancari, parabancari e del mercato finanziario*, Milano, 2011, p. 340.

¹⁴⁹ La corrispettività è configurabile tra due attribuzioni patrimoniali derivanti non necessariamente da un contratto ad effetti obbligatori ma anche da un contratto ad effetti reali (in questo senso la prevalente dottrina: G. SCALFI, *Corrispettività e alea nei contratti*, Milano-Varese, 1945, p. 50; R. LUZZATO, *La compravendita*, Torino, 1961, p. 18 ss.; D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ.* Cicu e Messineo, XXIII, Milano, 1962, p. 303; G. OSTI, *Contratto*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1959, p. 490; C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, VII, Torino, 1972, p. 26) e persino da un contratto reale (G. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti. Il problema della donazione mista*, Napoli, 1984, p. 13 ss.). L'a. da ultimo citato sottolinea, sotto altro profilo, la distinzione tra bilateralità, onerosità e corrispettività. La prima sarebbe un carattere proprio di qualsivoglia contratto, compreso quello con obbligazioni del solo proponente (art. 1333 c.c.), il quale sarebbe fonte di situazioni giuridiche soggettive di tipo complesso per entrambe le parti: il creditore, in particolare, sarebbe titolare non solo di un diritto soggettivo ma anche di un obbligo di «cooperazione». Diversamente la corrispettività, postulando il prodursi di un effetto (o un risultato) in funzione di un altro effetto (o risultato), non sarebbe presente in ogni contratto. L'onerosità, a sua volta, si distinguerebbe dalla bilateralità perché sarebbe un concetto, per un verso, più ristretto, non essendo presente in tutti i contratti e, per altro verso, più ampio, potendo caratterizzare anche gli atti non contrattuali; si differenzerebbe, poi, dalla corrispettività perché, a differenza di quest'ultima, non inciderebbe sull'identità funzionale del negozio, non disponendo dell'attitudine ad alterare né l'oggetto né il titolo dell'obbligazione. Un'opinione simile era stata in precedenza espressa da A. PINO, *Il contratto con prestazioni corrispettive. Bilateralità, onerosità e corrispettività nella teoria del contratto*, Padova, 1963, p. 23 ss., il quale percepisce anzitutto la necessità di evitare un'interferenza tra i seguenti caratteri: la bilateralità, concetto appartenente al passato e riguardante il «contratto dal quale sorgono obbligazioni per ciascuna delle parti»; l'onerosità, in cui ciascuna delle parti sopporta un sacrificio e riceve un vantaggio; la corrispettività, che si identifica con una funzione di scambio in senso giuridico, cioè regolamentato dalla disciplina positiva. Per l'a. tutti i contratti corrispettivi sono onerosi; mentre non è vera la proposizione inversa. Vi sono dei contratti onerosi, infatti, che non sono corrispettivi: tali, ad esempio, i contratti di società, in cui il conferimento di un socio non rappresenta il compenso del conferimento dell'altro socio e non assolve quindi la funzione di corrispettivo. Sulla pretesa neutralità dell'onerosità rispetto ai profili funzionali del contratto, però, val la pena osservare che nella manualistica e nella trattatistica, in realtà, è diffusa la distinzione tra contratti onerosi e gratuiti sotto il profilo eminentemente causale: v., per tutti, V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 349 ss. In effetti anche l'onerosità che dipende dai reciproci conferimenti costituisce una valida giustificazione dell'accordo e non può escludersi la sua incidenza causale per il sol fatto che vantaggi e sacrifici non sono in una relazione diretta, come nei contratti di scambio, ma risultano mediati dalla struttura comune.

¹⁵⁰ La dottrina maggioritaria concepisce il mutuo oneroso come un contratto a prestazione corrispettiva e ravvisa invece il carattere unilaterale del mutuo gratuito: M. FRAGALI, *Del mutuo*, cit., p. 16 ss.; G. GIAMPICCOLO, *Comodato e mutuo*, cit., p. 64 ss.; E. SIMONETTO, *I contratti*, cit., p. 298; F. CARRESI, *Il comodato*, cit., p. 117 ss.; U. NATOLI, *I contratti reali. Appunti delle lezioni*, Milano, 1975, p. 134; M. LIBERTINI, *Del mutuo*, in *Comm. c.c. Cendon*,

Alcuni finanziamenti, per di più, si caratterizzano per una stretta correlazione tra il carattere corrispettivo e la qualifica soggettiva di una delle parti: tali i contratti bancari¹⁵¹ (in particolare attivi), con quali la banca concede un credito nell'esercizio della propria attività di impresa per ottenere il pagamento degli interessi e che perciò sono pressoché sempre onerosi¹⁵².

IV, Torino, 1991, p. 1463; R. TETI, *Il mutuo*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, XII, Torino, 1985, p. 661; A. LUMINOSO, *I contratti tipici*, cit., p. 705 ss.; G. BISCONTINI, *Onerosità*, cit., p. 97 ss.

L'opinione contraria, che considera il mutuo oneroso un contratto unilaterale (v., per tutti, A. GRASSANI, *Mutuo*, cit., p. 1050), è fondata sull'assenza in capo al mutuante di un'obbligazione che possa fungere da contraltare dell'obbligo gravante sul mutuatario. La tesi sembra incorrere nel vizio di considerare il sinallagma come un rapporto che intercorre necessariamente tra due obbligazioni. Il nesso di corrispettività, in realtà, lega due prestazioni o attribuzioni tra loro interdipendenti. A conforto dell'assunto può evocarsi un dato letterale: nel linguaggio del codice civile l'aggettivo «corrispettive» è sempre preceduto dal sostantivo «prestazioni» (artt. 1406, 1453, 1460, 1463 e 1467).

¹⁵¹ Prescindendo dal dibattito sulla possibilità di qualificare il contratto bancario in base a un criterio oggettivo o soggettivo (per la cui ricostruzione si rimanda, tra le varie, a quella di G. FAUCEGLIA, *I contratti bancari*, III, in *Tratt. dir. comm.* Buonocore, Torino, 2005, p. 1 ss.), da considerarsi ormai subito a seguito dell'entrata in vigore del t.u.b., si è argomentato che la *ratio* delle norme che disciplinano tali contratti, da si sprigiona un evidente *favor* per chi concede il credito, è da individuarsi nella tutela della liquidità del sistema bancario (v. M. DE POLI, *Il «contratto bancario» tra tutela della liquidità e trasparenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 283 ss.).

¹⁵² G. SOLINAS, *La commissione bancaria*, in *Contr. impr.*, 2002, p. 653, evidenzia che la banca ha diritto ad un compenso ogni volta che effettua una prestazione nell'interesse del cliente; di guisa che l'onerosità riguarda sia i contratti bancari attivi sia quelli passivi. Non è comunque esclusa la possibilità per la banca di stipulare un mutuo gratuito, malgrado questo non possa dirsi sorretto da una *causa donandi*: v. M. TATARANO, *Il mutuo*, cit., p. 1148, nota 48 ed *ivi* alcuni riferimenti bibliografici. Sulla compatibilità dell'attività di impresa con gli atti non onerosi (ovvero con gli atti onerosi non remunerativi) e i relativi limiti cfr. E. LOFFREDO, *Economicità nelle imprese individuali e societari e atti onerosi, gratuiti e liberali*, in V. FICARIE V. MASTROIACOVO (a cura di), *Corrispettività, onerosità e gratuità. Profili tributari*, Torino, 2014, p. 193 ss.

CAPITOLO SECONDO

IL TASSO DI INTERESSE NEI CONTRATTI DI FINANZIAMENTO

1. *Brevi cenni sul regime degli interessi nelle obbligazioni pecuniarie: classificazioni generali.*

Nel codice civile vigente non è presente una definizione di interessi¹⁵³. Il legislatore si limita a dettarne la disciplina, differenziandola in ragione delle diverse funzioni assegnate all'istituto¹⁵⁴.

Il silenzio del legislatore è apparso giustificato dal sufficiente grado di univocità assunto dalla nozione nella tradizione dottrinale: sebbene le definizioni fornite dagli interpreti siano state varie, l'essenza degli interessi è stata colta nella loro attitudine a costituire l'oggetto di «prestazioni accessorie, omogenee rispetto alla prestazione principale, che si aggiungono ad essa per effetto del decorso del tempo e che sono commisurate ad una aliquota della stessa»¹⁵⁵.

Da tale accezione emerge un primo carattere tipico degli interessi, cioè l'accessorietà della relativa obbligazione a quella principale: le usure sono dovute fintantoché resta in piedi il credito principale; con la conseguenza che in caso di nullità, annullamento o risoluzione del titolo di quest'ultimo, viene meno anche l'obbligazione accessoria¹⁵⁶.

Oltre a ciò, la dottrina normalmente identifica gli ulteriori connotati della figura nella fungibilità, perché il suo oggetto è rappresentato dal bene fungibile per eccellenza, cioè il denaro¹⁵⁷; nella omogeneità¹⁵⁸, perché si concretizza in una quantità di cose dello stesso genere

¹⁵³ L'osservazione è frequente in dottrina (v., *ex multis*, M. LIBERTINI, *Interessi*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 95; B. INZITARI, *La moneta*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.* Galgano, VI, 1983, p. 19). L'art. 444 del codice del 1865, invece, qualificava gli interessi come «frutti civili», in quanto «si ottengono per occasione dalla cosa».

¹⁵⁴ B. INZITARI, *Interessi*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., IX, Torino, 1993, p. 579 ss.

¹⁵⁵ F. FERRARA e A. BORGOLI, *Il Fallimento*, 5^a ed., Milano, 1995, p. 354. V. anche G. MARINETTI, *Interessi (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1982, p. 862 ss.

¹⁵⁶ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Milano, 2019, p. 176, il quale avverte però che tale carattere incide soltanto nel momento genetico ma non in quello successivo alla sua venuta ad esistenza, in cui l'obbligazione degli interessi acquista una sua autonomia; ad esempio, l'intervenuta prescrizione del credito principale non determina la caducazione degli interessi.

¹⁵⁷ C.M. BIANCA, *o.n.c.*, p. 175, che discorre di pecuniarietà degli interessi, atteso che gli interessi in natura, la cui astratta configurabilità corrisponde alla definizione legislativa del mutuo (art. 1813 c.c.), sono ignorati dalla pratica.

¹⁵⁸ F. FERRARA e A. BORGOLI, *o.c.*, p. 357. Si discute se al mutuo avente ad oggetto beni fungibili diversi dal denaro acceda una prestazione di interessi espressi in cose omogenee a quelle mutate ovvero in denaro.

dell'oggetto dell'obbligazione principale; nella proporzionalità¹⁵⁹, essendo la prestazione determinata in base a un saggio (o tasso) proporzionale all'ammontare del capitale; nella periodicità¹⁶⁰, in quanto astrattamente configurata alla stregua di «frutti civili»¹⁶¹ che maturano giorno per giorno in ragione della durata dell'obbligazione principale (art. 821 c.c.).

In relazione alla fonte da cui promanano, si suole distinguere tra interessi legali (artt. 1224 e 1282, comma 1, c.c.), convenzionali (art. 1284, comma 2, c.c.) e usuali.

Gli interessi che discendono dalla legge sono tipicamente dovuti nella misura stabilita dall'art. 1284, comma 1, c.c. (c.d. tasso legale)¹⁶². La disposizione anzidetta ha natura dispositiva, cosicché alle parti è consentito pattuire un diverso saggio di interessi. Tale facoltà è tuttavia corredata da limiti stringenti: gli interessi sono comunque dovuti nella misura legale se l'accordo avente ad oggetto un tasso superiore (interessi c.d. ultralegali) non riveste la forma scritta (art. 1284, comma 3, c.c.); se viene pattuita una percentuale usuraria la clausola è nulla e non sono dovuti interessi (art. 1815, comma 2, c.c.).

La cennata distinzione riveste comunque un'importanza marginale, posto che la quasi totalità delle obbligazioni di interessi rinvengono una copertura nella legge, stante la normale

Sostengono la prima opzione M. FRAGALI, *Del mutuo*, cit., p. 348; E. SIMONETTO, *I contratti*, cit., p. 269 ss.; G. GIAMPICCOLO, *Comodato e mutuo*, cit., p. 86. Per la seconda opzione si esprime F. CARRESI, *Il comodato*, cit., p. 140. Per una terza opinione (A. GRASSANI, *Il mutuo*, cit., p. 1053 e R. TETI, *Il mutuo*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, XII, Torino, 1985, p. 642 ss.) il mutuo non pecuniario debba addirittura presumersi gratuito; le parti avrebbero comunque la possibilità di pattuire un compenso, a cui però non andrebbe riconosciuta la denominazione di interessi, potendosi al più parlare di dividendi.

¹⁵⁹ D. SINESIO, *Gli interessi*, in *Tratt. dir. civ.* Lipari e Rescigno, 3, I, Milano, 2009, p. 441.

¹⁶⁰ Mentre la «maturazione» degli interessi coincide con quello della nascita dell'obbligo e del correlativo diritto di credito, la «scadenza» attiene al momento in cui essi divengono esigibili. V., in argomento, D. SINESIO, *o.n.c.*, *ibidem*; B. TROISI, *Le obbligazioni. Corso di diritto civile*, Torino, 2015, p. 51.

¹⁶¹ Sulla riconducibilità degli interessi alla nozione di frutto nutre perplessità B. INZITARI, *Interessi*, cit., p. 567, il quale ravvisa in essa un significato metaforico che rappresenta il retaggio di una concezione tradizionale legata al primato economico e giuridico dei diritti reali sulle altre situazioni soggettive. Esprime la necessità di un ripensamento della qualificazione degli interessi quali frutti civili anche M. SEMERARO, *Interessi monetari e frutti civili: osservazioni a margine di alcune fattispecie*, in *Giust. civ.*, 2012, IX, p. 411 ss.

¹⁶² V. PANDOLFINI, *La disciplina degli interessi pecuniari*, Padova, 2004, p. 95 ss. rammenta che oltre al tasso di interesse legale di cui all'art. 1284 c.c., che si applica in generale alle obbligazioni pecuniarie, sono previsti da altre disposizioni di legge ulteriori tassi di interesse per specifiche operazioni o determinati soggetti (tassi di interesse legale c.d. speciale).

onerosità dei contratti di credito (art. 1815 c.c.), e considerato altresì che le clausole convenzionali relative agli interessi tendono essenzialmente a modificare il tasso legale¹⁶³.

Maggiore interesse ha invece suscitato la classificazione fondata sulla diversità di funzione degli interessi, che ha condotto alla controversa¹⁶⁴ tripartizione tra interessi corrispettivi, compensativi e moratori.

Gli interessi corrispettivi rinvengono una disciplina nell'art. 1282, comma 1, c.c., secondo cui «i crediti liquidi ed esigibili di somme di denaro producono interessi di pieno diritto, salvo che la legge o il titolo stabiliscano diversamente». La norma, in cui trova declinazione il principio di naturale fecondità del denaro, soddisfa l'esigenza di attribuire al creditore, a prescindere dal titolo dell'obbligazione pecuniaria, il pagamento di un corrispettivo del godimento di una somma dovutagli dal debitore¹⁶⁵. Poiché il credito è liquido ed esigibile, gli interessi sono dovuti «di pieno diritto», in applicazione del principio che vieta l'indebito arricchimento¹⁶⁶.

Gli interessi moratori, il cui paradigma normativo è costituito dall'art. 1224, comma 1, c.c., rispondono a una diversa *ratio*: fungono non da retribuzione della disponibilità di un capitale ma da risarcimento del danno subito a causa del ritardo nel pagamento del debito. Il danno è legato alla perdita corrispondente all'utilità che il creditore avrebbe conseguito in caso di tempestivo adempimento: trova un'altra volta applicazione il principio di naturale fecondità del denaro, che qui si traduce in una deroga alla regola (art. 1218 c.c.) per cui il danno è risarcibile se il creditore ne fornisca la prova¹⁶⁷.

¹⁶³ La rilevanza (sia pur ridimensionata) della classificazione in base al titolo si esplica comunque in relazione a quelle ipotesi di interessi convenzionali che non sarebbero altrimenti dovuti se non per volontà delle stesse parti: tali, ad esempio, gli interessi sul prezzo della vendita ai sensi dell'art. 1499 c.c. Per riflessioni sul punto v. M. LIBERTINI, *Interessi*, cit., p. 124 e T. ASCARELLI, *Le obbligazioni pecuniarie*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1959, p. 587.

¹⁶⁴ V. in particolare O.T. SCOZZAFAVA, *Gli interessi dei capitali*, Milano, 2001, p. 5 ss., che contrasta l'idea che alla variegata articolazione codicistica corrisponda una rigida separazione delle funzioni delle diverse tipologie di interesse.

¹⁶⁵ Tra i molti, V. PANDOLFINI, *o.c.*, p. 21 ss.; C.M. BIANCA, *o.n.c.*, pp. 178-179 ss.; D. SINESIO, *o.c.*, p. 441 ss.

¹⁶⁶ B. TROISI, *Le obbligazioni*, cit., p. 50, al quale si rinvia anche per la trattazione dei requisiti degli interessi corrispettivi.

¹⁶⁷ B. TROISI, *o.c.*, p. 52. Come evidenziato da D. SINESIO, *o.c.*, p. 442, inoltre, gli interessi moratori risarciscono il creditore in misura presuntiva e forfettizzata: nella misura legale ovvero nella misura più alta corrispondente a quella degli interessi eventualmente pattuiti prima della mora.

Non è pacifico, con riguardo agli interessi compensativi, se questi, pur differenziandosi dagli interessi moratori, siano una sottocategoria di quelli corrispettivi ovvero costituiscano un *tertium genus*. La peculiarità degli interessi compensativi rispetto alle due categorie già esaminate consiste nell'essere dovuti rispettivamente per crediti inesigibili e indipendentemente dalla mora del debitore. Le ricostruzioni della tipologia in esame ruotano soprattutto intorno all'art. 1499 c.c., che attribuisce al creditore il diritto di ottenere, salvo patto contrario, gli interessi sul prezzo non ancora esigibile quando la cosa fruttifera sia già stata consegnata al compratore. La *ratio* di questa disposizione poggia sull'esigenza di compensare il venditore per il vantaggio ottenuto dall'*accipiens* per il tempo in cui ha potuto ritrarre i frutti dal bene senza essere (ancora) tenuto al pagamento del prezzo. Sono tradizionalmente qualificati interessi compensativi anche quelli che informano il mutuo ai sensi dell'art. 1815 c.c., (norma applicabile – come si è visto – in virtù di interpretazione estensiva e/o analogica a tutti i contratti appartenenti alla categoria finanziamento)¹⁶⁸ e il conto corrente (art. 1825 c.c.).

Agli interessi compensativi un orientamento ascrive una funzione remunerativa: essi rappresentano, infatti, il compenso dovuto dal debitore per il vantaggio derivante dalla disponibilità di una somma di denaro altrui. Tale considerazione è valsa a escludere la possibilità di ricondurre tali interessi entro un genere autonomo rispetto a quello degli interessi corrispettivi¹⁶⁹.

La distinzione tra interessi corrispettivi (o compensativi) e interessi moratori, del resto, si è sviluppata proprio intorno all'obbligo accessorio che grava sul soggetto che riceve una sovvenzione: il nesso di corrispettività che avvince gli interessi alla concessione del credito non soltanto legittima il creditore a richiedere la risoluzione del contratto in caso di mancato

¹⁶⁸ Rammenta la portata espansiva dell'art. 1815 c.c., applicabile – oltre i confini della fattispecie tipica – ai negozi con funzione creditizia V. PANDOLFINI, *o.c.*, p. 68.

¹⁶⁹ C.M. BIANCA, *o.u.c.*, p. 178 ss. riconduce entro l'ampia figura degli interessi remunerativi (o compensativi): «a) gli interessi sui capitali concessi a mutuo o comunque in godimento (frutti civili); b) gli interessi sulle somme liquide ed esigibili (interessi di pieno diritto); c) gli interessi sulle somme dovute a titolo di prezzo dal compratore che abbia già ricevuto il possesso della cosa produttiva di frutti o di altri proventi; d) gli interessi sulle somme dovute a titolo risarcitorio o indennitario». Cfr. anche E. QUADRI, *Le obbligazioni pecuniarie*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, IX, 2^a ed., Torino 1999, p. 653 ss.

pagamento degli stessi (art. 1820 c.c.) ma costituisce altresì la ragione per cui l'interesse matura a fronte di un credito non esigibile¹⁷⁰.

2. *La distinzione tra interessi corrispettivi e moratori e la rilevazione dell'usura in base ai tassi soglia.*

La differenza funzionale tra interessi corrispettivi e moratori ha assunto un peculiare rilievo in una delle principali aree di interferenza tra il diritto privato e il diritto penale. È al centro di un intricato e annoso dibattito, infatti, l'applicabilità agli interessi moratori della disciplina antiusura, di cui agli artt. 1815, comma 2, c.c. e 644 c.p.

Secondo un tradizionale insegnamento dottrinale¹⁷¹, seguito dalla giurisprudenza di legittimità¹⁷² e da buona parte di quella di merito²¹, gli interessi moratori non sarebbero esclusi dal raggio di operatività della normativa in questione. A fondamento dell'assunto si adduce, *in primis*, che tale sarebbe l'intenzione del legislatore, resa palese dall'art. 1, comma 1, d.l. n. 394 del 2000 (convertito, con modificazioni, in l. n. 24 del 2001), di interpretazione autentica della l. n. 108 del 1996, in forza del quale sono considerati usurari gli interessi convenuti in misura superiore al limite di legge «a qualunque titolo». La *voluntas legislatoris* è resa ancora più esplicita dalla relazione governativa che ha preceduto la conversione in legge del suddetto decreto, dalla quale emerge la necessità di condurre la verifica di usurarietà rispetto a qualsivoglia tipologia di interesse, «sia esso corrispettivo, compensativo o moratorio». A sostegno di questa soluzione, peraltro condivisa dalla giurisprudenza costituzionale¹⁷³, la Corte di Cassazione, pur riconoscendo che la funzione degli interessi corrispettivi sarebbe diversa da quella degli interessi moratori, invoca altresì un principio di omogeneità di trattamento¹⁷⁴ che promanerebbe dall'art. 1224 c.c., ai sensi del quale «se prima della mora erano dovuti interessi

¹⁷⁰ M. LIBERTINI, *o.c.*, p. 108.

¹⁷¹ M. LIBERTINI, *o.c.*, p. 101 ss.; B. INZITARI, *La moneta*, cit., p. 206 ss.; G. D'AMICO, *Interessi usurari e contratti bancari*, in ID. (a cura di), *Gli interessi usurari. Quattro voci su un tema controverso*, Torino, 2017, p. 1 ss.; S. PAGLIANTINI, *Spigolature su di un idolum fori: la c.d. usura legale del nuovo art. 1284 c.c.*, *ivi*, p. 67 ss.; U. SALANITRO, *Usura e interessi moratori: ratio legis e disapplicazione del tasso soglia*, *ivi*, p. 121 ss.

¹⁷² Cfr., *ex multis*, Cass. 6 marzo 2017, n. 5598., in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, II, c. 498 ss., con nota di A. DOLMETTA, *Su usura e interessi di mora: questioni attuali*.

¹⁷³ Corte Cost., 25 febbraio 2002, n. 29, in *Giur. cost.*, I, c. 215 ss., con nota di G. OPPO, *Gli interessi usurari tra Costituzione, leggi e mercato*.

¹⁷⁴ Cass., 22 aprile 2000, n. 5286, in *Foro it.*, 2000, I, c. 2180 ss., con nota di A. PALMIERI, *Interessi usurari: una nuova partenza*.

in misura superiore a quella legale, gli interessi moratori sono dovuti nella stessa misura». Parte della dottrina, andando oltre il citato orientamento giurisprudenziale, asserisce che le norme in materia di usura andrebbero applicate agli interessi moratori in virtù dell'identità funzionale che li legherebbe agli interessi corrispettivi¹⁷⁵. In entrambi i casi, infatti, la funzione svolta dalla prestazione accessoria di denaro sarebbe quella di attribuire al creditore un corrispettivo per il mancato godimento di una somma che non ha ricevuto a causa di un inadempimento (art. 1224 c.c.), o che comunque è liquida ed esigibile (art. 1282 c.c.) ovvero, seppur non esigibile, è nell'altrui disponibilità in forza di un contratto oneroso (art. 1815 c.c.)¹⁷⁶.

Secondo una diversa posizione dottrinale¹⁷⁷, cui si è allineata una parte della giurisprudenza di merito¹⁷⁸, nonché l'Arbitro Bancario e Finanziario¹⁷⁹, gli interessi moratori non possono essere assoggettati alla disciplina relativa all'usura. Sotto il profilo funzionale, infatti, essi rappresenterebbero la quantificazione forfettizzata del danno che il creditore subisce a causa dell'inadempimento, e non potrebbero quindi essere assimilati agli interessi corrispettivi, che mirano ad attribuire al creditore l'utilità corrispondente al godimento della somma capitale da parte del debitore. Questo indirizzo sarebbe ulteriormente avvalorato dal richiamo al presunto principio di simmetria tra le due voci di costo ricomprese nel tasso effettivo globale medio (TEGM) e quelle pattuite tra le parti nell'ambito del concreto rapporto creditizio: poiché gli interessi moratori non sono oggetto di rilevazione nel corso del procedimento che identifica i tassi soglia¹⁸⁰, qualora venissero computati ai fini della valutazione di usurarietà del singolo rapporto, verrebbe compromessa la simmetria che dovrebbe necessariamente sussistere tra i

¹⁷⁵ B. INZITARI, *o.u.c.*, p. 206 ss.; M. LIBERTINI, *o.c.*, p. 101 ss.; E. QUADRI, *o.c.*, p. 521 ss.

¹⁷⁶ B. INZITARI, *o.u.c.*, p. 206 ss.; M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1975, p. 146 ss.; N. RIZZO, *Il problema dei debiti di valore*, Padova, 2010, p. 256 ss.

¹⁷⁷ G. OPPO, *Lo "squilibrio" contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 534 ss.; G. PASSAGNOLI, *Il contratto usurario tra interpretazione giurisprudenziale ed interpretazione "autentica"*, in G. VETTORI (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, Padova, 2002, p. 82 ss.

¹⁷⁸ Cfr., *ex multis*, Trib. Milano, 6 giugno 2018, n. 6369, in *www.dejure.it*; Trib. Cuneo, 19 giugno 2018, n. 512, in *www.dejure.it*; Trib. Brescia, 8 giugno 2017, n. 1828, in *Expartecreditoris.it*

¹⁷⁹ ABF, 28 marzo 2014, n. 1875.

¹⁸⁰ Il tasso soglia, oltre il quale gli interessi sono considerati sempre usurari, è calcolato aumentando il TEGM – relativo a determinate categorie di operazioni – di un quarto, cui si aggiunge un ulteriore margine di quattro punti percentuali. In ogni caso il tasso soglia non può discostarsi dal TEGM per più di otto punti percentuali (art. 2, comma 4, l. 7 marzo 1996, n. 108).

parametri di calcolo del TEGM da una parte e quelli del tasso effettivo globale (TEG)¹⁸¹ dall'altra¹⁸². Appigli testuali a sostegno della tesi dell'irrelevanza sono poi stati rinvenuti: nell'art. 644, comma 1, c.p., che non sarebbe applicabile agli interessi moratori, atteso che esso si riferisce *expressis verbis* ai soli interessi dati o promessi «in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra utilità»; nell'art. 1815, comma 1, c.c., che si riferisce agli interessi, di natura necessariamente corrispettiva, dovuti dal mutuatario al mutuante, e che, pertanto, starebbe a fondamento di un'interpretazione sistematica per la quale anche il secondo comma della stessa disposizione¹⁸³ si riferirebbe soltanto a interessi della stessa natura, ed escluderebbe dalla sua portata applicativa, quindi, quelli moratori; nell'art. 1284 c.c., come novellato dal d.l. n. 132 del 2014, convertito in l. n. 162 del 2014, che al comma 4 stabilisce che il saggio degli interessi legali, quando le parti non ne abbiano determinato la misura, dal momento in cui è proposta la domanda giudiziale è equivalente a quello relativo ai casi di ritardi di pagamento disciplinato dalle leggi speciali: posto che quest'ultimo tasso è normalmente superiore al limite legale di cui all'art. 644, comma 3, c.p., se ne è dedotto che gli interessi moratori sarebbero stati implicitamente esclusi dal calcolo dell'usurarietà, in quanto, diversamente opinando, si perverrebbe al paradosso per cui farsi dare o promettere interessi eccedenti il tasso soglia sarebbe proibito al creditore solo fintantoché non proponga una domanda giudiziale, mentre a partire da questo momento ciò sarebbe addirittura oggetto di un suo diritto¹⁸⁴.

2.1. I criteri di accertamento dell'usurarietà degli interessi moratori.

Giova ora rilevare che all'interno dell'orientamento estensivo non vi è omogeneità di vedute in ordine alle modalità di calcolo dell'usurarietà degli interessi moratori. Si discute, in particolare, se esista un unico tasso soglia valido per tutte le categorie di interessi, ovvero più tassi soglia, differenziati per diverse tipologie di interesse.

¹⁸¹ Il tasso effettivo globale (TEG) corrisponde al costo complessivo del singolo credito, determinato in base alla legge antiusura.

¹⁸² ABF, 28 marzo 2014, n. 1875, cit.

¹⁸³ L'art. 1815, comma 2, c.c. recita: “*Se sono convenuti interessi usurari la clausola è nulla e non sono dovuti interessi*”.

¹⁸⁴ La ricostruzione di questo indirizzo in L. PASCUCCI, *Interessi moratori e usura: interpretazione abrogante dell'art. 1815, comma 2, c.c. in una recente decisione della Suprema Corte*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 2019, p. 43 ss.

Merita di essere analizzata, in via preliminare, la peculiare posizione assunta in materia dalla Banca d'Italia¹⁸⁵, la quale, pur ritenendo che gli interessi moratori non possano essere esclusi dalla disciplina di contrasto all'usura, ha – in maniera verosimilmente contraddittoria – escluso esplicitamente dal calcolo del tasso effettivo globale (TEG) tali voci di costo, «in quanto riferiti a situazioni di deterioramento del rapporto e a casi di inadempimento, che normalmente determinano un inasprimento delle condizioni economiche inizialmente applicate»¹⁸⁶. D'altronde, laddove venissero inseriti nel computo del TEG, per un presunto principio di simmetria i saggi di mora dovrebbero confluire anche nella determinazione del TEG medio; senonché ciò sarebbe inammissibile poiché comporterebbe un iniquo innalzamento dei tassi soglia applicabili ai rapporti «fisiologici», con conseguente maggiore onerosità del finanziamento, a detrimento della classe dei debitori.

In questa prospettiva, la Banca d'Italia ha ritenuto opportuno individuare per gli interessi di mora una soglia *ad hoc*, che veniva determinata applicando al TEGM la maggiorazione di 2,1 punti percentuali¹⁸⁷, come specificato nei «Chiarimenti in materia di applicazione della legge antiusura» della stessa autorità amministrativa indipendente. Questo incremento percentuale, pari alla maggiorazione media degli interessi per ritardi di pagamento nei contratti di mutuo, è stato determinato sulla scorta di una rilevazione statistica effettuata nel 2003 dalla Banca d'Italia e dall'Ufficio Italiano Cambi¹⁸⁸.

Queste indicazioni hanno trovato l'avallo di parte della giurisprudenza, oltre che di merito¹⁸⁹, anche di legittimità, la quale in una recente pronuncia ha ribadito la diversità di causa

¹⁸⁵ La posizione si trova esternata, in particolare, nelle «Istruzioni per la rilevazione dei tassi effettivi globali medi ai sensi della legge antiusura» e nei «Chiarimenti in materia di applicazione della legge antiusura», consultabili in *Bancaditalia.it*.

¹⁸⁶ Così la Banca d'Italia si è espressa nell'ambito del Resoconto della consultazione sulla disciplina dell'usura del 2009, consultabile in *www.bancaditalia.it*.

¹⁸⁷ In base all'ultima rilevazione statistica condotta dalla Banca d'Italia d'intesa col Ministero dell'Economia e Finanze, i tassi convenzionali di mora presentano, rispetto ai tassi percentuali corrispettivi, una maggiorazione media pari a 1,9 punti percentuali per i mutui ipotecari di durata ultraquinquennale, a 4,1 punti percentuali per le operazioni di *leasing* e a 3,1 punti percentuali per il complesso degli altri prestiti.

¹⁸⁸ Cfr. art. 3, comma 4 del Decreto 25 marzo 2003 del Ministero dell'economia e delle finanze, a mente del quale «L'indagine statistica condotta a fini conoscitivi dalla Banca d'Italia e dall'Ufficio italiano dei cambi ha rilevato che, con riferimento al complesso delle operazioni facenti capo al campione di intermediari considerato, la maggiorazione stabilita contrattualmente per i casi di ritardato pagamento è mediamente pari a 2,1 punti percentuali».

¹⁸⁹ Cfr., *ex multis*, Trib. Roma, 27 settembre 2018, n. 18278; Trib. Padova, 13 gennaio 2016, in *www.dejure.it*; Trib. Cremona, 9 gennaio 2015, in *www.dejure.it*.

e di funzione di interessi moratori e corrispettivi, asserendo che «l'interesse corrispettivo costituisce la remunerazione concordata per il godimento diretto di una somma di denaro, avuto riguardo alla normale produttività della moneta. L'interesse di mora, secondo quanto previsto dall'art. 1224 c.c., rappresenta invece il danno conseguente l'inadempimento di un'obbligazione pecuniaria». Questa ontologica differenza, in termini di concrete modalità di calcolo, si declina nella necessità di individuare una specifica soglia usuraria degli interessi di mora, da ottenere attraverso la sommatoria tra il tasso soglia degli interessi corrispettivi e la maggiorazione media degli interessi di mora, la quale viene determinata nella percentuale risultante dalla rilevazione separata condotta dalla Banca d'Italia, con l'ulteriore incremento nella misura prevista dall'art. 2, comma 4, l. n. 108 del 1996¹⁹⁰.

Secondo una diversa impostazione¹⁹¹, invece, per sostenere che un saggio di mora sia eccedente il limite di usurarietà occorrerebbe avere riguardo all'unico tasso soglia individuato dalla legge, e cioè lo stesso tasso applicabile agli interessi corrispettivi, senza alcun incremento percentuale. L'opzione in esame, che si fonda sul principio di unitarietà del costo del credito introdotta dalla l. 108 del 1996, postula che la categoria degli interessi rilevanti ai fini della valutazione di usurarietà sia onnicomprensiva, e che non sia pertanto possibile distinguere gli interessi in sottocategorie cui applicare discipline differenti. La concezione unitaria dei costi del credito osterebbe, di conseguenza, a una possibile differenziazione degli interessi che possa in ipotesi condurre all'individuazione di più tassi soglia. Alla base di queste conclusioni viene talvolta posta la pretesa identità funzionale delle due categorie di interesse; si è sostenuto, al

¹⁹⁰ Cass., 17 ottobre 2019, n. 26286.

¹⁹¹ Cass., 22 aprile 2000, 5286, cit.; Cass., 11 gennaio 2013, n. 602 e, da ultimo, Cass., 30 ottobre 2018, n. 27442, secondo cui «il riscontro dell'usurarietà degli interessi convenzionali moratori va compiuto confrontando puramente e semplicemente il saggio di interessi pattuito nel contratto col tasso soglia calcolato con riferimento a quel tipo di contratto, senza alcuna maggiorazione od incremento». In dottrina v. G. MUCCIARONE, *Attendendo la decisione del collegio di coordinamento dell'ABF su usura e interessi moratori: ABF n. 77/2014 e ABF n. 125/2014*, in *Riv. dir. banc.*, 2014, VII, p. 3 ss., secondo cui la posizione della Banca d'Italia «non pare opportuna, non è indicazione “prudente” per gli intermediari. E non solo perché il dato del 2,1% è datato e frutto di una rilevazione a campione. Ma perché la Cassazione ha già ritenuto che occorra prendere a termine di confronto del tasso moratorio il tasso soglia dei corrispettivi, *tout court* (sin dalla decisione n. 5286/2000; ed ora con le decisioni del 2013, nn. 602, 603 e, pare, 350)».

riguardo, che «ambidue costituiscono la remunerazione d'un capitale di cui il creditore non ha goduto: nel primo caso volontariamente, nel secondo caso involontariamente»¹⁹².

Entrambi gli indirizzi ermeneutici sono stati sottoposti a obiezioni critiche.

L'orientamento monista, da ultimo citato, è stato criticato perché pretenderebbe di applicare agli interessi moratori una soglia che si basa su tassi effettivi globali medi calcolati assumendo come valori di riferimento, tra gli interessi, soltanto quelli corrispettivi. Per quanto la l. 108 del 1996 estenda la disciplina antiusura a tutti i tassi di interesse, a prescindere dal loro *nomen juris*, la differenza di natura e funzione intercorrente tra interessi corrispettivi e interessi moratori richiederebbe che per questi ultimi venga individuato un tasso soglia specifico, diverso da quello parametrato sui soli tassi corrispettivi¹⁹³.

Contro la tesi dualista, analizzata per prima, si è osservato che la l. n. 108/1996 affida il riscontro dell'usurarietà del costo del credito a un unico criterio, il quale consentirebbe di distinguere il tasso soglia per categorie omogenee di prestazioni creditizie, ma non per voci di costo¹⁹⁴. Pur essendo vero che la misura del TEGM è calibrata sugli interessi corrispettivi, è altresì vero che il tasso soglia su cui si basa la valutazione del carattere usurario dei saggi non è costituito dal mero TEGM, ma da una cifra percentuale che si ottiene sommando ulteriori maggiorazioni (pari a un quarto del TEGM stesso più quattro ulteriori punti percentuali) al tasso medio: nell'ambito di questo differenziale (il c.d. *spread*) confluirebbero quelle voci di costo – tra cui le prestazioni accessorie legate alla mora – che, in quanto estranee alle vicende di corretta e fisiologica esecuzione del contratto, sono escluse dal calcolo del TEGM¹⁹⁵.

¹⁹² Cass., 30 ottobre 2018, n. 27442, cit., che, nel formulare il principio per cui gli interessi moratori non sfuggono alla disciplina antiusura, ricorre a quattro tipologie di interpretazioni: letterale, sistematica, finalistica e storica, per la compiuta disamina delle quali si rinvia al testo della pronuncia citata. In questa sede è utile rilevare che, nell'ambito dell'argomento sistematico, la Corte osserva che interessi corrispettivi e moratori non divergerebbero dal punto di vista della funzione, atteso che entrambi rinvergono la propria *ratio* nel principio di naturale fecondità del denaro, come sarebbe dimostrato dalla circostanza che il danno che gli interessi moratori sono tesi a risarcire non sarebbe altro che la necessità per il mutuante, o più in generale per il creditore, di fare a sua volta ricorso al credito per compensare la mancanza del capitale (eventualità questa che comporta la necessità di corrispondere interessi al finanziatore), ovvero l'impossibilità di investire il capitale in occasioni di guadagno alternative.

¹⁹³ L. PINCIONE, *Il calcolo del "tasso soglia" tra usura interessi di mora*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, VI, 2017, p. 741 ss.

¹⁹⁴ L. PASCUCCL, *Interessi moratori*, cit., p. 43 ss.

¹⁹⁵ G. D'AMICO, *"Principio di simmetria" e legge antiusura*, in *Contratti*, 2017, V, p. 507 ss.

2.2. *Brevi cenni sulla soluzione accolta dalle Sezioni Unite*¹⁹⁶.

Con ordinanza del 22 ottobre 2019, n. 26946, la I Sezione civile ha rimesso alle Sezioni Unite talune delle questioni sopra riportate, in considerazione del loro rilievo nomofilattico.

La Suprema Corte – nella sua più alta composizione – ha stabilito, in primo luogo, che l'applicazione della disciplina antiusura non sia estranea agli interessi moratori. La soluzione risulta incentrata sull'«esigenza primaria di non lasciare il debitore alla mercè del finanziatore: il quale, se è subordinato al rispetto del limite della soglia usuraria quando pattuisce i costi complessivi del credito, non può dirsi immune dal controllo quando, scaduta la rata o decorso il termine pattuito per la restituzione della somma, il denaro non venga restituito e siano applicati gli interessi di mora, alla cui misura l'ordinamento (cfr. art. 41 Cost.) e la disciplina *ad hoc* dettata dal legislatore ordinario non restano indifferenti».

Non è apparsa un impedimento alla rilevanza usuraria degli interessi moratori, per di più, la circostanza che questi non concorrano al computo del TEGM, laddove i decreti ministeriali che individuano il tasso soglia ne contengano la rilevazione statistica. In quest'ultima è stato rinvenuto un grado di oggettività che, nel rispetto del principio di simmetria, la rende funzionale a costituire «il parametro privilegiato di comparazione», anche al fine di scongiurare, per ragioni di uguaglianza, difformità di applicazione¹⁹⁷.

A conclusione di queste rapide notazioni giova evidenziare, ai fini della nostra indagine, che il superamento del tasso soglia usurario da parte degli interessi moratori non conduce – secondo la pronuncia in esame – alla sanzione della gratuità del finanziamento. L'art. 1815, comma 2, c.c. viene così interpretato in modo che, a fronte della legittimità degli interessi corrispettivi, il rilievo usurario acquisito dalla mora non implichi che non siano più dovuti interessi, ma semplicemente che non siano più dovuti quelli dello stesso tipo che abbia

¹⁹⁶ Cass., Sez. Un., 18 settembre 2020, n. 19597, in *Giur. comm.*, 2021, V, p. 1080 ss., con nota di C. ROBUSTELLA, *Usura e mora: l'ultimo atto delle Sezioni Unite*, *ivi*, VI, p. 1252 ss., con nota di V. ANTONINI, *Interessi moratori usurari e tutela del soggetto finanziato*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2021, I, p. 16 ss., con nota di U. SALANITRO, *Il disincanto del Giudice. Gli interessi moratori usurari nel prisma delle Sezioni Unite*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, II, p. 365 ss., con nota di V. D'ALESSANDRO, *Sulla usurarietà degli interessi moratori*.

¹⁹⁷ Se i decreti non rechino l'indicazione della maggiorazione media dei moratori, resta comunque il termine di confronto del T.e.g.m. così come rilevato. In sintesi, le Sezioni unite, in ragione della primaria esigenza di tutela del finanziato, ritengono il TEG del singolo rapporto, comprensivo degli interessi moratori effettivamente applicati, debba essere comparato con il TEGM così come riportato nei decreti *ut supra* richiamati, sul presupposto che nel margine di tolleranza, sancito dalla legge, tra il TEGM e il tasso soglia sia ricompreso il TEG medesimo.

superato il tasso soglia. Il *decisum* delle Sezioni Unite appare dunque influenzato dalla distinzione di funzione delle diverse tipologie di interesse: remunerazione del capitale da una parte e risarcimento del ritardo nell'adempimento dall'altra. A garanzia della corrispettività del credito, dunque, la nullità comminata nei riguardi degli interessi moratori non si trasmette agli interessi che costituiscono i «frutti civili» del denaro.

3. *La clausola di interessi nei contratti di finanziamento.*

Propedeutico allo studio del tasso di interesse nei contratti di finanziamento è la distinzione tra il tasso di interesse c.d. nominale (o netto) e quello c.d. effettivo.

Nel corso della trattazione ci si soffermerà unicamente sull'interesse nominale, inteso come corrispettivo del godimento del capitale, che si differenzia da altre voci di costo (eventuali) che non svolgono funzioni diverse e che perciò non sono qualificabili come interessi in senso tecnico-giuridico¹⁹⁸.

Si può osservare, nei limiti strettamente necessari a tracciare una linea di demarcazione tra le due tipologie, che le prefate spese accessorie sarebbero a rigore sottratte all'applicabilità delle norme dedicate agli interessi tradizionali (tra cui l'art. 1284, comma 3, c.c.), con grave pregiudizio per i finanziati, che non sarebbero in grado di conoscere con certezza il costo complessivo del credito. Per scongiurare tale eventualità si è affiancato al concetto di interesse nominale quello di interesse c.d. effettivo, comprensivo di tutti i costi connessi al finanziamento, tra cui le spese istruttorie e quelle connesse all'incasso, a garanzie o contratti assicurativi. La differenza tra i due tipi di interessi è apprezzabile, tra l'altro, con riguardo all'ipotesi in cui il tasso nominale, normalmente calcolato su base annua, afferisca a un obbligo

¹⁹⁸ E. SIMONETTO, *L'interesse: composizione, misura, forma della determinazione. La rivalutazione dei crediti (da illecito). Interessi da garanzia personale*, in E. SIMONETTO, G. TANTINI e E. MASCHIO, *Gli interessi nei rapporti a funzione creditizia*, Padova, 1981, p. 29 ss., il quale distingue gli interessi che rappresentano frutti civili da costi o aliquote di diversa natura, i quali rinvergono il proprio fondamento, a seconda dei casi, nel rischio di insolvenza e in quello di svalutazione della moneta, nonché nel costo dell'attività creditizia (tra cui rientrano, a titolo esemplificativo, i costi dell'impresa tout court, i carichi tributari e le spese necessarie a far fronte ai meccanismi di prevenzione e protezione nei confronti delle rapine a danno degli istituti di credito).

di corresponsione degli interessi secondo scadenze infrannuali (rate): in questo caso il tasso effettivo annuo risulta superiore a quello nominale nello stesso periodo¹⁹⁹.

Nei contratti bancari il tasso effettivo viene abitualmente riportato come T.A.N. (Tasso annuale nominale), a cui si affianca, nei contratti di credito al consumo, l'indicazione del T.A.E.G. (Tasso Annuo Effettivo Globale), definito come il «costo totale del credito a carico del consumatore espresso in percentuale annua del credito concesso», comprensivo degli interessi e di tutti gli altri oneri cui viene subordinato il godimento del credito²⁰⁰.

3.1. Piani di ammortamento.

Nel mutuo bancario la restituzione del capitale e il pagamento degli interessi avvengono normalmente secondo determinati intervalli di tempo e non in un'unica soluzione. Ciò consente di qualificare tale tipologia di mutuo, nell'ambito dei contratti di durata, come un contratto ad esecuzione periodica²⁰¹. L'accordo avente ad oggetto il rimborso della somma mutuata secondo i termini convenuti dalle parti prende il nome di «piano di ammortamento», in ossequio al quale la prestazione del mutuante viene frammentata in rate periodiche comprensive di quota capitale e interessi²⁰².

¹⁹⁹ Si considerino, per una maggiore chiarezza, le due operazioni descritte, in via di esemplificazione, da D. SINESIO, *Interessi pecuniari tra autonomia e controlli*, Milano, 1989, p. 14: «A) mutuo di 100, da restituire dopo un anno, al tasso del 5% semestrale. Il debitore risulta obbligato a corrispondere, a titolo di interessi, 5 per i primi sei mesi, e ancora 5 al decorso dell'anno, per un totale di 10. B) mutuo di pari importo e durata ma al tasso del 10% annuale. Anche in questa seconda ipotesi il debitore, a parità di capitale e durata, corrisponde interessi per 10, ma (per l'intero ammontare) solo alla fine dell'anno. In realtà il tasso effettivo annuo nella prima operazione risulta maggiore del 10% (10 + x) o, se si vuole, il "rendimento" di un tasso semestrale del 5% non corrisponde semplicemente al 10% annuo ma ad una misura maggiore».

²⁰⁰ Gli artt. 121 ss. t.u.b. escludono dal novero del credito al consumo quelli «destinati all'acquisto o alla conservazione di un diritto di proprietà su un terreno o su un immobile edificato o da edificare, ovvero all'esecuzione di opere di restauro o di adeguamento. Il T.A.E.G., di conseguenza, risulta escluso dalla maggior parte dei mutui ipotecari.

²⁰¹ M. TATARANO, *Il mutuo bancario tra sistema e prassi*, Napoli, 2012, p. 56 ss.; P.L. FAUSTI, *Il Mutuo*, in *Tratt. dir. civ.* CNN, diretto da P. PERLINGIERI, Napoli, 2004, p. 78, che ravvisa nel mutuo una prestazione periodica in capo al mutuatario.

²⁰² Il piano di ammortamento, che costituisce un fenomeno di imputazione ai sensi degli artt. 1193 ss. c.c. (cfr. Cass., 19 aprile 2002, n. 5704, in *Mass. Giust. civ.*, 2002, p. 679), non comporta il frazionamento del debito in una serie di autonome obbligazioni, ma costituisce solamente una modalità di adempimento dell'obbligo unitario del soggetto finanziato (Cass., 6 febbraio 2004, n. 2301, in *Notariato*, 2004, III, p. 236).

Dall'analisi della prassi, invalsa specialmente nell'attività delle aziende di credito, possono scorgersi tre principali forme di pattuizione del tasso di interesse: in misura fissa, in cui l'aliquota non muta durante il corso del rapporto²⁰³; in misura variabile, in cui la componente destinata a mutare usualmente si accompagna a una stabile²⁰⁴; in forma mista, in cui si riconosce al mutuatario un diritto di opzione il cui esercizio consente di convertire il tasso da fisso a variabile o viceversa²⁰⁵.

In base al criterio della modalità di restituzione, si distinguono i finanziamenti con rimborso in unica soluzione alla scadenza²⁰⁶, da quelli con rimborso graduale del capitale. In quest'ultimo caso la somma prestata non rimane costante nel tempo e gli interessi vengono ragguagliati al capitale residuo, come accade nei piani di ammortamento con rate di capitale costanti (c.d. ammortamento all'italiana)²⁰⁷. Si discosta in parte da questo paradigma l'ammortamento con rate di capitale ed interessi costanti (c.d. ammortamento alla francese)²⁰⁸, della cui legittimità si

²⁰³ Nei contratti stipulati dagli intermediari bancari il tasso fisso è generalmente la risultante di un calcolo matematico che coinvolge il costo della provvista e uno spread: per approfondimenti v. M. TATARANO, *o.m.c.*, p. 52 ss.

²⁰⁴ In AA.VV., *Mutuo informato. Guida per il cittadino*, in www.notariato.it, p.8, si precisa che ricadrà sul mutuo a *tasso fisso* la scelta di «colui che ritiene che il costo del denaro *aumenterà* nel periodo di durata del mutuo; se così sarà, avrà fatto un buon affare, perché la sua rata resterà invariata; ma se invece il costo del denaro diminuisce, potrà trovarsi a pagare un interesse fuori mercato, senza avere, in termini contrattuali, alcun diritto nei confronti della banca di modificare le condizioni del mutuo. Preferisce il *tasso variabile* in particolare chi ritiene che il costo del denaro possa ancora *scendere*, e non vuole perdere la possibilità che la sua rata di pagamento si abbassi conseguentemente; se, invece, il costo del denaro sale, aumenterà anche l'importo della rata» (enfasi aggiunte).

²⁰⁵ M. TATARANO *o.m.c.*, p. 58; P.L. FAUSTI, *o.c.*, p. 125.

²⁰⁶ R. MARCELLI, A.G. PASTORE e A. VALENTE, *TAN, TAE, TAEG nei finanziamenti a rimborso in unica soluzione e nei finanziamenti a rimborso graduale*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2019, VI, p. 913 ss. esemplificando l'ipotesi del rimborso in un'unica soluzione, assumono come modello «un finanziamento dell'importo di € 1.000, privo di oneri collaterali, con rimborso unico del capitale alla scadenza decennale e con il TAN del 10%, [in cui] si possono avere tre possibili articolazioni: i) corresponsione degli interessi, in regime semplice, in un'unica soluzione al termine del decennio, congiuntamente al capitale, a cui corrisponde un TAN del 10%, un TAE/TAEG del 7,3% ed un prezzo pari al 10%; ii) corresponsione degli interessi, in regime composto, in un'unica soluzione al termine del decennio, congiuntamente al capitale (tipo *Zero coupon*), a cui corrisponde un TAN e un TAE/TAEG del 10%, mentre il prezzo è pari al 15,94%; iii) corresponsione degli interessi in ragione d'anno, fermo rimanendo il rimborso del capitale alla fine del decennio (tipo *Bullet*), al quale corrisponde un TAN, un TAE/TAEG e un prezzo pari al 10%».

²⁰⁷ In questa tipologia di ammortamento il valore delle rate decresce nel tempo perché, a fronte di una quota capitale sempre uguale, la quota interessi decresce a mano a mano che il capitale si riduce per effetto delle restituzioni (cfr. E. GIRINO, *Dizionario di finanza. Tecniche, strumenti, operatori*, Milano, 2005, p. 23).

²⁰⁸ Per una delucidazione circa il concetto di mutuo alla francese cfr. la chiara descrizione di C. CAMARDI, *Mutuo bancario con piano di ammortamento "alla francese", nullità delle clausole sugli interessi e integrazione giudiziale*, in *Banca*,

discute in dottrina e giurisprudenza con particolare riguardo alla determinabilità dell'oggetto e ai suoi rapporti col divieto di anatocismo²⁰⁹.

borsa, tit. cred., 2015, I, p. 51 ss. (nota a Trib. Milano, 30 ottobre 2013, n. 13980): «La specificità del calcolo (e verosimilmente la ragione per la quale il metodo è assai diffuso) consiste nel prevedere che la rata di mutuo da corrispondere nella periodicità convenuta sia sempre costante, abbia cioè sempre lo stesso importo, sì da permettere al mutuatario la massima pianificazione nel tempo dell'onere che con il mutuo si è addossato. Posto che in ogni rata di mutuo, di solito, sono incluse sia una quota capitale, sia una quota interessi; e posto ancora che la somma delle quote capitale contenute nell'insieme delle rate deve corrispondere all'importo originario del prestito, mentre gli interessi equivalgono a quelli maturati nel periodo cui la rata si riferisce; il metodo di calcolo alla francese – a rata costante e, supponiamo per comodità, a tasso fisso – si distingue per il progressivo decrescere della quota interessi e, viceversa, per il progressivo crescere della quota capitale. Detto altrimenti, stabilito preventivamente l'importo fisso della rata periodica, il metodo si sviluppa secondo la procedura seguente:

- al momento del calcolo della prima rata, la somma da restituire è quella totale ricevuta dal mutuatario;
- tale somma, pertanto, va moltiplicata per il tasso di interesse pattuito, ottenendosi così la quota interessi della rata stabilita, tale quota va sottratta dall'importo della rata predefinita, ottenendosi così la quota capitale della rata medesima,
- la quota capitale così ottenuta si sottrae dopo dal capitale originario, e si ottiene così il capitale residuo,
- sul capitale residuo si ricomincia poi il calcolo, come sopra indicato, delle quote capitale e interessi della seconda rata di mutuo; e così di seguito fino all'estinzione.

È dunque evidente [...] che nella composizione interna delle rate di ammortamento, dalla prima all'ultima, la quota interessi si presenta all'inizio assai alta, perché calcolata sul totale del debito, e poi progressivamente decresce, perché calcolata su un debito residuo sempre inferiore. Mentre la quota capitale si presenta all'inizio assai bassa e poi cresce, quale effetto matematico dell'importo costante della rata».

Sul piano di ammortamento alla francese si vedano altresì le pagine di P. DAGNA, *Profili civilistici dell'usura*, in B. INZITARI (a cura di) *Il diritto degli affari*, Padova, 2008, p. 147 e M. SILVESTRI, G. TEDESCO, *Mutuo a tasso fisso e rimborso graduale secondo il sistema francese con rate costanti*, in *Giur. Merito*, 2009, p. 82.

²⁰⁹ R. MARCELLI, A.G. PASTORE e A. VALENTE, *TAN, TAE, TAEG nei finanziamenti*, cit., p. 913 ss. ravvisano la seguente criticità: «Data la rata costante, si viene a determinare una singolare autoregressività in quanto anticipando la corresponsione degli interessi, si ritarda il rimborso del capitale, inducendo una lievitazione esponenziale dello stesso monte interessi. In questo rapporto autoregressivo si palesa matematicamente una dipendenza funzionale configurante la produzione di interessi sugli interessi, ancorché già corrisposti». Per un esame della *vexata quaestio* dottrinale e giurisprudenziale v., *ex multis*, C. CAMARDI, *Mutuo bancario con piano di ammortamento*, cit., p. 51 ss., la quale, in particolare, esclude che il piano di ammortamento alla francese sia affetto da nullità. *Contra*: N. DE LUCA, *Mutuo alla francese: anatocismo, indeterminatezza od altro. Di sicuro, c'è qualcosa che non va*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2021, II, p. 233 ss.

3.2 *La determinazione per relationem del tasso di interesse.*

All'indomani dell'entrata in vigore del codice civile il requisito della forma scritta, richiesto *ad substantiam*²¹⁰ per le clausole contenenti interessi ultralegali (art. 1284, comma 3, c.c.), veniva inteso in senso rigoroso. In ossequio all'orientamento ostile alla possibilità che gli elementi essenziali del contratto formale (o solenne) venissero determinati attraverso il rinvio contenuto ad un'altra fonte²¹¹, si escludeva che gli interessi superiori alla misura legale potessero essere parametrati ad un indice esterno.

In tempi più recenti, tuttavia, si è fatta strada l'impostazione incline ad ammettere la legittimità della *relatio* anche nei confronti dei negozi soggetti ad un vincolo di forma, che può ritenersi rispettato quando il *vestimentum* richiesto dalla legge sia posseduto dalle dichiarazioni in cui si concretizza il contenuto minimo che qualifica il negozio²¹². Nei contratti di finanziamento tale obbligo sarebbe assolto anche quando le parti abbiano fatto riferimento per la determinazione dell'interesse a criteri esterni prestabiliti, anche se variabili, la cui applicazione richieda una mera operazione aritmetica²¹³.

Superata l'impostazione formalista, l'attenzione degli interpreti si è soffermata soprattutto sull'osservanza del requisito di determinabilità dell'oggetto del contratto ai sensi dell'art. 1284, comma 3, c.c.

In passato la giurisprudenza non reputava in contrasto con tale regola la prassi bancaria di determinare il saggio degli interessi attraverso il rinvio, tra l'altro, alle «condizioni usualmente

²¹⁰ L'opinione è pacifica: v. in particolare T. ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie*, cit.; F. CARRESI, *Il comodato*, cit., p. 217; M. FRAGALI, *Del mutuo*, cit., p. 361; G. GIAMPICCOLO, *Comodato e mutuo*, cit., p. 88; G. MARINETTI, *Interessi* cit., p. 868; E. SIMONETTO, *I contratti*, cit., p. 263.

²¹¹ V., in particolare, R. NICOLO, *La relatio nei negozi formali*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, p. 116 ss.

²¹² Per l'esposizione degli indirizzi in questione si rinvia a V. PANDOLFINI, *La disciplina degli interessi*, cit., p. 102 ss.

²¹³ B. INZITARI, *Interessi: legali, corrispettivi, moratori, usurari, anatocistici*. Torino, 2017, p. 103 ss., conclude che «ciò che la richiede non è tanto la fissazione del contenuto della prestazione che sarà concretamente dovuta, quanto piuttosto l'univoca determinazione per iscritto degli elementi di diretta individuazione e quantificazione delle prestazioni». Per la compatibilità della determinazione dell'interesse *per relationem* si esprime la giurisprudenza anche con riguardo all'obbligo di forma sancito dall'art. 117 t.u.b.: *ex multis*, Cass., 26 giugno 2019, n. 17110, in *Dir. giust.*, 2019, CXVIII, p. 7 ss., con nota di G. SATTA, *Apertura di credito in conto corrente: forma libera e interessi determinati per relationem*. La Suprema Corte, tuttavia, circoscrive tale facoltà ai soli casi in cui il parametro esterno sia oggettivamente individuabile e funzionale alla concreta determinazione del tasso, e quindi sottratti all'unilaterale determinazione della banca.

praticate sulla piazza»²¹⁴, considerando tale pratica conforme non solo al criterio di determinabilità del tasso, ma anche a quello di «conoscibilità», collegato alla possibilità per il cliente di consultare i bollettini degli istituti bancari oppure le riviste di settore. Questa pratica, già osteggiata in ulteriore stadio della riflessione dottrinale e giurisprudenziale²¹⁵, è oggi espressamente vietata dalla vigente normativa in materia di trasparenza bancaria²¹⁶.

Nella prospettiva del rafforzamento della tutela del contraente debole è previsto, peraltro, che i contratti bancari debbono indicare «il tasso d'interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora» (art. 117, comma 4, t.u.b.). Non è però necessario che il tasso d'interesse sia espresso in un coefficiente fisso, essendo sufficiente la sua determinabilità; requisito che si reputa soddisfatto nell'ipotesi in cui il saggio sia ancorato a parametri variabili oggettivamente accertabili²¹⁷.

3.3. *La struttura del tasso variabile.*

Di norma la struttura del tasso variabile si articola, oltre che in una componente elastica, in un'altra aggiuntiva e fissa, che prende il nome di *spread* e consiste nella «differenza tra il

²¹⁴ Come rilevato da B. INZITARI, *o.m.c.*, p. 588, l'analisi della pratica bancaria rivela comunque una variegata casistica in cui il parametro esterno è stato di volta in volta individuato, oltre che nei tassi forniti dall'Associazione Bancaria Italiana (ABI) alle aziende di credito, anche nelle fluttuazioni del costo del denaro, nelle variazioni del tasso di sconto cui si uniformano gli istituti bancari, nel tasso bancario c.d. *prime rate*.

²¹⁵ V., per tutti, B. INZITARI, *Limiti dell'applicabilità della relatio nella determinazione per iscritto degli interessi ultralegali*, in *Giur. it.*, I, c. 1017 ss.; ID., *Interessi*, cit., p. 107 ss. e *ivi* ampie citazioni di giurisprudenza; P. TARTAGLIA, *La relatio nella pattuizione degli interessi in misura ultralegale*, in *Riv. giur. sarda*, p. 660 ss.; ID., *La forma del patto di interessi in misura ultralegale*, in AA.VV., *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di Michele Giorgianni*, Napoli, 1988, p. 785 ss.

²¹⁶ L'art. 117 t.u.b. – recependo una norma già contenuta nell'art. 4 della l. 17 febbraio 1992, n. 154 – prevede al comma 6 che «sono nulle e si considerano non apposte le clausole contrattuali di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati nonché quelle che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati».

²¹⁷ Più che sul rispetto del requisito di determinabilità la ricerca di eventuali profili di illegittimità si incentra in tal caso sulla possibile violazione delle norme a tutela della trasparenza. Come osservato da P.L. FAUSTI, *Il mutuo*, cit., p. 97, occorre soffermare l'attenzione «non tanto sul merito dei parametri di uso comune nel mercato finanziario (*euribor*, *libor*, ecc.): si tratta di valutazioni che spettano principalmente al contraente e di cui qualunque consulente giuridico può e deve interessarsi fino a un certo punto; quanto, piuttosto sulle modalità di espressione terminologiche e sintattiche che possono lasciare oscure le modalità concrete di calcolo e di applicazione: si pensi a formule matematiche particolarmente complesse, espresse con logaritmi e simili». Sul tema generale della trasparenza bancaria, anche con riferimento alla pattuizione degli interessi, cfr. E. CATERINI e G. MURGOLO, *La trasparenza bancaria*, in E. CAPOBIANCO (a cura di), *Contratti bancari*, cit., p. 141 ss. e 184 ss.

parametro di riferimento e il tasso effettivamente applicato»²¹⁸. Il citato parametro, a sua volta, costituisce l'elemento variabile del tasso e viene usualmente identificato nell'Euribor (*Euro Interbank Offered Rate*), che rappresenta una «quotazione di tassi variabili rilevabili con criteri di obiettività sul mercato finanziario della UE»²¹⁹.

La variabilità del tasso, innanzitutto, può non sortire alcun effetto in ordine alla durata dell'ammortamento. In tale eventualità devono essere tenute distinte le situazioni in cui ad ogni variazione del parametro esterno vada ricalcolato l'intero piano di ammortamento da quelle in cui la fluttuazione impatti soltanto sulla sola quota interessi della rata²²⁰. L'incidenza del tasso variabile, in secondo luogo, può riguardare anche la stessa durata del mutuo, laddove la rata, invece, rimane fissa²²¹. A prescindere che la variabilità dell'interesse incida sull'elemento temporale ovvero sull'importo della rata, si consideri, in aggiunta, che il piano di ammortamento – seppur allegato al documento contrattuale – avrà una mera valenza esemplificativa, non potendosi prevedere l'andamento del parametro e, correlativamente, l'importo delle rate nel primo caso o la durata del contratto nel secondo²²².

3.4 L'andamento in negativo degli indicatori finanziari di riferimento.

Si è poc'anzi accennato all'indice Euribor e alla possibilità che questo sia assunto dalle parti di un contratto di finanziamento come parametro di riferimento della relativa clausola di

²¹⁸ Banca d'Italia, *Comprare una casa. Il mutuo ipotecario in parole semplici*, in www.bancaditalia.it, p. 7

²¹⁹ P.L. FAUSTI, *o.n.c.*, p. 124, nota 208, ove si legge che «l'Euribor viene calcolato sulla base di diverse durate, ottenendosi così diversi parametri all'interno di uno stesso tipo: l'Euribor a un mese, tre mesi, sei mesi ecc.». Cionondimeno, la scelta di una particolare durata del parametro non condiziona la «periodicità dell'ammortamento: quindi si potrà certamente avere, ad es., un mutuo a scadenze mensili parametrato all'Euribor a sei mesi». Degna di considerazione è altresì la circostanza che il piano di ammortamento del mutuo può essere più o meno sensibile alle fluttuazioni del parametro: più le rilevazioni sono ravvicinate (mensili, trimestrali), maggiore è il grado di variabilità della rata del finanziamento; diversamente, «rilevazioni meno ravvicinate [...] possono produrre rate più omogenee al loro interno, con il vantaggio ad esempio di godere più a lungo di un particolare ribasso del parametro, e anche, però, il rischio di subire più a lungo di un suo particolare rialzo».

²²⁰ Nel primo caso la modificazione investe l'intera rata, sia nelle singole componenti che nel complesso; nel secondo caso la variazione riguarda soltanto la quota interessi ma non la quota capitale (v. P.L. FAUSTI, *o.n.c.*, p. 117).

²²¹ P.L. FAUSTI, *o.n.c.*, pp. 117-118, il quale giustamente osserva che a variare sarà soltanto l'ultima rata: in diminuzione se le fluttuazioni del tasso sono complessivamente discendenti; in aumento nel caso opposto.

²²² M. TATARANO, *o.n.c.*, p. 66.

interessi. Può ora soggiungersi, in via di approfondimento, che tale coefficiente viene ottenuto mediante la rilevazione dell'andamento di rapporti interbancari a breve termine. Più precisamente si tratta della media del tasso di interesse al quale le primarie banche²²³, attive nel mercato monetario dell'euro, possono ottenere fondi nel mercato dei prestiti all'ingrosso non garantiti²²⁴ secondo scadenze ravvicinate (allo stato attuale: 1 settimana; 1 mese; 3, 6 e 12 mesi)²²⁵.

Le misurazioni sono affidate all'*European Money Market Institute* (EMMI), un ente senza scopo di lucro costituito dalle associazioni bancarie degli Stati europei²²⁶. L'istituto, con sede a Bruxelles, si avvale di un *panel* di primarie banche (attualmente 19) che comunicano quotidianamente – mediante il *Trans-European Automated Real-Time Gross Settlement Express Transfer*²²⁷ – i tassi ai quali sono disposte a costituire depositi non garantiti in favore di banche della medesima famiglia *prime*²²⁸.

Affine all'Euribor è l'indice Eonia (*Euro OverNight Index Average*), che rappresenta il tasso medio di riferimento nelle operazioni a brevissima scadenza e viene calcolato come media ponderata dei tassi *overnight* applicati su operazioni di finanziamento non garantite²²⁹. Completa

²²³ Con tale espressione si intende «un istituto di credito con elevata affidabilità per i depositi a breve termine, capace di prestare a tassi di interesse competitivi, notoriamente attivo in strumenti di mercato monetario denominati in euro e con accesso alle operazioni di mercato aperto dell'Eurosistema» (nozione riportata nell'articolo di FTA Online News, *Euribor, cos'è e a cosa serve*, 25 gennaio 2019, consultabile in www.borsaitaliana.it). Per approfondimenti v. M. TABOGA, *What is a prime bank? A Euribor, OIS spread perspective*, Roma, 2013.

²²⁴ L'oggetto dell'Euribor è stato così definito: «*the rate at which wholesale funds in euro could be obtained by credit institutions in current and former European Union and European Free Trade Association countries in the unsecured money markets*» (tale nozione è leggibile in www.emmi-benchmarks.eu). Per delucidazioni sull'argomento si rimanda altresì all'articolo della Banca Centrale Europea, *Cosa sono i tassi benchmark? Perché sono importanti e perché sono sottoposti a riforma?*, consultabile in www.ecb.europa.eu. In termini prettamente tecnico-economici è stata altresì proposta (da A. KLOSTER e O. SYRSTAD, *Nibor, Libor and Euribor – all IBORs, but different*, Memo n. 2/2019 dello staff della Norges Bank) la seguente definizione di Euribor: «*the rate at which euro interbank term deposits are offered by one prime bank to another prime bank within the EMU zone, and is calculated at 11:00 am (CET) for spot value (T+2)*».

²²⁵ I tassi Euribor aggiornati sono consultabili all'indirizzo www.euribor-rates.eu.

²²⁶ A.S. SIRAK, *Anti-berding in the Euribor Survey*, pubblicazione della Goethe University Frankfurt del 29 aprile 2018, consultabile in www.wivi.uni-frankfurt.de.

²²⁷ Si tratta del sistema di pagamenti interbancari tutt'ora in uso nell'Unione Europea nella versione Target 2.

²²⁸ P.A. CUCURACHI, *Gli strumenti di capitalizzazione delle banche*, in P.L. FABRIZI, G. FORESTIERI e P. MOTTURA (a cura di), *Strumenti e servizi finanziari*, 2ª ed., 4ª rist., Milano, 2007, pp. 56-57.

²²⁹ *Eonia*, in www.emmi-benchmarks.eu. Si noti che a partire dal 1º ottobre 2019 l'Eonia viene calcolato con una rinnovata metodologia di calcolo che dipende dal €STR (*Euro Short Term Rate*), gestito dalla Banca Centrale Europea.

il novero dei più rilevanti indici nella prassi il tasso Libor (*London Inter Bank Offered Rate*), che misura l'interesse medio al quale le principali banche concedono finanziamenti a breve a termine nel mercato di Londra e, a differenza dei saggi fin qui esaminati, viene calcolato sulla base di diverse valute²³⁰.

Tutti gli indici sopra descritti, pur nascendo in seno ai rapporti interbancari, possono essere utilizzati come *benchmark* nei contratti di finanziamento accessibili al pubblico; tra questi l'Euribor rappresenta il parametro principale nell'area Euro²³¹ ed è a quest'ultimo che si farà particolare riferimento nel corso della trattazione.

In epoca recente gli indicatori in questione sono balzati agli onori della cronaca per aver assunto dei valori molto bassi, ma ancora positivi, ovvero addirittura inferiori allo zero²³². A partire dal 2012, infatti, le banche centrali di alcuni stati hanno intrapreso una politica di tassi negativi, recepita dalla stessa Banca Centrale Europea dal 2014 in avanti²³³ in risposta alle spinte deflative dell'economia europea di quel periodo²³⁴. In tale contesto sono state adottate misure di politica monetaria non convenzionale, tra cui principalmente la fissazione di tassi negativi nelle operazioni tra banche e banche centrali²³⁵, che a loro volta hanno determinato il

²³⁰ Y. MATSUBAYASHI e S. KITANO, *Global Financial Flows in the Pre- and Post-global Crisis Periods*, Singapore, 2022, p. 11.

²³¹ M. BAGELLA, *L'euro e la politica monetaria*, Torino, 2014, p. 208.

²³² Cfr. tra i vari articoli di stampa quelli di V. LOPS, *Mutui a «tasso zero», che cosa succede se l'Euribor diventa negativo e come può cambiare la rata*, e ID., *Mutui, con la deflazione costano 7 volte di più. Ma con il «Qe»... la rata va giù*, 12 marzo 2015, entrambi in www.ilsole24ore.com.

²³³ L. BRANDÃO-MARQUES, M. CASIRAGHI, G. GELOS, G. KAMBER e R. MEEKS, *Negative Interest Rates. Taking Stock of the Experience So Far*, Washington, 2021, p. 1 ss.; p. 332 ss.; G. FORESTIERI e P. MOTTURA, *Il sistema finanziario*, 7^a ed., Milano, 2017, p. 332 ss., che precisano come la Banca Centrale Europea abbia fissato a livelli negativi i tassi sulla *deposit facility*, onde perseguire tre finalità: favorire la circolazione della liquidità tra banche attraverso la riduzione del rendimento che le banche otterrebbero depositandola presso la banca centrale; ridurre i tassi di interesse di mercato; favorire il deprezzamento dell'euro, con implicazioni positive su import ed export, come effetto naturale della riduzione dei tassi stessi.

²³⁴ Tra le ragioni di tali misure vi è la relazione empirica tra deflazione e crescita della disoccupazione che in macroeconomia viene descritta per mezzo della Curva di Phillips (cfr. A.W. PHILLIPS, *The Relation Between Unemployment and the Rate of Change of Money Wage Rates in the United Kingdom, 1861-1957*, in *Economica*, 1958, p. 283 ss.).

²³⁵ Le c.d. *unconventional measures* hanno perseguito finalità di stabilità monetaria (cfr. C. ARTETA e M. STOCKER *Negative interest rates in Europe: A Glance at Their Causes and Implications*, giugno 2014, in www.worldbank.org) e di stimolo all'attività creditizia, atteso che i soggetti finanziati beneficiano di condizioni più favorevoli (v. G. CLAYES, *What Are the Effects of the ECB's Negative Interest Rate Policy?*, in AA.VV., *Low for Longer: Effects of Prolonged Negative Interest Rates*, giugno 2021, in www.europarl.europa.eu).

decremento dei tassi interbancari e, per questo tramite, dei *benchmark* relativi ai contratti di finanziamento stipulati dalle banche nei confronti del pubblico.

Premessa la distinzione – accolta dalla scienza economica – tra tassi nominali, sui quali non incide l’inflazione, e tassi reali, la cui misura è invece influenzata da tale fattore²³⁶, può osservarsi che il fenomeno dell’andamento in negativo aveva in passato già riguardato i secondi, mentre rappresenta per i primi un fenomeno di assoluta novità²³⁷ che riveste una notevole rilevanza per il nostro ordinamento, ove vige il principio del nominalismo²³⁸.

L’ipotesi dei tassi nominali negativi, se prima rappresentava una problematica macroeconomica prettamente teorica²³⁹, ha di recente acquisito, dunque, una dimensione concreta che ha creato e crea notevoli dubbi teorici e applicativi anche sul piano giuridico²⁴⁰.

4. *Le clause floor, cap e collar.*

Il decremento del costo del denaro causato dalla politica monetaria europea ha favorito l’adozione da parte degli operatori economici di strumenti contrattuali per cautelarsi contro il

²³⁶ Tra i molti v. F. MISHKIN, S.G. EAKINS e G. FORESTIERI, *Istituzioni e mercati finanziari*, Londra, 2007, p. 64.

²³⁷ I. FOGLIATO, *Tassi negativi, deflazione ed effetti collaterali della grande crisi: le distorsioni del c.d. “financial upside down world” esaminate dal lato tecnico*, in *www.dirittobancario.it*, 24 marzo 2016.

²³⁸ V., al posto di altri, B. INZITARI, *La moneta*, cit., 1995, p. 399 ss.; A. DI MAJO, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 246 ss.).

²³⁹ Dagli studi economici si evince in particolare che la decisione della banca centrale di ridurre i coefficienti nominali per ragioni di politica monetaria avrebbe incontrato un ostacolo nello *zero lower bound*. La difficoltà di concepire tassi nominali negativi promana, segnatamente, dall’assenza di redditività del prestito di un capitale. Appare più redditizio, infatti, convertire il denaro in denaro contante. Con espressione evocativa si fa altresì riferimento alla maggiore convenienza dell’atto di custodire la somma «sotto il materasso» (cfr., *ex multis*, M. BURDA e C. WYPLOSZ, *Macroeconomia. Un’analisi europea*, Edizione italiana a cura di L. CARBONARI e M. MESSORI, Milano, 2019, p. 313. Il primo a teorizzare il concetto di interesse nominale negativo fu S. GESELL, *Ordine economico naturale*, Milano, 2016, ritenendo che per raggiungere un simile risultato non fosse necessario eliminare progressivamente la cartamoneta, essendo sufficiente introdurre una «tassa sul denaro» diretta a scoraggiarne la detenzione e, correlativamente, a favorirne la circolazione (per un’analisi del pensiero del Gesell v. anche K.S. ROGOFF, *La fine dei soldi. Una proposta per limitare i danni del denaro contante*, Milano, 2017, sezione 22). La teoria, pur avallata da illustri economisti come Fisher e Keynes, è rimasta di fatto inattuata nella pratica fino a un decennio orsono. Il recente scenario che ha visto emergere gli interessi negativi si è sviluppato, difatti, unitamente alla progressiva perdita di centralità del denaro contante nel tessuto economico e la crescente finanziarizzazione dell’economia (v. S. YILMAZ e C. ŞARKAYA İÇELLIOĞLU, *The Negative Interest Rate Policy: The Eventualities and Implications*, in *J. of Emerging Economies and Policy*, dicembre 2016, p. 193 e J. NINET, *Negative Interest Rates: The Black Hole of Financial Capitalism*, Bingley, 2021, p. 19 ss.).

²⁴⁰ Sulla questione ci si soffermerà ampiamente nel capitolo III.

rischio di una scarsa (se non addirittura nulla) redditività delle operazioni creditizie. Specie nei periodi di recessione economica viene ritenuto insufficiente l'inserimento, nell'ambito della clausola di tasso variabile, del già citato *spread*, espresso in una frazione numerica o percentuale fissa e positiva²⁴¹: questo valore potrebbe non essere in grado di compensare il decremento del parametro variabile o non essere in grado farlo adeguatamente²⁴². È così fiorita la prassi di introdurre nei contratti di finanziamento le clausole c.d. *floor*, che fissano un'aliquota di interessi minima a cui il finanziatore avrà diritto anche laddove l'indice esterno scenda, per ipotesi, al di sotto di tale soglia²⁴³.

È meno frequente, invece, la pattuizione di una clausola – di natura simmetrica e opposta a quella anzidetta – che prende il nome di *cap* e contiene un tetto al di sopra del quale il tasso non può salire. Una simile previsione negoziale assume una configurazione diversa dal punto di vista funzionale a seconda che tenda a impedire situazioni di usurarietà sopravvenuta²⁴⁴ ovvero a contenere il rischio per il finanziato di un rialzo del tasso contrattuale²⁴⁵. Nella medesima dichiarazione di volontà negoziale possono coesistere un *cap* e un *floor*. In tal caso il patto viene denominato *collar*²⁴⁶.

Ferma tale classificazione, i problemi interpretativi maggiori sono sorti soprattutto in relazione alla clausola *floor*, specialmente per quanto attiene ai suoi profili di attrito con la disciplina di tutela del contraente debole.

²⁴¹ Sebbene la struttura più comune assunta dalle clausole di interesse nei mutui variabili sia rappresentata dalla sommatoria di Euribor e *spread*, la pratica conosce meccanismi più complessi come il c.d. *step-up* o margine, fondato su un sistema di punti base in ragione d'anno (per la disamina di come tale congegno opera in concreto v. M. BRAGANTINI, I. LAURETI e F. CHIARENZA, *I contratti di finanziamento nella prassi bancaria*, in AA.VV. (a cura di), *Contratti di finanziamento bancario, di investimento, assicurativi e derivati*, Milano, 2022, p. 28 ss.).

²⁴² O. MASTRONARDI, *La crisi economica dei Paesi occidentali*, Roma, 2013, p. 37 ss. illustra come lo *spread*, che tende a crescere nei periodi di espansione, decresca notevolmente, invece, nei periodi di recessione.

²⁴³ M.F. CAMPAGNA, *La clausola con tasso minimo preteso nel mutuo (c.d. floor clause)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, I, p. 99 ss.

²⁴⁴ Secondo M.F. CAMPAGNA, *o.c.*, p. 100, nota 6, lo spazio applicativo delle clausole *cap* «è normalmente confinato al di sotto degli interessi usurari», dato che se questi ultimi si manifestassero troverebbe applicazione la norma dettata dall'art. 1815 c.c.

²⁴⁵ La distinzione è posta in luce da C. COLOMBO, *Gli interessi nei contratti bancari*, in E. CAPOBIANCO, *Contratti bancari*, cit., p. 653, nota 60.

²⁴⁶ Nel lessico finanziario il *collar* esprime lo spazio di valore compreso fra un *cap* e un *floor* (cfr. E. GIRINO, *Dizionario*, cit., p. 133).

4.1 La clausola floor nei contratti di finanziamento con i consumatori. Il giudizio di vessatorietà.

È pressoché pacifica la legittimità della pattuizione in oggetto; ciò che desta l'attenzione dell'interprete è piuttosto la necessità di indagare, con riferimento ai finanziamenti concessi ai consumatori, se essa superi o meno il vaglio di vessatorietà²⁴⁷. Al tema, che meriterebbe ben altro approfondimento, potrà dedicarsi in questa sede soltanto un breve cenno, funzionale a una precomprensione della posizione di tale patto nel contesto di un rapporto di finanziamento.

La questione è stata affrontata per lo più sotto il profilo dell'eventuale *deficit* di chiarezza e comprensibilità della clausola ai sensi dell'art. 34, comma 2, c. cons. Soltanto in presenza di tale condizione – si argomenta – sarebbe possibile condurre il giudizio sul carattere vessatorio di un patto, come il *floor*, che attiene al corrispettivo del contratto o, al più, al suo oggetto²⁴⁸.

Tale valutazione ha dato luogo, tuttavia, a posizioni eterogenee: all'orientamento che ha escluso la vessatorietà della convenzione in virtù della declamata natura prettamente economica²⁴⁹ se ne contrappone un altro, che ha ravvisato in essa la fonte di uno squilibrio contrattuale che è causa di nullità (parziale) del contratto²⁵⁰. La prima impostazione tende a

²⁴⁷ *Ex multis*, C. COLOMBO, *o.c.*, p. 652.

²⁴⁸ C. COLOMBO, *o.c.*, p. 652. Condividono l'impostazione per cui il rispetto della trasparenza sarebbe sufficiente a escludere la vessatorietà della clausola: S. ALVARO, A. GENTILI e C. MOTTURA, *Effetti dei tassi di interesse negativi su mutui e obbligazioni a tasso variabile. Un'analisi dei profili giuridici e finanziari*, in *Quad. giur. Consob*, novembre 2017, p. 45 ss.; M.F. CAMPAGNA, *o.c.*, p. 99 ss.; F. GRECO, *La violazione della regola della trasparenza nel mutuo con tasso floor ed il problema della scommessa razionale nel derivato implicito*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, I, p. 28 ss., il quale attribuisce al requisito della trasparenza una particolare pregnanza, presupponendo che sia adempiuto l'obbligo dell'intermediario di informare il cliente sugli scenari probabilistici connessi alla pattuizione.

²⁴⁹ L'orientamento è granitico in sede arbitrale (*ex pluribus*, ABF Bari, 8 luglio 2019 n. 16660; ABF Bologna, 3 agosto 2018, n. 16822; ABF Napoli, 23 novembre 2016, n. 10381). In giurisprudenza si discorre di sufficiente chiarezza e comprensibilità della clausola: T. FERRARA, *16 dicembre 2015, n. 1131, Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, II, 475 ss., con nota di F. CAPPAL, *Il rilievo degli oneri economici eventuali nel vaglio dell'usura dei contratti di mutuo*. Altre sentenze di merito hanno successivamente escluso la natura vessatoria del *floor* in ragione della concessione al mutuatario della facoltà di optare periodicamente tra tasso variabile e fisso in base a una propria valutazione di convenienza (Trib. Como, 13 luglio 2017, n. 1088, in *www.dejure.it*) o perché la chiarezza del suo contenuto non lascia dubbi in ordine alle conseguenze che esso avrà sul rapporto (*ex pluribus*: Trib. Napoli, 4 febbraio 2021, n. 1114, in *www.dejure.it*; Trib. Padova, 25 ottobre 2016, in *www.dirittobancario.it*; Trib. Bologna, 20 febbraio 2018, in *www.dejure.it*).

²⁵⁰ M.F. CAMPAGNA, *o.c.*, p. 117 ss. ritiene che tale asimmetria non sia soltanto economica ma anche giuridica, in ragione dell'allocatione dell'alea – questa sì economica o «normale» e non giuridica – a vantaggio di un'unica parte, cioè quella professionale. In argomento v. anche G. D'AMICO, *Tutela dei consumatori: la vessatorietà delle clausole floor*, in *Contr.*, 2017, III, p. 265, il quale ritiene che lo squilibrio sia invece prettamente economico e che tale sproporzione sia significativa quando la soglia minima sia fissata su un livello «eccessivamente elevato».

negare il difetto di trasparenza del *pactum*, essendo questo normalmente contenuto nella documentazione in atti e specificamente approvato dal cliente; la seconda, invece, riscontra nella lesione del canone della correttezza dell'informazione²⁵¹ la fonte di un possibile squilibrio normativo e riconosce la vessatorietà della clausola *floor* che non sia controbilanciata da un *cap*²⁵².

Non è mancato peraltro chi²⁵³ ha messo in luce l'esigenza di attenuare la netta contrapposizione tra condizioni economiche e contenuto normativo dell'accordo²⁵⁴. La tesi risulta sorretta da un sillogismo la cui premessa maggiore è quella per cui il principio di insindacabilità dello squilibrio economico deve essere circoscritto alle sole prestazioni essenziali del contratto, non potendo essere esteso a quegli elementi accessori che sortiscono un effetto meramente modificativo dei profili principali del contenuto contrattuale²⁵⁵. La premessa minore è poi rappresentata dall'inidoneità del *floor* ad assurgere ad elemento essenziale della prestazione del mutuatario, il cui nucleo fondamentale è stato correttamente individuato nel pagamento degli interessi corrispettivi. In relazione a quanto precede, si è coerentemente ritenuto che tale clausola non sia esonerata dal controllo di abusività, sul

²⁵¹ Secondo l'insegnamento di E. CATERINI e G. MURGOLO, *La trasparenza*, cit., p. 157 ss., la «trasparenza bancaria attiene tanto alla chiarezza e comprensibilità quanto alla correttezza e veridicità delle informazioni pre e post negoziali».

²⁵² M.F. CAMPAGNA, *o.c.*, p. 119 giunge a considerare legittima, tra le clausole che fissano un corrispettivo minimo per il sovventore, soltanto il *collar*, e non anche il semplice *floor*, sul quale il giudizio di vessatorietà è ritenuto legittimo anche nel caso di informazioni eccessive, cioè sovrabbondanti, e perciò, in definitiva, non chiare.

²⁵³ Cfr. F. SARTORI, *Sulla clausola floor nei contratti di mutuo*, in *Contr. impr.*, 2015, III., p. 706 ss., la cui posizione desta particolare interesse, ai nostri fini, per l'attenzione metodologica riposta sulla causa di finanziamento che connota la fattispecie del mutuo e per la centralità assegnata alla funzione corrispettiva della prestazione degli interessi ai fini della risoluzione dei dubbi interpretativi in punto di qualificazione sia della clausola *floor* che dell'operazione complessivamente considerata.

²⁵⁴ La prospettiva di ridurre lo iato creato da tale rigida distinzione appare corroborata da quanti osservano che in realtà tutte le clausole contrattuali, in quanto dirette a comporre il complessivo regolamento negoziale, sono potenzialmente suscettive di impattare sull'equilibrio economico dell'operazione negoziale: v., in luogo di altri, S. TROIANO, *Art. 1469-bis, comma 1, c.c.*, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, a cura di G. ALPA e S. PATTI, Milano, 2003, p. 78; ID., *Art. 33, Comm. dir. cons.*, Zaccaria e De Cristofaro, Padova, 2010, p. 270; P. SIRENA, *Art. 1469-ter, comma 2, c.c.*, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore* a cura di G. ALPA e S. PATTI, in *Comm. c.c.* Schlesinger e Busnelli, Milano, 2003, p. 859 ss.

²⁵⁵ Corte di Giustizia, 30 aprile 2014, c. 26/13, Árpád Kásler e Hajnalka Káslerné Rábai c. OTP Jelzálogbank Zrt, in *Dir. giust.*, 2014, I, p. 17 ss., con nota di G. MILIZIA, *Il giudice può sostituire la clausola vessatoria del mutuo nulla con una norma suppletiva*.

presupposto che essa, «pur manifestando una sua influenza sull'assetto economico del rapporto, modifica la promessa della prestazione principale [...] e incide sulla posizione giuridica dei contraenti»²⁵⁶.

La valutazione di vessatorietà deve farsi guidare, a ben vedere, dall'esame della singola fattispecie negoziale, onde verificare se la clausola, in rapporto alle altre presenti nel regolamento pattizio²⁵⁷, sia in concreto lesiva della trasparenza e comporti un significativo squilibrio contrattuale. L'abusività, pertanto, non può essere la risultante di valutazioni preconcepite, considerato altresì che la clausola persegue finalità di sana e prudente gestione dell'intermediario, che si riflettono sull'interesse generale alla stabilità e all'efficienza del sistema bancario e finanziario²⁵⁸.

Sulla scia del prefato insegnamento potrà concludersi per la piena efficacia della pattuizione, tra l'altro, quando il minor beneficio che il cliente è in grado di ritrarre dalla discesa del tasso a causa del *floor* si inserisca in un quadro complessivamente connotato da una distribuzione simmetrica dei rischi: ciò accade, ad esempio, quando il sacrificio del contraente debole sia compensato dalla maggiore convenienza dell'obbligazione di interessi rispetto a quella che viene usualmente pattuita nei negozi privi di quella soglia minima, a prescindere che sia presente anche un tetto massimo²⁵⁹.

²⁵⁶ F. SARTORI, *o.c.*, p. 708. Con diversa varietà di accenti, M. RUGGI e G. SETTANNI, *Recenti problematiche applicative in materia di mutuo*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, I, p. 132, hanno sostenuto che per escludere il giudizio di vessatorietà non sia sufficiente il rispetto della trasparenza, essendo altresì necessario che il *floor* non inneschi un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto: quando la soglia minima sia eccessivamente alta, in particolare, questa dovrebbe essere considerata tendenzialmente illegittima se non sia prevista una speculare clausola *cap*.

²⁵⁷ M. PENNASILICO, *Contratto e interpretazione*, 2^a ed., Napoli, 2015, pp. 5 ss. e 15 ss., rammenta che lo scopo dell'interpretazione contrattuale è «l'individuazione del “regolamento di interessi”» inteso nella sua dimensione funzionale e oggettiva; le dichiarazioni e i comportamenti delle parti, in altre parole, devono essere verificati nel loro «contesto situazionale». L'interpretazione è peraltro sempre sistematica, dovendo cogliere la totalità e assicurare la coerenza dell'assetto di interessi diviso dai paciscenti.

²⁵⁸ Per approfondimenti v. F. SARTORI, *Deviazioni del bancario e dissociazione dei formanti: a proposito del diritto al credito*, in *Giust. civ.*, 2015, III, p. 569 ss.

²⁵⁹ ABF Napoli, 1^o febbraio 2012, n. 305. In dottrina (F. SARTORI, *Sulla clausola floor*, cit., p. 710 ss.) si è ritenuto che lo squilibrio introdotto dall'introduzione di un tasso minimo possa essere compensato: da un *cap*, a meno che questo non coincida con il tasso soglia antiusura (c.d. clausole di salvaguardia), perché in questo la determinazione convenzionale di un «tetto» non arrecherebbe alcun vantaggio al finanziato; dall'incasso di un premio da parte del mutuatario; dalla riduzione dell'entità dello *spread*, e di conseguenza del corrispettivo, rispetto a finanziamenti a indicizzazione pura.

È dubbio, infine, se il “pavimento” sia parte della più ampia previsione negoziale in materia di interessi²⁶⁰ ovvero integri una clausola autonoma. Qualora fosse accertato il suo carattere vessatorio, la sanzione della nullità comporterebbe, nel primo caso, la sostituzione dell’unitaria pattuizione ai sensi dell’art. 117, comma 7, t.u.b. Nel secondo caso, al contrario, la nullità del margine minimo di interessi non si estenderebbe alla diversa previsione del tasso variabile, con la conseguenza che quest’ultima rimarrebbe in piedi nonostante la caducazione del *floor*.

4.2 *La tesi del floor come derivato implicito.*

Un indirizzo valorizza i profili di autonomia del *floor*, considerandolo alla stregua di una convenzione diversa da quella relativa al tasso di interesse del finanziamento cui inerisce²⁶¹. Tale accordo sarebbe qualificabile, in particolare, come un’opzione su tasso di interesse offerta nei mercati *over the counter*²⁶². Per effetto di tale schema negoziale la parte che si avvantaggia dal *floor* (c.d. acquirente) si obbliga a pagare un corrispettivo (c.d. premio) alla controparte (c.d. venditore), che a sua volta assume l’obbligo di corrispondere all’acquirente l’eventuale differenza positiva tra il tasso minimo predeterminato e il tasso variabile²⁶³. Quando la sottrazione conduca, invece, a un risultato negativo (il saggio variabile è uguale o maggiore di quello fisso) il venditore non dovrà pagare alcunché.

Così configurata, l’opzione in esame sarebbe un’ipotesi di prodotto derivato²⁶⁴, intendendosi con tale espressione quella fattispecie «il cui valore deriva dal prezzo di un’attività

²⁶⁰ È la tesi di M.F. CAMPAGNA, *o.c.*, p. 113 ss.

²⁶¹ F. SARTORI, *o.u.c.*, p. 702; D. MAFFEIS, *I derivati incorporati sono derivati ed incidono sulla qualificazione civilistica dei contratti di finanziamento*, in *Diritto e prassi del mercato finanziario*, Torino, 2016, p. 463 ss.; G. D’AMICO, *o.u.c.*, p. 264; F. GRECO, *o.c.*, p. 25 ss.; L. BALLERINI, *Corrispettivo variabile e clausola floor nei contratti del consumatore*, in *Riv. dir. impr.*, 2018, II, p. 401.

²⁶² Gli *over the counter markets* si caratterizzano per la mancanza dei requisiti dei mercati di borsa e sono perciò comunemente definiti come «mercati fuori borsa». Per una disamina di tipo economico v. J.C. HULL, *Opzioni, futures e altri derivati*, 6ª ed., Milano, 2007, p. 2 ss.

²⁶³ E. PANZARINI, *Il contratto di opzione*, I, Struttura e funzioni, Milano, 2007, p. 359.

²⁶⁴ La categoria dei contratti derivati è tutt’altro che omogenea e per ragioni di economia espositiva non può che essere esaminata incidentalmente. Si è comunque ravvisata l’unicità strutturale di tutte le fattispecie, che consiste nell’inclusione, in seno al contratto medesimo, di una componente finanziaria. L’unicità strutturale del contratto derivato è stata rinvenuta nel fatto che esso «non cerca altrove la sua “finanziarietà”, ma la contiene in sé stesso, proprio perché esso esprime, in virtù della pattuizione che lo connota, lo scambio non già di un sottostante ma del solo scarto di valore che quest’ultimo abbia assunto nel tempo»: così E. GIRINO, *Natura e funzione della disciplina dei servizi di investimento e qualificazione degli strumenti derivati nella giurisprudenza costituzionale*, in

finanziaria sottostante, ovvero dal valore di un parametro finanziario di riferimento (indice di borsa, tasso di interesse, cambio)»²⁶⁵. Si sostiene altresì che la causa dell'opzione sia aleatoria²⁶⁶ e consista nello scambio tra il premio e l'assunzione del rischio che il tasso possa variare nel corso del rapporto²⁶⁷.

Nelle operazioni bancarie di finanziamento viene sovente previsto l'acquisto del *floor* da parte della banca senza che quest'ultima si obblighi a corrispondere un correlativo premio.

Il *floor* è stato peraltro configurato come contratto derivato *implicito*, cioè *incorporato*²⁶⁸ nel contratto primario (c.d. *host*), quale ad esempio uno con causa di finanziamento, di cui l'elemento derivativo modifica i flussi finanziari. In base a una siffatta qualificazione possono sorgere difficoltà di delimitazione dei confini tra le due fattispecie in caso di loro compresenza in un documento contrattuale unitario²⁶⁹.

Le norme contabili definiscono l'*embedded derivative* come «una componente di uno strumento ibrido (combinato) che include anche un contratto primario non derivato – con l'effetto che alcuni dei flussi finanziari dello strumento combinato variano in maniera simile a quelli del derivato preso a sé stante. Un derivato incorporato determina una modifica di alcuni o tutti i flussi finanziari che altrimenti il contratto avrebbe richiesto»²⁷⁰.

Banca, borsa, tit. cred., 2011, I, p. 35 ss. (nota a Corte Cost., 18 febbraio 2010, n. 52). Per D. MAFFEIS, *I contratti derivati*, *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, V, p. 604 ss., inoltre, i contratti derivati sarebbero accomunati dalla dipendenza (c.d. derivazione) del loro contenuto dalla variazione di fattori economici in cui si ravvisa l'alea (giuridica e non solo economica) della fattispecie.

²⁶⁵ Per tutti: F. CAPUTO NASSETTI, *I contratti derivati finanziari*, Milano, 2007, p. 2.

²⁶⁶ *Contra*: F. CHIOMENTI, *I contratti cap, floor e colar: contratti di somministrazione di denaro?*, in *Riv. dir. comm.*, 1987, I, pp. 375-380, che ha sostenuto la natura commutativa del contratto.

²⁶⁷ F. CAPUTO NASSETTI, *o.c.*, p. 302 ss., il quale propende per l'atipicità del contratto, che non potrebbe essere assimilato: né all'assicurazione, posto che il rischio di variazione del tasso, a differenza del rischio assicurato, non deve necessariamente preesistere in capo al compratore dell'opzione; né alla scommessa, che può basarsi anche su un evento passato, diversamente dall'opzione che non può che dipendere da un evento futuro e incerto.

²⁶⁸ Per E. GIRINO, *I derivati "impliciti": virtù e vizi della scomposizione*, in *Riv. dir. banc.*, 2016, II, pp. 156-157, «implicito» e «incorporato» non sono sinonimi. Il primo aggettivo indica una sorta di oscurità del derivato, che si cela tra le pagine del contratto; il secondo, invece, qualifica «un metodo decisamente più trasparente e "politicamente" corretto», che si concretizza nella attitudine del negozio ad aggiungersi a quello base in maniera non equivoca.

²⁶⁹ A. PARZIALE, *Derivati impliciti, clausole "floor" e "zero floor" nei contratti bancari*, in *Dir. banca. merc. fin.*, 2016, IV, p. 727.

²⁷⁰ La definizione è contenuta nel Principio IAS (acronimo di *International Accounting Standards*) n. 39.

A coloro che individuano in tale norma un elemento a sostegno della tesi del derivato implicito si è ribattuto che la sua natura eminentemente contabile si rivela inappagante sul piano dell'interpretazione giuridica della fattispecie. Così, a fronte di un contratto in cui figura (almeno in apparenza) una componente derivativa, l'interprete dovrebbe in via preliminare ricondurre la fattispecie entro le note categorie civilistiche, indagando se le parti abbiano stipulato due contratti diversi ma tra loro collegati, un contratto misto²⁷¹ ovvero un contratto in cui una o più clausole determinano effetti simili a quelli di un derivato ma che non rientrano nella categoria²⁷². La configurabilità di un contratto derivato autonomo²⁷³, segnatamente, è apparsa a questa tesi come un'ipotesi residuale, atteso che dai contratti standard stipulati dagli intermediari emerge uno stretto collegamento tra il *floor* e la pattuizione degli interessi²⁷⁴.

La questione della natura eventualmente derivativa della pattuizione non è comunque meramente teorica ma presenta significativi risvolti pratico-applicativi. Dalla tesi per cui il suo inserimento nel contratto non comporterebbe un'alterazione della funzione creditizia (o di finanziamento) di quest'ultima, infatti, discende l'applicabilità delle norme del t.u.b. e del Provvedimento di Banca d'Italia del 29 luglio 2009 in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari e correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti²⁷⁵. A tale risultato si perviene, peraltro, non solo attraverso la confutazione della natura di derivato (implicito) del *floor*, ma anche ritenendo che nella medesima operazione o prodotto possano coesistere la funzione di investimento e quella di credito²⁷⁶: quando quest'ultima sia prevalente

²⁷¹ Sul concetto di causa mista v., tra i molti, T. ASCARELLI, *Contratto misto*, cit., p. 462 ss.; G. DE GENNARO, *I contratti misti*, cit.; G. PIAZZA, *La causa mista credito società*, in *Contr. impr.*, 1987, p. 803 ss.; G. SICCHIERO, *Il contratto con causa mista*, Padova, 1995, E. DEL PRATO, *Contratti misti: variazioni sul tema*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, p. 87 ss.

²⁷² Cfr. A. PARZIALE, *o.c.*, p. 732 ss., che conclude in questi termini: «all'interno del contratto, sulla base della verifica del programma negoziale, può osservarsi una pattuizione astrattamente riconducibile alla categoria dei derivati [...] e che sia al contempo slegata dal complesso delle ulteriori pattuizioni stabilite dalle parti, ci si può ritenere in presenza di un collegamento negoziale tra un (possibile) contratto derivato ed altro rapporto di diversa natura. Se le pattuizioni ricostruibili astrattamente come derivato contribuiscono al programma negoziale del contratto principale, siamo in presenza, alternativamente, di un contratto misto o di un contratto che preveda flussi economici similari a un derivato (ma nessuna pattuizione ricostruibile come tale)».

²⁷³ E. GIRINO, *o.u.c.*, p. 180 ss.

²⁷⁴ A. PARZIALE, *o.c.*, p. 743.

²⁷⁵ V. F. CIVALE, *Euribor negativo, interessi e clausole floor: prime riflessioni*, in www.dirittobancario.it, approfondimento di aprile 2015, p. 1 ss.

²⁷⁶ V. F. SARTORI, *Sulla clausola floor*, cit., p. 714 ss. *Contra*: F. GRECO, *o.c.*, p. 25 ss., il quale mette in guardia dal rischio che il criterio della prevalenza possa costituire un mezzo per eludere l'obbligo di una più compiuta prestazione informativa nei confronti del cliente.

sulla prima troverebbe comunque applicazione la disciplina in materia di credito, in virtù del criterio dell'assorbimento, come del resto può evincersi dalle richiamate disposizioni di vigilanza²⁷⁷.

Ritenendo che la funzione di investimento prevalga su quella creditizia, invece, si dovrebbero coerentemente ritenere applicabili gli obblighi informativi previsti dal t.u.f. e la relativa disciplina di attuazione²⁷⁸, nell'ottica di assicurare al cliente la possibilità di prospettarsi correttamente gli scenari probabilistici dell'andamento del parametro finanziario, garantendo la comprensibilità e l'adesione consapevole al contratto²⁷⁹.

L'Arbitro Bancario e Finanziario, dal canto suo, ha escluso che l'inserimento di un tasso minimo nel contratto di finanziamento sia sufficiente a configurare il rapporto come un derivato²⁸⁰: le similitudini strutturali coi prodotti finanziari, infatti, non elidono la causa concreta di finanziamento del contratto, rispetto al quale il *floor* contribuirebbe unicamente alla determinazione del tasso di interesse.

²⁷⁷ Trovano applicazione le disposizioni contenute nel Provvedimento succitato, «in caso di prodotti composti la cui finalità esclusiva o preponderante non sia di investimento», relativamente: «all'intero prodotto se questo ha finalità, *esclusive o preponderanti*, riconducibili a quelle di servizi o operazioni disciplinati ai sensi del titolo VI del T.U. (ad esempio, finalità di finanziamento, di gestione della liquidità, ecc.); alle sole componenti riconducibili a servizi o operazioni disciplinati ai sensi del titolo VI del T.U. negli altri casi» (enfasi aggiunte).

²⁷⁸ F. SARTORI, *o.c.*, p. 715 ss. commenta che, tra i criteri in astratto invocabili ai fini dell'individuazione della disciplina dei contratti a causa mista, l'assorbimento sarebbe da preferire a quello della combinazione delle normative facenti capo a più tipi, che condurrebbe ad un eccesso di frammentarietà. La giurisprudenza, tuttavia, si avvale di entrambi criteri, con una certa predilezione per il primo, dovendosi applicare in linea di massima la disciplina del tipo prevalente, con l'eccezione di quegli aspetti contrattuali che risultino incompatibili con quella regolamentazione e che andranno perciò assoggettati alle norme del tipo non prevalente (*cf. Cass.*, 22 giugno 2005, n. 13399, in *Contratti*, 2006, p. 325 ss.; v. anche *Cass.*, Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 7930, in *Giust. civ.*, 2008, p. XII, p. 2768 ss., la quale sembra propendere, tuttavia, per l'applicazione del solo criterio dell'assorbimento nell'ambito dei contratti misti). In dottrina si è proposto che il problema dell'identificazione della disciplina applicabile venga risolto in base al criterio dell'analogia, come accade per i contratti innominati, dei quali, del resto, i contratti misti costituiscono una *species* (così C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 434 ss.).

²⁷⁹ F. GRECO, *o.c.*, p. 25 ss. In giurisprudenza v. Trib. Catania, 13 luglio 2022, n. 1476, in *www.dejure.it*.

²⁸⁰ L'orientamento è pacifico in sede arbitrale: v., *ex multis*, ABF Napoli, 6 giugno 2022, n. 8843; ABF Milano, 26 marzo 2019, n. 8269; ABF Bologna, 22 dicembre 2021, n. 25898. Nello stesso senso, in dottrina, v. F. CAMPAGNA, *La clausola*, cit., p. 116; E. GIRINO, *I derivati "impliciti"*, cit., p. 180 ss.; A. DALMARTELLO, *Note sulla "cláusula suelo" (clausola floor) nel mutuo bancario di diritto spagnolo: trasparenza delle clausole abusive e (ir)retroattività della nullità di protezione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, I, p. 767 ss.

4.2.1. Osservazioni critiche.

Le considerazioni da ultimo richiamate appaiono condivisibili nella misura in cui dall'esame del caso concreto emerga che la funzione pratica del contratto sia improntata al finanziamento del cliente in un'ottica di commutatività, dovendosi in tal caso escludere che l'accordo sul saggio minimo introduca un'alea giuridicamente significativa²⁸¹.

In una siffatta ipotesi il *floor* non perseguirebbe una funzione, sia essa speculativa o di copertura²⁸², che possa considerarsi preponderante nella dinamica complessiva del regolamento negoziale, ma si limiterebbe a integrare il meccanismo di indicizzazione degli interessi al parametro di riferimento, che esprime una dinamica esterna al contratto²⁸³.

Proprio in virtù della collocazione del fenomeno economico al di fuori del contratto, è stato rilevato che il rischio, prima del tasso contrattuale, non esista in capo alle parti²⁸⁴. Corollario di ciò sarebbe l'impossibilità di assimilare il prodotto in esame al negozio assicurativo.

In disparte le critiche che potrebbero essere espresse a tale impostazione sul piano della diversità funzionale dei modelli assicurativi delineati dal codice civile²⁸⁵, ci si può soffermare

²⁸¹ Sul concetto di alea in senso giuridico v. E. GABRIELLI, *Alea*, in *Enc. Giur.*, I, Roma, 2000; G. SCALFI, *Alea*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, I, Torino 1987, p. 253 ss.; A. BOSELLI, *Alea*, in *Noviss. Dig. it.*, I, Torino, 1968, p. 469 ss.; R. NICOLÒ, *Alea*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958;

²⁸² V. Cass., 31 luglio 2017, n. 19013, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, I, p. 9 ss., con nota di D. MAFFEIS, *Dum loquimur fugerit invida aetas: lo swap in cassazione, prima di Mifid II e in attesa delle probabilità*; in *Giur. comm.*, 2018, VI, con nota di F. CAPUTO NASSETTI, *Interest Rate swap a copertura dell'indebitamento complessivo*.

²⁸³ Si è detto che il contratto finanziario (ma le implicazioni di questa tesi sembrano poter essere estese anche alla pattuizione *floor*) non incide direttamente sulle situazioni soggettive ma esprime una connessione tra il costituendo rapporto di debito-credito e un dato appartenente alla dimensione del mercato, che è un mero valore, oggettivo ed esterno, di per sé privo della capacità di imputare diritti e obblighi (v. P. FERRO-LUZZI, *Attività e «prodotti finanziari»*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, pp. 139-140).

²⁸⁴ M.F. CAMPAGNA, *o.c.*, p. 115, che utilizza tale argomento per dimostrare come il *floor* acceda alla clausola degli interessi e sia perciò parte integrante di questa.

²⁸⁵ V. P. CORRIAS, *Il contratto di assicurazione. Profili funzionali e strutturali*, Napoli, 2016, pp. 32 ss. e 133 ss., per il quale è da escludere che la nozione di rischio *ex art. 1895 c.c.* «si riferisca in via esclusiva al c.d. rischio extracontrattuale relativo ai danni, ossia alle conseguenze economiche negative suscettibili di incidere sull'assicurato in *rerum natura*, a prescindere dalla stipulazione del contratto assicurativo. Qualora, infatti, il rischio venisse inteso in tal senso, enfatizzando una lettura congiunta degli artt. 1895 e 1904 c.c., si avrebbe il non condivisibile risultato di escludere la riferibilità della norma al contratto di assicurazione sulla vita, posto che, in tale ambito, l'evento futuro e incerto non sempre e, comunque, non necessariamente è idoneo a determinare danni nella sfera dell'assicurato».

sulla circostanza che tale dato non consente ancora di escludere la riconducibilità del *floor* al novero dei contratti aleatori in generale e ai prodotti finanziari derivati in particolare²⁸⁶.

Indicazioni più probanti, in tal senso, provengono dall'analisi della struttura del complessivo congegno di determinazione del tasso di interesse nel contesto del finanziamento, ove alla «vendita» del *floor* non corrisponde di regola un premio da parte del finanziatore. Anche quando tale mancanza di onerosità, per le ragioni già esposte, non conduca a una valutazione di vessatorietà, essa introduce nondimeno un elemento di incompatibilità con la figura dei contratti aleatori²⁸⁷. Da ciò si evince che il *floor* non sia normalmente configurabile quale *interest rate option* a sé stante (*stand alone*), la cui causa è individuata dalla dottrina nell'assunzione del rischio che si verifichi un evento finanziario futuro e incerto (il decremento del tasso di interesse) verso il pagamento del premio²⁸⁸.

A rigore, a tale conclusione corrisponderebbe, dal punto di vista applicativo, l'impossibilità di trasporre nei contratti con causa di finanziamento i doveri di completa e corretta informazione, relativi, in particolare, ai c.dd. scenari probabilistici²⁸⁹, posto che questi sono stati elaborati con riferimento a peculiari figure contrattuali aleatorie²⁹⁰.

Senonché a diverse conclusioni potrebbe pervenirsi qualora – pur considerando il «pavimento» come una clausola incorporata nell'accordo principale di finanziamento – si

²⁸⁶ Anche nella scommessa, difatti, si ha la creazione artificiale di un rischio che perciò non preesiste al contratto (cfr. F. CAPUTO NASSETTI, *I contratti*, cit., p. 310).

²⁸⁷ Per la natura necessariamente onerosa dei contratti aleatori v., per tutti, G. SCALFI, *o.u.c.*, p. 259; A. BOSELLI, *o.c.*, p. 474.

²⁸⁸ F. CAPUTO NASSETTI, *Causa, alea, mark-to-market e upfront nei contratti di swap di pagamenti e opzioni sui tassi di interesse*, in *Giur. comm.*, 2016, II, p. 309.

²⁸⁹ L'esigenza che il cliente sia reso consapevole oltre che dei costi occulti, anche degli scenari probabilistici (asseritamente legati alla modalità di calcolo dell'alea secondo «criteri scientificamente riconosciuti ed oggettivamente condivisi») è attestata da Cass., Sez. Un., 12 maggio 2020, n. 8770, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2020, VI, p. 767 ss. con nota di R. LENER e C. CIPRIANI, *I derivati, le Sezioni Unite e l'Europa; ivi*, 2021, I, e di U. PATRONI GRIFFI, *Noterelle a margine di Cass., sez. un., 12 maggio 2020, n. 8770: asimmetrie informative e meritevolezza dei contratti IRS*; in *Resp. civ. prev.*, 2020, V, p. 1516 ss., con nota di D. BONACCORSI DI PATTI, *La legittimazione a stipulare un contratto di swap e le regole di finanza locale: un'occasione (o un pretesto) per un'indagine nel mondo dei contratti derivati*; in www.dirittobancario.it, settembre 2020, con nota di R. RISTUCCIA e A. PETRONE, *Riflessi di Cass. SS.UU. 8770/2020 su derivati (e non solo) stipulati da soggetti privati. Dubbi sulla compatibilità della decisione con il diritto europeo*.

²⁹⁰ Il principale parametro di riferimento è ai contratti di *swap*, come sostenuto da C. COLOMBO, *Gli interessi*, cit., p. 655, spec. nota 76 e *ivi* ampia bibliografia afferente a tale fattispecie contrattuale.

ritenga che l'ingresso dell'accordo di investimento nel regolamento negoziale muti la struttura tipica o social-tipica di quest'ultimo²⁹¹.

Non pare revocabile in dubbio che un medesimo contratto possa combinare una finalità di finanziamento con un'altra, prevalente, di investimento: si potrebbe congetturare, ad esempio, un contratto derivato in cui sia incorporato una clausola di *up-front*, che si traduce nella concessione di una somma a scopo di credito²⁹². In un simile contesto, laddove sia inserita finanche una clausola *floor*, la preminente causa derivativa dell'operazione induce a considerare applicabili le norme dettate in tema di investimenti, anche sotto il profilo degli obblighi informativi.

Lo scenario che emerge in via di massima dalla prassi è però diverso: quando le parti intendono stipulare un finanziamento, la causa del contratto è unitaria quand'anche la struttura negoziale appaia preordinata, in virtù del *floor*, a perseguire perfino finalità finanziarie²⁹³. Non si tratta di disconoscere che tale clausola modifichi il funzionamento del contratto «primario». Anzi, ciò non pare revocabile in dubbio: i futuri flussi di cassa sono inequivocabilmente regolati diversamente rispetto a un finanziamento a indicizzazione pura. Anche nell'ipotesi ibrida, cionondimeno, la causa prevalente appare quella del finanziamento, considerato che l'assetto di interessi del prodotto «composto» risulta teso in via principale alla concessione di disponibilità economiche in favore del sovvenuto che assume, dal canto suo, l'obbligo di restituire il *tantundem* e corrispondere gli interessi.

Non sembra, dunque, che la natura aleatoria della clausola incorporata sia di per sé idonea a tradursi nell'aleatorietà dell'intera operazione²⁹⁴. Pur volendo considerare il contratto stipulato da cliente e intermediario come innominato, una simile qualificazione deriverebbe

²⁹¹ V. in particolare la posizione di D. MAFFEIS, *I derivati incorporati*, cit., p. 463 ss., spec. p. 475 ss.

²⁹² D. MAFFEIS, *I contratti derivati*, cit., p. 290 ss. riconduce l'atto di erogazione dell'*up front* al servizio accessorio di finanziamento e la relativa clausola una componente integrante del derivato.

²⁹³ Così, condivisibilmente, F. SARTORI, *o.m.c.*, p. 708 ss., spec. p. 714 ss.

²⁹⁴ *Contra*: D. MAFFEIS, *I derivati incorporati*, cit., p. 478, il quale considera il contratto che incorpori un derivato come interamente aleatorio, oltre che atipico. In base alla prospettiva dell'a. «non appare opportuno chiedersi se la finalità esclusiva o predominante del contratto sia quella del finanziamento o dell'investimento in un derivato finanziario». In via conclusiva l'autorevole dottrina esclude l'applicabilità al caso di specie delle indicazioni giurisprudenziali in materia di causa mista, la quale «al pari dell'intera teorica della causa c.d. in concreto, in tanto consente di giudicare della causa alla luce degli interessi perseguiti nella singola operazione economica, in quanto i contraenti siano consapevoli: ciò che, in finanza, non è, se uno dei contraenti non conosce, e quindi non può condividere, il rischio che assume».

dalla composizione mista della causa: di credito e finanziaria. In una fattispecie così configurata la prevalenza del primo carattere sul secondo deriverebbe dalla sistemazione dei bisogni individuali impressa nell'accordo originario. In questo contesto non ha valenza neutrale l'impostazione del regolamento pattizio – quand'anche atipico – secondo un modello base di natura commutativa e tipico, come il mutuo, o social-tipico, come il *leasing*, poiché tale scelta imprime un peculiare indirizzo alla commisurazione dell'alea accettata dai contraenti²⁹⁵.

In questa prospettiva la piena validità del contratto dipende, oltre che dall'assenza di vessatorietà, dall'assunzione consapevole da parte dei contraenti dei rischi contrattuali, e in specie di quelli ulteriori che connotano tipicamente il mero finanziamento indicizzato, sia pur nella dimensione comunque commutativa del contratto con tasso minimo. Tale consapevolezza postula, a sua volta, che siano adempiuti correttamente gli obblighi informativi da parte dell'intermediario, mentre la questione se siano applicabili i canoni di trasparenza del t.u.b., ovvero quelli più rigorosi della disciplina in materia di intermediazione finanziaria, è chiaramente condizionata dalla scelta del criterio di individuazione della disciplina applicabile ai contratti a causa mista²⁹⁶. Le considerazioni che precedono non escludono, comunque, la circostanza che un contratto di *interest rate swap* possa essere stipulato accanto a quello di finanziamento, purché sia possibile ravvisare una certa autonomia causale tra i due negozi, che

²⁹⁵ Il tema della distribuzione dei rischi sarà affrontato più diffusamente nel cap. III con riferimento al rapporto tra indicizzazione contrattuale e interessi negativi.

²⁹⁶ Il criterio di prevalenza, che induce a ritenere applicabile la disciplina del mutuo, è corroborato, oltre che dalle richiamate riflessioni dottrinali e indicazioni dell'autorità di vigilanza, anche dalla normativa europea, che nell'ambito dei contratti di finanziamento esclude la necessità che il consumatore riceva l'informazione sul rischio finanziario da cui non può prescindere a fronte degli strumenti derivativi *tout court* (v., in senso critico, D. MAFFEIS, *Direttiva 2014/17/UE: rischi di cambio e di tasso e valore della componente aleatoria nei crediti immobiliari ai consumatori*, in ID., *Diritto e prassi del mercato finanziario*, Torino, 2016, p. 32 ss., spec. p. 38 (già in *Banca, borsa, tit, cred.*, 2016, p. 190 ss.). Applicando il criterio dell'analogia, viceversa, si perverrebbe forse a risultati difformi: qualora la singola componente derivativa fosse ritenuta incompatibile con gli obblighi informativi previsti unicamente dal t.u.b. e dalla disciplina consumeristica, si aprirebbero degli spiragli per l'operatività di obblighi informativi non dissimili da quelli previsti dal t.u.f. con riferimento alla singola clausola.

La questione non è di poco momento: ragionare in termini di obblighi di trasparenza «rafforzati» si traduce in un appesantimento dell'operatività degli intermediari finanziari con riflessi negativi sulla «competitività nel sistema finanziario» e sulla celerità dei traffici, sebbene possa avere l'effetto positivo di garantire una più efficace tutela del cliente e una maggior fiducia nei mercati, nonché un presidio a tutela della certezza dei rapporti giuridici. Il tema del bilanciamento dei valori contrapposti, affrontato da D. MAFFEIS, *I contratti derivati*, cit., pp. 467 ss. e 483, è risolto dall'a. nel senso di una diretta applicabilità, cioè non analogica, delle norme del t.u.f., dalla cui natura imperativa discenderebbe l'operatività delle stesse nei confronti di qualsivoglia strumento derivato, a prescindere dalla struttura posseduta.

conservano così la loro singolarità e risultano tutt'al più avvinti da un collegamento negoziale²⁹⁷. In tal caso incomberanno sul finanziatore gli obblighi informativi rafforzati con riferimento all'atto di investimento e la fattispecie sarà sottoposta, anche alla luce della connessione teleologica tra i due negozi, al vaglio di meritevolezza degli interessi perseguiti dagli stessi²⁹⁸.

Il dibattito concernente l'intricato rapporto tra strumenti derivati e contratti di finanziamento registra posizioni di segno contrario non solo in dottrina, ma anche in giurisprudenza. Al fine di comporre il contrasto sviluppatosi in sede di legittimità, la Terza Sezione Civile della Cassazione ha di recente rimesso al vaglio delle Sezioni Unite la questione della natura del patto con cui la prestazione del finanziato venga parametrata a indici finanziari come il Libor e il tasso di cambio in valuta estera. In particolare, il Supremo Consesso è chiamato a stabilire se una simile clausola costituisca un mero meccanismo di indicizzazione ovvero, pur apparendo *prima facie* come tale, persegua in realtà una funzione speculativa, concretandosi in una scommessa sull'andamento di una dinamica finanziaria²⁹⁹.

Segnatamente, l'ordinanza di remissione sottopone a critica la prima ipotesi interpretativa³⁰⁰, perché fondata sull'argomento per cui nel finanziamento (nel caso concreto un *leasing*) la clausola di indicizzazione sarebbe priva di una propria autonomia. A tale indirizzo la sezione rimettente obietta in particolare che non c'è corrispondenza tra la negazione della natura di derivato e l'assenza di autonomia di quella pattuizione, in quanto per l'ordinamento il derivato è tale sia quando abbia carattere autonomo sia quando si configuri come clausola incorporata in un altro contratto.

²⁹⁷ C. COLOMBO, *o.c.*, pp. 655-656.

²⁹⁸ Sul tema della meritevolezza degli interessi perseguiti, anche alla luce del rapporto di connessione tra derivati e finanziamenti, v. F. CORAZZA, *Causa, meritevolezza e razionalità dei contratti derivati IRS*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, II, p. 183 ss. Cfr. anche A. DOLMETTA, *Di derivati impliciti e di derivati apparenti*, in *Riv. dir. banc.*, 2016, II, p. 1 ss.

²⁹⁹ Cass., 16 marzo 2022, n. 8603, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2022, IV, p. 447 ss., con nota di D. MAFFEIS, *Alea razionale nei contratti di finanziamento: l'ordinanza di remissione 8603 del 2022 sui derivati come clausole*.

³⁰⁰ Si tratta dell'opzione ermeneutica sostenuta, ad esempio, da Cass., 31 agosto 2021, n. 23655, in *Giur. comm.*, 2022, III, p. 608 ss., con nota di G. DE LUCA, *L'efficacia probatoria del provvedimento di public enforcement sulla vessatorietà delle clausole inserite nei contratti del consumatore*. Con tale pronuncia si pone in evidenza, conformemente ad altro precedente di legittimità, che «la clausola di indicizzazione al cambio di valuta straniera, inserita in un contratto di “*leasing in costruendo*”, non è uno strumento finanziario derivato, poiché è assimilabile solo finanziariamente, ma non giuridicamente, al *domestic currency swap*».

Tale impostazione critica, seppur apprezzabile nella parte in cui ravvisa la potenziale natura derivativa di mere clausole non autonome, non appare condivisibile nella parte in cui non chiarisce esplicitamente che indagare sulla causa in concreto (o mista) non necessariamente conduce a ravvisare la natura speculativa né della clausola né dell'intero contratto. Il prodotto finanziario si caratterizza per l'aleatorietà della funzione e la sua normale onerosità: stabilire se la clausola di indicizzazione sia suscettiva di mutare la causa contrattuale, non più contrassegnata dalla funzione di finanziamento ma in via prevalente dall'alea, è un *prius* e non un *posterius* della qualificazione della *index clause*³⁰¹. E difatti con l'indicizzazione del canone le parti potrebbero aver voluto unicamente disciplinare un congegno per la determinazione del corrispettivo contrattuale secondo parametri oggettivi; ovvero introdurre nel contratto una componente sì derivativa, ma non tale da stravolgere la *causa credendi*³⁰².

L'operazione di qualificazione contrattuale deve farsi guidare, in definitiva, dal criterio della causa concreta, che impone di verificare quale funzione l'atto sia destinato a perseguire alla luce dell'assetto di interessi che il regolamento pattizio complessivamente esprime, anche attraverso il significato che ciascuna clausola assume nel contesto delle altre. Solo all'esito di tale processo qualificatorio ed ermeneutico potrà stabilirsi l'eventuale collocazione del patto all'interno del contratto e se la clausola abbia effettivamente natura derivativa. In quest'ultimo

³⁰¹ Ciò a prescindere che il derivato possa essere tale anche quando privo di autonomia funzionale, poiché le norme che riconoscono la natura derivativa di mere componenti (non autonome) di un contratto nulla dicono in ordine alla configurazione causale del negozio medesimo; in particolare non consentono di stabilire se la natura speculativa di quelle clausole «inquin» o meno la complessiva configurazione causale del finanziamento a cui sono accorpate. Tra le disposizioni in questione, Cass., 16 marzo 2022, n. 1683, in www.dejure.it, richiama l'art. 62, d.l. 25 giugno 2008, comma 3, n. 112 e l'art. 2246, comma 11 *bis*, c.c.

³⁰² Cass., 22 febbraio 2021, n. 4659, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2021, III, p. 311 ss., con nota di D. MAFFEIS, *Derivati come clausole: corre la finanza, esita il diritto*. Il provvedimento ravvisa nell'indicizzazione posta in essere dalle parti una «modalità tecnica del contratto di finanziamento che rimane priva di autonomia causale, non rappresentando un contratto autonomo rispetto al finanziamento, bensì solo un meccanismo di adeguamento della prestazione pecuniaria».

caso, poi, lo stesso approccio metodologico³⁰³ consentirà di stabilire se l'aleatorietà prevalga o meno sulla causa di finanziamento³⁰⁴.

³⁰³ Secondo l'insegnamento di M. PENNASILICO, *Contratto*, cit., pp. 6-7 e 15 ss., non può accogliersi la scissione logica e cronologica tra interpretazione contrattuale, intesa come individuazione della *quaestio facti*, e qualificazione, ossia l'accertamento della *quaestio iuris*. I due elementi sono concepiti dall'a. come un'endiadi, cioè parti di un «procedimento unitario [...] caratterizzato da una sequenza circolare, che mira alla definitiva messa a punto del regolamento risultante dal complessivo intreccio di continui rimandi tra interpretazione e qualificazione». In tale operazione l'interprete dovrà avvalersi, tra l'altro, del criterio sistematico, che impone di interpretare le singole clausole del contratto le une per mezzo delle altre.

³⁰⁴ Nel caso sottoposto all'esame della Corte di Cassazione l'operazione era quella di un *leasing*, a conferma che la causa di finanziamento propria di quest'ultima pone sul piano applicativo dubbi del tutto analoghi a quelli che potrebbero prospettarsi in un contratto di mutuo.

CAPITOLO TERZO

CONTRATTI DI FINANZIAMENTO E TASSI DI INTERESSE NEGATIVI

1. *I tassi negativi nei rapporti tra banche e banche centrali.*

Nel precedente capitolo si è esaminata la tematica dell'andamento negativo dell'indicatore finanziario e l'incidenza di tale dinamica esterna sul tasso di interesse variabile accluso al contratto di finanziamento. In quella sede si è accennato, altresì, al legame tra le decisioni di politica monetaria e la tendenza decrescente dei *benchmark*.

Si ritiene ora opportuno introdurre, sia pur sinteticamente, l'argomento delle cause che hanno condotto – a livello macroeconomico – al *trend* ribassista, esplorando altresì la sua incidenza sul valore della protezione del risparmio, tutelato dall'art. 47 cost.; l'indagine sarà peraltro circoscritta alle *monetary policies* che hanno avuto un impatto nel nostro ordinamento (*i.e.* quelle adottate dalla Banca Centrale Europea³⁰⁵).

La BCE e le banche centrali nazionali degli Stati membri (di seguito anche BCN) costituiscono il Sistema europeo di banche centrali (di qui in avanti anche SEBC). Dal prefato raggruppamento si distingue l'Eurosistema, a cui è affidata la politica monetaria dell'Unione Europea³⁰⁶ e che risulta costituito dalla BCE e dalle banche centrali degli Stati membri la cui moneta è l'euro³⁰⁷.

Il SEBC, a differenza della BCE³⁰⁸ e delle banche centrali nazionali, non gode di una propria personalità giuridica; è un mero «schema organizzativo», privo di propri organi operativi, che

³⁰⁵ La Banca Centrale Europea sarà in seguito denominata, per brevità, anche BCE.

³⁰⁶ Si rammenta che la politica monetaria per gli Stati membri la cui moneta è l'euro rientra tra le competenze esclusive dell'Unione in ossequio all'art. 3, comma 1, lett. c), del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (nel prosieguo anche «Tratt. FUE»).

³⁰⁷ Cfr. l'art. 282, comma 1, Tratt. FUE.

³⁰⁸ L'art. 282, comma 3, Tratt. FUE espressamente qualifica la BCE come un ente dotato di personalità giuridica.

ai sensi dell'art. 127 del Tratt. FUE soggiace alla direzione degli organi decisionali della BCE: il consiglio direttivo³⁰⁹ e il comitato esecutivo³¹⁰.

La banca centrale da ultimo menzionata rappresenta, invece, un soggetto autonomo di diritto, avente natura istituzionale (art. 13 Tratt. UE) e posizionato su un piano di indipendenza rispetto a istituzioni, organi e organismi dell'Unione e agli ordinamenti nazionali³¹¹. I poteri di cui essa è titolare, senza pretesa di esaustività, sono normativi³¹², amministrativi, consultivi, di iniziativa giudiziaria, di vigilanza, di controllo e sanzionatori³¹³. Tra le sue funzioni vi è, segnatamente, anche quella di assicurare che i compiti attribuiti al SEBC siano assolti mediante le proprie attività ovvero per mezzo delle banche centrali nazionali³¹⁴.

Oltre ad esercitare i compiti assegnatili dal Tratt. FUE in via diretta, l'istituzione (attraverso i suoi organi decisionali) adotta in via esclusiva le determinazioni in materia di politica monetaria affidate al SEBC³¹⁵, la cui attuazione compete normalmente alle banche centrali

³⁰⁹ Ai sensi dell'art. 283, comma 1, Tratt. FUE il consiglio direttivo comprende i membri del comitato esecutivo della Banca centrale europea nonché i governatori delle banche centrali nazionali degli Stati membri la cui moneta è l'euro.

³¹⁰ A mente dell'art. 283, comma 2, Tratt. FUE il comitato esecutivo comprende il presidente, il vicepresidente e quattro altri membri. Tutti i soggetti in questione vengono «nominati, tra persone di riconosciuta levatura ed esperienza professionale nel settore monetario o bancario, dal Consiglio europeo che delibera a maggioranza qualificata, su raccomandazione del Consiglio e previa consultazione del Parlamento europeo e del consiglio direttivo della Banca centrale europea».

³¹¹ A. MALATESTA, *La Banca Centrale Europea*, Milano, 2003, p. 21. V. anche M. PERASSI, *Banca centrale europea*, in *Enc. dir.*, Annali, IV, Milano, 2011, p. 153 ss., spec. p. 157 e D. VELO, *La cooperazione rafforzata e l'Unione economica. La politica europea dell'energia*, Milano, 2007, p. 206, il quale declina il requisito dell'indipendenza nella sottrazione della BCE (e delle banche centrali nazionali) a qualsiasi forma di influenza che possa condizionare la condotta della politica monetaria.

³¹² Lo Statuto del Sistema europeo di banche centrali e della banca centrale europea, allegato al Tratt. FUE al Protocollo n. 4 (nel proseguimento anche «Statuto del SEBC e della BCE») prescrive, rispettivamente agli artt. 22 e 34, che la BCE «può stabilire regolamenti, al fine di assicurare sistemi di compensazione e di pagamento» e stabilisce «regolamenti nella misura necessaria per assolvere i compiti definiti nell'articolo 3, paragrafo 1, primo trattino, negli articoli 19, paragrafo 1, 22 o 25, paragrafo 2 dello statuto del SEBC e della BCE».

Per una disamina dei poteri normativi della BCE v., tra i tanti, R. IBRIDO, *L'Unione bancaria europea. Profili costituzionali*, Torino, 2013, p. 203 ss.; B. BEUTLER, R. BIEBER, J. PIPKORN, J. STREIL, J.H.H. WEILER, *L'Unione europea. Istituzioni, ordinamento e politiche*, Bologna, 1998, p. 468.

³¹³ Per una rassegna dei poteri di cui la BCE è titolare v., per tutti, S. ANTONIAZZI, *La Banca centrale europea tra politica monetaria e vigilanza bancaria*, Torino, 2013, p. 75 ss.; S. GIANNELLI, *Diritto degli intermediari e dei mercati finanziari*, Milano, p. 2015, p. 54; M. PERASSI, *o.c.*, p. 166.

³¹⁴ Cfr. l'art. 9, comma 2, dello Statuto del SEBC e BCE.

³¹⁵ M. ORTINO, *Le competenze regolatorie dell'Unione europea in materia bancaria*, Torino, 2021, p. 230.

nazionali³¹⁶. La BCE assume così una posizione di preminenza nell'ambito del Sistema³¹⁷, il cui obiettivo principale è «il mantenimento della stabilità dei prezzi»³¹⁸.

Al fine di perseguire questo obiettivo, tra i principali mezzi a disposizione dell'istituzione figurano, oltre a una peculiare pregnanza dei succitati poteri normativi³¹⁹, anche i poteri previsti dall'art. 18 dello Statuto del SEBC e della BCE, che alla facoltà di realizzare operazioni di mercato aperto affianca quella di prendere parte a operazioni di credito³²⁰.

Nello spazio monetario europeo, in effetti, le attività legate al raggiungimento degli obiettivi di politica monetaria si sono in larga parte concretizzate, in modo significativo a far data dalla recente crisi economica e finanziaria³²¹, in prestiti e operazioni di libero mercato con cui la BCE influenza i tassi finanziari. I principali strumenti utilizzati a tal fine dall'istituzione europea sono i seguenti: il *deposit rate*, cioè il coefficiente di interesse relativo ai depositi degli eccessi di liquidità effettuati dalle banche (*deposit facility*); il *marginal lending rate*, cioè il saggio di interesse al quale le banche ricevono credito (*marginal lending facility*); il *main refinancing operations rate*, che rappresenta il corrispettivo che le banche devono corrispondere per i prestiti su base

³¹⁶ Cfr. Part. 14, comma 3, Statuto del SEBC e BCE, in base al quale «Le banche centrali nazionali costituiscono parte integrante del SEBC e agiscono secondo gli indirizzi e le istruzioni della BCE». In dottrina v. S. BARONCELLI, *La Banca centrale europea: profili giuridici e istituzionali. Un confronto con il modello americano della Federal Reserve*, Firenze, 2000, p. 174.

³¹⁷ S. ANTONIAZZI, *La Banca Centrale Europea tra politica monetaria e vigilanza bancaria*, Torino, 2013, p. 5 ss.

³¹⁸ Cfr. art. 127, comma 1, Tratt. FUE.

³¹⁹ C. ZILIOI e M. SELMAYR, *La Banca Centrale Europea*, Milano, 2007, p. 179 illustrano come nell'ambito della politica monetaria dell'Unione la BCE goda «di un potere normativo che, per quanto limitato a questo campo specifico, è assimilabile da un punto di vista qualitativo a quello riconosciuto al Consiglio dell'Unione europea».

³²⁰ La succitata norma, al comma 1, così recita: «Al fine di perseguire gli obiettivi del SEBC e di assolvere i propri compiti, la BCE e le banche centrali nazionali hanno la facoltà di: operare sui mercati finanziari comprando e vendendo a titolo definitivo (a pronti e a termine), ovvero con operazioni di pronti contro termine, prestando o ricevendo in prestito crediti e strumenti negoziabili, in euro o in altre valute, nonché metalli preziosi, effettuare operazioni di credito con istituti creditizi ed altri operatori di mercato, erogando i prestiti sulla base di adeguate garanzie». Benché funzioni previste dalla norma competano tanto alla BCE quanto alle BCN, il ruolo primario della prima emerge anche con riferimento a tali strumenti, posto che ad essa, a mente del comma 2 della medesima disposizione, è comunque attribuito il compito di stabilire i «principi generali per le operazioni di credito e di mercato aperto effettuate da essa stessa o dalle banche centrali nazionali, compresi quelli per la comunicazione delle condizioni alle quali esse sono disponibili a partecipare a tali operazioni».

³²¹ Per un'analisi economica delle azioni intraprese a livello di Unione Europea al fine di fronteggiare la crisi suddetta, v., per tutti, F. BASSAN e C.D. MOTTURA, *From Saviour to Guarantor. EU Member States' Economic Intervention During the Financial Crisis*, Londra, 2015, p. 1 ss.

settimanale e si differenzia dalle prime due tipologie ove il relativo tasso viene calcolato su operazioni con scadenza ventiquattro ore (*overnight*)³²².

L'esercizio dei poteri della BCE sopra richiamati, la cui ampiezza è strettamente legata alla sua qualità di autorità indipendente³²³, è comunque assoggettato al sindacato della Corte di Giustizia e incontra dei limiti per così dire estrinseci³²⁴, come il rispetto della legalità procedurale, nonché afferenti all'osservanza di un nesso di proporzionalità tra le finalità avute di mira e le misure attuate per raggiungerle³²⁵.

In disparte gli effetti distorsivi del mantenimento su livelli negativi dei tassi interbancari, specie nel lungo periodo³²⁶, la politica della BCE avente ad oggetto l'abbassamento dei tassi di

³²² Per un'analisi economica della politica monetaria della Banca Centrale Europea cfr. ECB, *The Monetary Policy of the ECB*, Francoforte, 2011, p. 9 ss., in cui si osserva come normalmente gli interessi sui *marginal lending facility* e quelli sui *deposit facility* siano, rispettivamente, più alti e più bassi rispetto agli omologhi tassi operanti sul mercato. Di conseguenza, gli intermediari del credito usualmente fanno ricorso alle *standing facilities* soltanto in via di *extrema ratio*, cioè in assenza di alternative. I succitati tassi «guida», per queste loro caratteristiche, e in considerazione del fatto che non vi sono tendenzialmente limiti all'accesso a tali strumenti finanziari, rappresentano rispettivamente un «tetto» massimo (per i prestiti) e un «pavimento» minimo (per i depositi) con riferimento ai tassi *overnight* del mercato monetario. Come illustrano A. FERRARI, E. GUALANDRI, A. LANDI E P. VEZZANI, *Il sistema finanziario: funzioni, mercati e intermediari*, Torino, 2018, p. 93 ss., le richiamate *standing facility* costituiscono il corridoio dei tassi di interesse in ambito europeo. Cfr. anche M. AFFINITO, *L'Europa delle banche*, Bari-Roma, 2019, pp. 55 ss. e 131 ss., il quale – dopo aver evidenziato che il *refinancing rate* è più alto dell'omologo tasso sui depositi, considerato che per le banche acquisire liquidità comporta costi superiori ai compensi che esse ottengono quando depositano la liquidità in eccesso – riferisce che «[i]l tasso sul rifinanziamento marginale è il limite massimo per tutti i tassi interbancari perché una banca che ha bisogno di liquidità non accetterà mai di prenderla in prestito da un'altra banca se dovrà pagare un tasso di interesse interbancario più alto del tasso sul rifinanziamento marginale, perché a quel punto le converrà prendere in prestito direttamente dalla banca centrale. Allo stesso modo, una banca che ha un eccesso di liquidità non accetterà mai di prestarla a un tasso di interesse interbancario più basso del tasso sulla deposit facility, perché a quel punto le converrà depositarla direttamente presso la banca centrale».

³²³ Per tutti: G. CONTALDI, *Il nuovo ruolo della BCE nel funzionamento dell'Unione economica e monetaria dopo le decisioni nel caso Gauweiler*, in *Osservatorio costituzionale*, 2017, I, p. 1 ss. Val la pena rilevare, per altro verso, che la politica monetaria appare una materia piuttosto circoscritta, non rientrando nel suo perimetro, ad esempio, l'adozione di azioni dirette a garantire la stabilità della zona euro, le quali, pur avendo ripercussioni indirette sulla stabilità della moneta, configurano misure di politica economica, come tali sottratte alla competenza esclusiva dell'Unione (v. Corte Giust., Seduta Plenaria, 27 novembre 2012, c. 370/12, Thomas Pringle c. Gouvernement of Ireland e a.).

³²⁴ Il vaglio giurisdizionale della Corte, difatti, ha assunto una connotazione «a maglie larghe», come si evince dalla decisione di Corte Giust., 16 giugno 2015, c. 62/14, Peter Gauweiler e a. c. Deutscher Bundestag, con cui i giudici di Lussemburgo hanno stabilito la compatibilità con i trattati europei del programma OMT

³²⁵ S. ALVARO, C. GENTILI e C. MOTTURA, *Effetti dei tassi di interesse negativi su mutui e obbligazioni a tasso variabile. Un'analisi dei profili giuridici e finanziari*, in *Quad. giur. CONSOB*, novembre 2017, n. 14, p. 25.

³²⁶ Cfr. G. CLAEYS, *What Are the Effects of the ECB's Negative Interest Rate Policy?*, *Monetary Dialogue Paper* del Parlamento Europeo, giugno 2021, p. 8 ss. mette in guardia da taluni rischi associate ai *negative rates*, quali

interesse appare nel complesso legittima sotto il profilo del diritto europeo³²⁷, in quanto idonea, nel contesto socioeconomico in cui è sorta³²⁸, a garantire la stabilità finanziaria³²⁹.

L'attribuzione al SEBC della competenza a perseguire livelli pressoché costanti dei prezzi è stata accolta da una parte della dottrina pubblicistica come una conferma della tesi che aveva individuato nel principio di stabilità monetaria l'essenza dell'art. 47 cost.³³⁰. A ciò si aggiunga che secondo un autorevole insegnamento la disposizione ora richiamata non tutelerebbe

l'eccessivo accaparramento di contante, la riduzione della redditività delle istituzioni finanziarie, la nascita di bolle sui prezzi o l'erosione del rendimento dei risparmi pensionistici. Cfr., sul punto, anche L. BRANDÃO-MARQUES, M. CASIRAGHI, G. GELOS, G. KAMBER e R. MEEKS, *Negative Interest Rates*, cit., p. 11 ss. H. HANNOUN, *Ultra-low or negative interest rates: what they mean for financial stability and growth. Speech given at the BIS Eurofi High-Level Seminar in Riga*, 22 April 2015; A. DOMBRET, *The ECB's low-interest-rate policy - a blessing or a curse for the economy, consumers and banks? Speech delivered at the Sparkassen-Gesprächsforum*, Witten, 1 February 2017.

³²⁷ Si noti che Corte giust., Grande Sez., 21 dicembre 2016, c. riunite 154/15 e 307/15, Naranjo e Martínez c. Cajasur Banco e Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (BBVA), in *Contrattá*, 2017, p. 11 ss. (con nota di S. PAGLIANTINI, *La non vincolatività (delle clausole abusive) e l'interpretazione autentica della Corte di Giustizia*) di fronte alla prassi delle banche spagnole di apporre una clausola *floor* nei contratti di finanziamento a tasso variabile, si è pronunciata sulla questione dell'obbligo degli intermediari di restituire le somme indebitamente corrisposte dai mutuatari. La pronuncia, per quanto significativa, non appare comunque decisiva, perché nel caso di specie la corte lussemburghese non ha preso posizione sulla natura abusiva delle clausole *floor* in sé, limitandosi a statuire che gli ordinamenti nazionali non possano limitare nel tempo la sua inefficacia, laddove in concreto accertata. Rilevante, tuttavia, è che la giurisprudenza europea appaia consapevole dell'incidenza sulla stabilità del mercato finanziario del fenomeno della discesa dei tassi, non esplicitamente considerando tale condizionamento una ragione *tout court* sufficiente per circoscrivere le conseguenze della nullità dei «tassi soglia».

³²⁸ Lo studio di F. NUCERA, A. LUCAS, J. SCHAUMBURG, B. SCHWAAB, *Do negative interest rates make banks less safe?*, *Working Paper* della Banca Centrale Europea, settembre 2017, p. 4 ss. sembra suggerire come l'impatto sulla stabilità finanziaria della politica monetaria dei tassi negativi, seppur diversificato sulla base di molteplici fattori, sia nel complesso giustificato dall'eccezionalità di quel periodo economico.

³²⁹ L'allora Presidente della BCE (M. DRAGHI, *Affrontare le cause dei tassi di interesse bassi*, intervento tenuto il 2 maggio 2016 a Francoforte in apertura della tavola rotonda dal titolo «*Il futuro dei mercati finanziari: una diversa prospettiva sull'Asia una diversa prospettiva sull'Asia*» all'Assemblea annuale della Banca asiatica di sviluppo), commentando con chiarezza di linguaggio i livelli inflattivi eccessivamente bassi di quel periodo, afferma che «la nostra politica monetaria stimola l'economia manovrando i tassi di interesse sotto i livelli di lungo periodo e, dato che questi ultimi sono scesi su valori molto bassi, è inevitabile che i tassi di mercato siano caduti su livelli estremamente ridotti e persino negativi per un periodo di tempo protratto al fine di conseguire il giusto grado di sostegno della domanda. [...] Se le banche centrali non operassero in questo senso, vale a dire se mantenessero i tassi di interesse troppo elevati rispetto ai loro livelli reali, investire non sarebbe appetibile in quanto il costo del credito sarebbe più alto del rendimento. Quindi, l'economia rimarrebbe in recessione».

³³⁰ Cfr. S. BARONCELLI, Art. 47, in *Comm. cost.* Bifulco, Celotto e Olivetti, I, Milano, 2006, p. 47.

l'accumulo di disponibilità economiche fine a sé stesso³³¹, bensì il risparmio funzionale alla distribuzione della proprietà e della ricchezza³³².

In questa prospettiva le suddette prese di posizione del sistema bancario centrale, oltre a essere conformi al diritto unionale, trovano altresì una copertura nella carta fondamentale italiana³³³, posto che la stabilità del metro monetario costituisce un valore funzionale alla salvaguardia del risparmio³³⁴.

Non sembra, invece, che la disposizione costituzionale si limiti esclusivamente ad assicurare al risparmiatore condizioni di mercato in cui possano essere assunte scelte consapevoli, informate e assistite dalla consulenza professionale degli intermediari finanziari³³⁵. Sebbene l'informazione sia un valore fondante dell'ordinamento bancario³³⁶, il risparmio è tutelato dall'ordinamento costituzionale «in ogni sua forma», col precipitato che la sua salvaguardia non può non estendersi anche al risparmio c.d. inconsapevole³³⁷, come quello di chi deposita presso la banca somme modeste, il cui diritto alla restituzione dei fondi è concepito come inviolabile³³⁸.

³³¹ V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Principi costituzionali sulla disciplina del credito*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1962, p. 35.

³³² In questi termini v. F. MERUSI, *Art. 47*, in *Comm. cost.* Branca, III, Bologna-Roma, 1980, p. 153 ss.; S. BARONCELLI, *o.m.c.*, p. 950 e F. GUIZZI, *La tutela del risparmio nella Costituzione*, in *Il Filangieri*, 2005, p. 171 ss., spec. p. 174, il quale esprime l'esigenza di una rilettura della norma «in una prospettiva di redditività». Come esplicitato da A. ROSA, *Patti parasociali e gestione delle banche*, Milano, 2010, p. 33, «le banche veicolano le risorse dai risparmiatori agli investitori e dovrebbero condurre il rischio da chi non è in grado di sostenerlo a chi, non solo ne ha la capacità, ma è anche disposto ad assumerlo»

³³³ S. ALVARO, C. GENTILI e C. MOTTURA, *Effetti*, cit., p. 23.

³³⁴ V. R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, 5ª ed., 2012, p. 255.

³³⁵ *Contra*: S. ALVARO, C. GENTILI e C. MOTTURA, *o.c.*, pp. 23-24. Cfr. anche P. SPADA, *Beni e finanza: discontinuità e polivalenza del linguaggio normativo*, in *An. giur. econ.*, 2012, I, p. 207 ss., spec. p. 212.

³³⁶ Si segnala il recente contributo di A. BARENGHI, *Note sulla trasparenza bancaria, venticinque anni dopo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, II, p. 143 ss.

³³⁷ Per utilizzare le parole di P. FERRO-LUZZI, *Lezioni di diritto bancario dettate dal Prof. Paolo Ferro-Luzzi*, I, 2ª ed., Torino, 2004, p. 105, la banca è una «collettrice di risparmio inconsapevole», perché «il risparmiatore sa che il suo risparmio sarà investito, ma non sa, né vuole sapere, come e da chi».

³³⁸ V. SANTORO, *La tutela del risparmio dal punto di vista di un giurista*, in P. ALESSANDRINI, G. BARBARESCO, M. FRATIANNI e P. SAVONA (a cura di), *Rapporto sulla tutela del risparmio finanziario in Italia*, 2017, consultabile sul sito www.cesifn.it, p. 29 ss. In termini ancora più netti si esprime F. VELLA, *La finanza è bella: regole per viverla meglio*, in *An. giur. econ.*, 2012, I, p. 215 ss.

Il valore del risparmio viene salvaguardato, d'altra parte, in stretta correlazione con l'esercizio del credito³³⁹, ed è proprio con riguardo alle varie manifestazioni di quest'ultimo che la problematica dei tassi interbancari negativi ha manifestato le sue principali criticità.

È evidente che la tutela del risparmio espliciti una pregnante rilevanza in ordine alla tematica dei tassi negativi, su un piano sia pubblico e istituzionale che civilistico e contrattuale. È però altrettanto chiaro che questa constatazione non sia di per sé idonea a legittimare ogni effetto, in ipotesi anche distorsivo, che possa discendere dal piano della politica monetaria a quello dei contratti di finanziamento, in particolare bancari. In altre parole: il rispetto della disciplina della trasparenza è sì necessario, ma non sufficiente ad assicurare un sigillo di legittimità del fenomeno in questione.

2. *L'ordinamento italiano conosce i tassi negativi.*

Il legislatore non detta una disciplina compiuta dei tassi negativi. Tuttavia, il riconoscimento della loro astratta configurabilità emerge da talune norme dirette a disciplinare situazioni contingenti riconducibili alla contabilità pubblica³⁴⁰.

Così, nel d.P.R. del 30 dicembre 2003, n. 398 (c.d. t.u. del debito pubblico) è stato di recente modificato l'art. 5, recante la «Disciplina del conto intrattenuto dal Tesoro presso la Banca d'Italia per il servizio di tesoreria». Nel comma 5³⁴¹ della disposizione, in particolare, è stata introdotta la previsione per cui, «ove richiesto dalle disposizioni di politica monetaria, si applica un tasso di interesse negativo» alla giacenza eccedente «il saldo massimo dei depositi governativi su cui la Banca d'Italia corrisponde un tasso di interesse, commisurato a parametri di mercato monetario».

Inoltre, con decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze del 17 gennaio 2015³⁴² sono state dettate norme per la trasparenza nel collocamento di titoli di stato, che prevedono che le

³³⁹ A. ROSA, *o.n.c.*, p. 34 ss.; S. BARONCELLI, *o.n.c.*, p. 950.

³⁴⁰ Per una ricostruzione delle principali aree rientranti nella disciplina v. A. BENNATI, *Manuale di contabilità di stato*, 12^a ed., Napoli, 1990.

³⁴¹ Comma sostituito, dall'articolo 1, comma 387, lettera c), numero 2), della Legge 23 dicembre 2014, n. 190.

³⁴² L'atto ha sostituito il decreto del Ministro dell'economia e delle finanze del 12 febbraio 2004 (recante l'«Aggiornamento delle norme per la trasparenza nelle operazioni di collocamento dei titoli di Stato»), così come integrato dal decreto del Ministro dell'economia e delle finanze del 19 ottobre 2009, a decorrere dal 20 gennaio 2015.

commissioni dovute dalla clientela per il loro collocamento siano neutralizzate in caso di tassi di rendimento negativi.

Con riferimento, infine, ai Certificati di Credito del Tesoro indicizzati all'Euribor a sei mesi (CCTeu)³⁴³, i quali costituiscono titoli a tasso variabile ed hanno una durata, di norma, pari a 7 anni, si è espressamente previsto che laddove il parametro di determinazione della cedola sia negativo al punto da erodere totalmente e superare lo *spread*, la cedola deve essere posta pari a zero³⁴⁴.

È pur vero che il quadro normativo appena tracciato, sia pur sinteticamente, rivela una certa attenzione dell'ordinamento sul tema dei tassi negativi; la portata tecnica e settoriale di queste norme, però, non consente di trarre conclusioni certe in tema di ammissibilità di tassi negativi da un punto di vista generale, e in materia di contratti di finanziamento tra privati in particolare.

3. *L'inversione dei tassi interesse nei contratti di finanziamento. Premesse metodologiche.*

La logica che sottostà alla determinazione dei tassi negativi interbancari può essere ora calata nel sistema dei contratti di finanziamento, sì da verificarne i profili di legittimità ed esaminare le conseguenze da essa sortite sul piano delle obbligazioni e dei contratti.

È un fatto acquisito che taluni contratti di finanziamento con clausola di interessi a tasso variabile abbiano assunto, con grande sorpresa degli operatori di mercato, una configurazione mai prospettata fino a quel momento: il segno positivo delle partite contabili, in cui gli interessi si declinano da un punto di vista operativo, ad un certo momento ha subito un'inversione, divenendo negativo³⁴⁵.

³⁴³ Per approfondimenti v. il documento di sintesi *Certificati di credito del tesoro indicizzati all'Euribor 6 mesi (CCTeu)*, rinvenibile sul sito www.dt.mef.gov.it.

³⁴⁴ V. la Circolare del Ministero dell'economia e delle finanze del 21 marzo 2016, n. 5619.

³⁴⁵ L'effetto è da attribuire all'effetto di «propagazione» dei tassi BCE nel mercato bancario e finanziario. Richiamando l'illustrazione compiuta dalla stessa Banca centrale europea, *La politica monetaria della BCE*, 2004, p. 47 ss., tale dinamica è così riassumibile: «[d]ato il monopolio di cui dispone nella creazione di base monetaria, la banca centrale può fissare liberamente i tassi di interesse applicabili alle sue operazioni. In questo modo essa determina i costi di finanziamento delle istituzioni creditizie che, a loro volta, dovranno traslarli sul credito concesso ai clienti. Per mezzo di questo processo la banca centrale è in grado di esercitare un influsso determinante sulle condizioni del mercato monetario e quindi orientarne i tassi di interesse. Le variazioni di questi ultimi condizionano, sebbene in vario grado, gli altri rendimenti del mercato, ad esempio i tassi applicati dalle

Conviene sgombrare subito il campo da un possibile equivoco: fintantoché il parametro variabile, cioè l'Euribor o un altro indicatore affine di natura finanziaria, sia divenuto negativo ma non abbia del tutto eroso lo *spread*, ossia la percentuale fissa di cui si compone la clausola di tasso variabile, il valore dell'interesse – sebbene ridotto per effetto dell'oscillazione del parametro richiamato *per relationem* – rimane comunque positivo e non si pone ancora un problema di un andamento negativo del tasso «finito».

La vicenda a cui si farà riferimento nel prosieguo, per converso, riguarda i casi in cui il saggio nella sua interezza e non solamente una sua determinante assumano un segno negativo: circostanza che si verifica quando l'operazione matematica di sottrazione tra la componente fissa (*spread*) e quella variabile (*i.e.* l'Euribor) dia un risultato inferiore a zero. Solo in una siffatta eventualità, infatti, il finanziatore si troverebbe a dover corrispondere, con un'inversione logica e concettuale prima ancora che finanziaria e giuridica, degli interessi al sovvenuto.

Un simile scenario presenta dei nodi che attengono agli istituti classici del diritto civile, come l'oggetto dell'obbligazione, nonché la causa e l'oggetto del contratto.

Introducendo alcune delle tematiche che faranno da sfondo alla riflessione di seguito prospettata, vale la pena rammentare, *in primis*, che la prestazione oggetto del rapporto obbligatorio deve essere suscettibile di valutazione economica (art. 1174 c.c.). Il contenuto dell'obbligo accessorio del finanziato è il pagamento degli interessi: questo ha sicuramente un valore economico fintantoché il tasso rimane positivo. *Quid iuris* nel caso in cui sia il finanziatore, in virtù dell'inversione del tasso, a dover corrispondere gli interessi?

banche ai prestiti e ai depositi a breve termine. Eventuali attese di una prossima modifica dei tassi ufficiali influiscono anche sui tassi di mercato a medio termine, poiché questi rispecchiano le aspettative sull'evoluzione futura dei tassi a breve. Meno diretta è invece l'incidenza di una variazione dei tassi del mercato monetario sui tassi di interesse per le scadenze molto lunghe (come i rendimenti dei titoli di Stato a dieci anni e i tassi bancari attivi a lungo termine), poiché questi dipendono largamente dalle aspettative del mercato circa le tendenze di lungo periodo della crescita e dell'inflazione nell'economia. In altri termini, i tassi a più lungo termine solitamente non risentono di una variazione dei tassi di riferimento, a meno che questa non modifichi le attese degli operatori riguardo agli andamenti economici di lungo periodo. Tramite l'impatto esercitato sia sulle condizioni di finanziamento nell'economia, sia sulle aspettative degli operatori, la politica monetaria può incidere anche su altre variabili finanziarie, come i prezzi delle attività (ad esempio le quotazioni azionarie) e i tassi di cambio».

Sulle conseguenze contrattuali dei tassi di mercato negativi sui mutui a tasso variabile v. C. MOTTURA, *Conseguenze finanziarie, organizzative e contrattuali dei tassi negativi su contratti finanziari a tasso variabile*, in A. BARENGHI (a cura di), *La trasparenza bancaria venticinque anni dopo*, Napoli, 2018, p. 319 ss., spec. p. 323 ss.

Possono paventarsi dei dubbi sulla persistente idoneità del meccanismo di indicizzazione a integrare il requisito della patrimonialità della prestazione, il quale è connesso al soddisfacimento dell'interesse (anche non patrimoniale) del creditore. Un tasso di interesse negativo non solo non apporta un beneficio al soggetto attivo, dato che non incrementa in alcun modo il suo patrimonio, ma gli impone addirittura un sacrificio, perché egli si trova a dover subire un esborso di denaro, sebbene dal contesto economico e sociale emerga che i mutuatari e non anche i mutuantanti siano disposti a corrispondere gli interessi come forma di remunerazione del prestito³⁴⁶.

Sul punto può rilevarsi, in via preliminare, che il titolare del credito agli interessi (corrispettivi o compensativi) è colui che presta temporaneamente del denaro, mentre il sovvenuto soggiace al correlativo obbligo. Volendo riconoscere in capo al soggetto attivo il dovere di eseguire la prestazione di interessi, pertanto, si perverrebbe al risultato paradossale che in capo a lui incomberebbe la medesima obbligazione che grava sul soggetto passivo: le qualità di debitore e di creditore si invertirebbero³⁴⁷.

Onde evitare che il discorso sulla configurabilità dei tassi negativi sia precluso a priori dai principi generali in materia di obbligazioni, occorre dunque postulare, per mera ipotesi di ragionamento, che la medesima clausola di interesse variabile sia fonte di due distinte

³⁴⁶ Sebbene per l'orientamento maggioritario la patrimonialità della prestazione possa avere carattere anche soggettivo, quando possieda un valore economico solo per le parti (cfr., per tutti, G. CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione: valore normativo dell'art. 1174 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, I, p. 197 ss.), non può sottacersi che secondo un'autorevole dottrina la patrimonialità costituisca un requisito squisitamente obiettivo della prestazione, che sarebbe soddisfatto qualora in un determinato ambiente giuridico-sociale i consociati siano normalmente disposti a un sacrificio economico per accaparrarsi quella prestazione (in questi termini M. GIORGIANNI, *L'obbligazione. La parte generale delle obbligazioni*, Milano, 1951, rist., p. 29 ss.).

³⁴⁷ La considerazione – ormai ovvia – che l'acquisto del diritto di credito sia collegato esclusivamente all'adempimento, che rappresenta nella dinamica dell'obbligazione il mezzo per soddisfare l'interesse del creditore, aiuta a comprendere che «il *prins* dell'obbligazione è costituito dal dovere giuridico imposto nell'*interesse di un altro soggetto*, al quale la legge attribuisce una serie di poteri verso l'obbligato, ponendolo in una posizione di preminenza verso di questo, per cui il debitore è tenuto, oltre che verso la norma, altresì *verso* il creditore». L'intensità della relazione esistente tra il titolare dell'interesse e il soggetto obbligato al comportamento idoneo al soddisfacimento dell'interesse medesimo è attestata, del resto, dal linguaggio legislativo: l'espressione «il proprio debitore» (art. 2900 c.c.) è indice del vigore di tale rapporto. Tra diritto e obbligo vi è, dunque una perfetta correlazione, in un duplice senso: il comportamento del debitore «è tale da soddisfare perfettamente l'interesse del creditore»; la posizione di preminenza del creditore costituisce il riflesso di quel dovere (così M. GIORGIANNI, *o.u.c.*, p. 5 ss. e 241 ss.; i corsivi sono dell'a.).

obbligazioni che incombono: sul mutuatario³⁴⁸ fino a che l'Euribor non abbia ancora consumato lo *spread*; sul mutuante a partire dalla discesa del tasso sotto la soglia zero.

Dal punto di vista del diritto contrattuale, in secondo luogo, sorgono dubbi circa la determinabilità dell'oggetto a fronte di una clausola che consente oscillazioni del valore monetario della prestazione così ampie da condurre a risultati non ammissibili, perché non riconducibili all'insieme dei numeri reali maggiori di zero.

Profili di incompatibilità persino maggiori sorgono, infine, con riguardo alla causa di finanziamento, delineata nel primo capitolo alla stregua di concessione in godimento di un bene (*i.e.* il denaro) con obbligo di restituzione del *tantundem*, la quale si colora dell'eventuale obbligo di corrispondere gli interessi a mo' di remunerazione del sacrificio del sovventore. Sembra non conciliabile con un siffatto fondamento causale un congegno negoziale che non solo neghi al mutuante il diritto di ottenere tale misura compensativa, ma addirittura pregiudichi il suo diritto alla restituzione del capitale prestato, posto che egli otterrebbe un *tantundem* parziale, cioè ridotto di un ammontare pari a quello degli interessi negativi. Tale suggestione non implica naturalmente che vi possa essere una riduzione in senso tecnico dell'obbligazione di rimborso del capitale, perché è pacifico che questa gravi soltanto sul mutuatario³⁴⁹; ma l'effetto compensativo tra le due obbligazioni delle quali si è *ut supra* supposto l'esistenza potrebbe nondimeno compromettere la funzione pratica del finanziamento, che è quella di concedere per un tempo limitato talune *res* per realizzare l'interesse della controparte, che deve perciò restituirne (almeno) altrettante della medesima specie e qualità. Con questa consapevolezza si evocherà nel prosieguo il concetto di «erosione del capitale».

³⁴⁸ Com'è noto, la figura paradigmatica dei contratti di finanziamento è il mutuo (cfr., *ex multis*, G. PORCELLI, *I contratti di credito*, in G. PORCELLI e M. MONTICELLI, *I contratti dell'impresa*, Torino, 2021, p. 273). Nel prosieguo si utilizzeranno, per sineddoche, riferimenti rivolti anche soltanto al mutuo (comprese le declinazioni soggettive di mutuante e mutuatario) per intendere la generalità dei contratti di finanziamento aventi natura pecuniaria, salvo che tale estensione logica non sia preclusa da singoli profili di incompatibilità di questi ultimi rispetto allo schema del primo.

³⁴⁹ Si tratta di una constatazione ribadita da A. DOLMETTA, «Tasso negativo» e regolamento contrattuale. Una replica, in *www.giustiziacivile.com*, Editoriale del 7 settembre 2016, p. 6, il quale così scrive: «la ragione giustificativa del diritto del mutuatario a percepire le somme frutto della discesa del tasso sotto lo zero riposa comunque sull'aperta (= non limitata) variabilità del tasso che è disposta dalla relativa clausola contrattuale. In via operativa, poi, la dinamica (per cui, in ipotesi, il mutuatario versa una somma inferiore a quanto deve per la sorte capitale) richiama semplicemente il meccanismo della *secumpensatio*».

4. Il dibattito sulla configurabilità degli interessi negativi nei contratti di finanziamento.

4.1. Le ragioni del dibattito.

Il codice civile non contempla l'ipotesi degli interessi negativi nei contratti di finanziamento: i suoi compilatori non potevano certamente prefigurarsi uno scenario che si sarebbe imposto nel mercato finanziario solo a distanza di circa settant'anni dalla sua entrata in vigore. Non pare postulabile, d'altronde, la configurabilità di quella nuova categoria di interesse assumendo come base della riflessione le norme che disciplinano gli interessi «tradizionali», nelle quali risiedono *ratio legis* che non appaiono conciliabili, neppure in via di interpretazione estensiva o evolutiva³⁵⁰, con i connotati di quella figura.

Le poste negative non sono assimilabili, da un lato, agli interessi moratori, poiché la discesa oltre lo zero del saggio non risponde a una logica risarcitoria: non costituiscono, infatti, la quantificazione forfettizzata di un danno derivante dal ritardo nell'adempimento. A difettare sono proprio i caratteri essenziali delle *usurae moratoriae*: quando operano tali passività non solo non vi è alcun ritardo, ma neppure esiste una pregressa obbligazione principale. Il soggetto che sarebbe obbligato al pagamento degli interessi preceduti dal segno «meno», cioè, non è l'originario debitore, bensì il creditore di due diverse prestazioni, una principale e l'altra accessoria, che coincidono rispettivamente con la restituzione del capitale e col pagamento degli interessi corrispettivi.

Non pare, dall'altro lato, che i tassi negativi siano qualificabili come interessi compensativi o corrispettivi. Questi ultimi, *repetita iuvant*, sono «frutti civili» ai sensi dell'art. 820, comma 3, c.c.: derivano cioè dal denaro come fattore produttivo³⁵¹. L'impostazione codicistica, come emerge dai lavori preparatori³⁵², si fonda sulla concezione marxista – in verità superata dalle riflessioni della scienza economica successiva – del denaro quale capitale, cioè «strumento per

³⁵⁰ V., *ex multis*, R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, p. 99 ss., per il quale l'interpretazione è estensiva quando «riduce l'indeterminatezza [...] della norma estendendone il campo di applicazione anche ai casi dubbi»; è evolutiva quando consente di attribuire «ad un testo normativo un significato nuovo, diverso da quello usuale o consolidato».

³⁵¹ T. ASCARELLI, *Le obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 581.

³⁵² Relazione al Re, n. 593: «Sulla base della naturale fecondità del denaro e per corrispondere al bisogno di incrementare il credito, è stata estesa anche a tutti i debiti civili la disposizione dell'art. 41 cod. comm. circa la decorrenza di diritto degli interessi (art. 1282, primo comma)».

la produzione di nuova ricchezza», in contrapposizione alla configurazione dello stesso come mero bene di consumo³⁵³.

Quella appena citata non è comunque l'unica teoria economica di cui si è avvalsa la dottrina per formulare delle concezioni giuridiche intorno agli interessi corrispettivi. A ben vedere la scienza finanziaria – nell'assumere ad oggetto di studio la natura dell'interesse – è pervenuta a risultati non omogenei. Alla tesi della naturale fecondità del denaro si è infatti affiancata, tra le altre, quella dell'interesse come corrispettivo dell'uso, che si distingue dalla prima perché considera il denaro un bene produttivo non in sé e per sé, ma in ragione del suo impiego da parte dell'*accipiens*³⁵⁴. Un sostrato economico così configurato, nondimeno, non collima del tutto con quelle norme che prescrivono obblighi di pagamento in ragione di un mero atto traslativo avente ad oggetto cose fungibili (artt. 1813 ss. c.c.) ovvero dell'attribuzione della relativa disponibilità (artt. 1842 ss. c.c.)³⁵⁵, a prescindere quindi dall'utilizzo delle somme prestate³⁵⁶.

L'ulteriore tesi dell'interesse inteso come ristoro per il differimento del godimento di un capitale³⁵⁷ conduce a risultati giuridici affini a quelli che promanano dalla concezione della fruttuosità del denaro. La funzione, in ogni caso, è *lato sensu* compensativa: taluno si priva temporaneamente di una somma (ovvero ne ritarda l'acquisizione)³⁵⁸ per corrisponderla a un altro soggetto (o prolungarne la disponibilità in capo a quest'ultimo) nella prospettiva di ottenere un vantaggio economico, rappresentato dalle *usurae*, che a loro volta costituiscono il corrispettivo dovuto dal debitore che si avvantaggia dell'accrescimento transitorio del proprio patrimonio.

³⁵³ La tesi ha fatto breccia nel pensiero di insigni giuristi, come E. QUADRI, *Le obbligazioni pecuniarie*, p. 639 ss.

³⁵⁴ Gli approdi della c.d. *Nutzungstheorie*, di matrice tedesca, sono stati recepiti anche in Italia per spiegare il fondamento degli interessi corrispettivi (cfr. M. LIBERTINI, *Interessi*, cit., p. 97; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. di dir. priv.* Iudica e Zatti, Milano, 1991, p. 351).

³⁵⁵ È il caso, ad esempio, dell'apertura di credito, che consiste nella «creazione da parte della banca a favore dell'accreditato di una disponibilità monetaria con l'intesa che questi se ne potrà servire nei tempi e con le modalità all'uopo concordate» (cfr. G. PORCELLI, *L'apertura di credito bancario*, in E. CAPOBIANCO, *Contratti bancari*, cit., p. 1215 ss.).

³⁵⁶ Cfr. il I capitolo, in cui si è messo in luce come l'obbligo di destinazione dei beni prestati non acceda a ogni contratto di finanziamento, sebbene un simile vincolo, laddove previsto dalla legge o dalle parti, sia idoneo a colorare la causa contrattuale.

³⁵⁷ In dottrina v. E. SIMONETTO, *L'interesse*, cit., pp. 29-30; ID., *I contratti*, cit., p. 51 ss.; V. PANDOLFINI, *La disciplina degli interessi*, cit., p. 29.

³⁵⁸ Cfr. ad esempio l'art. 1499 c.c.

Da quanto sopra esposto si evince in definitiva che il tentativo di individuare una base socioeconomica dell'istituto degli interessi è stato influenzato dai diversi indirizzi emersi nella letteratura economica, richiamati nel breve *excursus* di cui sopra. Allo stesso modo sul dibattito, in realtà piuttosto scarno, tra i fautori degli interessi negativi e i suoi detrattori ha esercitato un'influenza la diatriba – annosa e con profili di teoria generale del diritto³⁵⁹ – avente ad oggetto proprio le varie funzioni ascritte agli interessi.

Tutto ciò premesso, si illustreranno di seguito le principali tesi che si sono confrontate sulla tematica dell'inversione del tasso di interesse nei contratti di finanziamento.

È stata da altri³⁶⁰ prospettata una tripartizione degli orientamenti in questione, a seconda che la soluzione proposta sia un «pieno automatismo», una «piena rilevanza» oppure una «rilevanza condizionata». Tenendo a mente che ogni tentativo di classificazione acquista naturalmente una mera valenza descrittiva, si proporrà di seguito una bipartizione che ruota intorno ai profili discretivi che possono condurre ad affermare o viceversa a negare l'ammissibilità del fenomeno alla luce della causa dei contratti di finanziamento. In base a questa rinnovata impostazione l'indirizzo del pieno automatismo – per il quale i tassi negativi troverebbero un'automatica operatività nel rapporto – pur essendo una soluzione incentrata completamente sull'autonomia privata può essere raggruppata, per affinità delle premesse logico-giuridiche, insieme alla tesi della rilevanza condizionata, secondo la quale l'inversione del tasso potrebbe sempre operare in astratto, sebbene in concreto tale operatività possa essere inibita attraverso apposite clausole contrattuali.

Nella prospettiva appena delineata, la rilevazione tassonomica degli orientamenti emersi in dottrina e nell'Arbitro Bancario Finanziario³⁶¹ induce a distinguere tra la tesi favorevole e quella contraria all'ammissibilità del tasso di interesse negativo nei contratti di finanziamento.

³⁵⁹ V., per tutti, N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Napoli, 1988.

³⁶⁰ A. GENTILI, *Le clausole di determinazione del tasso tra TUB e TUF: finanziarizzazione della trasparenza bancaria*, in *Riv. dir. banc.*, 2018, IV, p. 493 ss.; S. ALVARO, C. GENTILI e C. MOTTURA, *o.c.*, p. 32 ss.

³⁶¹ Non constano precedenti giurisprudenziali sull'argomento.

4.2. *La tesi dell'inammissibilità.*

Una prima impostazione ha affrontato il tema degli interessi negativi nei contratti di finanziamento sulla base della condivisibile impostazione metodologica incentrata sulla causa negoziale. Tale elemento, come già sottolineato³⁶², non solo è essenziale alla valida stipulazione del contratto, ma è altresì un criterio privilegiato di qualificazione, cioè di individuazione nel «sistema italo-comunitario delle fonti»³⁶³ della disciplina applicabile alla fattispecie concreta³⁶⁴.

L'orientamento, in linea di massima, contrasta l'idea della configurabilità degli interessi negativi nei contratti di finanziamento che nascono con tassi positivi. I suoi sostenitori adducono tuttavia una pluralità di argomenti che imprimono alla teoria un significativo grado di eterogeneità.

I vari filoni emersi al suo interno appaiono comunque accomunati da un'unitaria base di partenza che fa leva sull'impostazione dottrinale classica sviluppatasi in materia di contratto di credito. La causa che sorregge tale controversa categoria contrattuale si identifica con l'attribuzione di una somma di denaro all'accreditato e nel suo interesse, di modo che quest'ultimo si trova (usualmente) a dover corrispondere delle *usurae* come corrispettivo del differimento della restituzione del capitale³⁶⁵ ovvero dell'attribuzione di quella «utilità massima» che egli è in grado di ritrarre dal rapporto³⁶⁶.

Gli interessi negativi contrastano con questa configurazione funzionale: se l'interesse è un frutto civile e rappresenta la controprestazione di un sacrificio che viene sopportato dal prestatore di denaro, il suo venir meno comporterebbe «una grave menomazione della causa stessa del contratto, provocando un irragionevole “squilibrio negoziale” (in favore del

³⁶² Cfr. cap. I.

³⁶³ La locuzione è di P. PERLINGIERI, *Il sistema delle fonti del diritto alla luce dell'ordinamento comunitario*, ora in ID., *Interpretazione e legalità costituzionale*, Napoli, 2012, p. 99 ss., spec. p. 113.

³⁶⁴ Da tempo la miglior dottrina (P. PERLINGIERI, *Interpretazione ed evoluzione dell'ordinamento*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, II, p. 159 ss.) considera superata la tecnica ermeneutica della sussunzione, posto che la fattispecie concreta «non può essere meccanicamente incasellat[a] in una determinata fattispecie astratta, il più delle volte non rinvenibile e sempre più estranea alle tecniche legislative di un sistema caratterizzato dal pluralismo delle fonti. Al fine di individuare la disciplina più adeguata occorre che il fatto sia valutato considerando gli interessi e i valori che esprime, in relazione al contesto storico-giuridico nel quale esso si inserisce. In tal modo si garantisce il rispetto non della lettera della legge, ma del diritto, inteso come insieme indissolubile di principi, e regole». Cfr. altresì C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 429, il quale, pur definendola «sussunzione», avverte che la qualificazione non si risolve in un'operazione meccanica.

³⁶⁵ E. SIMONETTO, *I contratti*, cit., p. 255 ss.

³⁶⁶ M. FRAGALI, *Del mutuo*, cit., p. 53.

mutuatario), non previsto, né voluto, dalle parti contraenti al momento del perfezionamento del loro accordo negoziale»³⁶⁷.

A questa considerazione si aggiunge quella dell'immutabilità della causa nel corso del rapporto: qualora si ammettesse che il mutuatario abbia un titolo per pretendere la corresponsione degli interessi negativi, si riconoscerebbe la possibilità che si verifichi un mutamento della «ragione» del contratto. Sennonché un simile precipitato nel nostro ordinamento non è giustificabile per effetto del mero automatismo di indicizzazione, essendo a tal fine necessario che le parti si accordino per dar luogo a una novazione³⁶⁸.

Quantunque per la matematica finanziaria il problema degli interessi negativi si risolve nel mero mutamento di segno, da più a meno, del valore corrispondente agli interessi, da un punto di vista giuridico un simile meccanismo condurrebbe a un sistema di compensazioni in forza del quale il mutuante non sarebbe più tenuto a un rimborso pieno, poiché la rata, costituita dalla somma capitale, verrebbe erosa di una parte equivalente a quella dell'interesse negativo: un risultato paradossale, perché in via di principio è da escludere che per effetto di sopravvenienze possa essere pregiudicato il diritto del mutuante di ottenere la restituzione del *tantundem*³⁶⁹.

Se queste linee di pensiero costituiscono il *common ground* della tesi in questione, non possono sottacersi alcune tendenze «rafforzative», volte a escludere «a maggior ragione» la possibilità di ammettere gli interessi negativi quando la banca sia parte del contratto. La partecipazione di tale intermediario – si sostiene – frappone un ulteriore ostacolo alla sostenibilità di quella figura: sia perché il credito da essa erogato è esercizio di attività di impresa e come tale va remunerato³⁷⁰; sia in ragione della distinzione tra operazioni bancarie attive e passive; sia in virtù della sostanziale corrispondenza biunivoca tra attività bancaria e

³⁶⁷ M. SCIUTO e U. MORERA, *Due questioni in tema di tassi di riferimento "negativi"*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, VI, p. 746 ss.

³⁶⁸ D. MAFFEIS, *La causa di finanziamento esclude la sopravvenienza di c.d. tassi negativi e richiede la sostituzione, convenzionale o giudiziale, del parametro esterno divenuto durevolmente negativo*, in *Dial. dir. econ.*, marzo 2016, p. 2, consultabile in www.dirittobancario.it.

³⁶⁹ D. MAFFEIS, *o.u.c.*, p. 2 ss. Cfr. anche F. CIVALE, *Euribor*, cit., pp. 1-2.

³⁷⁰ M. RUGGI e G. SETTANNI, *Recenti problematiche applicative in materia di mutuo*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, I, p. 121 ss., spec. p. 124, sostengono che l'essenza dell'attività di impresa esercitata dalle banche verrebbe vanificata laddove fossero queste ultime a dover corrispondere gli interessi ai mutuatari.

fruttuosità del denaro³⁷¹, malgrado il progressivo rilievo acquisito, a scapito degli interessi, dai ricavi derivanti da commissioni e altre voci di costo³⁷².

Alla varietà di ragioni che hanno condotto a scartare la figura si aggiunge l'eterogeneità dei rimedi proposti per fronteggiare l'ipotesi della discesa del tasso sotto lo zero riscontrabile da un punto vista meramente matematico.

Si è ritenuto, in particolare, che la necessità di garantire il rimborso della somma capitale comporterebbe, per il caso dell'inversione del tasso da un punto di vista finanziario, che semplicemente non si dia luogo ad alcun flusso di interessi. Né il mutuatario né il mutuante dovrebbero corrispondere alcunché: troverebbe applicazione un *floor* implicito pari a zero³⁷³.

Altri propendono invece per soluzioni di natura «adeguatrice». Si è ritenuto, segnatamente, che dal generale dovere di eseguire il contratto secondo buona fede (art. 1375 c.c.) discenda un obbligo di rinegoziazione in capo alle parti, chiamate a modificare consensualmente le condizioni originariamente pattuite³⁷⁴. Un'ulteriore proposta di stampo «revisionale» è quella che propende per la sostituzione giudiziale del tasso divenuto negativo in virtù dell'applicazione analogica dell'art. 1349 c.c., che prevede che alla mancanza di determinazione della prestazione da parte del terzo, ovvero alla usa manifesta iniquità o erroneità, debba sopperire il giudice con una propria statuizione³⁷⁵.

Una parte dell'indirizzo negativo, nondimeno, apre degli spiragli perché possano configurarsi degli interessi negativi. Ferma l'impossibilità che essi sopravvengano in corso di esecuzione, l'inversione del tasso potrebbe pur sempre verificarsi: allorché il contratto nasca con interessi negativi, dovendosi in tal caso ritenere che i contraenti hanno inteso dar luogo a

³⁷¹ C. COLOMBO, *Gli interessi*, cit., p. 631 ss. e 658, il quale evidenzia che «il principio della produttività del denaro si è affermato proprio in parallelo alla crescente importanza economica delle banche e della loro attività, che aveva in modo decisivo contribuito a determinare la progressiva abolizione del divieto di prestare il denaro ad interesse. D'altro canto l'attività bancaria, quale attività di impresa [...], sotto il profilo economico finanziario storicamente ruota intorno al differenziale tra il tasso di remunerazione del risparmio e quello di erogazione del credito». In senso adesivo M. SCIUTO e U. MORERA, *o.c.*, p. 748. Sul concetto di differenziale v. anche G. PORCELLI, *La disciplina degli interessi bancari tra autonomia ed eteronomia*, Napoli, 2003, p. 7 ss.

³⁷² P. FERRO-LUZZI, *Ci risiamo (a proposito dell'usura e della commissione di massimo scoperto)*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 673 ss.

³⁷³ M. RUGGI e G. SETTANNI, *o.c.*, p. 125; G. SETTANNI, *Loans and Negative Interest*, in *European Business Law Review*, 2016, V, p. 697 ss., spec. p. 707. In termini dubitativi si esprime A. DOLMETTA, *Tasso variabile e «valori negativi*, in *Riv. dir. banc.*, 2016, III, p. 1 ss., spec. p. 3 ss.

³⁷⁴ F. CIVALE, *o.c.*, p. 3.

³⁷⁵ D. MAFFEIS, *o.u.c.*, p. 3 ss.

un deposito oneroso di denaro; ovvero quando i contraenti convengano che il tasso possa scendere sotto lo zero, così inserendo una componente aleatoria nel contratto, che conserverebbe la sua natura di finanziamento. Una simile clausola, tuttavia, non formerebbe oggetto di presunzioni ma dovrebbe essere pattuita espressamente³⁷⁶.

4.2.1. *La soluzione accolta dall'Arbitro Bancario e Finanziario.*

La tesi negativa ha trovato un avallo nella giurisprudenza arbitrale³⁷⁷ con le decisioni del Collegio di Coordinamento³⁷⁸ dell'ABF rispettivamente dell'8 novembre 2018, n. 23294³⁷⁹ e del 15 novembre 2018, n. 24070.

Tali pronunce hanno affrontato la questione se, a fronte di un mutuo oneroso con clausola di indicizzazione degli interessi, la dinamica dei tassi negativi possa condurre a un debito a carico della banca in mancanza di una pattuizione espressa che lo contempli.

L'ABF, sostanzialmente recependo l'orientamento dottrinale sopra esposto, ha rimarcato la causa di finanziamento del mutuo oneroso, intesa come «scambio tra la possibilità di utilizzo di un bene fungibile e il pagamento degli interessi concordati». Dallo schema contrattuale resterebbe bensì esclusa la causa del deposito, legata allo svolgimento dell'attività di raccolta del risparmio e perciò annoverata tra le operazioni passive (art. 10 t.u.b.)³⁸⁰.

³⁷⁶ *Ibidem*.

³⁷⁷ Sebbene le decisioni dell'ABF non abbiano efficacia di giudicato, e le parti conservino perciò il potere di ricorrere all'autorità giurisdizionale anche all'esito della decisione arbitrale, è stata posta in luce la capacità conformatrice di quest'ultima in relazione al contegno successivo delle parti (D. MAFFEIS, *Ordini di pagamento e di investimento on line nella giurisprudenza di merito e nella fonte persuasiva dinamica dell'A.B.F.*, *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, p. 1273 ss.), quando non si è addirittura riconosciuto agli orientamenti di tale organismo il ruolo di nuovo «formante» del diritto (C. CONSOLO e M. STELLA, *Il ruolo prognostico-deflattivo, irriducibile a quello dell'arbitro, del nuovo A.B.F., «scrutatore» di torti e ragioni nelle liti in materia bancaria*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 1653 ss.: nota a C. Cost. 21 luglio 2011, n. 218).

³⁷⁸ Per un'analisi della struttura e delle funzioni del Collegio di Coordinamento dell'ABF v. G. LIACE, *L'Arbitro Bancario e Finanziario*, Torino, 2018, p. 86 ss.

³⁷⁹ Con riferimento a tale decisione cfr. il commento di B. CAMPAGNA, *L'inefficacia della clausola floor nel mutuo*, in *Dial. dir. econ.*, novembre 2018, p. 1 ss., consultabile in www.dirittobancario.it. Mostra piena condivisione al riferito orientamento arbitrale C. COLOMBO, *Il cantiere sempre aperto degli interessi pecuniari nei contratti bancari: appunti sui tassi parametrati all'Euribor, pattuizioni floor e cap, tassi negativi, ammortamento alla francese e TAEG/ISC*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2020, II, p. 252 ss.

³⁸⁰ Così F. CRISCUOLO e S. MAZZOTTA, *Il deposito bancario*, in E. CAPOBIANCO, *o.c.*, p. 1041 ss.

Da questa considerazione, unitamente a quella del perseguimento del fine di lucro da parte della banca, il Collegio di Coordinamento inferisce che il «mutuo non potrà mai concettualmente divenire remunerativo per il mutuatario».

Ciò posto, l'organismo ha affrontato anche l'ulteriore problematica afferente all'eventuale configurabilità di interessi negativi in taluni momenti del rapporto di durata, quando alla chiusura di quest'ultimo risulti un saldo complessivamente positivo.

I succitati provvedimenti arbitrari escludono anche una siffatta eventualità: in virtù del combinato disposto di cui agli artt. 820 e 821 c.c. gli interessi sono frutti civili che il mutuante acquista giorno per giorno, col precipitato che «in nessun momento della vita della durata del contratto [essi] potranno assumere valore negativo».

4.3. *La tesi dell'ammissibilità.*

Dall'eterogeneità delle funzioni evidenziate dalle teorie economiche richiamate all'inizio del paragrafo, nonché da ulteriori studi di settore, un'autorevole dottrina ha dedotto l'assenza di una «nozione funzionale» degli interessi, i cui caratteri comuni sarebbero soltanto «strutturali»³⁸¹. Essi formano oggetto di un'obbligazione omogenea, accessoria e proporzionale a quella principale, nonché dotata dell'attributo della periodicità; ma, in disparte tale essenziale «architettura», non sarebbero avvinti da un'identità di funzione.

In base a queste coordinate ermeneutiche, le disposizioni che qualificano l'interesse come «frutto civile» avrebbero una valenza non precettiva ma soltanto descrittiva delle «concezioni economiche correnti»: da quelle norme non promanerebbero, pertanto, effetti giuridici. Come

³⁸¹ Meritevole di attenzione è l'opera interpretativa di A. GENTILI, *Le clause di determinazione*, cit., p. 497 ss., e *ivi* ampia bibliografia economica, il quale sottolinea come la prospettiva microeconomica su cui si basa il codice civile non consentirebbe di cogliere quelle ulteriori prospettive macroeconomiche elaborate intorno alla tematica degli interessi, come «la tesi di Ricardo secondo cui il tasso non è influenzato direttamente dall'atteggiamento dell'autorità monetaria, che incide piuttosto sul valore della moneta, ma dal confronto tra il tasso di profitto che si può ottenere dall'impiego del capitale ed il tasso al quale la banca è disponibile a prestarlo. O la tesi della scuola austriaca, secondo cui il tasso di interesse varia in funzione delle variazioni fra loro relative dei livelli dei prezzi dei beni di consumo e dei beni capitali. E soprattutto la tesi di J.M. Keynes che l'interesse sia influenzato dal livello del reddito, dalla propensione al consumo, e dalla efficienza marginale del capitale. E ancora: nell'attività bancaria e finanziaria l'interesse è definito dalle sue funzioni di premio del rischio, di copertura del costo della raccolta bancaria, di recupero dei costi di gestione, di rimedio all'incidenza del carico fiscale, di riflesso della scarsità di capitale».

dimostrerebbe altresì la disciplina della *mora debendi*, nel cui ambito gli interessi assumono una natura non corrispettiva, il legislatore non avrebbe quindi operato alcuna «scelta inderogabile», consentendo così che i tassi assumano connotazioni differenti, potendo finanche acquisire valori negativi.

Del codice civile, in particolare, viene denunciata l'incapacità di riflettere oggigiorno la logica del sistema, posto che i contratti di finanziamento si collocherebbero sempre più nel c.d. nuovo diritto dei contratti, specie di matrice europea, governato dai principi di efficienza del mercato e di protezione dei contraenti deboli³⁸².

Si perviene, in quest'ordine di idee, a escludere che la causa di finanziamento frapponga un limite concettuale alla configurabilità dei tassi negativi, in ragione tanto della qualificazione del mutuo come contratto naturalmente ma non essenzialmente oneroso, quanto del carattere dispositivo e non imperativo delle disposizioni che lo regolano. Ne consegue il precipitato che, laddove l'autonomia privata opti per l'indicizzazione, l'effetto dell'inversione dovrebbe considerarsi voluto dalle parti.

L'indirizzo in parola evidenzia, infine, che la bontà della soluzione positiva non possa essere sconfessata dalla natura imprenditoriale dell'attività bancaria o dal principio di «sana e prudente gestione» di cui all'art. 5 t.u.b. Sotto il primo profilo si è rilevato che la finalità lucrativa perseguita dall'impresa bancaria non verrebbe elisa né dall'assenza temporanea di un diritto alla percezione di interessi, a fronte di un'operazione economica nel complesso positiva; né dalla mancata realizzazione di un profitto nel caso concreto, poiché perseguire quello scopo in via istituzionale non significa necessariamente essere in grado di realizzarlo sul piano fattuale. Si è poi chiarito, in secondo luogo, che il principio di prudenza nella gestione possa condurre a inserire *ab initio* una clausola di «fermo zero», giammai a sopperirne la mancanza³⁸³.

Non esistendo ostacoli concettuali, i limiti al sopraggiungimento di interessi negativi potrebbero rinvenirsi unicamente nelle scelte dell'autonomia privata: deve ritenersi legittima,

³⁸² Per uno sguardo d'insieme sulle nuove frontiere della materia dei contratti non si prescinda dalle considerazioni di V. ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. giur.*, 2009, II, p. 267 ss.

³⁸³ A. DOLMETTA, *Tasso variabile*, cit., p. 3. In senso conforme A. GENTILI, *o.c.*, p. 509.

in particolare, l'introduzione di clausole *floor*, purché ciò avvenga nel rispetto delle norme in materia di trasparenza³⁸⁴.

4.3.1. *Le soluzioni dell'autonomia negoziale.*

Accanto a queste considerazioni, che fanno leva sui principi generali dell'ordinamento, l'ammissibilità dell'inversione del tasso è stata desunta dalle indicazioni provenienti dall'*International Swap and Derivatives Dealers Association*³⁸⁵ (già *International Swap Dealers Association*), che riunisce le imprese operanti nel settore dei derivati a livello globale³⁸⁶.

Le norme predisposte da tale associazione di categoria, pur rientrando nel novero del *soft law*³⁸⁷, hanno avuto un largo successo nella prassi perché compiutamente definite e continuamente aggiornate. Ha acquisito un significativo rilievo internazionale, in special modo, il *Master Agreement* predisposto dall'ISDA, che ha la funzione di stabilire una disciplina uniforme applicabile a tutte le operazioni che le parti aderenti concluderanno nel futuro³⁸⁸.

Al fine di risolvere i dubbi sollevati dagli operatori nell'interpretazione della propria modulistica contrattuale *standard*, l'associazione ha adottato un *Collateral Agreement Negative Interest Protocol*, preordinato a chiarire le modalità di computo degli interessi con specifico riguardo ai contratti di *Interest Rate Swap*. Alla luce di tale documento i tassi negativi subiscono

³⁸⁴ Proprio in virtù di tali limiti pattizi la rilevanza viene definita *condizionata* da A. GENTILI, *o.c.*, pp. 501 ss. e 510 ss., il quale esprime dubbi, comunque, sulla possibilità di individuare un limite all'introduzione della clausola *floor* nella necessità di rispettare l'equilibrio del rapporto, essendo quest'ultimo di norma insindacabile. All'a. appaiono destituite di fondamento, pertanto, le tesi che condizionano la legittimità del «pavimento» alla previsione negoziale di un *cap* per controbilanciare lo squilibrio indotto dalla prima clausola.

³⁸⁵ Di qui in avanti anche «ISDA».

³⁸⁶ Cfr., tra i molti, E. GIRINO, *I contratti derivati*, 2^a ed., Milano, 2010, p. 20.

³⁸⁷ Per un esame di ampio respiro sui requisiti necessari perché sia configurabile una norma di *soft law* nel diritto privato, v. R. VOLANTE, *Il soft law come norma di diritto privato. Un tentativo di definizione*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009, 173 ss.

³⁸⁸ V. M. KONRAD BOROWICZ, *Contracts as regulation: the ISDA Master Agreement*, in *Capital Markets Law Journal*, 2021, Vol. 16, No. 1, p. 72 ss. Oltre al *Master Agreement*, i contratti derivati sono disciplinati da altre due tipologie di documenti predisposti dall'ISDA: le *Confirmations* e le *Definitions*. Per i necessari approfondimenti si rinvia a P. MESSINA, *I contratti bancari e finanziari. Giurisprudenza, dottrina e modelli contrattuali*, Torino, 2013, p. 261 ss.

un processo di tendenziale equiparazione a quelli positivi³⁸⁹, non ponendosi un problema di legittimità degli stessi³⁹⁰.

Sebbene la normativa in questione si attagli in special modo ai contratti derivati negoziati nei mercati OTC, in dottrina si è ritenuto che l'automatismo da essa regolato possa riferirsi alla generalità dei contratti bancari. Il c.d. *financial upside down world*³⁹¹, in sostanza, sortirebbe degli effetti non limitati al mercato interbancario e a quello dei contratti derivati, bensì estesi anche agli altri contratti degli intermediari, come quelli di credito stipulati con la clientela³⁹².

Altra soluzione elaborata nell'ambito dell'autonomia privata, che postula che in linea astratta l'inversione del tasso operi nei contratti di finanziamento, è quella invalsa nella prassi delle banche, le quali hanno inteso contrastare l'erosione dello *spread* facendo ricorso a clausole *floor*³⁹³.

Sul tema del «fermo zero» si incentra in particolare una comunicazione della Banca d'Italia³⁹⁴ con cui gli intermediari bancari e finanziari sono stati «richiamati» allo «scrupoloso rispetto della normativa di trasparenza e correttezza e alla rigorosa applicazione delle

³⁸⁹ In base a quanto si evince dal comunicato stampa del 12 marzo 2015, che ha accompagnato la pubblicazione del protocollo in questione, «the ISDA Board strongly supports the use of market rates, *whether positive or negative*, for over-the-counter derivatives transactions, reflecting best practice in broader financial markets». In ossequio alle *Frequently Asked Questions* associate al protocollo, inoltre, una «Negative Interest Amount Provision» è così definita: «any provision in the Paragraph, Annex or Supplement to an ISDA Collateral Agreement, which provides for how the Interest Amount is to be calculated, including, deeming such amount to be equal to zero or a number greater than zero, if the Interest Amount for an Interest Period is a *negative number*. The Protocol is meant to amend ISDA Collateral Agreements where the parties did not negotiate provisions addressing negative interest amounts». Le enfasi sono state da noi aggiunte.

³⁹⁰ Il protocollo, rilasciato in data 12 maggio 2015, esplica una funzione che la *Market Guidance concerning Interest Rates on Cash Collateral Under ISDA Collateral Agreements* (13 maggio 2015) descrive nei seguenti termini: «to provide an efficient method for market participants to clarify how negative interest is to be settled under most 1 forms of ISDA-published collateral agreements. Specifically, the Protocol provides that when a negative interest rate for cash collateral is observed in the market, that interest rate should be utilized in the computation of the relevant interest amount, which may therefore be negative. Further, the Protocol provides that negative interest amounts shall be settled between the parties, in a manner similar to positive interest amounts except that the direction of payment is reversed».

³⁹¹ Per riferimenti dal punto di vista finanziario v. I. FOGLIATA, *Tassi negativi, deflazione ed effetti collaterali della grande crisi: le distorsioni del c.d. “financial upside down world” esaminate dal lato tecnico*, in *www.dirittobancario.it*, marzo 2016, p. 1 ss.

³⁹² A. GENTILI, *o.c.*, p. 501 ss.

³⁹³ Per la tematica del *floor* si rinvia a quanto più compiutamente esposto nel cap. II, § 5.

³⁹⁴ La comunicazione, datata 5 febbraio 2014, è intitolata «Parametri di indicizzazione dei finanziamenti con valori negativi: trasparenza delle condizioni contrattuali e correttezza nei rapporti con la clientela».

condizioni pattuite con la clientela», essendo peraltro preclusa l'applicazione di clausole di tasso minimo «non pubblicizzate e non incluse nella pertinente documentazione di trasparenza e nella modulistica contrattuale». Le società sottoposte alla sua vigilanza dovranno altresì «condurre sollecitamente una verifica delle condotte sinora seguite nella determinazione degli interessi dovuti e provvedere alle conseguenti restituzioni nel caso in cui tali condotte risultino in contrasto» con il dovere di trasparenza di cui sopra³⁹⁵.

5. *Clausole di indicizzazione degli interessi tra corrispettività e alea nei contratti finanziamento.*

La problematica degli interessi negativi, al di là delle variegate opinioni espresse dalla dottrina e delle prese di posizione dell'ABF, deve essere valutata, a nostro avviso, da angoli visuali differenziati in base al momento in cui è stato concluso il contratto di finanziamento.

Non è superfluo ricordare, in questa sede, l'effetto dirompente e innovativo che l'inversione del tasso ha sortito sul sistema³⁹⁶ dei finanziamenti. È difficile ipotizzare, a tal proposito, che i contraenti di un negozio concluso prima dell'avvento del «capovolgimento finanziario» – propiziato dalla politica monetaria della BCE – potessero prevedere uno scenario in cui il finanziatore sarebbe stato chiamato a corrispondere degli interessi al finanziato. Queste considerazioni non possono che riflettersi sul regolamento pattizio concretamente diviso dai contraenti, come si tenterà di chiarire *infra*.

5.1. *Interessi negativi e corrispettività dei contratti di finanziamento onerosi.*

Si è argomentato in precedenza come l'onerosità del contratto sia un elemento che qualifica la sua causa³⁹⁷. Si aggiunga ora, per completezza, che la variabilità della causa³⁹⁸ che connota il

³⁹⁵ Oltre al dovere di trasparenza e correttezza e all'obbligo di procedere alle restituzioni nel caso in cui i predetti canoni siano stati in precedenza violati, gli intermediari, in base alla comunicazione in oggetto, sono altresì chiamati a «verificare che gli applicativi e le procedure in uso, nel caso in cui i parametri di indicizzazione assumano valore negativo, determinino correttamente il tasso d'interesse applicabile a ciascun rapporto e l'ammontare degli interessi tempo per tempo dovuti».

³⁹⁶ Cfr. il cap. I, § 5.

³⁹⁷ *Ibidem*.

³⁹⁸ Cfr., per tutti, M. TATARANO, *Il mutuo bancario tra sistema e prassi*, cit., p. 40; ID., *Il mutuo bancario*, cit., p. 1148; B. QUATRARO e F. DIMUNDO, *La verifica dei crediti nelle procedure concorsuali. Contratti bancari, parabancari e del*

prototipo dei contratti di finanziamento, ossia il mutuo, è tale solo in astratto: investe cioè il tipo contrattuale di cui agli artt. 1813 ss. In concreto, invece, la singola fattispecie ha una causa ben definita: onerosa o gratuita, a seconda delle scelte dell'autonomia negoziale. La gratuità sussiste se le parti hanno espressamente escluso la debenza degli interessi; negli altri casi, stante la presunzione di cui all'art. 1815, comma 1, c.c., la causa del contratto è onerosa e si pone solamente un problema di quantificazione della prestazione corrispettiva accessoria: si applica il saggio convenzionalmente pattuito; ovvero quello legale laddove i contraenti si siano limitati a tacere sul punto, nonché, a mo' di sanzione, quando non siano stati osservati i requisiti di forma nei casi prescritti dalla legge.

Soltanto se oneroso il mutuo viene qualificato, nonostante le difficoltà interpretative³⁹⁹, come un contratto a prestazioni corrispettive; il mutuo gratuito, al contrario, resta al di fuori di tale categoria⁴⁰⁰.

In base a una tradizionale impostazione, d'altro canto, il sinallagma del mutuo feneratizio non deriverebbe dal trasferimento della proprietà del denaro (o, più precisamente, dalla consegna nei casi mutuo reale) e dalla correlativa restituzione, poiché tra le prestazioni correrebbe un rapporto di mera corrispondenza, inidoneo a penetrare la causa del contratto⁴⁰¹.

Deve concedersi che l'asserzione della totale irrilevanza causale di quegli elementi strutturali possa essere ridimensionata se si considera che essi esplicano un'influenza sul concreto assetto di interessi perseguito dai paciscenti⁴⁰², essendo l'effetto traslativo l'unico

mercato finanziario, Milano, 2011, p. 340; F. CARINGELLA e G. DE MARZO, *Manuale di diritto civile*, III, Il contratto, Milano, 2008, p. 671.

³⁹⁹ Il codice civile del 1942, introducendo la nozione di contratto a prestazioni corrispettive, sembra disconoscere la categoria dogmatica dei contratti bilaterali, a cui faceva riferimento il codice previgente. Sull'effettiva valenza di tale innovazione si registra un dibattito in dottrina, posto che secondo alcuni avrebbe una portata solo semantica, mentre altri ne affermano l'efficacia precettiva. Sul punto, in luogo di altri, cfr. G. SCALFI, *Corrispettività*, cit., p. 6 ss.

⁴⁰⁰ V., *ex multis*, M. FRAGALI, *o.m.c.*, p. 9.

⁴⁰¹ L'esclusione di un nesso sinallagmatico tra consegna e restituzione è uno degli argomenti su cui si basa la teoria dello scambio, sviluppata da una parte della dottrina nel processo di teorizzazione della categoria dei contratti di credito. Contro tale impostazione si vedano, oltre alle critiche già menzionate nel cap. I, § 4, quelle di E. SIMONETTO, *I contratti*, cit., p. 30 ss., anche quelle di: A. DALMARTELLO, *Appunti*, cit., p. 844 ss.; G. GIAMPICCOLO, *Comodato e mutuo*, cit., p. 47; U. TETI, *Il mutuo*, cit., p. 679; A. LUMINOSO, *I contratti*, cit., p. 679; L. NIVARRA e G.W. ROMAGNO, *Il mutuo*, Milano, 2000, p. 86.

⁴⁰² La peculiarità del credito nell'ambito della categoria del finanziamento, come si è esposto nel cap. I, § 6, poggia sulle diverse modalità con cui il congegno trasferimento-restituzione viene attuato, le quali sono influenzate, a loro a volta, dalla natura del bene che forma oggetto dell'operazione.

modo per realizzare il fine contrattuale⁴⁰³. Risulta incontrovertibile, cionondimeno, che la restituzione non sia la controprestazione dell'effetto reale, ma un'obbligazione funzionale al perseguimento di un programma negoziale in cui l'attribuzione dei beni ha il connotato della provvisorietà⁴⁰⁴.

Accingendoci a verificare se gli interessi negativi, alla prova della causa di finanziamento, possano considerarsi legittimi o meno, è d'uopo segnalare la presenza di posizioni divergenti sulla stessa nozione di corrispettività, come emerge da quelle tesi che ne hanno variamente ravvisato l'essenza nel nesso di interdipendenza⁴⁰⁵, in quello di reciprocità⁴⁰⁶ ovvero in una precipua indicazione di carattere normativo⁴⁰⁷.

In chiave di composizione dei prefati indirizzi, la moderna dottrina ha precisato che l'interdipendenza è soltanto un effetto che discende, in via peraltro non esclusiva, dalla corrispettività, la cui essenza è da individuarsi in una combinazione dei caratteri di reciprocità e onerosità in capo alle prestazioni contrattuali⁴⁰⁸.

Nel mutuo feneratizio l'attribuzione della disponibilità economica e l'obbligo di pagamento degli interessi costituiscono l'una il corrispettivo dell'altra. In questo senso l'interesse

⁴⁰³ L'opinione, autorevolmente espressa da P.L. FAUSTI, *Il mutuo*, cit., p. 45 ss. e 56 ss., è certamente condivisibile nella misura in cui sembra evocare una relativa permeabilità della causa alle istanze che emergono dal contenuto strutturale del contratto. Tuttavia, anche in virtù della crescente rilevanza acquisita dalle fattispecie di mutuo consensuale, appare meno convincente la costatazione per cui la consegna sarebbe «la vera ragione esistenziale del contratto, l'essenza della sua funzione socio-economica-individuale».

⁴⁰⁴ A. DALMARTELLO, *o.u.c.*, p. 842 ss.; F. CARRESI, *Il comodato*, cit., p. 124; A. LUMINOSO, *o.c.*, p. 706 ss.; R. TETI, *Il mutuo*, cit., p. 683; P.M. VECCHI, *Il contratto*, in V. CUFFARO, *Il mutuo e le altre operazioni di finanziamento*, Bologna, 2009, p. 25.

⁴⁰⁵ Tale relazione è stata a sua volta riferita al piano dell'efficacia da F. MESSINEO, *Contratto (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 910 e al piano del risultato da M. ALLARA, *La vendita*, Torino, 1958, p. 67.

⁴⁰⁶ G. SCALFI, *o.u.c.*, p. 17 ss.

⁴⁰⁷ A. PINO, *Il contratto*, cit., p. 145.

⁴⁰⁸ C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., pp. 443 ss., per il quale «l'interdipendenza esprime in generale il condizionamento di una prestazione all'altra». Sulla base dell'interdipendenza – avverte l'a. – si suole distinguere tra: sinallagma genetico, che rileva nel caso di impossibilità iniziale di una prestazione, che è causa di nullità del contratto; e sinallagma funzionale, che indica il nesso tra prestazioni interdipendenti in corso di esecuzione del contratto e la cui frustrazione può giustificare l'esperimento dell'eccezione di inadempimento (art. 1460 c.c.) quando l'altra parte non esegue la propria prestazione ovvero la risoluzione in caso di impossibilità sopravvenuta non imputabile alle parti (artt. 1463 ss. c.c.) o in caso di inadempimento (artt. 1453 ss. c.c.). Concepita l'interdipendenza come una conseguenza della corrispettività, quest'ultima viene definita dall'insegnamento in questione come «il rapporto di reciproca remunerazione delle prestazioni contrattuali».

remunera il sacrificio del mutuante⁴⁰⁹ ed è ascrivibile alla categoria dei «frutti civili»⁴¹⁰. Sul piano normativo tale qualificazione si traduce nella previsione del diritto del mutuante di chiedere la risoluzione del contratto se il mutuatario non adempie all'obbligo di pagamento degli interessi (art. 1820 c.c.)⁴¹¹.

Poiché la sussistenza di un obbligo di interessi consente di qualificare qualsiasi finanziamento, e non solo il mutuo, come contratto oneroso e a prestazioni corrispettive, la norma in argomento opera nei confronti di tutti i negozi con causa di finanziamento⁴¹². Del resto, si è già avuto modo di notare che, sebbene manchi nel nostro ordinamento uno statuto normativo specifico per i contratti in esame, le norme del tipo «mutuo» sono applicabili ad essi analogicamente e/o estensivamente⁴¹³.

Alla luce di quanto sinora esposto si comprende che la peculiare funzione svolta dalle usure nei contratti di finanziamento osta all'accoglimento della concezione che ritiene priva di pregnanza funzionale la categoria degli interessi⁴¹⁴. Le parti, quand'anche introducano nel contratto una clausola di tasso variabile, assegnano una dimensione onerosa al contratto e imprimono ad esso una precisa connotazione causale (la corrispettività) che dipende, a catena, dalla natura di «frutto» dell'interesse prescelto⁴¹⁵. Pertanto, se è vero che nel sistema sono disciplinati interessi diversi da quelli corrispettivi (*i.e.* quelli moratori), è altrettanto vero che

⁴⁰⁹ Ciò a prescindere dalle peculiari concezioni sulla natura del mutuo: indipendentemente dall'accoglimento della teoria che individua la causa nella retribuzione del differimento (E. SIMONETTO, *o.u.c.*, p. 31 ss.) ovvero di quella che reputa che la funzione contrattuale sia quella di prestito (di quantità), cioè la concessione della disponibilità (materiale) delle cose mutate (G. GIAMPICCOLO, *o.u.c.*, p. 45 ss.), la prestazione degli interessi deve considerarsi in ogni caso preordinata a compensare il sacrificio che il mutuante deve sopportare.

⁴¹⁰ Nello stesso senso, ma presupponendo che gli interessi remunerino non la concessione di disponibilità ma il differimento, G. TANTINI, *Interessi in generale, interessi ultralegali, e forma della clausola di interessi*, in E. SIMONETTO, G. TANTINI e E. MASCHIO, *Gli interessi*, cit., p. 121 ss., spec. p. 124 s.

⁴¹¹ La norma è apparsa ai più ricognitiva di un principio che avrebbe operato comunque, perché connesso alla natura corrispettiva di qualsivoglia contratto (*v.*, per tutti, L. NIVARRA e G.W. ROMAGNO, *o.c.*, p. 363 e dottrina *ivi* citata).

⁴¹² Si consideri, *mutatis mutandis*, che non tutte le operazioni di finanziamento sono qualificate dal trasferimento della proprietà nei confronti del finanziato. Come già rammentato, però, questo non esclude la loro riconducibilità nel *genus* «finanziamento», quando il congegno di concessione-restituzione emerga dal complesso degli atti posti in essere dalle parti (*cfr.* cap. I, §§ 4 e 6).

⁴¹³ La medesima soluzione era stata elaborata per i contratti di credito da A. GALASSO, *Contratti di credito*, cit., p. 42 ss. e accolta favorevolmente da una pleora di studiosi: per tutti, G. SENA, *Contratti di credito*, cit., p. 503 ss. e O.T. SCOZZAFAVA, *Gli interessi dei capitali*, Milano, 2001, p. 138.

⁴¹⁴ Si allude al convincimento di A. GENTILI, *Le clausole di determinazione*, cit., pp. 498 e 508-509.

⁴¹⁵ Per tutti, G. TANTINI, *o.c.*, p. 126; O.T. SCOZZAFAVA, *o.c.*, p. 134 ss.

nel singolo contratto la debenza di frutti civili non può che essere unidirezionale, perché univoca è la funzione ad essi assegnata dall'ordinamento: la remunerazione di una disponibilità economica.

L'eventuale debenza di interessi (negativi) da parte di chi concede la disponibilità dei beni frustrerebbe, pertanto, il sinallagma inizialmente divisato dai contraenti, introducendo un elemento avulso dalla logica di corrispettività che governa il concreto rapporto contrattuale.

Né indicazioni di segno contrario, infine, possono ricavarsi dalla circostanza per cui il mutuo potrebbe essere talvolta oneroso per il creditore (mutuante), come riconosciuto dalla stessa riflessione dogmatica che per prima ha compiutamente constatato il ruolo che gli interessi (corrispettivi) assumono nella configurazione causale del rapporto di credito⁴¹⁶. Quell'ipotesi, infatti, è stata teorizzata rispetto agli interessi «lordi», tra cui quelli effettivi, e non anche con riguardo a quelli «netti», cioè nominali⁴¹⁷: la sua rilevanza nello studio dei contratti di finanziamento si esplica perciò non sul piano della causa ma su quello dell'allocazione degli eventuali vantaggi che discendono dal contratto in termini prettamente economici.

⁴¹⁶ Richiamando quella tradizionale dottrina, A. GENTILI, *o.c.*, p. 25 evidenzia che «nell'attività bancaria e finanziaria l'interesse è definito dalle sue funzioni di *premio del rischio*, di copertura del *costo della raccolta* bancaria, di recupero dei *costi di gestione*, di rimedio all'incidenza del *carico fiscale*, di riflesso della *scarsità di capitale*» (i corsivi sono dell'a.).

⁴¹⁷ Cfr E. SIMONETTO, *L'interesse*, cit., p. 67 ss. e nota 25. Con particolare riferimento al tasso legale di cui all'art. 1284 c.c. questa dottrina ritiene che non sia in esso ricompreso alcun coefficiente diverso da quello dell'interesse in senso stretto, con ciò contraddicendo consapevolmente quanto in precedenza affermato dalla stessa – «senza considerazione specifica del punto» – nel 1953 (cioè in ID, *I contratti*, cit., p. 266 ss.). Cfr. anche G. TANTINI, *o.c.*, p. 135, il quale si esprime nei seguenti termini: «[i]l fatto che per il principio nominalistico nel mutuo il rischio dell'aumento di valore del capitale mutuato sia a carico del mutuatario, ed a carico del mutuante quello della diminuzione (per cui il debito di restituzione non è un debito di valore), non toglie che l'interesse sia concretamente calcolato tenendo conto della perdita di potere d'acquisto della moneta. Non è da dubitare tuttavia che tali coefficienti abbiano *natura di indennità e quindi carattere prevalentemente restitutorio, ben diverso dal corrispettivo del godimento del capitale*, e questa diversa struttura tecnico-giuridica rimane anche quando vengono conglobati nell'interesse» (corsivi aggiunti).

5.2. *Interessi negativi e alea (in senso economico) dei contratti di finanziamento onerosi.*

Il mutuo e in generale i contratti di finanziamento sono caratterizzati da un'alea normale⁴¹⁸: l'attività creditizia, com'è noto, implica dei rischi che di solito si traducono nella previsione di alcuni coefficienti che incrementano il tasso finale⁴¹⁹. L'esclusione dei crediti dalla classe dei contratti aleatori, d'altra parte, è sostenuta anche da chi ravvisa nel pericolo di mancata restituzione un «extrarischio» del tutto sproporzionato rispetto alla causa contrattuale⁴²⁰.

I fattori di rischio⁴²¹ a cui è naturalmente esposta l'operazione non consentono, in altre parole, di ravvisare in essa un'alea in senso giuridico⁴²².

Ciò comunque non esclude che nei contratti di credito possano essere introdotti degli elementi tali da snaturare la causa di finanziamento, rendendo imprevedibili i vantaggi e gli svantaggi che le parti ricavano nel corso del rapporto: il contratto sarebbe in quel caso aleatorio⁴²³. Il peculiare atteggiamento causale dei contratti di finanziamento, oltre alla

⁴¹⁸ Sul significato di alea normale, nonché sulle ragioni della sua esclusione dalla nozione di alea in senso tecnico, v., tra i tanti, A. BOSELLI, *Alea*, cit., pp. 475-476 e G. DI GIANDOMENICO, *Il contratto e l'alea*, Padova, 1987, p. 77, secondo il quale «l'alea normale è economica, estrinseca alla fattispecie, eventuale (l'alea giuridica è sempre necessaria in quanto l'evento voluto deve sempre realizzarsi o mancare), può essere estesa o allargata convenzionalmente, senza con questo penetrare comunque nella causa, non è elemento essenziale della fattispecie ma rileva soltanto come presupposto dell'azione di risoluzione per eccessiva onerosità».

Dall'esame della giurisprudenza pare che tendenzialmente il finanziamento non muti la propria causa in presenza di una mera indicizzazione. Cfr. Cass., 22 febbraio 2021, n. 4659, in *www.dejure.it*, secondo cui «le clausole di indicizzazione, lungi dal poter essere ricostruite come autonome ed aventi causa propria, si pongono come «normali clausole di un rapporto finanziario acceso in divisa estera (e quindi collegato al cambio tra le due valute) a tassi variabili»».

⁴¹⁹ Tali coefficienti sono normalmente intesi a neutralizzare i fattori perturbativi che potrebbero insinuarsi nel rapporto creditizio, come il pericolo di inflazione o deflazione, l'instabilità dei mercati, il rischio di insolvenza del debitore, le spese di gestione dell'attività creditizia, specie se esercitata in maniera professionale, ovvero la restituzione del capitale a rate anziché in unica soluzione. L'esemplificazione è di E. SIMONETTO, *I contratti*, cit., p. 265 ss.

⁴²⁰ Giova segnalare che secondo E. SIMONETTO, *Mutuo*, cit., p. 9 ss. e ID., *I contratti*, cit., p. 266 ss., gli elementi di aleatorietà dei contratti di credito sono quelli presenti in tutti i contratti commutativi a esecuzione continuata o differita, con la differenza che nei contratti di credito tali fattori di rischio incidono «assai più gravemente» sull'equilibrio negoziale.

⁴²¹ L'equivalenza sul piano semantico dei concetti di alea e rischio è attestata da R. NICOLÒ, *Alea*, cit., p. 1025.

⁴²² Sull'estraneità dell'alea alla causa del mutuo v. A. BOSELLI, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, Torino, 1952, p. 171 ss. e A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, pp. 175-176.

⁴²³ Oltre all'ipotesi dell'introduzione di componenti derivative (cfr. cap. 2, § 4), viene addotto da E. SIMONETTO, *o.u.c.*, p. 9 l'esempio dei contratti di finanziamento di affari o imprese rischiose, ove il finanziatore partecipi al rischio insito nella stessa operazione o attività. In quest'ipotesi si ritiene giustificata «una elevazione notevole della remunerazione del finanziatore che corre l'alea, prevista e immanente nel negozio di

configurazione tipologica del mutuo e degli altri contratti di credito tipici, escludono comunque una loro ipotetica qualificazione come contratti naturalmente aleatori, potendosi al più discorrere di aleatorietà per volontà delle parti⁴²⁴.

In un differente prospettiva l'autonomia convenzionale gioca un ruolo meno impegnativo, limitandosi ad estendere, a carico di una delle parti, l'alea normale, senza che si abbia una trasformazione causale del contratto⁴²⁵. Mentre in talune ipotesi la marginale componente aleatoria investe la modalità della prestazione o un elemento della situazione contrattuale, in altri casi il rischio incide in modo più pregnante sull'oggetto contrattuale, come quando al sinallagma contrattuale sia stato attribuito il carattere dell'incertezza, perché lo scambio si attua non tra due prestazioni certe, ma tra una prestazione certa e un'altra che è incerta nel *quantum* o persino nell'*an*: il che denota un apparentamento tra una simile fattispecie e le figure aleatorie, pur restando la prima di tipo commutativo, dal momento che l'alea è qui concepita come un momento eventuale della funzione del contratto⁴²⁶.

A prescindere che l'alea sia essenziale ovvero vi sia l'introduzione di una componente aleatoria non causale nel contratto, sembra inappuntabile che tali peculiari connotazioni negoziali, specie se introdotte in una struttura formale tipicamente commutativa⁴²⁷, debbano essere il frutto di un apposito patto di assunzione del rischio⁴²⁸. Se la scelta di un determinato schema contrattuale è indice della peculiare allocazione dei rischi voluta dai contraenti⁴²⁹, del

finanziamento, di una cattiva riuscita dell'affare a cui il finanziatore *lato sensu* «partecipa», andando incontro a esso in maniera causalmente rilevante e quindi con stipulazione di un contratto aleatorio».

⁴²⁴ Tra i molti, R. NICOLÒ, *o.u.c.*, pp. 1029-1030.

⁴²⁵ V. E. GABRIELLI, *Alea*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 2000, pp. 2-3 e R. NICOLÒ, *o.u.c.*, p. 1027, il quale soggiunge che l'alea normale costituisce il limite preclusivo di ogni protezione avente come parametro di riferimento la maggiore onerosità sopravvenuta della prestazione di una delle parti.

⁴²⁶ In via esemplificativa R. NICOLÒ, *o.u.c.*, p. 1028 prende in considerazione il caso del venditore che escluda la garanzia per l'evizione (art. 1488 c.c.). In tal caso la vendita non diverrebbe per ciò solo un contratto aleatorio: l'alea, pur incidendo sull'oggetto del contratto, rimane un elemento eventuale, atteso che il rischio giuridico dell'evizione può *ab origine* non esistere affatto.

⁴²⁷ La scelta di un determinato schema tipologico è criterio di selezione e di amministrazione del rischio contrattuale (cfr. E. GABRIELLI, *Tipo contrattuale*, in *Enc. giur.*, VIII agg., Roma, 2000, p. 1 ss., spec. p. 9).

⁴²⁸ In relazione all'essentialità originaria dell'alea, R. NICOLÒ, *o.u.c.*, p. 1030 precisa che questa debba costituire «il risultato di una consapevole rappresentazione e di una precisa volizione delle parti». In generale può notarsi che la necessità di un'apposita pattuizione è implicita nel concetto di inserzione dell'elemento aleatorio nei contratti, anche se commutativi. Al patto di assunzione del rischio, del resto, si riferisce esplicitamente E. GABRIELLI, *o.u.c.*, p. 2.

⁴²⁹ E. GABRIELLI, *o.u.c.*, p. 1 ss.

resto, l'introduzione di un elemento di rischio eccedente l'alea normale non può formare oggetto di presunzioni.

Non pare potersi accedere, per quanto sopra esposto, all'opinione secondo cui la scelta dell'indicizzazione da parte dell'autonomia privata implichi, in seno ai contratti di finanziamento, l'accettazione del rischio di un'inversione dell'interesse⁴³⁰. Una simile circostanza non può evincersi dalla mera indicizzazione del tasso variabile all'Euribor: essa non poteva essere prevista da chi abbia stipulato il contratto prima del *financial upside-down*, se non nell'immediatezza dell'avvicinarsi dell'evento⁴³¹, e non è perciò riconducibile nell'alea normale del contratto⁴³².

Il rinvio a fattori estrinseci per la determinabilità dell'oggetto, d'altra parte, in tanto è ammessa in quanto permanga la sua compatibilità con la funzione del contratto⁴³³. Sicché la *index clause* potrà determinare la variabilità del tasso fintantoché questa non contrasti con la causa di finanziamento, che è quella assegnata all'atto al momento della sua conclusione. Poiché la causa non può mutare nel corso del rapporto⁴³⁴, l'interessato avrà la facoltà di reagire all'eventualità che un contratto *ab origine* corrispettivo, commutativo e oneroso possa – in corso d'esecuzione e per effetto dell'indicizzazione – divenire non solo gratuito, poiché il finanziato non sarebbe più tenuto a corrispondere la propria controprestazione di interessi, ma persino ulteriormente gravoso per il finanziatore, dato che questi si troverebbe a

⁴³⁰ A. GENTILI, *o.c.*, p. 508.

⁴³¹ La discesa sotto lo zero dei tassi di finanziamento indicizzati all'Euribor poteva essere prevista, poco prima del suo verificarsi, analizzando il progressivo andamento decrescente dell'indicatore finanziario stesso. Non sembra si possa obiettare, invece, che le conseguenze sui contratti di finanziamento nell'Eurozona potessero essere preconizzate a partire dalla decisione di alcune banche centrali operanti in stati in cui ha corso legale una moneta diversa dall'euro. Da quelle prime decisioni, limitate a determinati ambiti statuali, non poteva certo prevedersi, secondo un canone di ragionevolezza, che il fenomeno avrebbe assunto una dimensione europea o globale.

⁴³² La complementarità che lega il concetto di alea normale a quelli di imprevedibilità e straordinarietà della sopravvenienza onerosa è riconosciuta, nell'ambito di operatività della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, da P. MAIELLO, *Art. 1468*, in *Comm. c.c.* Cendon, IV, Torino, 1991, pp. 863-864.

⁴³³ E. GABRIELLI, *Art. 1346*, in *Comm. c.c.* Gabrielli, Milano, 2011, pp. 765-766; ID., *L'oggetto del contratto*, 2^a ed., in *Comm. c.c.* Schlesinger e Busnelli, Milano, 2015, p. 140.

⁴³⁴ Tanto è vero che l'ordinamento non solo reagisce al suo vizio genetico prevedendo il rimedio della nullità, ma offre una tutela (la risoluzione) anche in caso di difetto funzionale, che si verifica quando essa, pur esistente *ab origine*, venga intaccata o dissolta successivamente (V. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 372-373).

sopportare un doppio sacrificio: uno derivante dall'essersi privato per un certo periodo di un capitale; l'altro legato al rischio di corrispondere gli interessi negativi.

L'eventualità che sia il sovventore a dover corrispondere una somma, oltre a presentare profili di attrito con la nozione di corrispettività dell'interesse, introdurrebbe nel contratto una dilatazione dell'alea in contrasto con la distribuzione iniziale dei rischi connaturata alla causa di finanziamento⁴³⁵⁴³⁶. Quest'ultima, in base alla sua tradizionale configurazione, non tollera che per effetto di sopravvenienze possa essere compromesso – sia pur parzialmente – il diritto al rimborso del prestito⁴³⁷, come accadrebbe se per effetto di compensazioni tra somme⁴³⁸ il mutuante ottenesse rate non solo prive della quota degli interessi, ma altresì erose nella quota capitale⁴³⁹.

Quando dal contesto specifico in cui il contratto è sorto, invece, risulti che le parti abbiano accettato il rischio di diminuzione, sia pur parziale, del valore nominale del rimborso, si aprono spiragli per diverse considerazioni (v. *infra*).

⁴³⁵ L'estensione dell'alea, infatti, pur non determinando necessariamente un mutamento della causa contrattuale da commutativa ad aleatoria, è tale incidere sulla causa in concreto perseguita dai contraenti, sebbene questa resti, in via prevalente, di finanziamento.

⁴³⁶ Conclude per l'inammissibilità dei tassi negativi, pur operando da una prospettiva diversa da quella che fa leva sugli aspetti aleatori del contratto, anche C. COLOMBO, *Gli interessi*, cit., p. 658, il quale richiama l'idea di una «pregressa normalità» della configurazione tipologica del mutuo, che emerge, in particolare, dalla Relazione al codice civile (n. 735), ove il pagamento degli interessi viene concepito quale oggetto dell'obbligazione che grava univocamente sul mutuatario.

⁴³⁷ L'obbligo di restituzione, che secondo la dottrina maggioritaria ha natura non corrispettiva ma di «reintegrazione» (cfr., *ex pluribus*, P.L. FAUSTI, *Il mutuo*, cit., p. 65), costituisce un effetto «naturale» del mutuo e delimita il sacrificio che la parte destinataria sopporta col contratto (V. ROPPO, *o.c.*, p. 435).

⁴³⁸ Ammessa per mera ipotesi di ragionamento la debenza da parte del mutuante di interessi negativi, questi consisterebbero in una quantità di cose fungibili dello stesso genere di quelle che formano oggetto dell'obbligazione rateale del mutuatario, nonché ugualmente liquidi ed esigibili, con la conseguenza che tra le due obbligazioni potrebbe operare la compensazione legale (art. 1242, comma 1, c.c.).

⁴³⁹ Ma si noti che C. BRESCIA MORRA, *Finanziamento*, cit., p. 113 precisa che una simile connotazione dell'obbligo restitutorio riguarda la struttura dei contratti di credito astrattamente contrapposta agli strumenti finanziari partecipativi.

5.3. *Interessi negativi e ordinamento bancario.*

Non sempre convincenti appaiono gli argomenti, sovente prospettati a sostegno della tesi dell'inammissibilità, secondo i quali gli interessi negativi contrasterebbero con taluni fondamenti dell'ordinamento bancario.

Non sembra da condividersi, anzitutto, l'idea che l'incompatibilità dei tassi negativi possa essere desunta dalla stessa natura imprenditoriale della banca⁴⁴⁰. Valgano, al riguardo, le già menzionate critiche, da altri espresse⁴⁴¹, che vengono qui condivise e su cui, pertanto, non pare opportuno indugiare oltre.

Merita un breve cenno, in questa sede, l'argomento secondo cui un ostacolo alla configurabilità dei tassi negativi sarebbe individuabile nella tradizionale distinzione tra operazioni bancarie c.d. attive e quelle c.d. passive⁴⁴².

Una simile differenziazione⁴⁴³, fondata sull'art. 10 t.u.b., rappresenta il nucleo⁴⁴⁴ del fenomeno bancario e possiede una pregnanza giuridica nella misura in cui il legislatore riconduce ad essa trattamenti normativi diversificati. Questa iniziale affermazione va però circoscritta e ulteriormente precisata: non sembra, infatti, che i tratti distintivi tra la raccolta del risparmio da una parte e l'esercizio del credito dall'altra conducano necessariamente ad affermare che la banca debba sempre e comunque corrispondere gli interessi c.d. passivi nel primo caso e ricevere quelli c.d. attivi nel secondo. Che ciò accada normalmente, nella prassi, è indubbio; ma, come limpidamente affermato dalla dottrina più attenta, l'individuazione dell'attività bancaria operata dal legislatore «non ha valenza giuridico-privatistica specifica»⁴⁴⁵.

⁴⁴⁰ Si vedano le opinioni espresse, con diversa sfumatura di accenti, da M. SCIUTO e U. MORERA, *o.c.*, p. 748; M. RUGGI e G. SETTANNI, *Recenti problematiche*, cit., p. 124 e G. SETTANNI, *Loans*, cit., pp. 706-707.

⁴⁴¹ Cfr. A. DOLMETTA, *Tasso variabile*, cit., p. 3 e A. GENTILI, *o.c.*, p. 509.

⁴⁴² Cfr. C. COLOMBO, *o.u.c.*, p. 658.

⁴⁴³ Si veda lo schema illustrativo proposto da M. BORRONI e M. ORIANI, *Le operazioni bancarie*, Bologna, 1997, p. 23, che mette in relazione le varie operazioni bancarie ai corrispondenti contributi al conto economico: alla raccolta bancaria corrispondono gli interessi passivi; ai crediti per cassa, gli interessi attivi; ai crediti di firma e ai servizi bancari, i ricavi da commissioni.

⁴⁴⁴ Non si può sostenere, invece, che l'attività di rilascio del credito e raccolta del risparmio esauriscano la dinamica dell'impresa bancaria, che è essenzialmente «attività di organizzazione e coordinamento, strutturale e funzionale, delle operazioni di raccolta e di erogazione» (cfr. P. FERRO-LUZZI, *Lezioni di diritto bancario*, cit., p. 97 ss.).

⁴⁴⁵ P. FERRO-LUZZI, *o.u.c.* p. 91 ss. mette peraltro in evidenza come le espressioni «esercizio del credito» e «raccolta del risparmio» siano utilizzate in modo atecnico. La raccolta del risparmio forma oggetto di una specifica disciplina nell'art. 11 t.u.b., ove si specifica che l'acquisizione dei fondi debba avvenire «con obbligo di rimborso». La parola «obbligo» è qui l'unica ad avere un significato giuridico, mentre il «rimborso» non «viene riferit[o]

Ciò detto, è appena il caso di rammentare che il mutuo è un contratto naturalmente oneroso anche quando vi partecipi una banca e che esso è il prototipo dei contratti bancari attivi⁴⁴⁶. La naturale onerosità, peraltro, è stata rilevata da parte della dottrina anche nell'ambito del paradigma dei contratti bancari passivi, cioè il deposito bancario, in cui l'intermediario è normalmente tenuto a versare gli interessi c.d. passivi al depositante⁴⁴⁷. Tali interessi, malgrado il *nomen iuris* legato alla natura di voce di costo per l'intermediario, sono espressi in valori positivi; sicché un'eventuale inversione del tasso – in forza del quale il depositante si trovasse a dover corrispondere interessi all'ente depositario – desterebbe il sospetto di una compromissione delle finalità di cui all'art. 1834 c.c., che pone un obbligo di restituzione del *tantundem* da parte del depositario⁴⁴⁸.

Esatte queste premesse, derivano anche nei confronti dei contratti attivi e dei depositi bancari le implicazioni già viste con riferimento ai casi in cui il carattere oneroso sia posseduto dai contratti di finanziamento in generale⁴⁴⁹. L'incompatibilità degli interessi negativi promana, in sintesi, dal carattere naturalmente oneroso dell'atto (in specie, di finanziamento) più che dalla distinzione tra operazioni attive e passive in sé.

all'obbligo primario del debitore di pagare il debito, ma all'obbligo di restituire spese che un soggetto abbia fatto per conto o nell'interesse di un altro». Cfr. anche ID., *L'attività bancaria*, in P. FERRO-LUZZI E G. CASTALDI (a cura di), *La nuova legge bancaria*, cit., I, Milano, 1996, p. 209 ss. e ID., *Attività bancaria e attività delle banche*, in *Banca, impr., soc.*, 1996, I, p. 3 ss.

A ulteriore conferma di quanto sopra, può evidenziarsi come il Comitato Interministeriale per il Credito ed il Risparmio, con delibera del 19 luglio 2015 (richiamata da R. COSTI, *L'ordinamento*, cit., p. 209), abbia previsto che «i tempi e l'entità del rimborso possono essere condizionati da clausole di postergazione o dipendere da parametri oggettivi, compresi quelli rapportati all'andamento economico dell'impresa o dell'affare in relazione ai quali i fondi sono stati acquisiti».

⁴⁴⁶ V. G.O. MANNELLA e G.C. PLATANIA, *Il prestito vitalizio ipotecario*, Milano, 2015, p. 84 ss.

⁴⁴⁷ A. FIORENTINO, *Conto corrente. Contratti bancari*, 2^a ed., in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1969, p. 45 e nota 4 (*ivi* anche i riferimenti bibliografici della tesi contraria).

⁴⁴⁸ Per F. CRISCUOLO e S. MAZZOTTA, *o.c.*, p. 1054 l'obbligo di corrispondere gli interessi nel deposito bancario discende non soltanto dall'applicazione dell'art. 1815 c.c. ma anche dall'art. 117 t.u.b., in ragione del quale il saggio deve essere indicato nel contratto, il quale dovrà altresì indicare le condizioni economiche dello stesso, dovendosi in difetto applicare, quanto agli interessi, il comma 7, lett. a) della disposizione citata, che prevede l'applicazione del «tasso nominale [...] massimo [...] dei buoni ordinari del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministro dell'economia e delle finanze, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, emessi nei dodici mesi precedenti lo svolgimento dell'operazione».

⁴⁴⁹ F. CIVALE, *o.c.*, p. 4 puntualizza che anche nel deposito bancario gli interessi sono frutti civili del capitale.

Di maggiore consistenza, comunque, appare il richiamo al principio di sana e prudente gestione dell'impresa, presidiato da una compiuta disciplina settoriale⁴⁵⁰ e dall'attività di vigilanza delle autorità di settore⁴⁵¹. A tacer d'altro, l'impegno della banca di assicurare la disponibilità di somme di denaro⁴⁵², che postula il rispetto di determinati requisiti patrimoniali da parte delle stesse, qualifica funzionalmente i contratti bancari⁴⁵³.

In relazione ai contratti di finanziamento bancari, pertanto, l'eventualità che l'intermediario si trovi oberato del pagamento di interessi negativi desta perplessità persino maggiori, considerato che la remuneratività delle operazioni attive è non soltanto un aspetto normale o naturale della dinamica bancaria, ma anche il prodotto di un'esigenza di standardizzazione degli schemi contrattuali che «traducono un vero e proprio potere normativo d'impresa, il cui complessivo carattere derogatorio della normativa codicistica è in funzione di un'intensa tutela degli interessi di settore oltre che di delimitazione del rischio di impresa»⁴⁵⁴.

6. *Ammissibilità in astratto dell'inversione del tasso di interesse.*

Alla luce di quanto sin qui esposto, si evince che i tassi negativi, introducendo una componente aleatoria avulsa dalla funzione di finanziamento, non possono considerarsi un effetto naturale della clausola del tasso stabilito *per relationem*, ma potrebbero reputarsi ammissibili, quantomeno in astratto, soltanto se contemplati da un'espressa dichiarazione di volontà in tal senso. Tale rigorosa conclusione postula naturalmente che la volontà originaria delle parti sia diretta a conformare l'assetto dei reciproci interessi verso la realizzazione di uno scopo di «puro finanziamento», intendendosi con tale espressione l'ipotesi (tradizionale) in cui

⁴⁵⁰ Si veda in particolare la Circolare della Banca d'Italia del 17 dicembre 2013, n. 185, contenente le Disposizioni di vigilanza per le banche.

⁴⁵¹ V. R. FORMISANI, *Art. 5*, in *Comm. t.u.b.* Costi e Vella, Milano, 2019, p. 5 ss.

⁴⁵² Tale impegno sussiste tanto nel caso di operazioni di raccolta, quanto nell'ambito della concessione di disponibilità monetarie: come evidenziato da F. GIORGIANNI e C.M. TARDIVO, *Diritto bancario. Banche, contratti e titoli bancari*, Milano, 2006, p. 369 ss., la banca «dovrà assicurare la disponibilità delle somme tanto ai depositanti che agli affidati, senza nel contempo compromettere un'adeguata remunerazione del capitale (come ad es. tramite drastiche richieste di rimborso dei fidi), evitando quei dissesti dannosi, oltre che ai propri azionisti, principalmente ai propri creditori».

⁴⁵³ Con riferimento al contratto di assicurazione, è stata riconosciuta l'incidenza sulla causa dell'obbligo di solvibilità dell'impresa assicuratrice, derivante dal rispetto delle regole di una sana e prudente gestione finanziaria, da P. CORRIAS, *Il contratto di assicurazione. Profili funzionali e strutturali*, Napoli, 2016, p. 78.

⁴⁵⁴ F. ALCARO, *Contratti bancari*, in *Enc. giur.*, VIII, Roma, 1988, p. 2.

il compiuto rimborso delle somme sia valutato come imprescindibile nello schema giuridico dell'operazione: ciò che normalmente si verificava, per l'appunto, prima dell'inversione del coefficiente Euribor.

In chiave di relativizzazione dei suddetti risultati interpretativi può ora ipotizzarsi che la clausola di indicizzazione implichi l'ammissibilità degli interessi negativi con riferimento ai contratti di finanziamento stipulati in un momento successivo al capovolgimento dei tassi nel mercato interbancario. La clausola di adeguamento all'Euribor, quando l'inversione del parametro finanziario rappresenta uno scenario noto o prevedibile, potrebbe essere quindi interpretata come volontà delle parti di accettare l'eventuale pagamento di «interessi negativi».

Le parti resterebbero ovviamente libere di escludere una siffatta eventualità. Il che si potrebbe verificare quando esse – consapevoli dell'eventualità del mutamento di segno del tasso finale degli interessi – abbiano ad esempio introdotto una clausola *floor*. Quest'ultima potrà essere sia pari a zero che maggiore di zero a seconda rispettivamente che si sia voluto semplicemente garantire in ogni caso la restituzione del capitale⁴⁵⁵ oppure anche un certo margine di redditività per il mutuante.

Al di là di simili esclusioni, però, la scelta delle parti di prevedere una clausola di indicizzazione potrebbe indurre – nel vigore delle prefate politiche monetarie e dei conseguenti scenari di mercato – un mutamento dei profili di rischio non connotati alla tradizionale configurazione dei contratti di finanziamento, sia pur nel rispetto dei limiti che si analizzeranno *infra*. *A fortiori* tale risultato si imporrà, peraltro, quando gli interessi c.d. negativi siano stati esplicitamente menzionati nel contratto accanto alla previsione della variabilità del tasso.

Esatte queste premesse, l'indagine relativa al peculiare assetto di interessi perseguito dai contraenti assume una posizione privilegiata ai fini della qualificazione dei contratti indicizzati:

⁴⁵⁵ In questo caso si potrebbe prospettare una variabilità (da onerosa a gratuita, e viceversa) della causa in concreto, da tenere distinta dalla variabilità in astratto, che riguarda la conformazione tipologica, onerosa o gratuita, del mutuo. La causa concreta, in altre parole, potrebbe essere modulata in modo che, a seconda dell'indicizzazione del tasso, possa divenire in tutto o in parte gratuita durante l'esecuzione del rapporto. Non pare che un simile congegno renda di per sé immeritevole la causa; ben potrebbe il contratto ugualmente perseguire interessi degni tutela per l'ordinamento, dettati dalle nuove esigenze dei traffici. Né si potrebbe parlare di violazione dell'immutabilità della causa o di un suo difetto funzionale, poiché essa sorge *ab origine* come variabile, cosicché nel caso di raggiungimento del valore zero da parte del tasso indicizzato non vi sarebbe alcun mutamento causale.

in questa prospettiva l'interprete è chiamato a stabilire se la causa concreta dell'operazione presenti un'aleatorietà tale da sopravanzare o meno la funzione di finanziamento. Alla luce del contesto fattuale in cui la clausola è chiamata a operare, poi, dovrà accertare se essa rappresenti una forma di esercizio dell'autonomia privata meritevole di tutela per l'ordinamento giuridico. Sul presupposto che la manipolazione convenzionale dell'alea nei contratti tipicamente commutativi possa assumere gradazioni diverse, può ora procedersi a una classificazione delle possibili alternative dell'autonomia negoziale. Si possono prospettare al riguardo tre ipotetici scenari principali:

a) malgrado la presenza nel mercato finanziario di interessi negativi, il finanziamento indicizzato al tasso Euribor – per come concretamente congegnato dalle parti o in virtù di una loro espressa dichiarazione – non prevede il pagamento di interessi negativi;

b) la volontà delle parti contempla esplicitamente, anche (ma non solo) per mezzo dell'indicizzazione, l'eventuale pagamento di interessi negativi, ma la causa del contratto resta nel complesso di finanziamento;

c) il contratto non solo ammette gli interessi negativi ma risulta altresì congegnato in modo da attribuire all'alea una dimensione strutturale ed essenziale.

Orbene, il primo scenario presenta delle problematiche del tutto affini a quelle dei contratti sorti in costanza di tassi di mercato positivi e non suscita, perciò, ulteriori suggestioni⁴⁵⁶. Il secondo e il terzo, invece, meritano una trattazione separata: su di essi ci si concentrerà nell'immediato prosieguo della trattazione.

6.1. *Gli interessi negativi nei contratti commutativi.*

Con riferimento all'ipotesi *sub b)* giova precisare, anzitutto, che allorquando l'accettazione degli interessi negativi si verifica nell'ambito di una fattispecie contrattuale che esplica una prevalente funzione di finanziamento, è da escludere la presenza di un'alea in senso giuridico o, più precisamente, dell'«alea propria dei contratti aleatori»⁴⁵⁷.

⁴⁵⁶ Cfr., nel presente capitolo, il § 5.

⁴⁵⁷ La formula in questione, proposta da C.G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger, Milano, 1995, p. 168, appare più precisa dell'espressione «alea normale» o «economica», posto che quest'ultima, sebbene venga spesso contrapposta all'«alea giuridica», assume in realtà una rilevanza per il diritto (art. 1467, comma 2, c.c.). Cfr., sul punto, P. CORRIAS, *I contratti derivati finanziari nel sistema dei contratti aleatori*, in

Tale assunzione, per l'esattezza, subisce una relativizzazione a fronte dei contratti stipulati dopo la virata in direzione negativa dell'Euribor. Quando il contratto nasce con interessi negativi si può invero ipotizzare che esso abbia una causa diversa dal finanziamento, ma non perciò necessariamente aleatoria: più precisamente, una causa di deposito⁴⁵⁸. Poiché l'oggetto è il denaro, per di più, si tratterebbe di un deposito non ordinario (art. 1766 c.c.) ma irregolare, purché sia prevista la facoltà del depositario di servirsene (art. 1782 c.c.). Quando al contratto prende parte una banca non si sarebbe comunque al cospetto di un deposito bancario⁴⁵⁹, posto che l'intermediario assume in tal caso la veste di depositante e non di depositario.

Il flusso di denaro che la banca dovrebbe sopportare in costanza di risultato negativo dell'indicizzazione ben potrebbe costituire, in effetti, una forma di retribuzione del deposito nelle mani dell'*accipiens*, sul quale comunque non graverebbe un obbligo di custodia in senso tecnico, dato che al termine del rapporto egli è tenuto a restituire non l'*eadem res* ma il *tantundem eiusdem generis et qualitatis*⁴⁶⁰.

La possibilità di scorgere nell'operazione una causa di deposito postula nondimeno che la cessione del capitale avvenga nell'interesse (prevalente) del dante causa⁴⁶¹. Non sembra perciò

D. MAFFEIS (a cura di), *Swap tra banche e clienti. I contratti e le condotte*, Milano, 2014, p. 176 e G. PERLINGIERI, *La scelta della disciplina applicabile ai c.d.d. «vitalizi impropri». Riflessioni in tema di aleatorietà della rendita vitalizia e di tipicità e atipicità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, II, p. 557, nota 85.

⁴⁵⁸ V. D. MAFFEIS, *La causa*, cit., p. 2.

⁴⁵⁹ Per una disamina delle tematiche afferenti al deposito bancario v., *inter alia*, G.F. CAMPOBASSO, *Deposito*, III, *Deposito bancario*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 1988, p. 1 ss.; G. MOLLE, *Deposito bancario*, in *Nov. Dig. it.*, V, Torino, 1960, p. 523 ss.; G. CAVALLI, *Il deposito bancario*, in G. CAVALLI e M. CALLEGARI, *Lezioni sui contratti bancari*, 3ª ed., Torino, 2019, p. 119 ss.; M. PORZIO, *La raccolta del risparmio*, in AA.VV., *I contratti delle banche*, Torino, 2002, p. 77 ss.

⁴⁶⁰ Sul contratto di deposito irregolare si segnalano, senza pretesa di esaustività, i seguenti contributi: E. SIMONETTO, *Deposito irregolare*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., V, Torino, 1989, p. 279 ss.; P. COPPA-ZUCCARI, *Il deposito irregolare*, Modena, 1901; A. GALASSO, *Mutuo*, cit.; A. DALMARTELLO e G. PORTALE, *Deposito (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964 p. 236 ss.

⁴⁶¹ Cfr., in luogo di altri, S. CASTRO, *I contratti di deposito*, Torino, 2007, p. 16 e G. B. TEDESCHI, *Mutuo*, cit., p. 555, secondo la quale la funzione del deposito irregolare è quella di garantire al mutuante «la custodia delle cose, senza assumerne i costi ed il rischio [...]. Il trasferimento della proprietà delle cose depositate non è, come nel mutuo, finalizzato alla utilizzazione delle cose, ma è reso necessario dal fatto che le cose depositate si mescolano ad altre dello stesso genere di proprietà del depositario». Nonostante le affinità strutturali che hanno indotto alcuni autori a ricondurre il deposito irregolare entro la fattispecie tipica del mutuo (F. MESSINEO, *Operazioni di banca e di borsa*, Milano, 1954, p. 324), la dottrina maggioritaria ha escluso una tale assimilazione (tra i molti: E. SIMONETTO, *o.u.c.*, p. 530; F. MASTROPAOLO, *I contratti reali*, in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Torino, 1999, p. 9; G. SENA, *o.c.*, p. 527 ss.; M. FRAGALI, *o.u.c.*, p. 278; R. TETI, *o.c.*, p. 664), sebbene non sia mancato anche chi ha ritenuto che nel deposito irregolare la funzione di custodia si combini a una finalità creditizia (F. GALGANO, *Diritto civile*

che dalla presenza di tassi negativi al momento della stipula del contratto tra banca e cliente possa automaticamente desumersi che la fattispecie possieda la causa del deposito. Una simile qualificazione potrebbe anzi essere esclusa, quantomeno in astratto, nel caso in cui il regolamento contrattuale sia impostato in modo tale da ammettere il pagamento sia di una somma di denaro da parte della banca in costanza di tasso negativo, sia – nel caso di contro-inversione dei tassi⁴⁶² – di interessi da parte del cliente. In linea teorica da uno schema negoziale di tal fatta potrebbe scorgersi, invero, una prevalente funzione di finanziamento⁴⁶³.

Non può escludersi che un intermediario, quando presta denaro in un regime di tassi negativi, intenda perseguire anche un proprio interesse patrimoniale, legato in particolare al minor costo dei tassi negativi rispetto a quello di un impiego alternativo⁴⁶⁴ ovvero all'elevata garanzia di solvibilità del debitore⁴⁶⁵. Sennonché ciò non appare di per sé sufficiente a

e commerciale, II, t. 2, *Le obbligazioni e i contratti*, 2^a ed., Padova, 1993, p. 88; S. MAZZAMUTO, *I contratti bancari*, in G. BESSONE (a cura di), *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 1996, p. 859).

⁴⁶² Si allude al caso in cui il segno del tasso ritorni da negativo a positivo: cioè l'ipotesi opposta dell'inversione *tout court* (discesa dei tassi sotto il valore zero).

⁴⁶³ Questa constatazione non sarebbe compromessa nemmeno laddove si volesse accedere alla tesi per cui nel deposito irregolare la funzione tipica del deposito ordinario si «arricchirebbe» di quella del credito. Infatti, la causa, in quanto requisito strutturale del contratto, sarebbe in ogni caso immutabile nel corso del rapporto: non può perciò ritenersi che questa sia di deposito nel caso di indicizzazioni negative, divenendo, viceversa, di finanziamento se durante la fase esecutiva il tasso diventa positivo. Non sembra poi che possa inferirsi un simile assunto dal fatto che, quando sono dovuti gli interessi corrispettivi (positivi), non sono dovuti i (presunti) interessi negativi, e viceversa. A prescindere dall'indicizzazione – positiva o negativa – del tasso, la causa del contratto sarebbe unica: di prevalente finanziamento con sfumature del deposito ovvero di prevalente deposito con tonalità del finanziamento.

⁴⁶⁴ I tassi praticati dalle banche nei confronti del pubblico sono comunque più convenienti, per le ragioni esposte nel § 1 del presente capitolo, di quelli praticati dalle banche centrali, con precipitato che in caso di eccesso di liquidità l'intermediario allocherà quest'ultima, in via preferenziale, presso la propria clientela. Il massiccio ricorso, nel calcolo dei tassi commerciali, a componenti fisse (*spread*) in aggiunta al parametro Euribor rende tali operazioni più convenienti anche rispetto a quelle del mercato interbancario.

⁴⁶⁵ I c.d. crediti deteriorati, com'è noto, incidono negativamente sulla stabilità patrimoniale degli intermediari e, per questo tramite, sul sistema finanziario in generale. Tra i contributi più recenti in materia figurano quelli di G. VIOTTI, *Banche e crediti deteriorati: dalla cessione alla scissione*, in *Giur. comm.*, 2020, II, p. 312 ss.; ID., *Verso una disciplina europea dei crediti deteriorati: riflessioni a margine del Regolamento (UE) 2019/630*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2020, I, p. 116 ss.; V. CONFORTINI, *Deterioramento del credito e definizione europea di default (profili civilistici)*, in *Eur. dir. priv.*, 2022, III, p. 665 ss.; F. MURINO, *L'escussione extragudiziale "accelerata" delle garanzie nella proposta di direttiva NPL tra droit savant e droit barbare*, in *Giur. comm.*, 2022, IV, p. 688 ss.; J. GARRIDO, E. KOPP e ANKE WEBER, *Cleaning-up Bank Balance Sheets Economic, Legal, and Supervisory Measures for Italy*, *Cleaning-up Bank Balance Sheets: Economic, Legal, and Supervisory Measures for Italy*, Working paper n. 135 del Fondo monetario internazionale, 2016.

individuare una funzione di deposito, posto che tale convenienza economica di regola non penetra nella causa del contratto, ma resta relegata al rango di motivo.

Alla luce di quanto sin qui esposto, nell'ipotesi in cui la promessa delle parti includa il pagamento di flussi negativi sembra più lineare postulare, in luogo di una fattispecie mista di deposito e finanziamento, l'inserimento nel contratto di una componente derivativa (*embedded derivative*)⁴⁶⁶. La previsione del pagamento di interessi da parte della banca potrebbe essere cioè interpretata nel senso che i profili di rischio del contratto siano stati convenzionalmente estesi fino a ricomprendere l'eventualità che il cliente possa ricevere degli accrediti da parte della banca⁴⁶⁷.

La possibilità che uno strumento derivativo non abbia carattere autonomo o prevalente rispetto alla causa del contratto in cui è incorporato è già stata vagliata nel precedente capitolo⁴⁶⁸. Estendendo quei risultati ermeneutici al caso che qui ci occupa, potrebbe ritenersi che anche il derivato incorporato e indicizzato al tasso Euribor possa limitarsi ad introdurre un elemento di aleatorietà in un contratto che nel complesso resta (prevalentemente) di finanziamento.

È appena il caso di rammentare, poi, che unicamente l'indagine sull'effettiva sistemazione degli interessi pattizi, nella prospettiva della causa concreta, potrà condurre ad affermare quale

⁴⁶⁶ Pur con riferimento alla diversa ipotesi delle clausole «pavimento» e «cap», D. MAFFEIS, *I derivati incorporati*, cit., in ID., *Diritto e prassi*, cit., p. 477 ha precisato che «nel contratto di finanziamento che incorpora la componente derivativa, la clausola che contempla i flussi finanziari a titolo di interessi e la clausola che contempla i flussi finanziari dipendenti dal derivato non danno luogo a prestazioni distinte, bensì danno luogo a una prestazione – di denaro – che è contemplata dai contraenti come *soggettivamente* unitaria, sia quando essa è *oggettivamente* unitaria, perché la componente derivativa (*cap; floor*) produce effetto (in gergo, lavora) quando il tasso di riferimento raggiunge il *trigger rate*, sia quando essa si articola, invece, in due prestazioni oggettivamente distinte (ad es., perché i flussi dipendenti dal derivato sul cambio sono corrisposti a parte o sono comunque addebitati in diversi momenti)» (corsivi dell'a.).

⁴⁶⁷ Ipotizza che il pagamento di interessi c.d. negativi presupponga la presenza nel contratto di un derivato implicito, ma solo per escludere una simile eventualità, G. GUIZZI, *Squilibri nella contrattazione bancaria e finanziaria e rimedi*, in A. BARENGHI (a cura di), *La trasparenza*, cit., p. 314 ss.

Non sembra invece che la fattispecie possa essere ricondotta a quella del mutuo a tutto rischio ove l'incertezza riguarda la restituzione del capitale intesa come obbligazione in senso tecnico. Per alcuni cenni su tale operazione v. G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione. Artt. 2549-2554*, in *Comm c.c.* Schlesinger e Busnelli, Milano, 2008, p. 83 ss.

⁴⁶⁸ *Contra*: D. MAFFEIS, *o.u.c.*, p. 478, secondo cui «[p]oiché la clausola che integra l'atto di investimento ha natura aleatoria, il contratto, atipico, diviene aleatorio per volontà delle parti e così ad esso si applica il TUF ed in generale la disciplina dell'intermediazione finanziaria».

causa risulti effettivamente prevalente. Il giudizio di preponderanza della causa di finanziamento potrà risultare asseverato in termini più o meno espliciti: tra l'altro, nel caso in cui la restituzione del capitale prestato sia comunque garantita nelle sue linee essenziali, essendo previsto che l'erosione del capitale possa operare solo entro limiti predeterminati⁴⁶⁹. Tale effetto limitativo potrà essere raggiunto, ad esempio, con la previsione di una quota minima del denaro prestato che deve essere in ogni caso restituita, potendo le parti fissare una determinata soglia, appena inferiore al valore del capitale stesso, al di sotto della quale la componente derivativa non può operare. Un risultato analogo può essere peraltro raggiunto mediante la previsione di un *floor*, determinato in un valore sia pur negativo ma vicino allo zero; sì da contenere in maniera significativa l'effetto neutralizzante che la discesa dei tassi ha sul capitale⁴⁷⁰. In entrambi i casi le norme pattizie introducono un elemento di atipicità nel contratto che può anche tradursi in una funzione di lucro incerto per il finanziatore, senza che perciò la *causa credendi* risulti menomata⁴⁷¹.

Ad ogni modo, soltanto alla prestazione del sovvenuto potrebbe riconoscersi la qualifica di interesse corrispettivo. La prestazione del finanziatore, invece, non costituirebbe il compenso di una disponibilità patrimoniale in suo favore⁴⁷²: perciò essa non rientrerebbe nel novero dei frutti civili. In verità non sembra che si tratti affatto di interessi⁴⁷³: di certo non

⁴⁶⁹ La frapposizione delle barriere convenzionali all'ingresso nel programma negoziale dei rischi finanziari, lungi dall'essere una mera delimitazione quantitativa, acquista una valenza qualitativa se consente una misurazione razionale dei vantaggi e dei correlativi svantaggi dell'operazione. In termini non dissimili, tale argomento è stato utilizzato da C. BRESCIA MORRA, *o.n.c.*, p. 110 per escludere l'aleatorietà dei finanziamenti destinati.

⁴⁷⁰ In questo caso il *floor*, cui potrebbe riconoscersi natura parimenti derivativa, nei contratti consumeristici soggiacerebbe a un controllo di vessatorietà al pari delle fattispecie di «pavimento» con segno positivo ma, a differenza di queste ultime, la sua legittimità potrebbe essere accertata con più facilità, in virtù della sua finalità incentrata più sul contenimento dei costi dell'intermediario che sullo spostamento dell'alea a esclusivo vantaggio di quest'ultimo. Tale allocazione dei rischi potrebbe del resto apparire «equilibrata» dalla corresponsione degli eventuali accrediti al mutuatario in termini di tassi negativi.

⁴⁷¹ V. G. DI GIANDOMENICO, *o.c.*, p. 301 ss., a mente del quale «l'ampiezza maggiore nell'oscillazione dei rischi, voluta dalle parti, che sia solo eventuale e che non incide sull'assetto di interessi da esse in concreto divisato, non snatura il contratto, non lo fa divenire aleatorio». L'a. ritiene tuttavia che la volontà privata può introdurre nella regola negoziale «limiti di irrilevanza delle oscillazioni di valore in contratti che ne sono privi nel tipo legale», senza che per questo si possa necessariamente parlare di elementi di atipicità. Cfr. però T. ASCARELLI, *Aleatorietà*, cit., p. 448 ss., il quale avverte che la normalità dell'alea deve essere accertata unicamente con riferimento al negozio concreto.

⁴⁷² Il capitale, infatti, non è nella sua disponibilità, bensì in quella del depositario.

⁴⁷³ Indicare i flussi di denaro legati all'inversione del tasso con la locuzione «interessi negativi» desta perplessità anche sul piano semantico, in quanto fonte di possibili *qui pro quo*: nella materia della responsabilità civile, com'è

rientra nella tripartizione⁴⁷⁴ delineata dal codice civile. La sostanza del fenomeno può essere così sintetizzata: dalla medesima clausola di indicizzazione discende, in caso di valori superiori a zero, l'obbligo del sovvenuto di corrispondere gli interessi corrispettivi e, in caso di valori inferiori a zero, l'obbligo del sovventore di «aprire» un flusso finanziario avente una natura diversa dal primo e non suscettivo di compromettere in maniera significativa la restituzione del *tantundem*. Si precisa ulteriormente che in realtà il finanziatore non dovrà materialmente corrispondere alcunché, perché opererebbe una compensazione parziale tra quel flusso e la rata del finanziato.

L'ipotesi di un'obbligazione di flussi negativi – nell'ambito di un contratto che rimane prevalentemente di finanziamento per effetto di una limitazione all'oscillazione dell'Euribor – è però di scuola. Nella prassi gli intermediari introducono clausole di limitazione del rischio non per attenuare perdite di capitale, ma al fine di assicurarsi un margine di redditività o quantomeno la restituzione integrale del prestito.

Per le medesime ragioni assume una valenza parimenti scolastica l'ipotesi in cui simili barriere non siano state introdotte, o non siano stati fissati dei patti *floor* (con valore maggiore di zero) ovvero degli *spread* con una precipua funzione di prevenire l'erosione della componente di capitale della rata. Volendo tuttavia congetturarne la configurabilità, potrebbe ritenersi che la fattispecie sarebbe bensì un finanziamento, cui si aggiunge una componente aleatoria corrispondente al rischio finanziario che lo stesso mutuante intende assumere. A tale conclusione si perviene applicando i canoni sia dell'interpretazione contro l'autore della clausola⁴⁷⁵, sia soprattutto dell'interpretazione funzionale, legata più alla causa concreta che a

noto, viene utilizzata la medesima espressione con un'accezione del tutto diversa. Si parla di interesse negativo, infatti, anche per indicare, a seconda della fattispecie concreta, l'interesse a non essere coinvolti in trattative inutili, l'interesse a non stipulare contratti invalidi o inefficaci ovvero l'interesse a non subire comportamenti ingannevoli o reticenti che inducano a concludere un contratto a condizioni diverse da quelle che sarebbero state pattuite in difetto di quel contegno. Per approfondimenti sulla nozione a cui si è poc'anzi accennato v. C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990.

⁴⁷⁴ O bipartizione, a seconda delle diverse teorie.

⁴⁷⁵ È la tesi di A. DOLMETTA, «Tasso negativo», cit., p. 7. In netta contrapposizione D. MAFFEIS, *Parametri negativi ed interessi nei finanziamenti: una replica ad Aldo Angelo Dolmetta*, in www.giustiziacivile.com, Editoriale del 15 settembre 2016 p. 6, ha replicato che «l'art. 1470 c.c. presuppone un “dubbio” di interpretazione di una singola clausola, non invece un dubbio che riguardi addirittura l'accertamento della causa del contratto e così l'identificazione della qualità di debitore e di creditore di una prestazione».

quella astratta o tipologica⁴⁷⁶. In altri termini la scelta di un'indicizzazione in periodi di negatività dei tassi guida potrebbe rivelare, proprio in virtù della mancata adozione di clausole cautelative, un'univoca volontà di un'accettazione del rischio⁴⁷⁷ in modo analogo alla situazione in cui le parti abbiano espressamente previsto l'inversione del tasso con un'apposita pattuizione⁴⁷⁸. In entrambi i casi l'opzione per un tipo contrattuale come il mutuo consente di ravvisare nella fattispecie un'aleatorietà pur sempre normale; sicché la grave discesa del

⁴⁷⁶ È alla luce della causa concreta che è possibile stabilire la prevalenza della causa di finanziamento rispetto a quella aleatoria. È vero che la scelta del tipo «mutuo» o di altra analoga configurazione astratta non è indifferente rispetto all'allocatione dei rischi contrattuali: solo che questo dato vale non ad annullare la «carica» di aleatorietà della clausola di indicizzazione pura e semplice, bensì rappresenta un sintomo della recessività della componente di rischio rispetto alla dominante funzione di finanziamento, da accertare comunque in concreto. Sul criterio dell'interpretazione funzionale v. M. PENNASILICO, *Contratto*, cit., pp. 30-31.

⁴⁷⁷ In un contesto di mercato in cui i tassi sono generalmente negativi, l'andamento in negativo del singolo saggio contrattuale non può non essere almeno preso in considerazione dal finanziatore, specie se soggetto professionale. Esigere sempre e comunque un'esplicita dichiarazione contrattuale al fine di escludere i tassi negativi, per quanto rispondente al dovere di *clare loqui*, potrebbe invero risultare una superfetazione del significato espresso dalla clausola di tasso variabile, se questa contempla già il rischio di quell'accadimento.

⁴⁷⁸ Si tratta di una possibile risposta al seguente quesito (posto da A. DOLMETTA, *o.n.c.*, pp. 6-7): «la semplice, nuda sussistenza di una clausola di tasso variabile può essere ritenuta sufficiente – in via di interpretazione oppure in via di presupposizione – a bloccare la rilevanza della discesa del tasso al livello dello zero (sì che, in tale caso, nulla deve dare il mutuante al mutuatario)?». La soluzione fornita dall'a. è dubitativa: pur non escludendo a priori una risposta positiva, in virtù dell'interpretazione sistematica oppure in ragione del contegno osservato dalle parti dopo la conclusione, egli sembra propendere per un'impostazione negativa, perché «la stessa posizione di un meccanismo di variabilità del tasso *senza aggiunte di sorta* deponendo univocamente per la contraria direzione», ovvero radicalmente negativa, nel caso «di contratti di mutuo espressivi dell'esercizio di attività di impresa, come predisposti in via unilaterale dalla medesima», in applicazione dell'*interpretatio contra proferentem* (art. 1470 c.c.) e della regola della specifica indicazione scritta delle condizioni economiche (art. 117, commi 4 e 6, t.u.b.). *Contra*: D. MAFFEIS, *Causa del contratto e tassi di interesse negativi*, in *www.giustiziacivile.com*, Editoriale del 5 agosto 2016, p. 3, il quale esclude «che il mutuo o finanziamento a tasso variabile, in assenza di ulteriori pattuizioni (es., un *floor*), sia un contratto derivato o presenti una componente derivativa, la causa di finanziamento esclude l'inversione del segno dei pagamenti, poiché l'interesse, nel mutuo e nei contratti con causa di finanziamento, anche a tasso variabile, in assenza di ulteriori pattuizioni, resta un frutto civile, e così continua a rappresentare, come in un contratto a tasso fisso, il corrispettivo del godimento, che altri ne abbia (art. 820 c.c.), con la conseguenza che esso, quale frutto civile, è sempre a carico del mutuatario». V. anche ID., *Parametri*, cit., p. 3 ss., spec. p. 5, che, in contrasto col primo a., opina che «[l']alea, che il carattere variabile del tasso di interesse convenzionale introduce nel finanziamento – e che lo stesso Dolmetta descrive quando osserva, esattamente, che “la posizione di un tasso (non fisso, ma per l'appunto) variabile in funzione della remunerazione del mutuante (...) può, oppure potrebbe, a seconda delle caratteristiche del parametro assunto) anche ibridare la conformazione tipica della struttura del mutuo” – è, secondo me, l'alea normale, che dipende, in qualsiasi contratto ad oggetto determinabile, in cui la determinazione è rimessa ad un parametro esterno (ai sensi dell'art. 1346 c.c.), dall'entità della modificazione del parametro di determinabilità dell'oggetto del contratto, la quale comporta, naturalmente, una modificazione quantitativa della prestazione e quindi una modificazione del suo valore». z

parametro variabile, che comprometta in modo significativo il rimborso del capitale, potrebbe dar luogo a rimedi per ristabilire il sinallagma iniziale.

6.2. *Gli interessi negativi nel contesto di un contratto aleatorio.*

Lo scenario prospettato *sub c)* è quello di un regolamento negoziale congegnato come contratto aleatorio. In tal caso la relazione di corrispettività assume una connotazione differente da quella che riguarda i contratti onerosi non aleatori, in cui la misura delle prestazioni è predeterminata (o predeterminabile) fin dall'origine e si pone solo un problema di eventuale variazione di valore che può, in alcuni casi, condurre a uno squilibrio del sinallagma. Nei contratti aleatori, di contro, l'assetto di interessi presenta una sperequazione iniziale a cagione dell'incertezza che connota dal punto di vista strutturale l'entità della prestazione di almeno una delle parti⁴⁷⁹.

Sono contratti aleatori, in particolare, i derivati (compresi quelli *over the counter*)⁴⁸⁰, nel cui novero⁴⁸¹ assumono rilievo ai fini della presente indagine gli *swap*⁴⁸² e tra questi, in particolare,

⁴⁷⁹ In ordine alla qualifica di aleatorietà del contratto v., per tutti, A GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Milano, 1964, p. 23 ss.; P. CORRIAS, *o.n.c.*, p. 175; T. ASCARELLI, *Aleatorietà e contratti di borsa*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1958, I, p. 435 ss.

⁴⁸⁰ Cfr., tra i molti, D. MAFFEIS, *L'ufficio di diritto privato dell'intermediario e il contratto derivato over the counter*, in ID. (a cura di), *Swap*, cit., p. 20.

⁴⁸¹ L'art. 1, commi 2, 2-*bis* e 3, t.u.f. ricomprende i derivati nel concetto di strumento finanziario e ne fornisce un'elencazione. V., in materia, P. BONTEMPI, *Diritto bancario e finanziario*, 3^a ed., Milano, 2009, p. 486 ss., il quale individua il minimo comune denominatore di ciascuna delle tipologie di contratto derivato nella circostanza che «il prezzo del contratto è determinato (cioè deriva) da variazioni di prezzo di attività reali o finanziarie sottostanti [...]. In altre parole, nessuno dei due contraenti conosce, nel momento in cui va a concludere un contratto derivato, quale sarà il sacrificio economico che l'operazione gli comporterà, in quanto il prezzo pattuito dipende da elementi esterni al contratto che possono variare dal momento della conclusione del contratto al momento fissato come termine finale del rapporto».

⁴⁸² Lo *swap* è definito come «contratto di scambio [...] a pronti (cioè con pagamento immediato del corrispettivo) e a termine (cioè con pagamento differito nel tempo) su tassi di interesse o su valute, merci, indici azionari, anche quando il pagamento avvenga attraverso la liquidazione di un differenziale in contanti alla scadenza pattuita (netting) in favore di una o dell'altra parte. In sostanza due parti convengono di scambiarsi, in una o più date prefissate, somme di denaro calcolate applicando due diversi parametri (in termini di tasso di interesse o di cambio) ad un identico ammontare di riferimento (nozionale), con il pagamento alla scadenza concordata di un importo di base netta, in forza di compensazione» (P. BONTEMPI, *o.c.*, p. 488).

La letteratura sugli *swap* è piuttosto ampia. Alcune delle opere più significative, senza alcuna pretesa di esaustività, sono di seguito riportate: B. INZITARI, *Il contratto di swap*, in F. GALGANO (a cura di), *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, III, Torino, 1995, p. 2441 ss.; S. PAGLIANTINI e L. VIGORITI, *I*

gli *interest rate swap*, che si connotano per la specificità di essere indicizzati a un tasso di interesse di riferimento (*interest rate*)⁴⁸³.

Sebbene le singole figure di derivati siano atipiche⁴⁸⁴, benché nominate, da più parti si sostiene che esse costituiscano nel complesso una categoria contrattuale⁴⁸⁵. Inoltre, seppure la causa⁴⁸⁶ che emerge in astratto dallo schema negoziale sia di tipo speculativo, non è da escludersi che in concreto il negozio sia orientato al perseguimento di una funzione di copertura⁴⁸⁷. Non sono mancate, comunque, voci che hanno sollevato dubbi in proposito,

contratti di «swap», in G. GITTI, M.R. MAUGERI e M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa*, II, Banca, mercati e società, Bologna, 2012, p. 190 ss.; E. GIRINO, *I contratti*, cit., p. 62 ss.;

⁴⁸³ Quest'ultimo è definito come «il contratto in base al quale due soggetti si scambiano, su un nozionale di riferimento e a date prefissate, flussi di cassa legati a tassi di interesse di riferimento» (cfr. G. BARDELLI, *Contratti derivati – analisi tecnica*, in M. MENICUCCI, *Contratti swap: rischi e opportunità per imprese ed enti locali. Aspetti applicativi e distorsione del modello*, Napoli, 2012, p. 23).

⁴⁸⁴ D. MAFFEIS, *I contratti derivati*, in ID., *Diritto*, cit., p. 278 (già in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., V agg., Torino, 2010, p. 353 ss.) discorre di «tipi sociali distinti» con riferimento sia ai contratti negoziati su un mercato regolamentato, sia ai derivati OTC.

⁴⁸⁵ G. DE NOVA, *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011, p. 54. In senso adesivo P. CORRIAS, *o.n.c.*, p. 198 ss. Indicazioni in tal senso provengono anche dalla giurisprudenza costituzionale: v. Corte cost., 18 febbraio 2010, n. 52, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, I, p. 11 ss., con note di E. GIRINO, *Natura e funzione della disciplina dei servizi di investimento e qualificazione degli strumenti derivati nella giurisprudenza costituzionale*, e A. SCOGNAMIGLIO, *Profili di costituzionalità dei limiti all'utilizzo degli strumenti finanziari derivati da parte degli enti territoriali*. Secondo la Consulta, in particolare, «le negoziazioni aventi ad oggetto gli strumenti finanziari derivati si caratterizzano, sul piano strutturale, per essere connesse ad altre attività finanziarie (quali, ad esempio, titoli, merci, tassi, indici, altri derivati) dal cui “prezzo” dipende il valore dell'operazione compiuta. Ferme ovviamente restando le diversità legate al tipo di operazione prescelto, tali negoziazioni sono volte a creare un differenziale tra il valore dell'entità negoziata al momento della stipulazione del relativo contratto e quello che sarà acquisito ad una determinata scadenza previamente individuata». Si tenga presente, inoltre, la definizione di *swap* fornita dalla Cass., 6 aprile 2001, n. 2185, in *Corr. giur.*, 2001, c. 1062 ss., con nota di V. MARICONDA, *Intermediario finanziario non autorizzato e nullità del contratto di swap: «è contratto di Swap quello in cui due parti convengono di scambiarsi, in una o più date prefissate, somme di danaro calcolate applicando due diversi parametri (in termini di tassi di interesse o di cambio) ad un identico ammontare di riferimento, con il pagamento alla scadenza concordata di un importo di base netta, in forza di compensazione».*

⁴⁸⁶ Per una qualificazione dei derivati nel prisma della causa in concreto v. F. SARTORI, *Divagazioni in tema di causa del contratto municipale (alieno) derivato*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, IV, p. 501 ss., spec. p. 514 ss.

⁴⁸⁷ V. P. CORRIAS, *o.n.c.*, p. 206. L'attuale persistenza della distinzione tra *swap* con funzione di copertura e *swap* con funzione speculativa è declamata da A. DOLMETTA, *Introduzione. Speculazione e prudenza*, in D. MAFFEIS, *Swap*, cit., p. XVIII. Cfr. anche R. DI RAIMO, *Dopo la crisi, come prima e più di prima*, in D. MAFFEIS, *o.n.c.*, p. 50, spec. nota 53, in cui l'a. proclama che [f]ermo restando la centralità del rischio e del suo trasferimento, nell'*interest rate swap* di copertura il menzionato rischio trova la relativa fonte in un sottostante rapporto di credito».

evidenziando come il rapporto pur sempre ruoti intorno allo schema della scommessa⁴⁸⁸, che peraltro dovrebbe configurarsi come «razionale»⁴⁸⁹.

Nel contratto di *interest rate swap* la sopravvenienza di un tasso negativo è compatibile con la causa del contratto anche in assenza di un'apposita pattuizione in tal senso⁴⁹⁰: ciò, peraltro, nei contratti conclusi non solo sotto la vigenza del *financial upside-down*, ma anche in un momento antecedente o successivo ad esso.

Si consideri, in via di esemplificazione, lo schema base dell'IRS, in ossequio al quale «[l]e parti rispettivamente guadagnano o perdono in ragione del differenziale risultante

⁴⁸⁸ V. D. MAFFEIS, *I contratti*, cit., p. 283, che considera l'intento dell'investitore, «sia esso speculativo, di copertura o di arbitraggio», un mero motivo e perciò avulso dalla causa del contratto, che è una scommessa razionale; R. DI RAIMO, *o.c.*, p. 51, che ha individuato l'essenza dell'*interest rate swap*, compreso quello c.d. di copertura, nello schema «rischio contro rischio»; M. SEMERARO, *Copertura e speculazione: funzioni e disfunzioni dell'interest rate swap*, in *Dialoghi di diritto dell'economia*, ottobre 2013, p. 13. Particolarmente limpida e coerente è poi la posizione di S. PAGLIANTINI, *I costi impliciti nei derivati fra trasparenza e causa*, in D. MAFFEIS, *Swat*, cit., p. 231, il quale, premesso che non esiste alcun *Interest Rate Swap* privo di funzione speculativa e pur ammettendo che «in termini assoluti nessuno può escludere la stipula di un derivato con una causa *esclusiva* di copertura», rileva che ciò «non è quel che solitamente accade e soprattutto non è quanto di norma sia avvenuto».

⁴⁸⁹ D. MAFFEIS, *Alea giuridica e calcolo del rischio nella scommessa legalmente autorizzata di swap*, in ID., *o.u.c.*, p. 441 ss. (già in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1096 ss.). La teoria dell'alea razionale è stata elaborata da App. Milano, 18 settembre 2013, n. 3459, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, III, p. 291 ss., con nota di A. TUCCI, *Interest rate swaps: "causa tipica" e "causa concreta"*; in *Giur. comm.*, 2014, II, p. 287 ss., con nota di F. CAPUTO NASSETTI, *Un salto indietro di trent'anni: "swap uguale scommessa"*; *ivi*, IV, p. 630 ss., con nota di S. MILANESI, *L'invalidità dei derivati over the counter. Causa tipica e razionalità dell'alea*. Dopo aver qualificato il derivato come «scommessa legalmente autorizzata». Il giudice meneghino ha precisato, in particolare, che l'esistenza della causa contrattuale dipenderebbe dalla sua (della causal!) componente di razionalità. In concreto tale carattere soddisfatto dall'indicazione Mark to Market (MTM), che rappresenta la stima di un valore effettivo ad una certa data, e in particolare al momento della conclusione del contratto. Successivamente, tuttavia, Cass., Sez. Un., 12 maggio 2020, n. 8770, in *Banca borsa tit. cred.*, 2021, I, p. 60 ss., con nota di U. PATRONI GRIFFI, *Noterelle a margine di Cass., sez. un., 12 maggio 2020, n. 8770: asimmetrie informative e meritevolezza dei contratti IRS*, ha escluso l'equiparabilità dell'IRS alla scommessa, ritenendo che negozio si caratterizzi per una «causa variabile [...] così che la funzione che l'affare persegue va individuata esaminando il caso concreto e che, perciò, in mancanza di una adeguata caratterizzazione causale, detto affare sarà connotato da una irrisolutezza di fondo che renderà nullo il relativo contratto perché non caratterizzato da un profilo causale chiaro e definito (o definibile)». La Suprema Corte aderisce sostanzialmente alla tesi dell'alea razionale, ritenendo che la liceità della causa concreta dipenda dal riscontro nel caso di specie di un «accordo tra intermediario ed investitore sulla misura dell'alea, calcolata secondo criteri scientificamente riconosciuti ed oggettivamente condivisi». In relazione a tale accordo, però, si precisa che esso non deve limitarsi al *mark to market*, ma investire, altresì, gli scenari probabilistici, poiché il primo è semplicemente un numero che comunica poco in ordine alla consistenza dell'alea».

Sulla possibilità che il *mark to market* esprima una stima *ab origine* negativa, v. D. MAFFEIS, *La scommessa razionale di swap e lo scopo di copertura*, in *Persona e mercato*, 2022, II, p. 195 ss.

⁴⁹⁰ D. MAFFEIS, *La causa*, cit., p. 6.

dell'applicazione di due differenti indici predeterminati a una parimenti predeterminata base di calcolo (c.d. nozionale)»⁴⁹¹. L'ipotesi negoziale più semplice, segnatamente, prende il nome di *Plain Vanilla Swap*, in cui il capitale nozionale resta costante per tutta la durata del rapporto e non viene effettivamente scambiato tra le parti (il che accade di solito ma non è escluso che uno scambio possa effettivamente sussistere, come nel nostro caso); esso peraltro contempla due flussi di denaro opposti indicizzati rispettivamente a un tasso di interesse fisso e a un tasso di interesse variabile⁴⁹². Il tasso fisso (c.d. tasso *swap*) è stabilito al momento genetico, nel quale i due flussi di pagamento (c.dd. gamba fissa e gamba variabile) hanno il medesimo valore⁴⁹³. È l'oscillazione del tasso variabile a determinare nel corso del rapporto vantaggi e svantaggi per i contraenti.

Lo scenario che acquista rilievo ai nostri fini è quello in cui il tasso variabile scenda al di sotto dello zero: a partire da quel momento il debitore della gamba fissa diverrebbe altresì debitore di quella variabile. La validità del contratto dipenderebbe certo dall'assunzione consapevole di un'alea, in quanto misurabile da un punto di vista quantitativo e qualitativo⁴⁹⁴. Ma, superato positivamente questo esame, non si potrebbe dubitare della compatibilità con la causa contrattuale della situazione in cui un medesimo soggetto divenga debitore di entrambi

⁴⁹¹ Testualmente R. DI RAIMO, *o.c.*, p. 47.

⁴⁹² DEGREGORI & PARTNERS, *I contratti swap*, *Quaderno di finanza* n. 12, *E-book*, 2016, p. 26 ss.

⁴⁹³ M. D'AMICO, L. PECCATI e E. LUCIANO, *Calcolo finanziario. Temi di base e temi moderni*, Milano, 2020, p. 458.

⁴⁹⁴ Secondo D. MAFFEIS, *Intermediario contro investitore. I derivati over the counter*, in ID., *Diritto*, cit., p. 254 ss. (già in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, VI, p. 779 ss.), quando gli intermediari finanziari che abbiano operato in derivati *over the counter* si siano comportati come controparti dell'investitore, essi sarebbero comunque assoggettati agli obblighi di cui all'art. 21 t.u.f.

i flussi: l'alea giuridica⁴⁹⁵, da questi originariamente accettata, comprende anche l'ipotesi dell'inversione del tasso variabile⁴⁹⁶.

⁴⁹⁵ In ossequio all'insegnamento di S. PAGLIANTINI, *o.n.c.*, p. 232, la causa del derivato è da individuarsi nello «scambio di due rischi legati all'andamento mutevole del parametro sottostante, il rialzo o il ribasso – anche cospicuo – del tasso». L'alea, in altre parole, deve essere bilaterale: in dottrina è stato limpidamente osservato che l'alea unilaterale non trova dimora nel nostro ordinamento, poiché la valenza transtipica dell'art. 1895 c.c. è tale da determinare la nullità di tutte le ipotesi in cui la possibilità di guadagni o perdite sussista per una sola delle parti, e non per entrambe (P. CORRIAS, *o.n.c.*, p. 187 ss.). Così, malgrado l'apparenza di una bilateralità dell'alea, il negozio è nullo quando il meccanismo sia in concreto congegnato in modo che la banca, avendo previsto dall'alto della propria posizione di soggetto maggiormente specializzato – e perciò informato – che il tasso seguirà un preciso andamento nel corso del rapporto, abbia stipulato un derivato in forza del quale già dall'origine risulta assente la possibilità per il cliente di trarre vantaggi, così che egli subirà soltanto perdite.

⁴⁹⁶ Negli stessi termini D. MAFFEIS, *La causa*, cit., p. 53, il quale correttamente osserva che ad esiti diversi si perverrebbe nella denegata ipotesi in cui la causa del contratto fosse qualificabile come scambio dei flussi (come pure è stato sostenuto, ad esempio, da Trib. Torino, 24 aprile 2014, n. 2976). Questo scambio, infatti, verrebbe meno al verificarsi del capovolgimento del tasso variabile: «si riproducono problemi analoghi a quelli di cui sopra, relativi al mutuo, dovendosi escludere, come per il mutuo, che il contratto, che deve conservare la sua causa originaria, fino a quando abbia esaurito i suoi effetti, possa assumerne, in corso di esecuzione, un'altra, diversa dallo scambio dei flussi».

CAPITOLO QUARTO

I TASSI DI INTERESSE NEGATIVI IN UNA PROSPETTIVA RIMEDIALE

1. *Considerazioni introduttive.*

In un contratto di finanziamento in cui le parti non abbiano accettato il rischio della discesa sotto lo zero del tasso variabile, al verificarsi di un simile evento la causa subisce un *vulnus* in quanto l'oggetto non è più in grado di riflettere l'originario sinallagma⁴⁹⁷. A conforto di tale considerazione può rammentarsi l'insegnamento secondo cui, se il contenuto del contratto è soltanto determinabile, l'idoneità del bene a formare oggetto della prestazione deve essere valutata alla luce della funzione economica (individuale) perseguita dall'atto di autonomia⁴⁹⁸.

Anticipando alcune delle conclusioni maturate nel corso di questa riflessione, può ritenersi che la ricerca degli strumenti di tutela degli interessi contrattuali coinvolti debba muovere da una precisa prospettiva metodologica: l'assenza – nel diritto positivo – di un rimedio specificamente calibrato sulla fattispecie del tasso negativo, non può condurre alla mancanza di una reazione ordinamentale nei confronti del pregiudizio sofferto da uno dei contraenti⁴⁹⁹.

⁴⁹⁷ Sul tema del difetto funzionale del sinallagma v., per tutti, F. GALGANO, *Le obbligazioni in generale. Il contratto in generale. I singoli contratti*, 2^a ed., in *Tratt. dir. civ.* Galgano, II, Milano, 2015, p. 575 ss., che riconduce alla riferita figura i casi in cui la funzione economica del contratto non si attua in concreto per inadempimento di una delle parti, impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile al debitore e eccessiva onerosità di una prestazione rispetto all'altra. Ma cfr. altresì F. DELFINI, *Autonomia privata e contratto. Tra sinallagma genetico e sinallagma funzionale*, 2^a ed., Torino, 2017, p. 1 ss.

⁴⁹⁸ R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., p. 136, come citato da E. GABRIELLI, *Art. 1346*, cit. pp. 140 e 168, evidenzia che nei negozi sostanzialmente *per relationem* «il rinvio a fattori estrinseci per l'integrazione del contenuto dell'atto potrà sempre ammettersi finché rimane compatibile con la funzione del tipo contrattuale, o non incontra qualche specifico divieto di legge». Con riferimento all'ipotesi diversa, ma affine, della divergenza tra la determinazione dell'oggetto e la successiva individuazione del bene, l'a. da ultimo citato ha argomentato che «[l]a sua [del bene] individualità e identità concreta non può comunque prevalere sulla disposizione negoziale attuando, tramite la rilevanza autonoma attribuita all'atto di individuazione, una modificazione automatica degli interessi pattiziamente programmati, attraverso la prevalenza del bene, così come esistente, sulla sua originaria rappresentazione, nel momento del prodursi materiale degli effetti negoziali. A meno che nella rappresentazione non sia riscontrabile un vizio negoziale».

⁴⁹⁹ Cfr. A. DI MAJO, *Forme e tecniche di tutela*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, I, Napoli, 1989, p. 24 ss., che considera il bisogno sostanziale di tutela il criterio guida per l'individuazione dei rimedi, tipici o atipici, in astratto esperibili: tra questi dovrà prediligersi quello più idoneo ad assicurare una piena protezione dell'interesse protetto. Appare qui opportuno richiamare anche l'insegnamento di P. PERLINGIERI, *Il «giusto rimedio» nel diritto civile*, in *Il giusto processo*, 2011, I, p. 6, il quale paventa che congetturare

Può qui accogliersi l'opinione per cui la ricerca del giusto rimedio deve necessariamente rifuggire da logiche formaliste. In particolare, l'individuazione della misura di protezione deve avvenire alla luce dell'interesse giuridicamente protetto: la predisposizione di un rimedio non implica che esso debba operare ad ogni costo, ogniqualvolta si verificano delle situazioni suscettibili nella fattispecie rimediale astratta. In una prospettiva funzionale, la scelta dello strumento protettivo più idoneo a soddisfare il bisogno di tutela deve farsi guidare dai principi di adeguatezza, proporzionalità ed effettività⁵⁰⁰.

2. La clausola zero floor alla prova dei tassi negativi.

2.1. Zero floor e componente variabile del tasso di interessi. Il ius variandi bancario.

L'autonomia privata potrebbe *ab limine* scongiurare l'attivazione di strumenti rimediali attraverso l'«ingegnerizzazione» di una clausola di interessi in cui alla parte «fissa» sia accostata una componente «variabile», laddove quest'ultima sia strutturata in modo che il valore espresso dal parametro di riferimento faccia ingresso nel contratto fintantoché questo rimanga positivo, mentre – nell'ipotesi di assunzione di valori negativi – esso verrà considerato pari a zero ai fini della determinazione del tasso.

La previsione limitatrice, in questo caso, opera con esclusivo riferimento alla parte variabile della pattuizione, con la conseguenza che gli interessi che discendono dal contratto saranno in ogni caso espressi in valori positivi. Più precisamente, l'interesse dovuto dal mutuatario non potrà assumere valori inferiori alla componente fissa (*spread*). Una siffatta soluzione negoziale, dunque, assicura il rispetto sia della causa di finanziamento del contratto a titolo oneroso sia della natura corrispettiva degli interessi.

Qualora una clausola di tal fatta sia introdotta in un contratto bancario, peraltro, si imporrebbe la necessità del rispetto della forma scritta (art. 117, commi 1 e 4 t.u.b.).

una priorità logica del rimedio rispetto al diritto comporti il rischio che dalla dogmatica sui diritti si passi a una retorica sui rimedi, rilevando in particolare che «affermare che la previsione di un rimedio è misura della rilevanza giuridica di un interesse (*ubi remedium ibi ius*) non è operazione logico-giuridica diversa dall'affermare che una situazione è meritevole di tutela soltanto se qualificata dall'ordinamento come diritto (*ubi ius ibi remedium*)».

⁵⁰⁰ P. PERLINGIERI, *Il giusto rimedio*, cit., p. 3 ss.; ID., *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, II, 2001, p. 334 ss.

Sotto altro profilo, si è sostenuto in dottrina che il *floor* (nella fattispecie pari allo *spread*) avrebbe un'incidenza sul tasso di interesse dovuto dal cliente⁵⁰¹. In coerenza a ciò, per l'ipotesi in cui quella clausola non sia stata convenzionalmente prevista, si è ritenuto applicabile l'art. 118, comma 1, t.u.b., che stabilisce la possibilità di pattuire nei contratti a tempo indeterminato la facoltà della banca «di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni previste dal contratto qualora sussista un giustificato motivo»⁵⁰².

In relazione all'esercizio del potere unilaterale della banca di introdurre un «pavimento» uguale allo *spread* è stato ritenuto sussistente il requisito del giustificato motivo, in specie perché la soluzione opposta precluderebbe il mantenimento della c.d. forbice (o scarto) «tra i costi della raccolta e i ricavi degli impieghi» dell'intermediario, così contraddicendo allo stesso principio di economicità dell'impresa bancaria⁵⁰³.

La soluzione è certamente pregevole perché consente di salvaguardare la dinamica corrispettiva del contratto di finanziamento e risulta coerente con l'interpretazione della

⁵⁰¹ U. MORERA e M. SCIUTO, *Due questioni*, cit., p. 749 ss. Secondo gli aa. la facoltà di esercitare il *jus variandi* da parte della banca sussisterebbe, comunque, anche a voler considerare la portata della pattuizione *floor* come non circoscritta alla mera modificazione quantitativa del tasso preesistente, ma anzi diretta scardinare lo stesso criterio qualitativo o «normativo» in base al quale il tasso dovrebbe applicarsi. Osservano, a tal proposito, che l'art. 118, comma 1, t.u.b. ammette il potere di modifica unilaterale anche in relazione alle «altre condizioni previste dal contratto»: «altre», cioè diverse dai tassi. A sostegno di ciò si adduce, altresì, che la nuova formulazione della norma avrebbe il significato di ricondurre nella fattispecie «tutte le modificazioni che vanno ad incidere su clausole contrattuali già originariamente previste dalle parti (qual è certamente quella [...] che disciplin[a] quella componente essenziale che è il tasso di interesse); mentre sarebbero realmente innovativi soltanto quegli interventi attraverso i quali si inseriscano clausole del tutto *nuove*, le quali cioè regolino profili in precedenza neppure considerati dal regolamento contrattuale» (corsivo degli aa.). Sulla questione v. anche A. MIRONE, *Art. 118, Comm. t.u.b.* Costa, Torino, 2013, p. 1347.

⁵⁰² Il secondo periodo del comma in questione prevede, con riferimento agli contratti di durata, che la pattuizione avente ad oggetto il *jus variandi* della banca debba essere circoscritta alle clausole non aventi ad oggetto i tassi di interesse, ferma la necessità di un giustificato motivo.

⁵⁰³ U. MORERA e M. SCIUTO, *o.c.*, pp. 750-751 ritengono che la ragione di questo dato consisterebbe nel fatto che la diminuzione dell'Euribor riguarderebbe i tassi connessi alle operazioni attive in maniera più pregnante rispetto quanto accada con riferimento ai tassi legati alle operazioni passive, con ciò pregiudicando il bilanciamento quel bilanciamento che di norma discende dal fatto che le oscillazioni dei parametri finanziari incidano nella stessa misura su interessi attivi e interessi passivi.

formula «giustificato motivo» fornita dal diritto vivente⁵⁰⁴, del quale, nonostante l'astratta indeterminazione⁵⁰⁵, è stata declamata la «stabilità normativa»⁵⁰⁶.

Della sua bontà si è tuttavia dubitato in dottrina⁵⁰⁷. Le perplessità manifestate non sono peraltro da considerarsi del tutto peregrine, specie laddove la variazione negoziale dovesse introdurre un'alea unicamente in capo al cliente, alterando significativamente il sinallagma contrattuale⁵⁰⁸. Quanto sopra esposto induce a diffidare della legittimità dell'esercizio del *ius variandi*, ad esempio, nel caso in cui risulti che l'originaria previsione dello *spread* abbia avuto proprio la funzione di scongiurare una discesa eccessiva del parametro variabile complessivamente considerato⁵⁰⁹, perché l'eventualità che quella componente fissa possa essere in tutto o in parte erosa costituirebbe, a quel punto, oggetto dell'accordo e ne delimiterebbe l'alea «normale». Il mutamento unilaterale, in quest'ipotesi, introdurrebbe un disequilibrio non sorretto dalla necessità di salvaguardare la relazione di corrispettività iniziale⁵¹⁰.

⁵⁰⁴ Secondo ABF, Collegio di Coordinamento, 12 dicembre 2018, n. 26489, gli accadimenti che possono rappresentare un giustificato motivo possono ricondursi o alla sfera soggettiva del singolo cliente o ad eventi di natura generale e obiettiva, tra cui le variazioni che interessano il mercato, come le oscillazioni dei tassi di interesse, e dell'inflazione, ovvero a provvedimenti normativi sopravvenuti destinati ad incidere sui costi sostenuti dagli intermediari. L'orientamento appare peraltro consolidato: v. le massime dell'ABF citate da G. MUCCIARONE e A. SANTORO, *Rassegna sistematica delle pronunce dell'ABF*, in A. DOLMETTA e A.S. ALIBRANDI, *Ius variandi bancario*, Milano, 2012, p. 203 ss. In dottrina v. A. SANTANGELO, *Art. 118*, in *Comm. t.u.b.c.* Capriglione, III, Padova, 2012, p. 118. U. MORERA, *Art. 118*, in *Comm. t.u.b.* Porzio, Belli, Loappio, Rispoli Farina e Santoro, Milano, 2010, p. 983 ss.

⁵⁰⁵ V. E. FERRERO, Concetti giuridici indeterminati e poteri discrezionali delle amministrazioni, in *Dir. proc. amm.*, 2014, III, p. 1725.

⁵⁰⁶ A. DOLMETTA, *Linee evolutive di un ius variandi*, in A. DOLMETTA e A.S. ALIBRANDI, *o.c.*, p. 6 ss.

⁵⁰⁷ A. DOLMETTA, «Tasso negativo», cit., p. 4.

⁵⁰⁸ ABF, Collegio di Coordinamento, 12 dicembre 2018, n. 26489, cit., ha considerato il potere di modifica unilaterale legittimo a patto che sia possibile individuare un «collegamento di “mantenimento dell'equilibrio sinallagmatico” tra l'evento di mercato, le prestazioni contrattuali e le nuove condizioni contrattuali». V. anche F. SARTORI, *Sul potere unilaterale di modificazione del rapporto contrattuale: riflessioni in margine all'art. 118 t.u.b.*, in A. DOLMETTA e A.S. ALIBRANDI, *o.c.*, p. 136, per il quale «il *ius variandi* costituisce uno strumento di controllo del rischio grazie al quale è possibile adeguare il rapporto ai cambiamenti economici non prevedibili *ex ante* [...]. Uno strumento, insomma, di conservazione del contratto funzionale a logiche di efficienza economica».

⁵⁰⁹ Il che potrebbe verificarsi, per esempio, quando sia stato applicato uno *spread* ad una tipologia contrattuale alla quale esso non veniva normalmente applicato dall'intermediario prima delle già discusse decisioni di politica monetaria, oppure allorché sia stato introdotto uno *spread* più alto di quello usualmente applicato in precedenza.

⁵¹⁰ Secondo P. SIRENA, *Il ius variandi della banca dopo il c.d. decreto-legge sulla competitività (n. 223 del 2006)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, III, 2007, p. 272 ss. il mero mutamento di tassi d'interesse di primaria importanza per il mercato creditizio, come l'Euribor, il Libor, e l'IRS non sono sufficienti a giustificare una variazione del tasso

La rilevanza della questione è comunque suscettiva di essere in parte ridimensionata se si tengono in considerazione i limiti previsti dalla norma: il *ius variandi* può essere pattuito nei contratti di durata a tempo determinato⁵¹¹ soltanto in relazione a clausole differenti da quelle che fissano i tassi di interesse, salvo che si tratti di contratti conclusi con soggetti diversi dai consumatori e dalle microimprese, per i quali tale facoltà può essere convenuta anche in relazione a siffatte pattuizioni «al verificarsi di specifici eventi e condizioni, predeterminati nel contratto» (art. 118, comma 2-*bis* t.u.b.)⁵¹². Il potere di variazione unilaterale descritto

(fisso) d'interesse del mutuo: «esse rientrano allora nell'alea normale del contratto, a maggior ragione se si considera che l'approvvigionamento della banca avviene al costo del denaro praticato al momento della stipulazione». Cfr. anche A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Interventi normativi sul contenuto regolamentare dei contratti bancari: il diritto di recesso e lo ius variandi*, in AA.VV., *Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti. Oltre la trasparenza?* Atti del convegno tenutosi in San Miniato il 22 e 23 ottobre 2010, Torino, 2011, p. 73 identifica un limite all'operatività della clausola generale del «giustificato motivo» nella disciplina generale in tema di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467 c.c.), ove le sopravvenienze, per assumere una significatività giuridica, devono essere imprevedibili. Da tale previsione l'a. deduce che il *ius variandi* possa essere esercitato solamente a fronte di circostanze estranee all'alea propria del contratto: «devono essere fatti, cioè, che non potevano prevedersi sulla base dell'esperienza di quel momento». In senso conforme F. SARTORI, *o.u.c.*, p. 141 e A. DOLMETTA, *Linee*, cit., p. 44.

⁵¹¹ *Ivi* compresi quelli di mutuo (v. U. MORERA e G. OLIVIERI, *La variazione dei tassi nei contratti bancari a tempo indeterminato. Sul nuovo comma 2-bis dell'art. 118 t.u.b.*, in A. DOLMETTA e A.S. ALIBRANDI, *o.c.*, p. 159. Con riferimento al tipo contrattuale da ultimo citato, la natura di contratto «di durata» non è del tutto pacifica (v. la già menzionata posizione di G. GIAMPICCOLO, *Comodato e mutuo*, cit., p. 68 ss.; ID., *Mutuo (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 452; *contra*: P.L. FAUSTI, *Il mutuo*, cit., p. 77 ss.), sebbene tra i sostenitori dell'indirizzo negativo, che riconoscono ad esso la natura di fattispecie ad esecuzione istantanea differita, si sia ammessa l'applicabilità dell'art. 118 t.u.b. in considerazione del fatto che anche la posizione del mutuante è caratterizzata nel corso del rapporto da un intenso e specifico regime comprensivo di diritti ed obblighi (v. P. GAGGERO, *La modificazione unilaterale dei contratti bancari*, Padova, 1999, p. 171 ss.; E. CAPOBIANCO, *Contratto di mutuo bancario e ius variandi*, in M. COMPORTI e S. MONTICELLI (a cura di), *Studi in onore di Ugo Majello*, I, Napoli, 2005, p. 292 ss.). Altri hanno però ritenuto che il mutuo, in quanto contratto di durata a tempo indeterminato, non possa essere assoggettato alla disciplina di cui comma 1, primo periodo, della disposizione, che prevede la facoltà di convenire la facoltà di variazione unicamente a fronte di contratti di durata indeterminata (U.M. GIORDANO, *La trasparenza delle condizioni contrattuali nella nuova legge bancaria*, in *Riv. soc.*, 1993, I, p. 1234 ss.; M. VIALE, *La nuova legge sulla trasparenza bancaria: prime perplessità e dubbi interpretativi*, in *Giur. comm.*, I, 1992, p. 785 e ss.).

⁵¹² Secondo una parte della dottrina, in verità, la situazione descritta dal comma 2-*bis* non atterrebbe all'esercizio di un diritto unilaterale e potestativo della banca poiché le fattispecie in presenza della quali la variazione del tasso di interesse è ammessa sono predeterminate dall'autonomia negoziale di entrambe le parti al momento della stipulazione. Non si tratterebbe, quindi, di *ius variandi*, ma di una modifica concordata *ex ante*: così U. MORERA e G. OLIVIERI, *o.u.c.*, pp. 160-161; P. FERRO-LUZZI, *Il ius non variandi: prime considerazioni, e alcune supposizioni, sul comma 2-bis dell'art. 118 t.u.b., dopo la l. 106/2011*, in *www.ilcaso.it*, 7 ottobre 2011, p. 1 ss.; ID., *Ipotesi e rilievi sui confini applicativi dell'art. 118 t.u.b. dopo l'introduzione del comma 2-bis*, in A. DOLMETTA e A.S. ALIBRANDI, *o.c.*, p. 147 ss. Considerano la fattispecie come una declinazione del potere regolato dall'art. 118 t.u.b., concludendo per l'applicazione dei presupposti sostanziali e procedurali *ivi* disciplinati anche alla fattispecie

nell'ordinamento bancario deve essere peraltro coordinato con lo statuto a tutela del consumatore⁵¹³: le eventuali antinomie tra i due regimi normativi non possono essere risolte sulla base del criterio di specialità, dovendosi in ogni caso applicare la disciplina di maggior tutela del contraente debole⁵¹⁴.

2.2. Zero floor e tasso di interesse «finito».

Una diversa problematica riguarda i casi in cui la discesa dell'Euribor sia stata tale da neutralizzare del tutto e oltrepassare lo *spread* (parte fissa). Il valore negativo qui non riguarda soltanto il parametro di riferimento (parte variabile), ma il tasso «finito», e quindi l'interesse unitario che il saggio contrattuale, in ultimo, esprime.

Le ragioni esposte a sostegno della tesi dell'inammissibilità⁵¹⁵ hanno sovente indotto i suoi sostenitori ad affermare che nei contratti di finanziamento, malgrado l'assenza di un'esplicita pattuizione *floor*, gli interessi non possano assecondare la dinamica di un patto di indicizzazione che restituisca valori negativi. Si è così postulata la presenza di un *floor* implicito pari a zero (detto altrimenti «fermo zero»)⁵¹⁶. Un siffatto rimedio, in effetti, avrebbe il merito di scongiurare la lesione del diritto del finanziatore alla restituzione integrale della somma capitale.

Un autorevole avallo della teoria dello «*zero bound*» proviene dal parere dell'Avvocatura dello Stato in conformità al quale il Ministero dell'Economia e delle Finanze ha stabilito che gli interessi sulle cedole dei Certificati di Credito del Tesoro non potessero in ogni caso assumere valori negativi⁵¹⁷.

descritta dal comma 2-bis: A. MIRONE, *La trasparenza bancaria*, Napoli, 2012, p. 104 ss. e M.L. GAMBINI, *Ius variandi bancario e finanziario tra tolleranza e reazione del cliente*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 2012, p. 415 ss.

⁵¹³ U. MORERA, *Art. 118*, cit., p. 989 ss.

⁵¹⁴ In questo senso A. S. ALIBRANDI e G. MUCCIARONE, *La pluralità delle normative di ius variandi nel t.u.b.: sistema e fratture*, in A. DOLMETTA e A.S. ALIBRANDI, *o.c.*, p. 64 ss.; *ivi* anche una dettagliata ricostruzione dei possibili attriti tra il t.u.b. e il codice del consumo.

⁵¹⁵ Si richiamano qui le considerazioni espresso nel capitolo III, § 4.2.

⁵¹⁶ La soluzione, come si ricorderà (v. cap. III, § 4.2) è caldeggiata dall'ABF, Collegio di Coordinamento, 8 novembre 2018, n. 23294, cit. e ID., 15 novembre 2018, n. 24070, cit., nonché da una pluralità di voci dottrinali: U. MORERA e M. SCIUTO, *o.u.c.*, pp. 748-749; M. RUGGI e G. SETTANNI, *Recenti problematiche*, cit., p. 127; C. COLOMBO, *Gli interessi*, cit., p. 657.

⁵¹⁷ Come emerge dalla circolare del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 24 marzo 2016, prot. n. 5619, rilasciata sulla base del predetto parere, la relazione giuridica che discende dalla sottoscrizione «di titoli del debito

In disparte i dubbi sulla configurabilità di un derivato implicito⁵¹⁸, la tesi dello *zero floor* non risulta però del tutto convincente alla luce di considerazioni attinenti alla conformazione del concreto programma negoziale. Occorre premettere, anzitutto, che una simile soluzione può al più attagliarsi ai casi in cui l'obbligazione dei c.d. interessi negativi non abbia formato oggetto di accordo, essendo a priori esclusa la sua legittimità quando le parti abbiano accettato l'alea connessa all'inversione del tasso «finito» giacché, se un simile rischio sia stato previsto, non si pone un problema di legittimità dei valori negativi. Il rimedio in questione, in secondo luogo, non si traduce in una tutela adeguata alla configurazione causale del finanziamento nemmeno quando una simile alea non sia stata accettata: il «fermo zero», pur avendo il pregio di precludere un'onerosità «invertita» ai danni del mutuante, da un punto di vista pratico si limita a rendere gratuito un contratto avente un titolo oneroso e non rappresenta, perciò, un rimedio efficace contro il difetto funzionale del sinallagma innescato dal vizio parimenti funzionale della clausola di rinvio.

Non sembra infine che alla critica anzidetta possa essere mossa l'obiezione che il mutuo a rimborso periodico resterebbe oneroso anche laddove, per effetto della temporanea erosione dello *spread*, talune delle rate siano composte della sola quota capitale e non anche della quota interessi, se l'andamento generale del complesso delle rate medesime sia in fin dei conti

pubblico redimibile, in cui l'ammontare nominale è pari alla somma da rimborsare alla scadenza, è riconducibile al tipo dei contratti di mutuo. Il caso specifico dei CCT e CCTeu prevede un'aleatorietà derivante dalla variabilità del tasso di interesse, mentre non è aleatoria l'obbligazione del mutuatario di restituire il capitale versato. La disciplina civilistica del contratto di mutuo prevede che detto contratto sia naturalmente oneroso per il solo mutuatario, non anche per il mutuante, il quale non è chiamato a sopportare il rischio di un tasso di interesse negativo tale da incidere anche sul capitale (art. 1813 del Codice Civile, in relazione all'obbligo di restituire la stessa quantità di denaro). In sostanza, per il mutuante il massimo rischio è quello della gratuità del contratto. Inoltre, sempre la disciplina civilistica prevede che le prestazioni qualificate come interessi debbano far carico al mutuatario e ciò impedisce di ritenere, sia pure implicitamente, che come tali esse possano far carico al mutuante.

⁵¹⁸ Si vedano in particolare gli spunti di riflessione di M.F. CAMPAGNA, *La clausola*, cit., p. 117, spec. nota 58, al quale sembra «una combinazione impossibile quella tra un derivato speculativo, ossia che prescinde dalla copertura di un rischio, e il suo essere implicito, ossia sottostante a una operazione economica. L'operazione economica dovrebbe infatti per includere il derivato contenere un rischio che il derivato mirerebbe a coprire. Il derivato dovrebbe dunque essere giocoforza di copertura». Non sembra invece che possa essere fraposte alla teoria di un implicito pavimento zero, comunque, le pur valide argomentazioni con cui si è sostenuto l'invalidità di un derivato meramente speculativo (cfr. E. BARCELLONA, *Note sui derivati crediti: market failure o regulation failure?*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 2009, p. 652 ss.): non solo perché la sua natura di scommessa razionale è stata riconosciuta da altra parte della dottrina e dalla giurisprudenza (cfr. nota 489), ma anche perché nel caso di specie il *floor zero* consentirebbe al mutuante di perseguire una parallela finalità di copertura contro il rischio di una discesa del tasso in territorio negativo.

lucrativo per il mutuante⁵¹⁹. Come già rilevato dall'ABF, la soluzione per cui il mutuo oneroso possa risultare talvolta negativo, purché non lo sia nel suo complesso, non è accettabile in virtù del combinato disposto degli artt. 820, comma 3 e 821, comma 3, c.c., da cui discende che gli interessi sono periodici, in quanto maturano senza soluzione di continuità. Sennonché, mentre da tale postulato la giurisprudenza arbitrale inferisce la soluzione non del tutto congruente di un fermo a zero degli interessi delle singole rate, l'immediata conseguenza logico-giuridica della maturazione dei frutti civili «giorno per giorno in ragione della durata del diritto», in realtà, dovrebbe essere quella della necessaria onerosità del mutuo durante ciascuna delle scadenze intermedie di restituzione del capitale. In breve: in ciascuna rata dovrebbe a rigore figurare una componente sia pur minima di interessi anche nel caso di neutralizzazione dello *spread*.

2.3. *La comunicazione della Banca d'Italia. Questioni aperte.*

Non pare, in ogni caso, che un contributo decisivo allo scioglimento dei dubbi sopra paventati provenga dalla già citata comunicazione⁵²⁰ con cui la Banca d'Italia ha dettato alcune regole di condotta per gli intermediari che si trovino a fronteggiare situazioni di inversione del tasso di interesse. In particolare, il § 2, lett. a) del prefato documento, che impone alle società vigilate un obbligo di astenersi dall'applicare un tasso minimo, deve essere letto congiuntamente al § 1, terzo capoverso, contenente una descrizione della prassi di neutralizzare «l'erosione dello *spread* derivante dal sopravvenuto valore negativo del *parametro*, attribuendo a *quest'ultimo* valore pari a zero»⁵²¹.

Poiché tale «fermo zero» è riferito al «parametro», ossia alla componente variabile del tasso, la comunicazione – nella parte in cui vieta l'introduzione di soglie minime – sembra diretta a regolamentare le situazioni in cui un simile «pavimento» abbia la funzione di assicurare un

⁵¹⁹ Uno dei sostenitori della teoria dell'inammissibilità (D. MAFFEIS, *La causa*, cit., p. 4) invoca il rimedio dell'intervento giudiziale a fronte di tassi divenuti «durevolmente» negativi. V. anche A. DOLMETTA, *Tasso*, cit., p. 6, per il quale «gli interessi compensativi rappresentano solo una componente del “compenso” della banca: si ricordino anche solo i meccanismi di imputazione convenzionale dei pagamenti rateali». Cfr. però O.T. SCOZZAFAVA, *Gli interessi*, cit., p. 138, il quale sostiene che solo l'obbligazione degli interessi assolve quella funzione corrispettiva che la legge riconosce ai frutti civili.

⁵²⁰ Comunicazione del 5 febbraio 2014, cit.

⁵²¹ Enfasi aggiunte.

marginale di redditività per l'intermediario in misura almeno pari allo *spread* e non anche i casi in cui il «fermo zero» sia volto a impedire che l'erosione totale della componente fissa conduca all'inversione del tasso contrattuale nella sua compiutezza.

In forza di una simile interpretazione letterale la statuizione dell'amministrazione di vigilanza risulta in effetti piuttosto scarna. Essa, peraltro, non chiarisce: se il divieto sia il risultato di una valutazione preventiva di illegittimità dell'esercizio del *jus variandi*, ad esempio per assenza del requisito del giustificato motivo; ovvero se la portata della preclusione sia circoscritta alle ipotesi in cui la variazione unilaterale non è consentita nella singola fattispecie negoziale per difetto dei presupposti oggettivi cui la norma di legge subordina la nascita del diritto potestativo della banca, come accadrebbe – fra l'altro – al cospetto di un tasso variabile contenuto in un atto di durata non indeterminata. La circostanza che a essere vietata sia l'introduzione «in via di fatto» del *floor* sembrerebbe evocare la seconda ipotesi: dalle decisioni dell'ABF, del resto, è emersa la pratica degli intermediari di applicare dei *floor* senza ricorrere al *jus variandi*, ritenendo non necessario ricorrere a quest'ultimo istituto in virtù della «presupposizione» per cui l'Euribor non sarebbe mai divenuto negativo⁵²². Come a dire, *in nuce*, che il mantenimento del *benchmark* su livelli positivi sia un presupposto implicito della relativa pattuizione pur senza costituire una sua condizione espressa.

Esatte queste premesse, la laconicità delle indicazioni della Banca d'Italia emergerebbe dalla mancata presa di posizione sia sull'eventuale possibilità che l'inversione del parametro costituisca un giustificato motivo per l'esercizio del *jus variandi* nei casi in cui siano soddisfatti gli altri requisiti richiesti dall'art. 118 t.u.b., sia sull'astratta ammissibilità di un *floor* implicito pari a zero in caso di erosione integrale del «tasso finito».

3. I tassi negativi nel prisma dei rimedi ordinamentali.

L'inidoneità della teoria del «fermo zero» a elidere la menomazione della causa di finanziamento suggerisce di indagare se nel *mare magnum* delle disposizioni ordinamentali sia possibile individuare una soluzione più ragionevole e adeguata alle specificità delle situazioni

⁵²² Cfr. ABF, Collegio di Coordinamento, 8 novembre 2018, n. 23294, cit., che ha segnatamente ritenuto non condivisibile la tesi dell'intermediario resistente sulla scia dell'orientamento arbitrale per cui «l'applicazione di clausole *floor* e *cap*, non previste da idonea clausola contrattuale, comporti sostanziale modifica del tasso contrattualmente stabilito poiché esse introducono un limite non pattuito alla prevista dinamica».

che si sono presentate nella prassi⁵²³. Si tratta, in altri termini, di stabilire se e in quale misura le sopravvenienze che incidono sul sinallagma contrattuale possano essere gestite coi presidi rimediali della materia dei contratti e delle obbligazioni. Non vi è dubbio, peraltro, che il controllo sia sul contenuto del negozio sia sulla persistente attitudine dello stesso a soddisfare gli interessi pattizi debba essere condotto alla luce della sua causa in concreto, a prescindere che il contratto di finanziamento sia tipico ovvero atipico⁵²⁴.

Ciò premesso, si può ora passare all'esame dei vari strumenti rimediali prospettabili *in astratto* al fine di garantire un'adeguata protezione delle ragioni del contraente svantaggiato, tutte le volte in cui dallo scambio delle promesse risulti che le parti non abbiano accettato che il contratto possa divenire gratuito – o oneroso «alla rovescia» – in fase di esecuzione.

3.1. *La nullità: esclusione.*

È appena il caso di rimarcare che il difetto del sinallagma di un rapporto di mutuo «sorpreso» dall'inversione del tasso contrattuale non è genetico, in quanto il contratto non è *ab origine* privo di causa⁵²⁵, ma sopravvenuto. La possibilità di invocare la nullità del contratto per un vizio intervenuto in un momento successivo alla sua formazione – com'è quello dell'avvento di un tasso negativo – sembra peraltro da escludere⁵²⁶: nonostante qualche

⁵²³ P. PERLINGIERI, *Il principio di legalità nel diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, I, 2010, p. 177.

⁵²⁴ Seguendo l'insegnamento di G.B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., p. 249 ss., spec. p. 345 ss., tutti i contratti, siano essi tipici o atipici, sono assoggettati alla valutazione fondata sullo stesso criterio di conformità degli interessi divisati dai contraenti con il piano dei valori fondamentali espressi dal nostro ordinamento; e ciò a prescindere che lo si voglia denominare di accertamento della causa in concreto o di meritevolezza. In senso conforme, tra tutti, P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, Milano, 2006, p. 378 ss.

⁵²⁵ Il contratto di finanziamento indicizzato al tasso Euribor è munito di una causa lecita meritevole di tutela: v. di recente Cass., 16 giugno 2019, n. 17110, in *Dir. giust.*, 2019, fasc. 118, p. 7 ss., con nota di G. SATTA, *Apertura di credito in conto corrente: forma libera e interessi determinati per relationem*. La Suprema Corte sottolinea in particolare «la meritevolezza di tutela dello strumento dell'indicizzazione, che consente al cliente della banca di accedere a formule di finanziamento a tasso variabile che altrimenti gli sarebbero precluse».

⁵²⁶ Esclude la possibilità di invocare la nullità sopravvenuta in caso di inversione del tasso nei contratti di finanziamento anche F. CIVALE, *Euribor*, cit., p. 3.

opinione favorevole, vi sono per lo più incertezze⁵²⁷ sulla possibilità che nel nostro ordinamento trovi cittadinanza la categoria della nullità sopravvenuta⁵²⁸.

Il rimedio demolitorio in parola non sembra parimenti invocabile per una supposta mancanza di determinatezza o determinabilità dell'oggetto. Un simile vizio condurrebbe all'invalidità laddove originario; ma nel caso del tasso indicizzato all'Euribor divenuto negativo si potrebbe al limite discorrere – per mera ipotesi di ragionamento – di indeterminatezza o indeterminabilità sopravvenuta⁵²⁹, considerato che nel contratto sorto in costanza di «tassi guida» positivi il vizio dell'oggetto originariamente non sussiste⁵³⁰.

3.2. *La presupposizione.*

Si potrebbe in astratto sostenere⁵³¹, sotto un'altra ottica, che il mantenimento del tasso contrattuale sopra il livello zero sia oggetto di una presupposizione, per tale intendendosi quel fatto o quella circostanza – esterna al contratto – che assume «un'importanza determinante ai

⁵²⁷ Per una ricostruzione del dibattito in chiave moderna cfr. A. ALAMANNI, "Nullità sopravvenuta" (una breve riflessione propositiva), in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, n. 16, p. 554 ss.

⁵²⁸ L'argomento tradizionalmente utilizzato per contrastare la sua ammissibilità è quello per cui la causa è un vizio esclusivamente genetico, attenendo alla formazione e alla struttura dell'atto di autonomia; sicché la sua esistenza o viceversa il suo difetto devono sempre essere valutati al momento perfezionativo. Tra i principali sostenitori di questo indirizzo vi sono R. SCOGNAMIGLIO, *Sull'invalidità successiva dei negozi giuridici*, *Ann. Dir. compar.*, 1951, p. 55 ss., ora in *Scritti giuridici, I, Scritti di diritto civile*, Cedam, Padova, 1996, p. 209 ss.; F. DI MARZIO, *Il trattamento dell'usura sopravvenuta tra validità, illiceità e inefficacia della clausola interessi*, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 3099 ss.; F. FRANZONI, "Degli effetti del contratto", in *Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori. Artt. 1374- 1381*, in *Il cod. civ. comm.* (diretto da P. Schlesinger), Giuffrè, Milano, 1999, pp. 24 ss.

⁵²⁹ In termini non dissimili P.L. FAUSTI, *o.c.*, p. 129 ss. esclude la possibilità di ricorrere alla nullità in «indeterminatezza sopravvenuta» della clausola contrattuale che determini la misura degli interessi in funzione di un parametro finanziario che successivamente venga meno per decisione dell'autorità. A tal fine riporta gli esempi della cessazione, deliberata dal comitato esecutivo dell'ABI, della rilevazione del prime rate medio con quella del 31 dicembre 2004, oltre alla sostituzione del Tasso ufficiale di sconto (T.U.S.) col Tasso ufficiale di riferimento (T.U.R.)

⁵³⁰ Sia consentito richiamare in proposito quanto già rilevato nel cap. II, § 3.2.

⁵³¹ A. DOLMETTA, «Tasso negativo», cit., p. 3 ss. evoca la presupposizione per chiedersi se quest'ultima possa giustificare la presenza di un blocco a zero della discesa del tasso, fornendo una risposta tendenzialmente negativa. Analoga la posizione di F. CIVALE, *o.c.*, p. 2 ss., spec. nota 7, il quale precisa, «[q]uanto alla presupposizione, [che] deve trattarsi di circostanza che può essere presente, passata e/o futura, che deve aver condizionato la volontà dei contraenti, di carattere obiettivo e non deve coincidere con l'oggetto di una prestazione a cui le parti si erano specificamente obbligate; poiché la prestazione degli interessi costituisce obbligazione alla quale il mutuatario si era specificamente obbligato, l'istituto della presupposizione non può essere utilizzato nel caso di specie».

fini della conservazione del vincolo contrattuale»⁵³². L'istituto, dapprima elaborato nella letteratura tedesca⁵³³, ha fatto capolino specialmente attraverso la giurisprudenza⁵³⁴ nel nostro ordinamento, ove però si registrano in dottrina talune resistenze al suo accoglimento⁵³⁵.

Il perimetro applicativo della categoria in esame appare per di più incerto a causa sia delle oscillanti prese di posizione circa le condizioni richieste per la sua configurabilità⁵³⁶, sia della

⁵³² La definizione è di C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 424. Per un approfondimento generale sull'istituto v. anche A. D'ANGELO, *Presupposizione*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 326 ss.; F. GIRINO, *Presupposizione*, in *Nov. dig. it.*, XIII, 1966, p. 775 ss.; V. PIETROBON, *Presupposizione*, in *Enc. giur.*, XXXIV, Roma, 1991; A. BELFIORE, *La presupposizione*, Torino, 2000.

⁵³³ Esso affonda le sue radici nella Pandettistica. Per una ricostruzione anche storica v. C. BRUNO, *La questione delle sopravvenienze: presupposizione e rinegoziazione*, in *Giust. civ.*, 2010, V, p. 235 ss.

⁵³⁴ Nel senso dell'ammissibilità della presupposizione nel nostro sistema giuridico, *ex pluribus*, Cass. 22 febbraio 2005 n. 3579, in *www.dejure.it*; Cass. 21 novembre 2001 n. 14629, in *Riv. giur. sarda*, 2002, III, p. 604 ss., con nota di C. CICERO, *Sulla cosiddetta presupposizione*. La configurabilità della presupposizione ha trovato l'avallo persino di Cass., Sez. Un., 20 aprile 2018, n. 9909, in *www.dejure.it*, secondo cui l'istituto ricorre «quando una determinata situazione di fatto comune ad entrambi i contraenti ed avente carattere obiettivo, essendo il suo verificarsi indipendente dalla loro volontà e attività, sia stata elevata dai contraenti stessi a presupposto comune in modo da assurgere a fondamento – pur in mancanza di un espresso riferimento – dell'esistenza ed efficacia del contratto». La pronuncia da ultimo citata precisa peraltro che per ravvisarsi tale fattispecie è necessario: «1) che la presupposizione sia comune a tutti i contraenti; 2) che l'evento supposto sia stato assunto come certo nella rappresentazione delle parti (e in ciò la presupposizione differisce dalla condizione); 3) che si tratti di un presupposto obiettivo, consistente cioè in una situazione di fatto il cui venir meno o il cui verificarsi sia del tutto indipendente dall'attività e volontà dei contraenti e non corrisponda, integrandolo, all'oggetto di una specifica obbligazione».

⁵³⁵ V. in particolare F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine*, cit., p. 194, il quale considera la presupposizione alla stregua di un semplice motivo individuale, perché si risolve in «una modalità non sviluppata del negozio», di guisa che essa non «s'è fatta strada, né esplicitamente, né implicitamente, nel negozio, e quindi non risulta dal tenore della dichiarazione». V. anche A. BELFIORE, *La presupposizione*, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, XIII, Torino, 2003, p. 40 e R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Tratt. dir. civ.* Grosso e Santoro-Passarelli, Milano, 1972, p. 144.

⁵³⁶ La giurisprudenza ha oscillato in particolare tra una tesi soggettiva, per la quale il presupposto indefettibile del contratto è quello riconducibile alla volontà delle parti, e una tesi oggettiva, che attribuisce rilievo alle specifiche e obiettive condizioni di efficacia del regolamento. Per un esame delle ondivaghe decisioni giurisprudenziali v. M. MAGGIOLO, *Presupposizione e premesse del contratto*, in *Giust. civ.*, 2014, III, p. 867 ss.

sua contiguità con gli istituti della causa⁵³⁷ e dell'oggetto⁵³⁸; sicché, laddove si volesse ampliare l'area di operatività di questi ultimi, verrebbe correlativamente circoscritto il raggio d'azione della presupposizione: sempre che la si consideri, però, alla stregua di una fattispecie autonoma⁵³⁹, come peraltro sostiene chi nega che tale figura si identifichi con i predetti elementi essenziali del contratto⁵⁴⁰.

Nel solco di questa dottrina può dubitarsi che l'inversione del tasso non abbia un'influenza sulla causa, dato che la corrispettività e l'onerosità del mutuo, che senz'altro incidono sul sinallagma, postulano che il parametro indicizzato assuma valori positivi. A non dissimili conclusioni si può forse addivenire con riguardo all'oggetto contrattuale: per quanto l'oscillazione dell'Euribor sia una dinamica esterna al contratto, questa penetra nel contenuto contrattuale per effetto della scelta dell'indicizzazione operata dall'autonomia privata, divenendo parte dell'ingranaggio complessivo del tasso variabile.

Anche a voler riconoscere cittadinanza giuridica alla presupposizione, considerandola in specie una declinazione di altri istituti⁵⁴¹, l'incertezza applicativa si traslerebbe tuttavia sul piano

⁵³⁷ V. MARICONDA e F. ROLFI, *La causa del contratto*, in *Casi e questioni di diritto privato* a cura di R. Alessi e G. Grisi, in M. BESSONE (a cura di), *Casi e questioni di diritto privato*, XXI, *Il contratto in generale*, vol. 2, t. 1, Milano, 2002, p. 1021 ss., spec. p. 1054 considerano la presupposizione integrata nella causa: «la mancata esistenza del elemento presupposto incide sulla stessa ragion d'essere del contratto, facendo di fatto venir meno quell'assetto di interessi che le parti avevano voluto realizzare e privando quindi il contratto della sua funzione concreta». Sugli stretti rapporti tra presupposizione e causa v. M. COSTANZA, *Dalla causa alla presupposizione*, in *Giust. civ.*, 1988, II, p. 291 ss. Per contro, rimarcano la distinzione tra l'elemento causale da un lato e la presupposizione dall'altro, tra gli altri, D. SINESIO, *Presupposizione, causa e buona fede nell'edificabilità dei suoli*, in *Foro it.* 1977, I, c. 2340 ss.; L. FERRIGNO, *L'uso giurisprudenziale del concetto di causa del contratto*, in *Contr. impr.*, 1985, p. 115 ss.

⁵³⁸ Pur sottolineando che si tratta di elementi connessi, esclude la riconducibilità della presupposizione al contenuto del contratto, oltre che alla causa, Cass., 25 maggio 2007, n. 12235, in *Rass. dir. civ.*, 2008, IV, p. 1134 ss., con nota di R. PENNAZIO, *Permuta, sopravvenienze e alterazione del sinallagma alla causa del contratto o al contenuto della prestazione*.

⁵³⁹ V. C.M. BIANCA, *o.u.c.*, p. 423, che ritiene che nel caso di scuola del balcone locato per assistere alla sfilata del corteo, il mancato svolgimento di quest'ultimo nel luogo previsto preclude in realtà la realizzazione della causa. Nell'esempio del fondo acquistato a fini di edificazione non è parimenti in gioco un'eventuale presupposizione: l'inidoneità della *res* all'uso raffigurato dall'*accipiens* è un carattere giuridico dell'oggetto.

⁵⁴⁰ C.M. BIANCA, *o.u.c.*, p. 424. Secondo F. MARTORANO, «Presupposizione» ed errore sui motivi nei contratti, in *Riv. dir. civ.*, 1958, p. 69, la presupposizione sarebbe un'ipotesi di eccezionale rilevanza dell'errore sui motivi. *Contra*: C. CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, Milano, 1997, spec. p. 474 ss.

⁵⁴¹ Oltre alle già citate teorie che identificano la presupposizione con la causa, può anche richiamarsi l'orientamento (v. Cass., 29 settembre 2004, n. 19563, in *www.dejure.it*) in forza del quale la presupposizione viene ricostruita mediante un approccio assiologico per il tramite del principio di buona fede e correttezza. Ma vedi F.

rimediale. La giurisprudenza ha infatti fornito le soluzioni più disparate per reagire al difetto della situazione presupposta⁵⁴².

3.3. *La risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta.*

È tradizionale in giurisprudenza il convincimento che non trovino applicazione nei confronti del mutuo le norme in materia di risoluzione del rapporto per eccessiva onerosità sopravvenuta⁵⁴³. A sostegno di tale assunto si adduce la riconducibilità dei mutamenti di valore delle cose mutate nell'alea normale del contratto⁵⁴⁴.

La dottrina afferma l'esperibilità del rimedio con riferimento alla prestazione corrispettiva degli interessi⁵⁴⁵, mentre la esclude nei riguardi della prestazione di restituzione, la quale resta fuori della relazione sinallagmatica del contratto⁵⁴⁶. Questa rigorosa impostazione è talora motivata, altresì, adducendo l'incompatibilità dello strumento risolutorio con l'interesse del mutuatario, che, ottenendo lo scioglimento del rapporto, si troverebbe a eseguire – peraltro *ante tempus* – la prestazione aggravata dalla sopravvenienza⁵⁴⁷.

MACARIO, *Le sopravvenienze*, in *Tratt. contr.*, Roppo, V, Milano, 2006, p. 556, che avverte che se con la presupposizione «si tenta di giuridicizzare un interesse non governabile direttamente dall'ordinamento giuridico e la risposta al limite di autodeterminazione dei privati può (deve?) essere rinvenuta nel precetto di buona fede, sarebbe più coerente allora indagare direttamente sulla portata di quest'ultima».

⁵⁴² Per una rassegna delle eterogenee tutele paventate v. C. BRUNO, *o.c.*, p. 235 ss., spec. note 18-27, il quale, con dovizia di citazioni giurisprudenziali, rileva che «[l]a mancanza originaria della situazione erroneamente data per esistente ha ricevuto rilevanza giuridica come causa di risoluzione del contratto, di inefficacia, di annullabilità, di nullità, di nullità per mancanza di causa». Le oscillazioni hanno peraltro riguardato anche «[i]l mancato avverarsi di un evento contemplato come futuro», che ha dato luogo «alla rideterminazione giudiziale del contenuto dell'accordo oppure ha operato come fonte di un diritto di recesso o come causa di risoluzione, di risoluzione per impossibilità sopravvenuta, di risoluzione *ex art. 1467 c.c.*». Il quadro si arricchisce della posizione di C.M. BIANCA, *o.u.c.*, p. 425, per il quale «[i]l venir meno della presupposizione non importa come tale l'automatica risoluzione del contratto ma il rimedio del recesso unilaterale esperibile dalla parte per la quale il vincolo contrattuale è divenuto intollerabile o inutile».

⁵⁴³ Lo constata M. DE POLI, *Il rapporto*, in V. CUFFARO (a cura di), *Il mutuo*, cit., pp. 70-71.

⁵⁴⁴ V., *ex multis*, Cass., 4 luglio 1952, n. 2007, in *Foro it.*, 1953, I, c. 341 ss.

⁵⁴⁵ Il punto sembra pacifico: cfr., tra i tanti, G. GIAMPICCOLO, *Mutuo*, cit., p. 461 e M. FRAGALI, *Del mutuo*, cit., p. 412 ss.

⁵⁴⁶ G. GIAMPICCOLO, *o.u.c.*, p. 462.

⁵⁴⁷ Così M. FRAGALI, *o.u.c.*, pp. 412-413. In senso critico P.L. FAUSTI, *Il mutuo*, cit., pp. 67-68 osserva che così ragionando, si dovrebbe pervenire al medesimo risultato di escludere l'applicabilità dell'art. 1467 c.c. anche nei confronti della prestazione degli interessi, perché per il mutuatario è indifferente «dover restituire una somma sorprendentemente alta di denaro a titolo di interessi o di capitale».

Anche le posizioni riguardanti i contratti mutuo in Unità di Conto Europea (Ecu) – emerse a seguito dell'uscita della Lira dal Sistema Monetario Europeo e della sua conseguente svalutazione – hanno per lo più escluso l'abnormità dell'evento rispetto all'alea insita nella componente indicizzata del contratto, nonostante il danno subito dai mutuatari trovatisi ad acquistare gli Ecu con una moneta deprezzata⁵⁴⁸.

Le considerazioni che precedono hanno riguardato in particolar modo la posizione del mutuatario. Rispetto al mutuante si è comunque esclusa la possibilità di ricorrere all'art. 1467 c.c. in caso di svalutazione monetaria dell'oggetto della restituzione, posto che al momento della sopravvenienza egli non è più tenuto ad alcuna prestazione⁵⁴⁹. La circostanza che dal mutuo sorgerebbero obbligazioni *ex uno latere*, cioè a carico del mutuatario, ha poi indotto a ritenere che nemmeno l'art. 1468 c.c. rientri tra i presidi a tutela di chi presta denaro⁵⁵⁰.

Per quanto sopra esposto sussistono talune difficoltà nel ricondurre al presidio della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta le istanze di tutela del mutuante che malgrado l'inversione del tasso voglia mantenere un margine di redditività dell'operazione, continuando a godere degli interessi corrispettivi. Egli è infatti il soggetto attivo del rapporto: nel momento in cui si verifica la sopravvenienza ha già esaurito la prestazione e non potrebbe lamentare *ex post* una sua eccessiva onerosità *ex art.* 1467 c.c. Questa notazione si affianca a quella che fa leva sul carattere corrispettivo del mutuo oneroso al fine ritenere difficilmente

⁵⁴⁸ Per un esame di queste posizioni v. P.L. FAUSTI, *o.c.*, p. 70; M. DE POLI, *o.c.*, p. 71; L. NIVARRA e G.W. ROMAGNO, *Il mutuo*, cit., p. 375 ss., *ivi* anche la citazione un'isolata posizione di segno contrario.

⁵⁴⁹ Come rilevato da A. SCIARRONE ALIBRANDI e G. MUCCIARONE, *o.c.*, p. 104, nota 112, al fine di «ammettere la risoluzione del mutuo per eccessiva onerosità su domanda del mutuante occorrerebbe che la norma dell'art. 1467 c.c. fosse estensibile anche a tutela del contraente che abbia già eseguito la propria prestazione».

⁵⁵⁰ G. GIAMPICCOLO, *Comodato*, cit., p. 99; R. TETI, *Il mutuo*, cit., p. 684 ss.; M. FRAGALI, *o.u.c.*, p. 412 ss. Per alcune citazioni giurisprudenziali v. V. FRATTAROLO e E. IORIO, *Il mutuo nella giurisprudenza*, Milano, 2009, pp. 152-153. Si noti comunque che per un minoritario orientamento (*ex multis* G. GRASSANI, *Mutuo*, cit., p. 1054; F. CARRESI, *Il comodato*, cit.,...) l'art. 1468 c.c. potrebbe in caso di contratto gratuito soccorrere a tutela del mutuante, che avrebbe la facoltà di ottenere un'anticipata restituzione delle cose mutate; nel caso di mutuo oneroso, poi, il soggetto attivo potrebbe agire *ex art.* 1467 c.c. quando sia divenuta eccessivamente la sua prestazione oppure troppo gravosa l'aspettativa di una restituzione, ad esempio per effetto di una svalutazione della moneta. *Contra*: L. NIVARRA e G.W. ROMAGNO, *o.c.*, pp. 384-385.

configurabile la possibilità di invocare finanche l'art. 1468 c.c., che riguarda i contratti con obbligazioni a carico di una sola parte⁵⁵¹.

3.4. *L'adeguamento del contratto.*

La collocazione dei finanziamenti tra i rapporti di durata⁵⁵², quantomeno dal lato del finanziato⁵⁵³, persuade ad approcciare la ricerca dei rimedi da un angolo prospettico di tipo evolutivo. I mezzi di tutela sopra considerati, quand'anche astrattamente invocabili, appaiono incentrati sul modello di scambio ad effetti istantanei⁵⁵⁴ che permea l'impostazione neoclassica del codice civile⁵⁵⁵. Essi palesano pertanto dei profili di inadeguatezza rispetto alle vicende che possono intervenire nel corso di un rapporto significativamente marcato dall'elemento temporale⁵⁵⁶. La continuità del rapporto pone in primo piano l'esigenza di garantire

⁵⁵¹ In verità, nella prospettiva per cui l'art. 1468 c.c. sarebbe uno strumento espressivo di un principio generale che trascende il perimetro dei contratti con obbligazioni di una sola parte, si è estesa la sua operatività fino a comprendere anche i contratti a prestazioni corrispettive quando risulti che ad essere obbligata sia rimasta soltanto una parte, in quanto la controparte abbia già eseguito *in toto* la propria prestazione: così P. GALLO, *Eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., VII, Torino, 1991, p. 236 ss. Anche a voler accedere a tale impostazione, nel caso del contratto di mutuo oneroso la disposizione sarebbe tuttavia applicabile soltanto nei confronti del mutuatario, quando il mutuante abbia già eseguito integralmente la propria prestazione.

⁵⁵² P.L. FAUSTI, *o.c.*, p. 77. In tal senso anche A. LUMINOSO, *Il rapporto di durata*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 501 ss., spec. p. 527 ss., il quale condivisibilmente valorizza l'elemento dell'incidenza del tempo sugli interessi delle parti e qualifica alla stregua di contratti di durata, tra gli altri contratti, anche i mutui. La categoria, in altri termini, non si esaurisce in quella dei negozi ad effetti prettamente obbligatori, ma si estende anche ad altre strutture negoziali.

⁵⁵³ P.M. VECCHI, *Il contratto*, cit., pp. 23-24 dubita che il mutuo possa considerarsi un contratto a prestazioni continuative o periodiche, perché la posizione del mutuante non si qualifica tanto per un obbligo continuativo di non richiedere la restituzione, quanto per il difetto della titolarità del diritto a pretenderla prima del termine; e perché in tale tentativo di qualificazione non ha rilevanza determinante la presenza in capo al mutuante di obbligazioni accessorie, posto che queste ultime possono essere ben presenti anche in contratti ad esecuzione istantanea. L'a. minimizza comunque la significatività del dibattito, ritenendo in ogni caso applicabili talune delle norme dettate per i rapporti di durata, tra cui l'irretroattività degli effetti dell'estinzione del rapporto, che nel caso di specie implica l'obbligo del mutuatario di corrispondere gli interessi già maturati.

⁵⁵⁴ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 511 ss., classifica tra i contratti di durata soltanto quelli a esecuzione continuata o periodica, e mentre i contratti ad esecuzione istantanea resterebbero fuori di tale categoria anche quando la prestazione sia differita nel tempo e non immediata.

⁵⁵⁵ In questo senso G. BELLANTUONO, *Regole di default nel diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, p. 469. Ma vedi anche, ampiamente, F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 1 ss., spec. p. 54 ss.

⁵⁵⁶ Per un approfondimento dei connotati dei contratti durata alcuni dei contributi fondamentali sono quelli di G. OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, p. 160 ss., G. OSTI, *Contratto*, in *Noviss. dig. it.*, Torino,

durevolmente il reciproco affidamento delle parti in un'ottica di solidarietà. Tale valore postula a sua volta che il regolamento negoziale sia flessibile in tutti i suoi aspetti, tra cui l'oggetto e le concrete modalità di esecuzione della prestazione⁵⁵⁷.

Le riferite esigenze contrassegnano in modo particolare i contratti c.d. relazionali⁵⁵⁸, in cui la logica cooperativa e solidale dovrebbe postulare che sia possibile adeguare il programma negoziale alle mutate circostanze fattuali o normative⁵⁵⁹. Ad approdi non dissimili conduce la naturale incompletezza del contratto⁵⁶⁰, che deriva da un normale «deficit cognitivo» delle parti circa gli «stati futuri del mondo» e si traduce in un regolamento negoziale necessariamente lacunoso⁵⁶¹.

In assenza di un'azione generale di adeguamento del contratto le istanze di flessibilità sollevate dai contratti di lungo corso possono essere forse soddisfatte attraverso

1957, p. 463 ss., spec. pp. 497-498; F. LONGOBUCCO, *Rapporti di durata e divisibilità del regolamento contrattuale*, Napoli, 2012; S. PAGLIANTINI, *La risoluzione dei contratti di durata*, Milano, 2006. e A. LUMINOSO, *Il rapporto di durata*, in *Riv. dir. civ.*, I, p. 506 ss.

⁵⁵⁷ La valorizzazione dei concetti di solidarietà e reciprocità nei contratti di lunga durata è il prodotto della riflessione di F. MACARIO, *o.u.c.*, p. 60 ss.

⁵⁵⁸ La teoria del *relational contract* è stata dapprima elaborata dalla dottrina nordamericana, che da tempo ha marcato la distinzione tra i contratti di scambio isolato, in cui la contrapposizione tra gli opposti interessi delle parti risulta particolarmente accentuato, e i contratti «relazionali», caratterizzati dalla compresenza di obiettivi comuni ai contraenti. Tra le principali opere si segnalano quelle di I.R. MACNEIL, *Contracts: adjustments of Long-Term relations Economic under classical, Neoclassical, and Relation Contract Law*, in *N.W. Univ. Law Rev.*, 1978, p. 854; ID., *The new social contract: an inquiry inyo modern contractual relations*, New Haven, 1980; I.R. MACNEIL e D. CAMPBELL, *The relational theory of contract: selected works of Ian Macneil*, Londra, 2001; S. MACAUELEY, *Non contractual relations in business: a preliminary study*, in *Am. Soc. Rev.*, 1963, p. 55 ss.

⁵⁵⁹ La teoria, sviluppata oltreoceano, ha ispirato la riflessione di insigni giuristi italiani: tra tutti, F. MACARIO, *Relational contracts e allgemeiner teil: il problema e il sistema*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e parte speciale*, p. 123 ss; ID., *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli 1996. Per alcuni spunti critici v. M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Eur. dir. priv.*, III, 2003, p. 467 ss.

⁵⁶⁰ Il concetto che si intende evocare non è quello di contratto «incompleto» come sinonimo di quello «imperfetto», bensì il frutto dell'elaborazione dogmatica attribuibile, *inter alia*, a A. FICI, *Il contratto incompleto*, Torino, 2005, pp. 22 ss. e 151 ss., che considera l'accordo su un contenuto incompleto comunque dotato di forza di legge tra le parti, a condizione che l'incompletezza costituisca il risultato di una deliberata scelta di gestione di futuri accadimenti incerti. Sulla teoria del contratto incompleto si segnalano gli ulteriori e approfonditi contributi di G. BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Padova, 2000; D. VALENTINO, *Il contratto "incompleto"*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 509 ss.; C. OSTI, *L'abuso di dipendenza economica*, in *Merc. conc. reg.*, 1999, p. 9 ss.; E. GUERINONI, *Incompletezza e completamento del contratto*, Milano, 2007; V.M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto. Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007, p. 143 ss.

⁵⁶¹ M. BARCELLONA, *o.u.c.*, p. 469.

l'interpretazione sistematica delle norme che sottendono una logica revisionale e presenti così nella parte del codice dedicata ai contratti in generale come nella disciplina delle singole fattispecie negoziali tipiche.

Le parti potrebbero aver previsto quest'esigenza attraverso l'introduzione nel regolamento negoziale di clausole correttive, finalizzate ad adeguare le pattuizioni negoziali il cui adempimento, a causa di determinate sopravvenienze, risulti eccessivamente gravoso ovvero addirittura impossibile. In quest'ottica, l'autonomia privata sovente ricorre oltre alle stesse clausole di indicizzazione – che operano in via automatica attraverso il riferimento a parametri determinati e che, come si è visto, non sempre mettono al riparo da possibili squilibri contrattuali – altresì a clausole che rimettono alle parti ovvero a un terzo l'adeguamento del contratto⁵⁶².

3.4.1. *L'adeguamento del contratto nel commercio internazionale.*

Nei contratti a lungo termine, soprattutto di matrice internazionale, è frequente il ricorso alla *hardship clause*, definibile – pur nella vasta eterogeneità dei rilevanti fattori perturbativi presi in considerazione dalla prassi – quale pattuizione che, al verificarsi degli eventi ivi dedotti, conduce alla sospensione della fase esecutiva del contratto, con l'obiettivo di pervenire a una revisione dei termini dell'accordo originario attraverso l'obbligo di avviare di un procedimento di rinegoziazione⁵⁶³.

La clausola *hardship* disciplina, a ben vedere, delle ipotesi di eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione, configurandosi quale rimedio che favorisce la prosecuzione del contratto. Tale tipologia di pattuizioni si differenzia dalle c.d. clausole di forza maggiore, le quali prevedono che la parte che si trovi a non poter eseguire il contratto per il verificarsi un evento sopravvenuto inevitabile, non sia ritenuta responsabile per l'inadempimento. Le clausole *hardship* presentano tuttavia degli elementi in comune con quelle di *force majeure*,

⁵⁶² F. MACARIO, *Adeguamento*, cit., p. 169 ss.

⁵⁶³ A. FRIGNANI, *Hardship Clause*, in *Noviss. dig. it.*, app. III, Torino 1982, p. 1181 ss; F. MACARIO, *o.n.c.*, p. 212; A. PISU, *L'adeguamento dei contratti tra ius variandi e rinegoziazione*, Napoli 2017, p. 74 ss.

caratterizzandosi entrambe per un'accentuata finalità di distribuzione dei rischi legati a fattori perturbativi sopravvenuti secondo criteri di equità⁵⁶⁴.

Malgrado tali similitudini la dottrina è incline a mantenere separate le due categorie di clausole, specialmente per le conseguenze che da esse derivano, atteso che in caso di forza maggiore la finalità non è quella di mantenere in piedi il vincolo, ma quella di far sì che il debitore si sottragga ad esso⁵⁶⁵.

Sotto quest'ultimo profilo merita un cenno la specifica regolamentazione dell'istituto dell'*hardship* da parte dei Principi Unidroit⁵⁶⁶, che può essere richiamata dalle parti come normativa applicabile al contratto e che, in ogni caso, può fornire rilevanti strumenti interpretativi per l'interprete ogniqualvolta la normativa nazionale non offra rimedi idonei a risolvere una specifica problematica la cui soluzione può essere rinvenuta nei Principi. In presenza di situazioni di onerosità sopravvenuta⁵⁶⁷, in particolare, l'art. 6.2.3 dei Principi

⁵⁶⁴ F. MACARIO, *o.n.c.*, p. 207. Per una disamina generale sulle circostanze di *hardship* e *force majeure*, siano esse dedotte o meno in apposite pattuizioni contrattuali, v. F. FERRARI, *Il contenzioso dei contratti e l'arbitrato internazionale*, in *Riv. arb.*, 2021, II, p. 243 ss.

⁵⁶⁵ Sebbene in alcuni casi i fenomeni di *hardship* e di forza maggiore possano sovrapporsi, in sede di stesura del regolamento pattizio è preferibile non riversare in un'unica clausola la descrizione delle due tipologie di eventi, onde rappresentare le diverse fattispecie con una maggiore precisione ed evitare di generare confusione in ordine alle specifiche conseguenze che discendono da ciascuna di esse, come evidenziato da F. BENATTI, *Contratto e Covid-19: possibili scenari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, II, p. 198 ss. Per una distinzione tra *hardship* e forza maggiore, alla luce di quanto previsto dai Principi UNIDROIT, cfr. F. FERRARI, *o.c.*, p. 243 ss.

⁵⁶⁶ I Principi *Unidroit*, quale corpo normativo contenente principi generali in materia di contratti commerciali internazionali, rappresentano uno strumento di armonizzazione del diritto privato europeo. Come emerge dal loro Preambolo, essi rappresentano un quadro regolamentare di riferimento per le parti che li abbiano scelti come norme da applicare al contratto in luogo delle regole nazionali ovvero che si siano limitate a individuare la disciplina applicabile attraverso il riferimento a concetti generici come la «*lex mercatoria*» o gli «usi del commercio internazionale». In aggiunta, i Principi assurgono a modello cui i legislatori nazionali ed internazionali possono fare riferimento ogniqualvolta intendano introdurre una regolamentazione attinente ad aspetti che rinvergono una specifica disciplina nei Principi stessi. Infine, essi costituiscono uno strumento di interpretazione, anche in chiave evolutiva, di istituti del diritto nazionale ovvero di quelli contemplati nell'ambito di convenzioni internazionali, specie nelle ipotesi in cui l'esigenza di far fronte a circostanze nuove, non perfettamente sussumibili nelle fattispecie codificate, possa essere soddisfatta in via ermeneutica e si possa così scongiurare la presenza di vuoti di tutela.

⁵⁶⁷ In base all'art. 6.2.2 dei Principi *Unidroit* «Ricorre l'ipotesi di *hardship* quando si verificano eventi che alterano sostanzialmente l'equilibrio del contratto, o per l'accrescimento dei costi della prestazione di una delle parti, o per la diminuzione del valore della controprestazione, e (a) gli eventi si verificano, o divengono noti alla parte svantaggiata, successivamente alla conclusione del contratto; (b) gli eventi non potevano essere ragionevolmente presi in considerazione dalla parte svantaggiata al momento della conclusione del contratto; (c)

attribuisce alla parte svantaggiata il diritto di chiedere la rinegoziazione del contratto. A fronte di tale richiesta sorge l'obbligo della controparte di partecipare all'attività di revisione contrattuale in maniera fattiva, osservando un comportamento cooperativo improntato a buona fede, senza che alcuna delle parti, tuttavia, sia tenuta a pervenire a tutti i costi ad un risultato positivo. L'effettività della tutela della parte interessata dai maggiori oneri è assicurata dalla previsione del potere del giudice, in caso di mancato raggiungimento di un accordo, di risolvere il contratto, modulando – se del caso – i tempi e le modalità dello scioglimento del vincolo, ovvero di modificare il regolamento pattizio in modo da ricondurlo ad equità.

Nel sistema dei Principi, inoltre, l'interesse all'adeguamento del contratto emerge anche dalle norme in materia di adempimento di obbligazioni, in particolare di natura non pecuniaria⁵⁶⁸. Tra queste assume una peculiare rilevanza l'art. 7.2.2, lett. b), a mente del quale, a fronte dell'inadempimento del debitore, il diritto del creditore di esigere la prestazione non pecuniaria trova un limite nei casi in cui l'adempimento si appalesi irragionevolmente gravoso o costoso. La norma esprime, in sostanza, un principio di inesigibilità della prestazione con riguardo ai casi in cui la richiesta di adempimento, per le peculiari contingenze del caso concreto, si riveli in contrasto col principio di buona fede che governa l'esecuzione del rapporto⁵⁶⁹.

Il riconoscimento di una certa rilevanza al principio di adeguamento del contratto da parte dei Principi Unidroit non costituisce fenomeno isolato nel panorama del diritto sovranazionale. Sotto questo profilo vengono in rilievo, infatti, anche i *Principles of European Contract Law* (PECL)⁵⁷⁰, i quali contengono una disciplina in materia di *hardship* analoga a quella

gli eventi sono estranei alla sfera di controllo della parte svantaggiata; e (d) il rischio di tali eventi non era stato assunto dalla parte svantaggiata».

⁵⁶⁸ Per le obbligazioni pecuniarie, invece, l'art. 7.2.1 sancisce il diritto del creditore di esigere la prestazione senza eccezioni, confermando così il principio, generalmente invalso nelle tradizioni giuridiche degli stati europei, secondo cui il pagamento di una somma di denaro può essere sempre demandato al soggetto obbligato.

⁵⁶⁹ Per un'indagine sul concetto di inesigibilità nel nostro ordinamento v. A. SEMPRINI, *Inadempimenti "emergenziali": colpa del debitore, inesigibilità della prestazione, e nuovo art. 3, comma 6-bis, d.l. n. 6/2020*, in *Studi urbinati*, 2020, p. 769 ss., spec. nota 31 e dottrina *ivi* citata.

⁵⁷⁰ I Principi di diritto europeo dei contratti si inseriscono, come i Principi *Unidroit*, nel solco di un processo di armonizzazione del diritto dei contratti a livello europeo, ma, a differenza di questi ultimi, il loro ambito di operatività non è limitato ai contratti commerciali internazionali. Per una disamina del tema cfr. D. DE RADA, *Diritto contrattuale europeo: iter di armonizzazione e unificazione dai progetti di codificazione alla giustizia elettronica*, in *federalismi.it*, 2018, p. 15.

espressa dalle regole Unidroit⁵⁷¹. A differenza di queste ultime, tuttavia, i PECL prevedono il potere del giudice di condannare al risarcimento dei danni derivanti dal rifiuto di una parte di prendere parte al procedimento di rinegoziazione ovvero dalla rottura delle trattative contraria alla buona fede⁵⁷². Merita di essere segnalata, ancora, un'ulteriore distinzione attinente all'adempimento delle obbligazioni pecuniarie: diversamente da quanto previsto nei Principi Unidroit, l'art. 9:102 dei Principi di diritto europeo dei contratti prevede delle eccezioni alla regola generale della esigibilità da parte del creditore del pagamento del debito pecuniario scaduto. Segnatamente, le deroghe attengono ai «casi in cui (a) ci sia stata la possibilità di un accordo sostitutivo senza sacrifici o costi ulteriori rilevanti; o (b) l'adempimento del creditore potrebbe non essere ragionevole in relazione alle circostanze». A ben vedere la norma valorizza l'esigenza di adeguamento alle circostanze sopravvenute anche nell'ambito dei contratti aventi ad oggetto un'obbligazione pecuniaria, superando le ritrosie legate alla concezione tradizionale che reputa normalmente irrilevanti le eventuali sopravvenienze afferenti ai rapporti aventi ad oggetto una somma di denaro⁵⁷³.

In ogni caso, fatta eccezione per il commercio internazionale o comunque caratterizzato dalla partecipazione di operatori altamente specializzati, soltanto di rado i paciscenti inseriscono nel regolamento negoziale delle clausole di adeguamento del rapporto alle sopravvenienze. Difatti la bassa probabilità che l'evento avverso si verifichi non giustifica, di regola, i costi che esse dovrebbero sopportare nel corso delle trattative per raggiungere un accordo sul punto⁵⁷⁴.

3.4.2. *La rinegoziazione del contratto di finanziamento con tassi negativi.*

Se le clausole *hardship* e in generale quelle di adeguamento⁵⁷⁵ (diverse dalla mera indicizzazione) potrebbero consentire di risolvere il problema dei tassi negativi in via

⁵⁷¹ Cfr. art. 6:111 dei Principi di diritto europeo dei contratti.

⁵⁷² La differenza è segnalata da A. PISU, *o.c.*, p. 69.

⁵⁷³ Per una disamina dell'eccessiva onerosità in relazione all'obbligazione pecuniaria v. C. FISSOTTI, *Risoluzione del contratto per eccessiva onerosità ed inadempimento della obbligazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1957, I, p. 118 ss.

⁵⁷⁴ Cfr. M. GRONDONA, *Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica*, cit., p. 324.

⁵⁷⁵ Per E. GABRIELLI, *Dottrine e rimedi nella sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, I, p. 55 ss. tra clausole di rinegoziazione e clausole di adeguamento corre la seguente distinzione: tra clausole di rinegoziazione: «con le prime [...], si gestisce la sopravvenienza nella prospettiva della completezza del contratto, e dunque distribuendo *ex ante* rischi tra le parti, seppur in modo diverso da quanto fa la legge. Si pensi, ad esempio, ad una clausola che

negoziale, non può sottacersi che un analogo risultato pratico potrebbe essere raggiunto laddove si teorizzasse, a prescindere dalla presenza di tali pattuizioni, un generale obbligo di rinegoziare⁵⁷⁶ quale corollario del principio di buona fede⁵⁷⁷ o di equità⁵⁷⁸.

Per questa via potrebbero sorgere in capo alle parti degli obblighi di rinegoziare il contenuto del contratto di finanziamento in cui il tasso contrattuale abbia assunto un andamento negativo. Questo rimedio consentirebbe di colmare le lacune della tesi del «fermo zero», consentendo la sopravvivenza degli interessi corrispettivi e, per questo tramite, il perdurante dispiegamento della funzione concretamente impressa al negozio.

Senonché una parte della dottrina ha manifestato delle perplessità circa il suggerimento interpretativo dell'obbligo di rinegoziazione: non soltanto perché il nostro ordinamento è improntato al principio di intangibilità del contratto, risultante dal combinato disposto tra la regola che disciplina l'accordo (art. 1322 c.c.) e quella che attribuisce a questo efficacia di legge tra le parti (art. 1372, comma 1, c.c.)⁵⁷⁹, ma anche per l'asserita incoerenza di tale soluzione con la disciplina generale di gestione delle sopravvenienze onerose dettata dagli artt. 1467 ss. c.c.⁵⁸⁰. In questa sede non si intende negare cittadinanza giuridica all'obbligo di adeguare il

colleghi il corrispettivo di una somministrazione ad un dato indice obiettivo. Con le seconde, invece, si gestisce la sopravvenienza nell'ottica dell'incompletezza del contratto, poiché si programma la ri-determinazione (consensuale, unilaterale o da parte di un terzo) del contenuto del contratto al verificarsi di una determinata circostanza».

⁵⁷⁶ La soluzione è caldeggiata da F. CIVALE, *o.c.*, p. 3 ss.

⁵⁷⁷ Tra i più convinti sostenitori dell'immanenza di un simile obbligo nel nostro ordinamento vi è F. MACARIO, *o.n.c.*, p. 290 ss., spec. p. 298; ID., *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, in *Giust. civ.*, 2014, III, p. 825 ss.; ID., *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enc. dir.*, Annali II, t. II, Milano, 2008, 1026. Il tema è stato peraltro affrontato con approdi scientifici analoghi da P. GALLO, *Revisione del contratto*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XVII, Torino, 1998, 431; U. BRECCIA, *Prospettive nel diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 186; C.G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità, nei contratti. Artt. 1467-1469*, in *Comm. c.c.* Schlesinger, Milano 1995, p. 144 ss. Un antesignano e lungimirante contributo è quello di R. TOMMASINI, *Revisione del rapporto (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 104 ss.

⁵⁷⁸ All'equità si appella R. SACCO, in R. SACCO e G. NOVA, *Il contratto*, 3^a ed., in *Trattato dir. civ. Sacco*, Torino, 2004, p. 722 ss. per giustificare la nascita dell'obbligo delle parti di rideterminare il contratto quando i dati negoziali risultino superati dallo stato di fatto successivo alla conclusione del contratto.

⁵⁷⁹ La relazione tra le due statuizioni è messa in luce, tra gli altri, da P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, I, p. 229 ss.

⁵⁸⁰ Tra i principali oppositori possono ricordarsi F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004, spec. p. 65, il quale considera configurabile un obbligo di rinegoziare soltanto quando le parti lo abbiano espressamente pattuito, giacché, diversamente opinando, risulterebbe frustrata la loro autonomia negoziale, che sarebbe così compromessa da una pretesa portata espansiva della buona fede e dell'equità. Ma v. anche A. D'ANGELO, P.G. MONATERI e A. SOMMA, *Buona fede e giustizia contrattuale. Modelli cooperativi e modelli conflittuali a confronto*, Torino,

contratto mediante la rinegoziazione, che tra l'altro valorizza la funzione integrativa della buona fede⁵⁸¹, quale clausola generale che, mettendo in relazione la posizione di ciascun soggetto con quella della controparte, amplia il sinallagma contrattuale: essa è fonte dell'obbligo di tollerare una prestazione non conforme a quella pattuita ovvero di modificare il proprio contegno al fine di salvaguardare le ragioni e l'utilità dell'altro contraente, nel limite dell'apprezzabile sacrificio che la parte è chiamata a sopportare⁵⁸².

Malgrado la recente crisi sanitaria abbia donato nuova linfa agli studi sull'obbligo di rinegoziare⁵⁸³, sono tuttavia numerose – anche per la mancanza di un addentellato

2005, p. 27 ss.; A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2003, II, p. 667 ss.; ID., *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del Coronavirus*, in *www.giustiziacivile.com*, *Approfondimento* del 29 aprile 2020, p. 3 ss.; M. BARCELLONA, *o.u.c.*, p. 742 ss.; E. GABRIELLI, *o.u.c.*, p. 55 ss. e A. FICI, *Il contratto incompleto*, cit., p. 136 ss.

⁵⁸¹ La tesi che assegna una valenza integrativa alla buona fede è debitrice del pensiero di S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione*, Milano, 2004, rist., p. 163 ss. Non si prescinda, tra i tanti, nemmeno da C. M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 215; F. D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, *ivi*, 2001, I, p. 556; M. G. UDA, *Buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino 2004; ID., *Integrazione del contratto, solidarietà sociale e corresponsività delle prestazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1990, V-VI, p. 301 ss.; F. BENATTI, *La buona fede nelle obbligazioni e nei contratti*, in AA.VV., *Atti del seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano*, Milano 1988, p. 297 ss.; L. NANNI, *Scelte discrezionali dei contraenti e dovere di buona fede*, in *Contr. e impr.*, 1994, II, p. 475 ss. Cfr., altresì, la dottrina più recente: F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano 2019; F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino 2015; M. PENNASILICO, *Contratto*, cit., spec. p. 71 ss.; A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, II, *Tecnica*, Torino 2015; F. CARINGELLA, *Studi di diritto civile*, III, *Obbligazioni e responsabilità*, Milano 2007; P. GALLO, *Il contratto*, cit., p. 625 ss.

⁵⁸² Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 2159 ss., con nota di M. MORELLI, *La buona fede come limite all'autonomia negoziale e fonte di integrazione del contratto nel quadro dei congegni di conformazione delle situazioni soggettive alle esigenze di tutela degli interessi sottostanti*, e in *Corr. giur.*, 1994, p. 566 ss., con nota di V. CARBONE, *La buona fede come regola di governo della discrezionalità contrattuale*. V. anche Cass., 5 novembre 1999, n. 12310, in *Foro pad.*, 2000, I, c. 348 ss.; Cass., 16 novembre 2000, n. 14865, in *Gisut. civ.*, 2001, I, p. 75 ss.; Cass., 19 luglio 2018, n. 19296, in *Foro amm.*, 2019, IV, p. 628 ss.; Cass., Sez. un., 26 maggio 2020, n. 9770, in *www.dejure.it*; Cass. 28 aprile 2022, n. 13342, *ivi*. In dottrina il tema del fondamento e dei limiti della buona fede è stato sviluppato in maniera chiara da G. ROMANO, *Interessi del debitore e adempimento*, Napoli 1995, pp. 157-158, il quale insegna che la buona fede si pone quale criterio di selezione degli interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico, consentendo di elevare «a dignità giuridica interessi del soggetto c.d. passivo, la cui soddisfazione sarà tanto più completa, quanto minore è lo sforzo o sacrificio richiesto al creditore e, soprattutto, quanto più basso, alla gerarchia dei valori giuridici, è il posto occupato dall'interesse concreto alla cui soddisfazione mira l'esercizio del credito».

⁵⁸³ In senso positivo, *ex pluribus*: Trib. Roma, 27 agosto 2020, in *Giur. it.*, p. 3443 ss., con nota critica di G. SICCHIERO, *Buona fede integrativa o poteri equitativi del giudice ex art. 1374 c.c. e nota favorevole di P. GALLO, Emergenza covid e revisione del contratto*, e in *www.ilprocessocivile.it*, con nota di M. DI MARZIO, *COVID-19: il giudice riduce il canone delle locazioni ad uso ristorante*, ove si evince che il giudice avrebbe il potere di intervenire sulla misura del canone, riducendola, quando sia riscontrata la violazione dei doveri di contrattazione secondo buona fede da parte del convenuto; Trib. Lecce, 24 giugno 2021, in *www.ilcaso.it*, secondo cui, nei contratti a lungo termine, «qualora si

normativo⁵⁸⁴ – le incertezze applicative quanto alla natura da riconoscerli⁵⁸⁵ e ai rimedi esperibili nel caso di un suo inadempimento⁵⁸⁶.

È d'uopo rammentare, da un punto di osservazione in parte diverso, che nell'ambito dei finanziamenti la rinegoziazione – in specie volontaria – ha assunto in tempi non remoti un ruolo centrale nell'individuazione dei rimedi contro le sopravvenienze che abbiano squilibrato il sinallagma contrattuale⁵⁸⁷. Gli effetti dell'adeguamento di norma si traducono nella semplice modifica del vigente regolamento contrattuale⁵⁸⁸, ma la volontà delle parti potrebbe anche condurre, in ipotesi, all'estinzione del mutuo originario e alla sua sostituzione con un nuovo

ravvisi una sopravvenienza nel sostrato fattuale e giuridico che costituisce il presupposto della convenzione negoziale, quale quella determinata dalla pandemia del Covid-19, la parte che riceverebbe uno svantaggio dal protrarsi della esecuzione del contratto alle stesse condizioni pattuite inizialmente deve poter avere la possibilità di rinegoziarne il contenuto, in base al dovere generale di buona fede oggettiva (o correttezza) nella fase esecutiva del contratto (art. 1375 c.c.)».

⁵⁸⁴ C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., pp. 181-182.

⁵⁸⁵ Tra gli studiosi che si sono occupati del tema dell'obbligo legale o convenzionale di rinegoziare vi è, anzitutto, chi ritiene che il suo oggetto si esaurisca nell'avvio delle trattative per l'adeguamento del contratto (sempre che, trattandosi di obbligo contrattuale, non sia possibile trarre indicazioni chiare dalla specifica clausola contrattuale): così A. GENTILI, *La replica*, cit., p. 667 ss.; G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto: strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, Padova 2006, p. 134 ss.; V. M. CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli 2000, p. 263 ss. In base a una diversa corrente di pensiero, invece, le parti sarebbero assoggettate all'obbligo di contrarre nuove condizioni negoziali: in questo senso, V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 973; F. MACARIO, *o.u.c.*, p. 414 ss.; F. GAMBINO, *o.u.c.*, p. 8 ss.

⁵⁸⁶ Il tema in questione, che interseca la riflessione di ampio respiro sui limiti di ingerenza del giudice nell'autonomia contrattuale, non può essere ampiamente affrontato in questa sede, ove ci si può limitare a rilevare che, in linea di massima, la qualificazione della fattispecie come obbligazione di ricontrattare ovvero come obbligazione di contrarre si ripercuote sull'individuazione dei rimedi esperibili in caso di esito infruttuoso della rinegoziazione. Tendenzialmente chi sostiene quest'ultima impostazione ritiene invocabile l'intervento giudiziale ex art. 2932 c.c., volto a ottenere la sentenza che tiene luogo degli effetti del contratto modificativo non concluso (cfr. *ex multis*, F. MACARIO, *o.u.c.*, p. 420 ss.). Opinando che il contenuto dell'obbligo si esaurisce nell'intraprendere delle nuove trattative, invece, dovrebbe concludersi che l'inadempimento, quando sia dipeso da un comportamento lesivo della correttezza, sia fonte di responsabilità risarcitoria in favore della parte diligente (per una ricostruzione della tematica, v. A. ROMEO, *Recesso e rinegoziazione*, cit., p. 110 ss.).

⁵⁸⁷ All'indomani dell'entrata in vigore della legge n. 108 del 1996, l'attenzione della dottrina si è concentrata in particolare sul ruolo della rinegoziazione in funzione antiusura: cfr. G. PRESTI, *La rinegoziazione dei mutui ipotecari. Qualificazione e disciplina*, in AA.VV., *Mutui ipotecari, Riflessioni giuridiche e tecniche contrattuali*, Atti del Convegno di Bergamo del 13 novembre 1998, Milano, 1999, p. 65 ss.

⁵⁸⁸ F. FIORUCCI, *La rinegoziazione dei mutui bancari al tempo del Coronavirus*, in *www.ilsocietario.it*, 8 giugno 2020, p. 3 ss., il quale esclude che di norma si verifichi la novazione oggettiva del contratto di mutuo, in quanto l'attività di rinegoziazione abitualmente ha ad oggetto la modifica del tasso di interesse ovvero della durata del finanziamento. Tali elementi sono tendenzialmente qualificabili, seppur con qualche eccezione, come accidentali e sono pertanto avulsi dal nucleo strutturale e funzionale del contratto.

contratto, stipulato con lo stesso mutuante ma a condizioni diverse da quelle originarie⁵⁸⁹. In alcuni casi, poi, la rinegoziazione del finanziamento non è rimessa del tutto all'autonomia delle parti, che di norma sono libere di impostare le trattative secondo le modalità che preferiscono, ma viene condotta secondo schemi predeterminati dal legislatore. L'interesse generale al corretto funzionamento del mercato, minacciato dall'eventuale inadempimento collettivo dei mutui, ha talora sollecitato, infatti, interventi normativi volti a favorire condizioni sostenibili di restituzione dei capitali mutuati e dei relativi tassi di interesse attraverso la ricontrattazione delle originarie clausole contrattuali⁵⁹⁰.

Nel caso di rifiuto dell'istituto di credito di incardinare le trattative per la rinegoziazione, il cliente, salvo che – sussistendone le condizioni – preferisca attivare altri rimedi, può comunque ottenere la modificazione soggettiva del contratto, attraverso il subingresso nella posizione di mutuante di una banca diversa rispetto a quella con cui il contratto era stato inizialmente stipulato. Vengono in rilievo, in quest'ottica, le norme in materia di c.d. «portabilità» dei contratti di finanziamento bancari introdotte dal d.l. 31 gennaio 2007, n. 7, convertito con modificazioni nella l. 2 aprile 2007, n. 40 (c.d. decreto «Bersani-bis»)⁵⁹¹. Anche prima delle novità di cui al citato decreto, in realtà, era in astratto consentita la possibilità di trasferire la posizione soggettiva di mutuante in capo ad un'altra banca attraverso l'istituto della surrogazione per volontà del debitore⁵⁹² ovvero, in alternativa, mediante la cessione del

⁵⁸⁹ G. SPOTO, *La rinegoziazione del contratto di mutuo e la risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia bancaria*, in *Riv. dir. econ. trasf. amb.*, 2012, X, p. 201 ss.

⁵⁹⁰ Per un'analisi di talune ipotesi legislative di rinegoziazione del contratto di mutuo: P. L. FAUSTI, *La "rinegoziazione" dei mutui*, in *Studi mat. C.N.N.*, 2008, IV, p. 1505 ss.; S. VIOTTI, *I nuovi strumenti giuridici di modifica dei contratti di mutuo*, in *Giur. merito*, 2008, XII, p. 3084 ss., il quale si sofferma sulla procedura di rinegoziazione in materia di mutui per la prima casa di cui all'art. 3 d.l. 27 maggio 2008, n. 93 convertito con l. 24 luglio 2008, n. 126; G. PRESTI, *o.c.*, p. 65 ss.; A. BLANDINI, *Note minime sulle novelle in materia di garanzie bancarie*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, V, p. 752 ss.

⁵⁹¹ La letteratura sul tema della portabilità del mutuo è particolarmente ampia. Cfr., per tutti, A. GENTILI, *«Teoria e prassi nella portabilità dei contratti di finanziamento bancario»*, in *Contratti*, 2007, p. 453 e ss.; A. DOLMETTA - A. SCIARRONE ALIBRANDI, *La facoltà di "estinzione anticipata" nei contratti bancari, con segnato riguardo alla disposizione dell'art. 7 legge n. 40/2007*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, p. 523 ss.; A. DOLMETTA, *«Questioni sulla surrogazione per volontà del debitore ex art. 8 legge n. 40/2007 (cd. "portabilità del mutuo")»*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, I, p. 395 ss.; P. SIRENA, *«La "portabilità del mutuo" bancario o finanziario»*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, IV, p. 449 ss. P. L. FAUSTI, *o.u.c.*; S. BOSCO, *Portabilità e rinegoziazione dei mutui*, in *Giur. merito*, 2010, I, p. 265 ss.

⁵⁹² Segnatamente, l'art. 1202, comma 1, c.c. recita che «Il debitore, che prende a mutuo una somma di danaro o altra cosa fungibile al fine di pagare il debito, può surrogare il mutuante nei diritti del creditore, anche senza il consenso di questo».

contratto⁵⁹³. L'aspetto più originale della novella legislativa riguarda l'espressa previsione dell'illegittimità dei contegni, molto frequenti in passato, con cui gli istituti di credito precludevano ovvero rendevano estremamente svantaggioso l'esercizio del diritto di surroga⁵⁹⁴. Infatti, a mente dell'art. 120-*quater*, comma 6, t.u.b. «è nullo ogni patto, anche posteriore alla stipulazione del contratto, con il quale si impedisca o si renda oneroso per il debitore l'esercizio della facoltà di surrogazione».

Benché la portabilità del finanziamento non attenga alla tematica della rinegoziazione in senso stretto, non può negarsi che nei confronti di quest'ultima essa operi, di fatto, quale fattore propulsivo. Ciò in ragione della facilità con cui il contratto può essere trasferito ad un altro istituto di credito, nonché del danno che il mutuante subirebbe, a seguito dell'opposizione di un rifiuto alla richiesta di revisione, dalla perdita della clientela e dall'acquisizione della stessa da parte di operatori economici concorrenti⁵⁹⁵.

Se la portabilità esplica tale funzione incentivante quando è il cliente a proporre la rinegoziazione, non altrettanto può dirsi con riguardo ai casi in cui un simile stimolo promani dal finanziatore, come accadrebbe a fronte dell'esigenza di rimodulare un tasso contrattuale divenuto negativo. In questo contesto la facoltà del finanziato di far subentrare nel contratto un'impresa di intermediazione concorrente potrebbe, al contrario, costituire di fatto un disincentivo all'attivazione del rimedio conservativo in parola.

3.4.3. *L'adeguamento del contratto per impossibilità parziale o temporanea della prestazione.*

Il riferito bisogno di tutela del finanziatore, ancora, potrebbe suggerire di qualificare la sopravvenienza come un'impossibilità della prestazione del finanziato⁵⁹⁶, accostando l'ipotesi del mutamento di segno degli interessi alle fattispecie in cui l'impedimento all'esecuzione della

⁵⁹³ S. BOSCO, *o.c.*, p. 265 ss. Per una disamina generale sull'istituto della cessione del contratto cfr., *ex multis*, R. CLARIZIA, *La cessione del contratto*, in *Cod. civ. comm.* Schlesinger, 2^a ed., Milano 2005.

⁵⁹⁴ Spesso la modificazione soggettiva del rapporto era di fatto ostacolata dall'introduzione di oneri di trasferimento e costi di chiusura, come rilevato da R. MARCELLI, *Lo Jus Variandi nei contratti bancari: costi di chiusura e trasferimento del conto*, in *www.tidona.com*.

⁵⁹⁵ Invero, come emerge dal Parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCOM) AS431, consultabile sul sito *www.agcm.it*, gli interventi normativi in materia di portabilità dei contratti di finanziamento rappresentano «uno stimolo per favorire la mobilità della clientela e lo sviluppo di dinamiche concorrenziali piene tra gli operatori nell'offerta dei servizi finanziari».

⁵⁹⁶ L. MOSCO, *Impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, p. 405 ss.; O. CAGNASSO, *Impossibilità sopravvenuta della prestazione (diritto civile)*, p. 1 ss., in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 1989.

prestazione è di tipo giuridico⁵⁹⁷, perché connesso a un *factum principis*, che – nel caso *de quo* – dipenderebbe da decisioni di politica monetaria.

Lo scenario dei «*reversal interest rate*»⁵⁹⁸ presenta delle affinità rispetto a quello della soppressione di un parametro finanziario di riferimento⁵⁹⁹, di cui la dottrina ha parimenti paventato, ma soltanto in astratto, la riconducibilità entro la cornice dell'impossibilità giuridica⁶⁰⁰.

A differenza di quest'ultimo fenomeno, però, nel tema che ci occupa si tratterebbe non di un'impossibilità definitiva, ma di un'impossibilità temporanea e/o parziale, in quanto correlata a quelle rate del finanziamento in cui effettivamente il tasso negativo si manifesta.

La legge non ha disciplinato espressamente le conseguenze dell'impossibilità temporanea in ambito contrattuale⁶⁰¹. Nel silenzio del legislatore, una dottrina reputa che il rimedio offerto al contraente, la cui prestazione sia divenuta impossibile solo temporaneamente, sarebbe la risoluzione *ex art.* 1463 c.c.⁶⁰². In base ad un altro insegnamento occorrerebbe invece avere esclusivo riguardo alla disciplina dell'obbligazione, di guisa che lo scioglimento del rapporto avverrebbe non in virtù di un atto di recesso, ma promanerebbe in via automatica al verificarsi delle condizioni di estinzione dell'obbligazione di cui all'art. 1256, co. 2, ultimo periodo⁶⁰³.

⁵⁹⁷ L'impossibilità dipende da cause giuridiche «quando la prestazione è ostacolata da una norma»: così V. ROPPO, *o.n.c.* p. 322.

⁵⁹⁸ La locuzione è di M.K. BRUNNERMEIER e Y. KOBY, *The reversal interest rate*, NBER Working Papers del National Bureau of Economic Research, vo. 25406, Cambridge, dicembre 2018.

⁵⁹⁹ È quanto accaduto, ad esempio, con la cessazione della rilevazione del *prime rate* medio, deliberata nel 2003 dal comitato esecutivo dell'ABI, come riportato da P.L. FAUSTI, *Il mutuo*, cit., pp- 129-130. A questa situazione l'a. accosta quella della sostituzione del T.U.S. col T.U.R., poiché tutti i contratti che abbiano fatto riferimento a entrambi i tassi di riferimento sarebbero di fatto sprovvisti di un «elemento determinativo essenziale», se non è stata pattuita una regola negoziale di salvaguardia che consenta la sostituzione automatica del parametro cessato con un altro individuato dalle parti.

⁶⁰⁰ Così P.L. FAUSTI, *o.n.c.*, p. 130 ss., il quale comunque esclude in concreto l'applicabilità dell'art. 1463 c.c., ritenendo preferibile un rimedio che comprenda la rideterminazione del contratto attraverso la sostituzione del parametro venuto meno con un altro «simile per consistenza e sensibilità». Tale revisione potrebbe essere compiuta direttamente dal giudice, «interpretando la scomparsa del parametro alla stregua della mancata determinazione da parte del terzo»; ovvero da un arbitratore o un collegio di arbitratore: quest'ultima soluzione è stata utilizzata peraltro dal legislatore «per ovviare alla cessazione dei parametri a sostituzione non automatica, relativamente agli strumenti giuridici superiori a cinquecento milioni di lire, in considerazione dell'introduzione dell'Euro come valuta legale (art. 2 d.l. 24 giugno 1998, n. 213)».

⁶⁰¹ U. CARNEVALI, *Contratti di durata e impossibilità temporanea di esecuzione*, in *Contratti*, 2000, I, p. 116 ss.

⁶⁰² F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, 3^a ed., Milano 1952, p. 597.

⁶⁰³ C. M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, 3^a ed., Milano 2021, pp. 391-392.

Se effettivamente il rimedio applicabile fosse la cessazione del contratto, questa sarebbe una soluzione poco appetibile per gestire la sopravvenienza negativa nel contratto di durata, in cui le esigenze conservative sono particolarmente pregnanti⁶⁰⁴. Ad esiti forse diversi si perverrebbe riconducendo la fattispecie nell'alveo dell'art. 1464 c.c., perché a quel punto il creditore potrebbe esercitare il diritto alla riduzione della controprestazione da lui dovuta ovvero, in alternativa, il diritto di recesso, qualora il tempo trascorso sia tale che egli non abbia più interesse alla conservazione del contratto⁶⁰⁵. Questa soluzione si imporrebbe, *a fortiori*, considerando il mancato adempimento dell'obbligo di interessi come il frutto di un'impossibilità *tout court* parziale⁶⁰⁶, sulla scorta della considerazione che possa costituire un inadempimento definitivo il mancato pagamento degli interessi nel periodo di azzeramento o inversione del saggio contrattuale. Ciò in quanto i frutti civili maturano giorno per giorno, in ragione della durata del diritto: il tasso zero o negativo sacrifica in maniera permanente l'interesse del finanziatore perché, anche in caso di ripresa di un andamento positivo degli interessi, egli non percepirebbe quelli in precedenza non maturati⁶⁰⁷.

Cionondimeno, anche nel caso di impossibilità parziale sorgono taluni dubbi circa la possibilità di conciliare le istanze di tutela del finanziatore con l'impostazione dell'art. 1464 c.c., che assegna al contraente svantaggiato un diritto di ottenere la riduzione della propria

⁶⁰⁴ Il principio di conservazione del contratto è adottato dalla Relazione tematica n. 56 dell'Ufficio del massimario e del ruolo della Corte di Cassazione, avente a oggetto «Novità normative sostanziali del diritto “emergenziale” anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale», *ad argumentum* della tesi per cui la buona fede *in executivis*, espressione della solidarietà costituzionale, sarebbe fonte di un obbligo di rinegoziazione fondato sull'esigenza di adattamento del contratto alla sopravvenienza pandemica.

⁶⁰⁵ R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, II, Torino 1993, p. 651.

⁶⁰⁶ V. L. CABELLA PISU, *Dell'impossibilità sopravvenuta. Art. 1463-1466*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 2002, pp. 152-153, che riporta come «l'estensione della nozione di impossibilità parziale al caso di impossibilità di una frazione temporale della prestazione» sia divenuta «la regola, giurisprudenziale e dottrinale, con particolare riferimento alle prestazioni d'opera e di lavoro subordinato: qui l'impossibilità di una frazione temporale della prestazione viene ormai trattata sistematicamente alla stregua di un'impossibilità parziale, piuttosto che di un'impossibilità temporanea». Le argomentazioni alla base di tale convincimento, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, fanno leva «sulla necessaria inerenza della durata del tempo al contenuto dell'obbligazione di lavoro, e dunque al suo profilo quantitativo».

⁶⁰⁷ Come evidenziato da V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 941, «[n]ei rapporti di durata, il carattere parziale dell'impossibilità può manifestarsi sul piano del tempo: un certo servizio deve essere svolto dal 1 gennaio 2011 al 31 dicembre 2013, ma risulta impossibile svolgerlo nel periodo 1 maggio/30 novembre 2012. Si applicano le regole note: fermo il diritto dell'utilizzatore a una riduzione del corrispettivo dovuto, egli può recedere se non ha “interesse apprezzabile” a un servizio decurtato di sei mesi». Per l'a. la differenza dall'impossibilità temporanea è chiara: «per essa la prestazione potrà eseguirsi più tardi, ma potrà eseguirsi tutta».

prestazione, la quale, però, nel caso del finanziamento è già stata integralmente eseguita. Il sovventore, del resto, aspira a ottenere una revisione del contratto che riassegni al valore delle usure una percentuale positiva e non una delimitazione retroattiva dei propri obblighi⁶⁰⁸. Inoltre, laddove fosse accertata la mancanza di un apprezzabile interesse alla prosecuzione del rapporto, il mutuante avrebbe diritto di recedere dal negozio, con conseguente sacrificio delle istanze di tipo relazionale e solidaristico tipiche dei contratti di durata⁶⁰⁹.

3.4.4. *La rideterminazione del contratto squilibrato dalla negatività dei tassi: osservazioni critiche e proposte costruttive.*

La difficoltà di ricondurre il finanziamento con tassi negativi alla logica rimediabile in materia di impossibilità sopravvenuta, nonché la stessa dubbia configurabilità di un *factum principis* a fronte di determinazioni del decisore pubblico che solo in via mediata e indiretta incidono sul regolamento negoziale⁶¹⁰, inducono a perseguire l'analisi dei rilevanti rimedi revisionali da una visuale alternativa⁶¹¹.

⁶⁰⁸ Nel caso in cui chi subisce la sopravvenienza abbia già eseguito la propria prestazione, è stata comunque sancita la titolarità del diritto ad agire in riduzione: in questo caso l'equilibrio delle prestazioni presupporrebbe che la parte la cui prestazione sia divenuta parzialmente impossibile esegua degli accrediti al contraente adempiente pari al valore della parte di prestazione non più eseguibile. Per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali v. A. LOMBARDI, *La risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, Milano, 2007, p. 164.

⁶⁰⁹ La previsione della facoltà di recesso, d'altronde, sembra coerente con l'orientamento, già citato, che, seppur sul diverso piano di un tentativo di delimitazione della portata espansiva della buona fede integrativa, ritiene che gli obblighi di salvaguardia intanto debbano essere adempiuti dai contraenti in quanto ciò non comporti loro un apprezzabile sacrificio, personale o economico.

⁶¹⁰ L. MOSCO, *o.c.*, pp. 428-429, in ossequio al brocardo *genus numquam perit*, precisa che se la prestazione ha ad oggetto una cosa di genere l'impossibilità non può essere assoluta. L'impossibilità di cose di specie, invece, oltre che di fatto può essere giuridica: questa si può concretare «in una perdita del potere di disporre di essa».

L'impatto della politica monetaria della BCE sui singoli contratti di finanziamento dipende, come rilevato nel corso della trattazione, da una serie di passaggi intermedi: le decisioni in questione, infatti, condizionano – attraverso un effetto di propagazione determinato dal già menzionato corridoio dei tassi di interesse – il mercato creditizio; i tassi di interesse praticati in uno dei settori di tale mercato, quello interbancario, e in particolare i tassi praticati tra imprese bancarie *prime*, vengono posti alla base di rilevazioni statistiche da cui dipendono parametri finanziari come l'Euribor; l'assunzione di questi ultimi a *benchmark* di riferimento negli specifici finanziamenti privati è infine il frutto di un'autonoma scelta dei paciscenti. Sicché la negatività dei tassi è imputabile, in via immediata e diretta, al funzionamento del tasso contrattuale, che assume un carattere di – seppur controversa – patologia quando la causa concreta del singolo contratto non denoti un'allocatione dei rischi estesa all'inversione del tasso medesimo.

⁶¹¹ A sostegno della necessità di un mutamento di approccio non appare inconferente il richiamo alla tesi che, rilevando che l'impossibilità sopravvenuta avrebbe una natura relativa, giudica la differenza che corre tra

Si impone, cioè, la necessità di accertare se lo squilibrio contrattuale innescato dall'ingresso nel contratto di tassi negativi possa essere eliso da un rimedio al contempo manutentivo e idoneo a soddisfare i concreti bisogni di tutela, in chiave di effettività⁶¹², salvaguardando al contempo il valore della certezza del diritto. Sembra muovere in questa direzione la già ricordata proposta di applicazione dell'art. 1349 c.c.: accostando la mancata determinazione da parte del terzo alla patologica operatività del parametro divenuto durevolmente negativo, la (ri)determinazione del tasso sarebbe da affidare al giudice⁶¹³. La tesi forza (consapevolmente) le maglie di una disposizione che prevede un intervento giudiziale per fissare un oggetto fino a quel momento soltanto determinabile⁶¹⁴ e non concerne, a rigore, le situazioni di indeterminatezza sopravvenuta; ma è apparsa giustificata per l'assenza di alternative alla risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta e definitiva dell'oggetto contrattuale⁶¹⁵.

La prefata e suggestiva opinione ha il pregio di oltrepassare il muro dello «*zero lower bounds*», collocando sul piano della concreta funzione di finanziamento non solo il problema sostanziale, ma anche la relativa tutela ordinamentale. Epperò si può sommamente rilevare che, in disparte la diversa fase contrattuale per la cui gestione quella norma è dettata, la circostanza che le parti del contratto di finanziamento abbiano voluto affidare alle oscillazioni

quest'ultimo accadimento e quello dell'eccessiva onerosità sopravvenuta «*quantitativa*, piuttosto che *qualitativa*, nel senso che l'impossibilità sopravvenuta è ricostruibile come ipotesi di eccessiva onerosità intollerabile nella misura, tanto da snaturare la prestazione e renderla altro da sé»: così F. DELFINI, *Dell'impossibilità sopravvenuta. Artt. 1463-1466*, in *Comm. c.c.* Schlesinger e Busnelli, Milano, 2003, p. 10 ss.

⁶¹² Cfr., oltre ai contributi già citati nel I § del presente capitolo, R. GIORDANO, *Su alcune declinazioni e contraddizioni del diritto di accesso al giudice nel prisma dell'effettività*, in *Giust. civ.*, 2021, IV, p. 851 ss., per una chiara ricostruzione del diritto all'accesso alla tutela giurisdizionale come caposaldo del «giusto processo». Un agile contributo di stampo filosofico è quello di A. CATANIA, *Diritto positivo ed effettività*, Napoli, 2009.

⁶¹³ D. MAFFEIS, *La causa*, cit., p. 4; ID., *Causa del contratto*, cit., p. 4. In precedenza, P.L. FAUSTI, *Il mutuo*, cit., p. 130 aveva sostenuto che l'indeterminatezza sopravvenuta dell'oggetto del contratto, conseguente alla cessazione del parametro finanziario di riferimento, potesse essere superata da un intervento giudiziale, in applicazione della norma sulla mancata determinazione da parte del terzo di cui all'art. 1473 c.c.

⁶¹⁴ Per opinione comune il contratto con clausola di arbitraggio non è imperfetto o in via di formazione, ma completo, in quanto avente un oggetto determinabile: v., in sostituzione di altri, C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 302.

⁶¹⁵ Cfr. ancora D. MAFFEIS, *o.m.c.*, pp. 4-5, il quale paventa che la soluzione ablativa avrebbe degli «effetti negativi, sia sul piano macroeconomico, del benessere collettivo e dell'ordine dei mercati, sia per ciò che riguarda ciascuno dei contraenti: per il mutuatario, tenuto alla restituzione immediata del finanziamento, che potrebbe non essere in grado di sostenere finanziariamente, come per il mutuante».

di un parametro oggettivo, qual è quello finanziario, l'adeguamento del contratto⁶¹⁶, può sembrare in attrito con il margine di discrezionalità – seppur circoscritto⁶¹⁷ – insito nell'equo apprezzamento del terzo⁶¹⁸, la cui mancata determinazione originaria, ovvero l'iniquità o erroneità di questa, costituisce il presupposto dell'intervento giudiziale.

La questione può essere ora calata sul piano della giustizia contrattuale, intesa, in un'ottica commutativa, come strumento di reazione allo squilibrio del regolamento negoziale⁶¹⁹. In quest'ambito la relazione sinallagmatica tra le prestazioni si manifesta, tra l'altro, in termini di equilibrio economico⁶²⁰, il cui governo – anche nel corso del rapporto – è affidato al principio di proporzionalità. La valenza giuridica di quest'ultimo, com'è noto, forma oggetto di

⁶¹⁶ Sussiste appena l'opportunità di rammentare che anche l'indicizzazione è a sua volta uno strumento di adeguamento contrattuale. Cfr., a tal riguardo, F. CAPUTO NASSETTI, *Le clausole di indicizzazione nei finanziamenti e nei leasing*, in *Giur. comm.*, 2016, III, p. 352 ss.

⁶¹⁷ La libertà di apprezzamento è limitata, ma non elisa, dalla natura oggettiva della valutazione cui è chiamato il terzo, che è «vincolata a criteri tecnici di comune accezione» (così E. GABRIELLI, *L'oggetto del contratto. Artt. 1346-1349*, 2ª ed., Milano, 2015, p. 255). L'esigenza di obiettività non è naturalmente disconosciuta dalla voce dottrinale (D. MAFFEIS, *Causa del contratto*, p. 4) che estende la determinazione giudiziale ex art. 1349, comma 1, c.c. all'ipotesi dei contratti con tassi negativi, tanto che questi osserva che il giudice dovrebbe tenere conto «*anche delle condizioni generali della produzione a cui il contratto eventualmente abbia riferimento*» (art. 1349, comma 3, c.c.), il che significa che dovrebbe tener conto della realtà del momento dei tassi bancari, e così del valore attuale anche di altri parametri di mercato – bassi anch'essi, verosimilmente – comparabili con quello che è divenuto negativo».

⁶¹⁸ L'arbitraggio «presuppone l'esercizio di una valutazione discrezionale e di un apprezzamento secondo criteri di equità mercantile»: così Cass., 28 giugno 2016, n. 13291, in *Dir. giust.*, 2016, fasc. 30, p. 51 ss., con nota di M. SUMMA, *Alla perizia contrattuale non interessa l'equità*; in *Rivista dell'arbitrato*, 2016, IV, p. 626 ss., con nota di F. TIZI, *Perizia contrattuale e arbitraggio: due fenomeni distinti. L'arbitrium boni viri viene considerato una declinazione del concetto di equità, tra gli altri, da E. CAPOBIANCO, Lezioni sul contratto, Torino, 2014, p. 79.*

⁶¹⁹ In questo senso P. CORRIAS, *Giustizia contrattuale e poteri conformativi del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, II, p. 345 ss. In termini non dissimili C. CASTRONOVO, *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione a proposito di giustizia*, in *Europ. Dir. priv.*, 2017, III, p. 764 ss.; F. PIRAINO, *Il diritto europeo e la «giustizia contrattuale»* in *Eur. dir. priv.*, 2015, II, 233 e N. LIPARI, *Intorno alla «giustizia» del contratto*, Napoli, 2016, II, p. 48. Ma v. anche G. BERNINI, *Acquisizione di società e determinazione del prezzo*, in AA.VV., *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, diretto da F. Galgano, I, Torino, 1995, p. 242, che enuncia il dovere dell'arbitratore di «equo contemperamento degli interessi dei contraenti».

⁶²⁰ Oltre ad assumere tale accezione, intesa come rapporto di mera proporzione economica tra le prestazioni, la giustizia contrattuale si declina altresì nel concetto di equilibrio normativo, ove l'esigenza di perequazione si palesa non sul piano prettamente patrimoniale, ma sul complessivo regolamento negoziale, come rapporto tra obblighi e diritti reciproci. La distinzione è rimarcata da P. CORRIAS, *o.u.c.*, p. 348 ss., che osserva come lo squilibrio economico sia talora assunto dal legislatore quale presupposto per una regolamentazione del tutto specifica, essendo esso alla base trattamenti differenziati rispetto ad altre manifestazioni della sperequazione contrattuale, come accade nella disciplina dell'abuso di posizione dominante oppure in quella consumeristica.

riflessioni dottrinarie che oscillano tra due poli diametralmente opposti⁶²¹: a chi reputa che la giustizia del contratto dipenda unicamente dal corretto esplicarsi della libertà negoziale delle parti⁶²² si contrappone chi, collocando il contratto «equilibrato»⁶²³ sul terreno privilegiato dei principi costituzionali di eguaglianza, solidarietà e ragionevolezza, considera la proporzionalità un parametro normativo che «rileva sotto il profilo del controllo contenutistico e funzionale dell'atto negoziale»⁶²⁴.

Il predetto principio trae vigore, anzitutto, dagli indirizzi che hanno elaborato delle tecniche rimediali, di tipo manutentivo e portata generale, valorizzando la portata espansiva della buona fede⁶²⁵ o dell'equità⁶²⁶, delle quali è stata peraltro asserita la connessione rispetto a mezzi di

⁶²¹ V. P. CORRIAS, *o.u.c.*, p. 356 ss. per un'attenta comparazione tra le due posizioni.

⁶²² Tra i sostenitori di questa impostazione classica, fortemente incentrata sul principio dell'accordo, possono ricordarsi, in particolar modo, A. CATAUDELLA, *L'uso abusivo dei principi*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, IV, p. 747 ss.; U. PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005, p. 331 ss.; P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, I, p. 229 ss.; G. ALPA, *Autonomia delle parti e libertà contrattuale, oggi*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, IV, p. 571 ss.

⁶²³ Il richiamo all'equilibrio sta comunque ad indicare non l'equivalenza delle prestazioni (la cui esistenza sotto forma di principio generale dell'ordinamento è stata esclusa, tra l'altro, da P. GAGGERO, *Diritti della persona, responsabilità civile, diritto dei contratti. Dal codice del 1865 ad oggi*, in *Giust. civ.*, 2012, IV, p. 163 ss.), ma un presidio contro sproporzioni eccessive (v. P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo*, cit., pp. 347-348).

⁶²⁴ Così P. PERLINGIERI, *o.u.c.*, p. 334 ss., spec. p. 353. Si estenda l'approfondimento anche a ID., *Il diritto civile*, cit., p. 391 ss.; ID., «Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale», in *Riv. dir. civ.*, 2017, I, p. 204 ss.; M. PENNASILICO, «Ménage à trois»: la correzione giudiziale dei contratti, in *Rass. dir. civ.*, 2016, I, p. 179 ss.; N. LIPARI, *o.c.*, p. 235 ss.

⁶²⁵ F. MACARIO, *Adeguamento*, cit., p. 290 ss., che giustifica la portata generale del rimedio della rinegoziazione argomentando a partire dal rimedio della riduzione ad equità *ex art. 1467, comma 3, c.c.*, che «finisce per confluire in un più ampio quadro sistematico, fondato sull'obbligo delle parti di cooperare, alla stregua dei canoni di correttezza e buona fede e secondo le rispettive esigenze (desumibili dalle circostanze ovvero dalla natura dell'affare), per la realizzazione più compiuta del regolamento contrattuale». L'a., ancora, argomenta che «se obiettivo prioritario è quello del proseguimento dell'esecuzione del rapporto, da tutelare come legittima espressione dell'autonomia contrattuale, il riequilibrio economico costituisce una conseguenza della rinegoziazione o comunque della decisione del giudice, che interviene a seguito del fallimento della trattativa per il raggiungimento dell'accordo modificativo» (p. 293). Il ruolo della buona fede emerge nel pensiero del succitato giurista attraverso il richiamo all'art. 1375 c.c. (p. 298) e all'art. 1366 c.c.: «si potrebbe [...] ipotizzare che, in un contratto a lungo termine, la comune intenzione dei contraenti sia quella di rivedere, adeguare o modificare l'assetto contrattuale al variare della situazione di fatto, allorché le condizioni del contratto non rispondano più alla logica economica sottesa alla conclusione del contratto» (p. 313).

⁶²⁶ R. SACCO, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 722 ss. Seppur sul diverso piano del riequilibrio del sinallagma originario e non funzionale, talune tesi hanno tentato di superare la mancanza di una generale azione di riequilibrio del contratto facendo leva sulla *reductio ad aequitatem ex art. 1450 c.c.* e sull'equità come limite alla libera manifestazione dell'autonomia negoziale di impresa (G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, p. 67 ss.) ovvero hanno teorizzato una nuova clausola generale del divieto di abuso

tutela tipicamente demolitori, anche a prescindere dalla ricorrenza della totalità dei requisiti di questi⁶²⁷.

Poiché l'adeguamento del contratto incide sulla richiamata intangibilità dell'accordo, con le conseguenti implicazioni in punto di certezza del diritto, la ricerca di confacenti addentellati normativi al potere di rideterminazione del giudice appare quanto mai opportuna per mettere quest'ultimo al riparo da taluni dubbi legati alla vaghezza dei riferimenti giuridici. La circostanza che l'adeguamento contrattuale sia proponibile *ex art.* 1467 c.c. soltanto dal contraente non leso, convenuto in un giudizio di risoluzione, induce a volgere lo sguardo verso vie di soluzione «mediane» tra le riferite tesi conservative e la risoluzione⁶²⁸. In quest'ottica appaiono rilevanti i tentativi di ordinare sistematicamente le norme dettate dalla parte generale del codice – in chiave sia di adeguamento, come gli artt. 1464 e 1467, comma 3, c.c., che di demolizione, quale l'art. 1467, comma 1, c.c. – e le disposizioni di parte speciale che disciplinano poteri di riduzione del corrispettivo o di revisione del contratto in relazione a singoli contratti⁶²⁹. Tra queste appare significativa la norma di cui all'1664 c.c., tesa al governo – in chiave marcatamente manutentiva – delle sopravvenienze nell'ambito dell'appalto. Ad

della libertà contrattuale (G. SALVI, *Contributo allo studio della rescissione nel nuovo diritto dei contratti*, Napoli, 2009, p. 263 ss.).

⁶²⁷ Cfr. F. MACARIO, *o.u.c.*, p. 312, che postula la sussistenza di un potere-dovere di adeguamento del contratto «indipendentemente dalla ricorrenza di tutti i requisiti per la risoluzione *ex art.* 1467 c.c., ossia quante volte la situazione di fatto sia tale da non permettere l'adempimento delle obbligazioni assunte, senza un sostanziale sacrificio economico per il debitore (ancorché non in misura tale da far scattare presupposti della risoluzione per eccessiva onerosità)».

⁶²⁸ Cioè nella direzione impressa da A. LUMINOSO, *Art. 1453*, in A. LUMINOSO, U. CARNEVALI e M. COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento. Artt. 1453-1454*, in *Comm.* Scialoja Branca, Bologna-Roma, 1990, pp. 10 e 34 ss., ove l'a. delinea la riduzione della prestazione quale «rimedio generale che sarebbe una tecnica di reazione all'inattuazione dello scambio diversa da quelle altre, di carattere generale, di cui sopra si è riferito; una misura, in certo senso, *a metà strada tra le richiamate tecniche conservative del contratto e quelle risolutorie*» (corsivi aggiunti).

⁶²⁹ La considerazione unitaria delle norme di parte speciale relative in particolare all'appalto (artt 1664 e 1668 c.c.) e alla vendita (art. 1493 c.c.), da una parte, e delle norme di parte generale, con esclusivo riferimento alle norme di riduzione della controprestazione in caso di impossibilità parziaria, dall'altra, è presente in P. CORRIAS, *o.u.c.*, p. 372. Ma vedi anche le argomentazioni di F. MACARIO, *o.u.c.*, p. 103 ss., fondate in particolare sull'interpretazione sistematica di norme di parte speciale, tra cui quelle dettate in materia di somministrazione (artt. 1560 e 1561 c.c.), locazione (art. 24 della legge sull'equo canone), mandato (art. 1710 c.c.), assicurazione (artt. 1897, 1898 e 1926 c.c.) e, naturalmente, appalto (1664 c.c.).

essa viene riconosciuto il carattere di principio generale⁶³⁰: la sua area di applicazione non sarebbe circoscritta entro la cornice tipica dell'appalto, ma sarebbe estesa a tutti i c.d. scambi integrativi, ossia quelli la cui esecuzione postula una reciproca e significativa integrazione delle sfere patrimoniali delle parti. La valenza sistemica della regola in questione, peraltro, non sarebbe in contrasto con la norma di parte generale in materia di gestione delle sopravvenienze onerose di cui all'art. 1467 c.c., giacché quest'ultima troverebbe applicazione esclusivamente di fronte a «scambi puntuali», cioè quelli che si realizzano in un determinato *punctum temporis* e non si protraggono nel tempo⁶³¹.

Per quanto sinora rilevato, a nostro avviso la prefata logica conservativa può essere calata sul piano delle fattispecie contrattuali in cui l'Euribor abbia assunto un valore negativo. La valenza transtipica della disciplina di parte speciale potrebbe così implicare che la revisione giudiziale del corrispettivo si estenda, nel caso *supra* considerato, ai contratti di finanziamento, la cui valenza relazionale emerge proprio in considerazione dell'esecuzione continuata dell'obbligo di pagare gli interessi. I limiti quantitativi ai quali è assoggettato il rimedio manutentivo tipico in materia di appalto rappresentano poi un argine contro i rischi di sperequazione propri di altri rimedi conservativi⁶³²: se le parti, introducendo nella clausola di indicizzazione una componente fissa accanto alla componente variabile, non abbiano potuto

⁶³⁰ V. in particolare P. GALLO, *Eccessiva onerosità*, cit., pp. 243-344; M. BARCELLONA, *Appunti*, cit., p. 492, che reputa che l'art. 1664 c.c. si conformi «ad un *modello conservativo* di gestione del rischio che privilegia le *ragioni dell'efficiente allocazione delle risorse*» (enfasi dell'a.).

⁶³¹ Cfr. M. BARCELLONA, *o.n.c.*, p. 467 ss., secondo il quale «il modello giuridico consensualistico si mostra appropriato ad un modello di scambio puntuale, ossia la cui esecuzione non presupponga alcuna duratura interferenza delle sfere patrimoniali dei contraenti ed alcun reciproco condizionamento dei loro ulteriori programmi economici», laddove «il modello giuridico conservativo, invece, appare adeguato al modello di scambio integrativo, ossia la cui esecuzione presupponga o comporti una rilevante integrazione delle sfere patrimoniali dei contraenti o un reciproco condizionamento della loro programmazione economica» (corsivi dell'a.).

⁶³² Per quanto concerne gli inconvenienti della tesi della rinegoziazione, emersi anche nell'ambito dei contesti *di common law* in cui quella teoria è sorta, v. l'illustrazione di M. BARCELLONA, *o.n.c.*, p. 470 ss. L'assenza di un parametro quantitativo di riferimento nella valutazione giudiziale dell'equità dell'offerta *ex art.* 1467, comma 3, c.c., induce E. GABRIELLI, *Rimedi giudiziali e adeguamento del contenuto del contratto alle mutate circostanze di fatto*, in Studi Urbinati, 2003, II, p. 206 ss., a ritenere che il riferimento operato dalla norma all'equità non riguardi l'equità c.d. integrativa (art. 1374 c.c.) ma quella tecnica, così che il giudice non gode di una vera e propria discrezionalità nel relativo giudizio, che dovrebbe perciò tendere soltanto a verificare se l'offerta, quale «strumento di amministrazione del rischio contrattuale», sia idonea a ristabilire l'equilibrio sinallagmatico, riconducendo lo scambio entro i confini segnati dall'alea normale.

ragionevolmente prevedere che questa sarebbe divenuta negativa in un periodo antecedente alla diffusione dell'inversione dei tassi⁶³³; se, a causa di tale difetto di prevedibilità, al sinallagma sia impresso il rischio che la decrescita del complessivo saggio di interesse possa al più condurre a far coincidere quest'ultimo col valore (positivo) dello *spread*, sul presupposto dello *zero lower bound* del parametro finanziario; se, di conseguenza, la componente dello *spread* rappresenta il corrispettivo minimo che al momento della stipula il mutuante e il mutuatario si aspettano rispettivamente di poter ricevere e dover corrispondere nel corso del rapporto; se tutto ciò è condivisibile, la valenza di norma generale dell'art. 1664 c.c. implica che la revisione possa essere richiesta soltanto se la sopravvenienza incida sul sinallagma per una frazione superiore al decimo del valore dello *spread*, che rappresenta la soglia minima dell'obbligazione di interessi che, secondo l'alea normale del contratto, incombe in ogni caso sul finanziato⁶³⁴. La revisione, a sua volta, potrebbe essere concessa soltanto per la differenza che eccede il decimo della componente fissa, poiché entro tale valore il rischio dell'oscillazione non potrebbe essere trasferito al finanziato⁶³⁵.

Laddove non si volesse accedere all'idea, tutto fuorché pacifica, di uno strumento generale di revisione dei contratti di durata prolungata⁶³⁶, il rimedio di gestione della sopravvenienza onerosa potrebbe essere rinvenuta, secondo i principi comuni, nell'art. 1467 c.c.: ma questa soluzione sembrerebbe condizionata all'accoglimento della tesi per cui lo strumento demolitorio possa essere esperito anche in caso di svilimento dell'utilità della controprestazione attesa⁶³⁷; circostanza, questa, che potrebbe forse scorgersi nella posizione

⁶³³ L'imprevedibilità deve infatti essere valutata sulla base dei dati a disposizione delle parti al momento della stipulazione: cfr. Cass. 11 luglio 1990, n. 7208, in *www.dejure.it*. Da ultimo anche Cass., 6 luglio 2022, n. 21448, *ivi*.

⁶³⁴ Un'applicazione del principio generale di adeguamento o revisione del contratto nell'ambito del contratto di assicurazione è stata ritenuta possibile da P. CORRIAS, *La gestione dei rischi pandemici nei contratti assicurativi*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, V, p. 1390 ss., il quale – recependo il contenuto precettivo dell'art. 1664 c.c., con riguardo ai «concreti parametri di importanza del mutamento» – ha ritenuto rilevanti, «al fine della operatività dei rimedi contro la sopravvenienza, soltanto le mutazioni del rischio che incidono (nel rapporto premio-copertura) per più di un decimo del valore del premio».

⁶³⁵ L'art. 1664, comma 1, ultimo periodo, c.c. statuisce che «[l]a revisione può essere accordata solo per quella differenza che eccede il decimo».

⁶³⁶ Per Cass., 19 marzo 1980, n. 1818, la cui massima è leggibile in *www.dejure.it*, la revisione di cui all'art. 1664 c.c. avrebbe natura eccezionale rispetto al rimedio *ex art.* 1467 c.c.

⁶³⁷ Ma una siffatta impostazione implicherebbe una scelta ideologica di fondo: cioè ritenere che l'eccessiva onerosità sopravvenuta sia un rimedio non semplicemente a tutela delle singole posizioni debitorie, ma diretto a salvaguardare un rapporto proporzionale tra le prestazioni. Cfr. P. GALLO, *Il contratto*, cit., p. 1159, ove l'a.

del finanziatore che vede compressa la propria retribuzione a causa di un'imprevedibile erosione dello *spread*. A quel punto l'effetto manutentivo del contratto potrebbe essere sortito dall'iniziativa del finanziato, che, convenuto nel giudizio di risoluzione, preferisca evitare lo scioglimento del contratto offrendo di riportare ad equità il rapporto. Anche in questo caso – vale a dire quando non si ammetta che il giudice goda di un potere di revisione del tasso di finanziamento nei termini di cui all'art. 1664 c.c. – si potrebbe comunque postulare che la valutazione giudiziale sull'equità⁶³⁸ dell'offerta potrebbe essere comunque fondata su una perimetrazione dell'alea normale basata sull'irrilevanza dell'oscillazione (rispetto allo *spread*) inferiore a un decimo, se si riconosce che questo riferimento quantitativo, in un'ottica sistematica, segna il limite della sensibilità dell'ordinamento rispetto all'incidenza delle sopravvenienze sul sinallagma dei contratti di durata⁶³⁹.

4. Prospettive di sintesi e considerazioni conclusive.

Nei contratti conclusi prima che i parametri finanziari assumessero valori negativi, il rimedio «revisionale» consentirebbe di superare talune aporie della soluzione incentrata sul «fermo zero», permettendo di salvaguardare la corrispettività del rapporto lungo l'intera fase di esecuzione contrattuale.

manifesta l'esigenza di superare in parte quanto dallo stesso precedentemente sostenuto (voce *Eccessiva onerosità sopravvenuta*, cit., p. 234 ss.). In caso di svilimento della prestazione del finanziato (onerosità c.d. indiretta), peraltro, non opererebbe la preclusione del rimedio risolutorio relativa ai casi in cui il trasferimento della somma di denaro sia stata integralmente eseguita, perché l'obbligazione avente ad oggetto gli interessi è stata, in realtà, soltanto parzialmente adempiuta al momento in cui si verifica l'accadimento oneroso della discesa del tasso di interesse connessa all'erosione dello *spread* (ID., *Eccessiva onerosità sopravvenuta*, cit., p. 439 ss.). D'altra, se si assume a *ratio* dell'istituto l'esigenza di conservare l'originario rapporto tra le prestazioni (come sostengono A. SCIARRONE ALIBRANDI e G. MUCCIARONE, *o.c.*, p. 104, nota 102, si deve concludere che «dovrebbe consentirsi la risoluzione anche su domanda della parte che abbia già eseguito la propria prestazione». *Contra*: Cass., 8 agosto 2003, n. 11947, in *www.dejure.it*.

⁶³⁸ Nell'accezione «tecnica» in cui la intende E. GABRIELLI, *o.u.c.*, p. 207 ss. Dello stesso a., v. anche *Alea e svalutazione monetaria nell'offerta di riduzione ad equità*, *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 724.

⁶³⁹ S. POLIDORI, *Appalto*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2015, p. 131 ravvisa nella fattispecie generale ex art. 1467 c.c. e in quella speciale di cui all'art. 1664 c.c. un fondamento comune, rappresentato dal principio generale per cui nei contratti caratterizzati da un significativo scarto temporale tra il momento genetico e quello di compiuta esecuzione, sorge la necessità di accordare una tutela al contraente svantaggiato dalla sopravvenienza se questa altera *notevolmente* l'equilibrio contrattuale.

L'accadimento sopravvenuto che cagiona la lesione del sinallagma, infatti, è straordinario e imprevedibile⁶⁴⁰; oltrepassa, per di più, l'alea normale di quelle risalenti fattispecie negoziali: sicché, quando il parametro di riferimento abbia assunto un andamento negativo, anche se questo non è tale da erodere completamente lo *spread*, può sorgere l'esigenza di ristabilire il sinallagma iniziale, la cui piena soddisfazione presuppone l'adeguamento del corrispettivo della concessione di disponibilità finanziaria.

In quest'ordine di idee, nel caso in cui tale percentuale fissa sia stata invece neutralizzata *in toto*, perché sopravanzata dal valore assoluto del parametro variabile divenuto negativo, il tasso diviene sì complessivamente inferiore allo zero, ma solo da un punto di vista matematico, perché sotto il profilo giuridico *non pare configurabile un interesse negativo*: la causa di finanziamento e la funzione corrispettiva delle usure impediscono che il finanziatore, ad un certo momento del rapporto, possa trovarsi a corrispondere degli interessi in senso tecnico al finanziato. Se è vero che il tasso inferiore a zero non acquista rilievo giuridico, come correttamente sostenuto da chi ritiene configurabile uno *zero floor* implicito, non può parimenti sottacersi che questo limite quantitativo, pur rappresentando un presidio contro le ipotesi di onerosità «invertita», non è sufficiente a fornire una tutela effettiva al finanziatore, dal momento che questi aspira alla rimodulazione del tasso verso valori positivi⁶⁴¹.

Nei contratti bancari – in cui i tassi negativi trovano un ostacolo finanche nel principio di sana e prudente gestione⁶⁴² – la piena valenza pratica delle soluzioni manutentive poc'anzi

⁶⁴⁰ Per P. TARTAGLIA, *Onerosità eccessiva*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, pp. 163-64 «[il criterio della straordinarietà è sicuramente di natura obiettiva, perché si riferisca a una contrapposizione straordinario-ordinario, che ha riguardo a leggi esterne, quanto meno di carattere statistico. Il secondo criterio, la imprevedibilità, ha certamente una radice soggettiva, in quanto fa riferimento alla fenomenologia della conoscenza. Ma, come la straordinarietà non può venire giudicata se non col metro delle nostre conoscenze sul modo di prodursi degli eventi, la prevedibilità trascende il campo della mera soggettività perché non si apprezza con riguardo all'individuo che ha stipulato il contratto, bensì con riferimento all'uomo medio».

⁶⁴¹ Del resto, il senso dell'intermediazione bancaria è colto – da G. PORCELLI, *La disciplina degli interessi bancari tra autonomia ed eteronomia*, Napoli, 2003, p. 7 ss. – proprio «[n]ello *spread* tra i tassi attivi riconosciuti dalle banche e quelli passivi pretesi nei confronti della clientela, [...] rappresentando tale “differenziale” il lucro perseguito dalla banca nell'esercizio della sua tipica attività d'impresa, fondata ancor oggi [...] sul collegamento funzionale tra la raccolta del risparmio e l'esercizio del credito».

⁶⁴² Secondo l'insegnamento di F. SARTORI, *Disciplina dell'impresa e statuto contrattuale: il criterio della «sana e prudente gestione»*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, II, p. 131 ss., il principio di sana e prudente gestione costituisce un «canone di condotta dei soggetti vigilati, fondamento di obblighi collaterali di carattere tecnico-finanziario, che incidono sinanche sul contenuto dell'atto».

richiamate si potrebbe esplicitare, peraltro, solo al di fuori dei casi in cui sia consentito all'intermediario l'esercizio del *ius variandi* di cui all'art. 118 t.u.b.: sussistendo i presupposti dettati dalla norma, tale mezzo di tutela sarebbe preferibile – in specie per l'intermediario – rispetto ad altri rimedi manutentivi, fondati sia sulla rinegoziazione che sul potere revisionale del giudice. La variazione unilaterale, difatti, si caratterizza – oltre che per una marcata duttilità – anche per il suo effetto di contenimento dei costi. La clausola generale che si compendia nel «giustificato motivo» costituisce, d'altra parte, un presidio per il finanziato a garanzia di un corretto esercizio del prefato diritto potestativo, potendo essere censurate quelle modifiche unilaterali dirette a rimodulare il tasso di interesse in maniera incompatibile con la finalità di ristabilire l'equilibrio sinallagmatico iniziale⁶⁴³.

Nel corso della trattazione si è pervenuti, peraltro, a una soluzione mediana tra gli scenari prospettati rispettivamente dalla tesi della irrilevanza *tout court* e da quella della piena ammissibilità dei tassi negativi. Si può ritenere, in quest'ottica, che la riferita impossibilità di configurare una categoria di interessi c.d. negativi non esclude che le parti, nell'esercizio della loro autonomia negoziale, abbiano in concreto voluto attribuire rilievo giuridico alla discesa del tasso «finito» al di sotto dello zero, come accadrebbe nel caso in cui l'inversione dei flussi finanziari sia stata espressamente pattuita ovvero nell'ipotesi in cui, sotto la vigenza del *financial upside-down world*, non siano state previste regole negoziali con funzione di contenimento delle oscillazioni al ribasso del meccanismo contrattuale di indicizzazione. In un contesto in cui i parametri finanziari di riferimento sono notoriamente negativi, l'eventuale erosione dello *spread* non è più imprevedibile: l'assenza di ostacoli convenzionali alla discesa del parametro di riferimento costituisce, alla luce di un'interpretazione funzionale e *contra stipulatorem*, un indice sintomatico della piena operatività giuridica dei tassi negativi. Quando questi si verificano, il finanziatore sarebbe tenuto a corrispondere al finanziato degli accrediti, ai quali però non può attribuirsi la qualifica di interessi, perché difetta in essi il carattere della corrispettività. In questi termini, l'ammissibilità dei flussi monetari «invertiti» presuppone che nel finanziamento sia ravvisabile una componente derivativa, suscettiva di estendere l'alea normale del contratto,

⁶⁴³ È stata messa in luce da F. SARTORI, *Sul potere unilaterale*, cit., p. 131 ss., la finalità equitativa del *ius variandi* bancario, quale strumento di controllo del rischio grazie al quale è possibile adeguare il rapporto ai cambiamenti economici non prevedibili *ex ante*, nonché la sua funzione di contenimento dei costi rispetto ad altri presidi giuridici di tipo manutentivo.

ovvero una funzione in parte di deposito: in entrambi i casi l'eventuale prevalenza della causa di finanziamento sugli ulteriori profili funzionali – che assegnano al negozio una veste di parziale atipicità – dovrebbe essere verificata in base al concreto assetto di interessi perseguito, per la cui interpretazione costituisce uno strumento privilegiato il modello tipico o social-tipico prescelto, in quanto espressivo – sul piano astratto – della strategia di distribuzione dei rischi prescelta dai paciscenti.

Al di fuori dei contratti di finanziamento, poi, i tassi negativi sono ammissibili nell'ambito dei contratti di *interest rate swap*, la cui causa contrattuale, contrassegnata dall'assunzione di un'alea «razionale», è *ab origine* compatibile con l'eventualità che i flussi economici si possano invertire nel corso dell'esecuzione.

È noto come in tempi recenti, a causa dei livelli elevati di inflazione, la BCE – sulla scia di altre banche centrali⁶⁴⁴ – abbia adottato la decisione di innalzare i tassi di riferimento⁶⁴⁵,

⁶⁴⁴ V. in particolare la Implementation Note del 15 giugno 2022, contenente la seguente decisione del Board of Governors di Federal Reserve System (FED): «to raise the interest rate paid on reserve balances to 1.65 percent, effective June 16, 2022».

⁶⁴⁵ La decisione è stata preannunciata con il Comunicato stampa della BCE su «Decisioni di politica monetaria» del 9 giugno 2022, ove si legge che: «il Consiglio direttivo ha esaminato attentamente le condizioni che, secondo le sue indicazioni prospettiche (*forward guidance*), devono essere soddisfatte prima di iniziare a innalzare i tassi di interesse di riferimento della BCE. A seguito di questa valutazione, il Consiglio direttivo ha concluso che tali condizioni sono rispettate. Pertanto, in linea con la sequenza delle sue misure di politica monetaria, il Consiglio direttivo intende innalzare i tassi di interesse di riferimento della BCE di 25 punti base con la riunione di politica monetaria di luglio. Nel frattempo, esso ha deciso che i tassi di interesse sulle operazioni di rifinanziamento principali, sulle operazioni di rifinanziamento marginale e sui depositi presso la banca centrale rimarranno invariati rispettivamente allo 0,00%, allo 0,25% e al -0,50%. Su un periodo più esteso, il Consiglio direttivo si attende un nuovo aumento dei tassi di riferimento a settembre. La calibrazione di questo incremento dei tassi dipenderà dalle prospettive aggiornate per l'inflazione a medio termine. Se le prospettive di inflazione nel medio periodo permarranno tali o si deterioreranno, un incremento maggiore sarà appropriato alla riunione di settembre. Dopo settembre, in base alla sua attuale valutazione, il Consiglio direttivo prevede che un graduale ma duraturo un percorso di ulteriori aumenti dei tassi di interesse sia appropriato. In linea con l'impegno del Consiglio direttivo a conseguire l'obiettivo del 2% a medio termine, il ritmo di aggiustamento della politica monetaria da parte del Consiglio direttivo dipenderà dai nuovi dati e da come sarà valutato l'andamento dell'inflazione a medio termine».

In coerenza a ciò, il 21 luglio 2022 il Consiglio direttivo della BCE, con il documento *Combined monetary policy decisions and statements* ha formalizzato la seguente decisione: «to raise the three key ECB interest rates by 50 basis points. Accordingly, the interest rate on the main refinancing operations and the interest rates on the marginal lending facility and the deposit facility will be increased to 0.50%, 0.75% and 0.00% respectively, with effect from 27 July 2022. At the Governing Council's upcoming meetings, further normalisation of interest rates will be appropriate. The frontloading today of the exit from negative interest rates allows the Governing Council to make a transition to a meeting-by-meeting approach to interest rate decisions. The Governing Council's future

riportando questi ultimi, quando negativi, su valori appena positivi o neutri e in seguito decisamente positivi⁶⁴⁶: in ragione dell'effetto di trasmissione delle decisioni di politica monetaria, il rialzo dei tassi ha interessato anche il mercato interbancario e, per questo tramite, hanno assunto percentuali positive anche i parametri finanziari (Euribor *in primis*) su cui si basa il meccanismo di indicizzazione dei contratti di finanziamento conclusi dagli intermediari con la clientela.

Non si può escludere, però, che i «tassi guida» delle banche centrali possano in futuro riassetarsi su valori anche decisamente bassi e persino ripresentare un andamento negativo. La scienza macroeconomica, pur nella varietà degli indirizzi proposti, ha chiarito che l'instabilità dei sistemi economici si manifesta nei fenomeni delle fluttuazioni e dei cicli⁶⁴⁷. Fasi espansive del ciclo economico si alternano a fasi recessive: a fronte di queste la BCE potrà nuovamente perseguire l'obiettivo della stabilità dei prezzi mediante il ricorso a tassi di riferimento negativi, che – come osservato dagli economisti – sono ormai entrati a far parte dello «strumentario» a disposizione delle banche centrali nell'esercizio delle loro prerogative di politica monetaria⁶⁴⁸.

Si può così prospettare, per l'eventualità di un'ulteriore inversione dei tassi guida della BCE, la questione se, nell'attuale scenario di tassi positivi, la stipula di un contratto di finanziamento a tasso variabile – in assenza di regole negoziali che fungano da limite all'indiscriminata oscillazione al ribasso dell'indice di riferimento (*i.e.* una clausola *floor*)⁶⁴⁹ – possa essere concepita come manifestazione della volontà delle parti di ammettere la corresponsione di tassi negativi. La soluzione, a ben vedere, non può che rimanere aperta: solo l'esame della funzione in concreto assegnata ai contratti di finanziamento potrà condurre ad accertare se le

policy rate path will continue to be data-dependent and will help to deliver on its 2% inflation target over the medium term».

⁶⁴⁶ Cfr. il *Combined monetary policy decisions and statement* del 15 dicembre 2022, con cui la BCE ha statuito un ulteriore innalzamento dei tassi di interesse sulle operazioni di rifinanziamento principali, sulle operazioni di rifinanziamento marginale e sui depositi presso la banca centrale saranno innalzati rispettivamente al 2,50%, al 2,75% e al 2,00%, con effetto dal 21 dicembre 2022.

⁶⁴⁷ E. MARCHETTI, *Teorie del ciclo economico. Il dibattito macroeconomico moderno su instabilità e equilibrio*, Bologna, 2009, p. 8 ss.

⁶⁴⁸ Così J. BECKMANN, K.J. GERN e N. JANNSEN, *Should they stay or should they go? Negative interest rate policies under review*, in *International Economics and Economic Policy*, 2020, p. 885 ss.

⁶⁴⁹ Qualora non siano stati pattuiti simili limiti convenzionali, invece, il problema dell'ammissibilità di tassi negativi può essere risolto a priori in senso negativo

singole strategie di distribuzione dell'alea siano compatibili con la corresponsione di flussi finanziari dal finanziatore al finanziato. In linea di massima, con riferimento ai contratti conclusi nell'attuale contesto finanziario, potrebbe sostenersi, al più, una prospettiva d'analisi che ruota attorno a due opposte coordinate ermeneutiche: se il rapporto ha una durata particolarmente circoscritta, può dubitarsi che le parti possano aver previsto, secondo la diligenza media, la possibilità che i parametri di riferimento divengano negativi prima della completa esecuzione, considerato il significativo arco temporale lungo il quale si esplicano di norma le singole fasi economiche; rispetto ai contratti di durata prolungata, invece, dalla recente esperienza – pur se oramai conclusa – del *financial upside-down world* potrebbe inferirsi che le parti abbiano previsto e accettato l'alea di un'inversione dei tassi, che si dovesse ad esempio verificare in un futuro distante. Così, nella prima ipotesi l'eventuale (ma assai improbabile) capovolgimento dei parametri – sopravvenuto durante l'esecuzione – non potrebbe determinare la nascita, in capo al mutuante, di un'obbligazione monetaria nei confronti del mutuatario, per le ragioni già illustrate con riguardo ai contratti conclusi in un momento antecedente al primo avvento dei tassi negativi. Nella seconda ipotesi, al contrario, potrebbe prospettarsi una soluzione più aperta, alla stregua di quanto postulato in relazione ai contratti di finanziamento indicizzati conclusi in uno scenario di tassi negativi.

BIBLIOGRAFIA

- N. ABRIANI, *I conferimenti*, in *Tratt. dir. comm.* Cottino, IV, tomo 1, Padova, 2010.
- M. AFFINITO, *L'Europa delle banche*, Bari-Roma, 2019.
- T. AGGIO, *Sul mutuo di scopo convenzionale*, in *Giust. civ.*, 2008, X.
- A. ALAMANNI, "Nullità sopravvenuta" (una breve riflessione propositiva), in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, n. 16.
- F. ALCARO, «Soggetto» e «contratto» nell'attività bancaria. *Contributo allo studio dei contratti bancari*, Milano, 1981.
- F. ALCARO, *Contratti bancari*, in *Enc. giur.*, VIII, Roma, 1988.
- A. S. ALIBRANDI e G. MUCCIARONE, *La pluralità delle normative di ius variandi nel t.u.b.: sistema e fratture*, in A. DOLMETTA e A.S. ALIBRANDI (a cura di), *Ius variandi bancario*, Milano, 2012.
- M. ALLARA, *La vendita*, Torino, 1958.
- V. ALLEGRI, *Credito di scopo e finanziamento bancario delle imprese*, Milano, 1984.
- G. ALPA, *L'uso giurisprudenziale della causa del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, II.
- G. ALPA, *I contratti d'impresa, i regolamenti e gli usi normativi*, in P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Milano, 2006.
- G. ALPA, *La causa e il tipo*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, I, *Tratt. contr.* Rescigno e Gabrielli, Milano, 2006.
- G. ALPA, *Autonomia delle parti e libertà contrattuale, oggi*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, IV.
- G. ALPA, *Le autonomie contrattuali tra mercato e persona*, in AA.VV., *La vocazione civile del giurista: saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Roma-Bari, 2013.
- S. ALVARO, A. GENTILI e C. MOTTURA, *Effetti dei tassi di interesse negativi su mutui e obbligazioni a tasso variabile. Un'analisi dei profili giuridici e finanziari*, in *Quad. giur. Consob*, 2017.
- C. ANGELICI, *La contrattazione d'impresa*, in Aa.Vv., *L'impresa*, Milano, 1985.
- S. ANTONIAZZI, *La Banca centrale europea tra politica monetaria e vigilanza bancaria*, Torino, 2013.
- R. ARGENZIANO, *Il finanziamento delle imprese industriali*, Milano, 1959.
- C. ARTETA e M. STOCKER, *Negative interest rates in Europe: A Glance at Their Causes and Implications*, 2014, in www.worldbank.org.
- T. ASCARELLI, *Contratto misto, negozio indiretto*, "negotium mixtum cum donatione", in *Riv. dir. comm.*, 1930, II.
- T. ASCARELLI, *Il negozio indiretto*, in Id., *Saggi giuridici*, Milano, 1949.
- T. ASCARELLI, *Aleatorietà e contratti di borsa*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1958, I.
- T. ASCARELLI, *Le obbligazioni pecuniarie*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1959.
- M. BACCIGALUPI, *Note sul contratto di finanziamento*, in *Dir. econ.*, 1955.
- M. BAGELLA, *L'euro e la politica monetaria*, Torino, 2014.
- L. BALLERINI, *Corrispettivo variabile e clausola floor nei contratti del consumatore*, in *Riv. dir. impr.*, 2018, II.
- G. BALP, *Prestiti obbligazionari e finanziamenti dei soci «in qualsiasi forma effettuati»: sulle ragioni della difficoltosa convivenza delle rispettive discipline*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, II.
- VI. BARBA, *La connessione tra i negozi e il collegamento negoziale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, III.
- E. BARCELLONA, *Note sui derivati crediti: market failure o regulation failure?*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 2009.
- M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Milano, 2015.
- M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Eur. dir. priv.*, III, 2003.

- G. BARDELLI, *Contratti derivati – analisi tecnica*, in M. Menicucci, *Contratti swap: rischi e opportunità per imprese ed enti locali. Aspetti applicativi e distorsione del modello*, Napoli, 2012.
- A. BARENGHI, *Note sulla trasparenza bancaria, venticinque anni dopo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, II.
- S. BARONCELLI, Art. 47, in *Comm. cost.* Bifulco, Celotto e Olivetti, I, Milano, 2006.
- F. BASSAN e C.D. MOTTURA, *From Saviour to Guarantor. EU Member States' Economic Intervention During the Financial Crisis*, Londra, 2015.
- E. BATTISTONI, *La causa nei negozi giuridici: dal diritto intermedio al codice civile italiano*, Padova, 1932.
- G. BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Padova, 2000.
- G. BELLANTUONO, *Regole di default nel diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I.
- A. BELFIORE, *La presupposizione*, Torino, 2000.
- A. BELFIORE, *La presupposizione*, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, XIII, Torino, 2003.
- F. BENATTI, *La buona fede nelle obbligazioni e nei contratti*, in *Aa.Vv.*, *Atti del seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano*, Milano, 1988.
- F. BENATTI, *Contratto e Covid-19: possibili scenari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, II.
- A. BENNATI, *Manuale di contabilità di stato*, 12^a ed, 1990.
- L.V. BERLIRI, *Appunti sui contratti reali*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1932.
- G. BERNINI, *Acquisizione di società e determinazione del prezzo*, in *AA.VV.*, *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, diretto da F. Galgano, I, Torino, 1995.
- M. BESSONE, *Causa tipica e motivi del contratto, dogmi di teoria generale, orientamenti della giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1979.
- E. BETTI, *Sui principii generali del nuovo ordine giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, I.
- E. BETTI, *Causa del negozio giuridico*, in *Nov. dig. it.*, III, Torino, 1957.
- E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, rist. 2^a ed., Napoli, 1994.
- B. BEUTLER, R. BIEBER, J. PIPKORN, J. STREIL e J.H.H. WEILER, *L'Unione europea. Istituzioni, ordinamento e politiche*, Bologna, 1998.
- C. M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I.
- C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, VII, Torino, 1972.
- C.M. BIANCA *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, II.
- C.M. BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 2019.
- C.M. BIANCA, *Diritto civile, IV, L'obbligazione*, Milano, 2019.
- C. M. BIANCA, *Diritto civile, V, La responsabilità*, 3^a ed., Milano 2021.
- T. BIANCHI, *L'autofinanziamento*, Milano, 1963.
- G. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti. Il problema della donazione mista*, Napoli, 1984.
- A. BLANDINI, *Note minime sulle novelle in materia di garanzie bancarie*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, V.
- N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993.
- C. Bolognesi, *Art. 2358*, in *Comm. dir. soc.* Maffei Alberti, Padova, 2017.
- P. BONFANTE, *Il contratto e la causa del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1908, I.
- P. BONTEMPI, *Diritto bancario e finanziario*, 3^a ed., Milano, 2009.
- M. BORRONI e M. ORIANI, *Le operazioni bancarie*, Bologna, 1997.
- S. BOSCO, *Portabilità e rinegoziazione dei mutui*, in *Giur. merito*, 2010, I.
- A. BOSELLI, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, Torino, 1952.
- A. BOSELLI, *Alea*, in *Noviss. Dig. it.*, I, Torino, 1968.

- M. BRAGANTINI, I. LAURETTI e F. CHIARENZA, *I contratti di finanziamento nella prassi bancaria*, in AA.VV. (a cura di), *Contratti di finanziamento bancario, di investimento, assicurativi e derivati*, Milano, 2022.
- L. BRANDÃO-MARQUES, M. CASIRAGHI, G. GELOS, G. KAMBER e R. MEEKS, *Negative Interest Rates. Taking Stock of the Experience So Far*, Washington, 2021.
- U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. di dir. priv.* Iudica e Zatti, Milano, 1991.
- U. BRECCIA, *Causa*, in G. ALPA, U. BRECCIA e A. LISERRE (a cura di), *Il contratto in generale*, III, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, Torino, 1999.
- U. BRECCIA, *Prospettive nel diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001.
- C. BRESCIA MORRA, *Finanziamento e partecipazione all'impresa. Profili evolutivi*, Napoli, 2008.
- M.K. BRUNNERMEIER e Y. KOBY, *The reversal interest rate*, *NBER Working Papers del National Bureau of Economic Research*, vo. 25406, Cambridge, 2018.
- C. BRUNO, *La questione delle sopravvenienze: presupposizione e rinegoziazione*, in *Giust. civ.*, 2010.
- V. BUONOCORE, *La locazione finanziaria nell'ordinamento italiano*, in AA.VV., *Il leasing. Profili privatistici e tributari*. Milano, 1975.
- V. BUONOCORE, *Profili privatistici del mutuo agevolato*, in R. COSTI e M. LIBERTINI (a cura di), *Problemi giuridici delle agevolazioni finanziarie all'industria*, Milano, 1982.
- V. BUONOCORE, *Leasing*, in *Nov. dig. it., Appendice IV*, Torino, 1983.
- V. BUONOCORE, *Il leasing immobiliare*, in *Riv. not.*, 1984, I.
- V. BUONOCORE, *I contratti d'impresa*, in V. BUONOCORE e A. LUMINOSO (a cura di), *Contratti d'impresa*, I, Milano, 1993.
- V. BUONOCORE, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Milano, 2000.
- M. BURDA e C. WYPLOSZ, *Macroeconomia. Un'analisi europea*, Edizione italiana a cura di L. Carbonari e M. Messori, Milano, 2019.
- A. BUSANI, *La riforma delle società, s.r.l. Il nuovo ordinamento dopo il D.Lgs. 6 del 2003*, Milano, 2003.
- F. D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità, ivi*, 2001, I.
- V. L. CABELLA PISU, *Dell'impossibilità sopravvenuta. Art. 1463-1466*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 2002.
- O. CAGNASSO, *Impossibilità sopravvenuta della prestazione (diritto civile)*, p. 1 ss., in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 1989.
- C. CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, Milano, 1997.
- C. Camardi, *Mutuo bancario con piano di ammortamento "alla francese", nullità delle clausole sugli interessi e integrazione giudiziale*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, I.
- B. CAMPAGNA, *L'inefficacia della clausola floor nel mutuo*, in *Dial. dir. econ.*, 2018.
- M.F. CAMPAGNA, *La clausola con tasso minimo preteso nel mutuo (c.d. floor clause)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, I.
- G.F. CAMPOBASSO, *Deposito*, III, *Deposito bancario*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 1988.
- M. CAMPOBASSO, *Finanziamento del socio*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, IV.
- E. CAPOBIANCO, *Contratto di mutuo bancario e ius variandi*, in M. COMPORRI e S. MONTICELLI (a cura di), *Studi in onore di Ugo Majello*, I, Napoli, 2005.
- E. CAPOBIANCO, *Lezioni sul contratto*, Torino, 2014.
- F. CAPRIGLIONE e V. LEMMA, *Art. 106*, in *Comm. t.u.b.c.* Capriglione, Milano, 2018.
- F. CAPUTO NASSETTI, *I contratti derivati finanziari*, Milano, 2007.
- F. CAPUTO NASSETTI, *Causa, alea, mark-to-market e upfront nei contratti di swap di pagamenti e opzioni sui tassi di interesse*, in *Giur. comm.*, 2016, II.

- F. CAPUTO NASSETTI, *Le clausole di indicizzazione nei finanziamenti e nei leasing*, in *Giur. comm.*, 2016, III.
- F. CARINGELLA, *Studi di diritto civile*, III, *Obbligazioni e responsabilità*, Milano 2007.
- F. CARINGELLA e G. DE MARZO, *Manuale di diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2008.
- F. CARNELUTTI, *Forma degli atti complessi*, in *Riv. dir. comm.*, 1937, I.
- F. CARNELUTTI, *Teoria cambiaria*, Padova, 1937.
- F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Napoli, 1988.
- F. CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Napoli, 2010, rist.
- U. CARNEVALI, *Contratti di durata e impossibilità temporanea di esecuzione*, in *Contratti*, 2000, I.
- F. CARRESI, *Il comodato. Il mutuo*, 2^a ed., rist., Torino, 1957.
- G. CASELLI, *Leasing*, in *Contr. impr.*, 1985.
- S. CASTRO, *I contratti di deposito*, Torino, 2007.
- C. CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti*, Milano, 2001.
- C. CASTRONOVO *Autonomia privata e Costituzione europea*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, I.
- C. CASTRONOVO, *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione a proposito di giustizia*, in *Europ. Dir. priv.*, 2017, III.
- A. CATANIA, *Diritto positivo ed effettività*, Napoli, 2009.
- A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, 2^a ed., Torino 2000.
- A. CATAUDELLA, *L'uso abusivo dei principi*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, IV.
- E. CATERINI e G. MURGOLO, *La trasparenza bancaria*, in E. CAPOBIANCO (a cura di), *Contratti bancari*, Milano, 2021.
- G. CAVALLI, *Il deposito bancario*, in G. CAVALLI e M. CALLEGARI, *Lezioni sui contratti bancari*, 3^a ed., Torino, 2019.
- V. M. CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli 2000.
- G. CHINÉ, *Il collegamento contrattuale tra tipicità e atipicità*, in *Giust. civ.*, 1996, I.
- F. CHIOMENTI, *I contratti cap, floor e colalr: contratti di somministrazione di denaro?*, in *Riv. dir. comm.*, 1987, I.
- G. CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione: valore normativo dell'art. 1174 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, I.
- G. CIAN, *Contratti commerciali e contratti d'impresa: valore sistematico ermeneutico delle classificazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I.
- F. CIVALE, *Euribor negativo, interessi e clausole floor: prime riflessioni*, in *www.dirittobancario.it*, 2015.
- R. CLARIZIA, *Finanziamenti (diritto privato)*, in *Nov. dig. it.*, App. III, Torino, 1982.
- R. CLARIZIA, *I contratti di finanziamento. Leasing e factoring*, Torino, 1989.
- R. CLARIZIA, *La nozione di attività finanziaria*, in P. FERRO-LUZZI e G. CASTALDI (a cura di), *La nuova legge bancaria. Commentario*, III, Milano, 1996.
- R. CLARIZIA, *I contratti per il finanziamento dell'impresa. Mutuo di scopo, leasing, factoring*, Torino, 2002.
- R. CLARIZIA, *La cessione del contratto*, in *Cod. civ. comm.* Schlesinger, 2^a ed., Milano 2005.
- G. CLAYES, *What Are the Effects of the ECB's Negative Interest Rate Policy?*, in AA.VV., *Low for Longer: Effects of Prolonged Negative Interest Rates*, 2021.
- E. COLAGROSSO, *Diritto bancario. Soggetti, titoli, negozi giuridici*, 2^a ed., Roma, 1960.
- G. COLLURA, *Finanziamento agevolato e clausola di destinazione*, Milano, 1986.
- C. COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova, 1999.

- C. COLOMBO, *Il cantiere sempre aperto degli interessi pecuniari nei contratti bancari: appunti sui tassi parametrati all'Euribor, pattuizioni floor e cap, tassi negativi, ammortamento alla francese e TAEG/ISC*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2020, II.
- C. COLOMBO, *Gli interessi nei contratti bancari*, in E. CAPOBIANCO (a cura di), *Contratti bancari*, Milano, 2021.
- V. CONFORTINI, *Deterioramento del credito e definizione europea di default (profili civilistici)*, in *Eur. dir. priv.*, 2022, III.
- C. CONSOLO e M. STELLA, *Il ruolo prognostico-deflattivo, irriducibile a quello dell'arbitro, del nuovo A.B.F., «scrutatore» di torti e ragioni nelle liti in materia bancaria*, in *Corr. giur.*, 2011.
- G. CONTALDI, *Il nuovo ruolo della BCE nel funzionamento dell'Unione economica e monetaria dopo le decisioni nel caso Gauweiler*, in *Osservatorio costituzionale*, 2017, I.
- P. COPPA-ZUCCARI, *Il deposito irregolare*, Modena, 1901.
- F. CORAZZA, *Causa, meritevolezza e razionalità dei contratti derivati IRS*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, II.
- N. CORBO, *Autonomia privata e causa di finanziamento*, Milano, 1990.
- P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, Milano, 2006.
- P. CORRIAS, *I contratti derivati finanziari nel sistema dei contratti aleatori*, in D. MAFFEIS (a cura di), *Swap tra banche e clienti. I contratti e le condotte*, Milano, 2014.
- P. CORRIAS, *Il contratto di assicurazione. Profili funzionali e strutturali*, Napoli, 2016.
- P. CORRIAS, *Giustizia contrattuale e poteri conformativi del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, II.
- P. CORRIAS, *La gestione dei rischi pandemici nei contratti assicurativi*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, V.
- M. CORTELLAZZI e P. ZOLLI, *Dizionario etimologico della lingua italiana*, 2/D-H, rist., Bologna, 1996.
- M. COSTANZA, *Dalla causa alla presupposizione*, in *Giust. civ.*, 1988, II.
- R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, 5ª ed., Bologna, 2012.
- R. COSTI, *Manuale di diritto bancario*, 5ª ed., Bologna, 2012.
- F. CRISCUOLO e S. MAZZOTTA, *Il deposito bancario*, in E. Capobianco, *Contratti bancari*, Milano, 2021.
- P.A. CUCURACHI, *Gli strumenti di capitalizzazione delle banche*, in P.L. FABRIZI, G. FORESTIERI e P. MOTTURA (a cura di), *Strumenti e servizi finanziari*, 2ª ed., 4ª rist., Milano, 2007.
- G. D'AMICO, *Interessi usurari e contratti bancari*, in ID. (a cura di), *Gli interessi usurari. Quattro voci su un tema controverso*, Torino, 2017.
- G. D'AMICO, *“Principio di simmetria” e legge antiusura*, in *Contratti*, 2017, V.
- G. D'AMICO, *Tutela dei consumatori: la vessatorietà delle clausole floor*, in *Contr.*, 2017, III.
- M. D'AMICO, L. PECCATI e E. LUCIANO, *Calcolo finanziario. Temi di base e temi moderni*, Milano, 2020.
- A. D'ANGELO, *Presupposizione*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986.
- A. D'ANGELO, P.G. MONATERI e A. SOMMA, *Buona fede e giustizia contrattuale. Modelli cooperativi e modelli conflittuali a confronto*, Torino, 2005.
- P. DAGNA, *Profili civilistici dell'usura*, in B. INZITARI (a cura di) *Il diritto degli affari*, Padova, 2008.
- A. Dalmartello, *Appunti in tema di contratti reali, contratti restitutorii e contratti sinallagmatici*, in *Riv. dir. civ.*, 1955.
- A. DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*, 3ª ed., Padova, 1962.
- A. DALMARTELLO, *Contratti di impresa*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1998.
- A. DALMARTELLO, *Note sulla “cláusula suelo” (clausola floor) nel mutuo bancario di diritto spagnolo: trasparenza delle clausole abusive e (ir)retroattività della nullità di protezione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, I.

- A. DALMARTELLO e G. PORTALE, *Deposito (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964.
- V. DE GENNARO, *I contratti misti: delimitazione, classificazione e disciplina: negotia mixta cum donatione*, Padova, 1934.
- N. De LUCA, *Mutuo alla francese: anatocismo, indeterminatezza od altro. Di sicuro, c'è qualcosa che non va*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2021, I.
- G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974.
- G. DE NOVA, *Il leasing e il factoring, come strumenti di finanziamento*, *Riv. crit. dir. priv.*, 1983.
- G. DE NOVA *La locazione finanziaria*, XI, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, Torino, 1984.
- G. DE NOVA, *Il contratto di leasing*, 2^a ed., Milano, 1985.
- G. DE NOVA, *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011.
- G. DE NOVA, *Dal tipo contrattuale al contratto alieno: i contratti di impresa*, in G. Gitti, M. Maugeri e M. Notari, *I contratti per l'impresa*, I, Bologna, 2012.
- M. DE POLI, *Il rapporto*, in V. CUFFARO (a cura di), *Il mutuo e le altre operazioni di finanziamento*, Torino, 2005.
- D. DE RADA, *Diritto contrattuale europeo: iter di armonizzazione e unificazione dai progetti di codificazione alla giustizia elettronica*, in *federalismi.it*, 2018.
- DEGREGORI & PARTNERS, *I contratti swap*, *Quaderno di finanza* n. 12, *E-book*, 2016.
- E. DEL PRATO, *Contratti misti: variazioni sul tema*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I.
- F. DELFINI, *Autonomia privata e contratto. Tra sinallagma genetico e sinallagma funzionale*, 2^a ed., Torino, 2017.
- F. DELFINI, *Dell'impossibilità sopravvenuta. Artt. 1463-1466*, in *Comm. c.c.* Schlesinger e Busnelli, Milano, 2003.
- M. DE POLI, *Il «contratto bancario» tra tutela della liquidità e trasparenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I.
- R. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, I, *Introduzione e parte generale. Diritto delle persone*, 6^a ed., Messina, 1932.
- G. DI GIANDOMENICO, *Il contratto e l'alea*, Padova, 1987.
- A. DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967.
- A. DI MAJO, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979.
- A. DI MAJO, *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988.
- A. DI MAJO, *Forme e tecniche di tutela*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, I, Napoli, 1989.
- F. DI MARZIO, *Il trattamento dell'usura sopravvenuta tra validità, illiceità e inefficacia della clausola interessi*, in *Giust. civ.*, 2000, I.
- F. DI MARZIO, *Contratti d'impresa*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., I agg., Torino, 2007.
- R. DI RAIMO, *Dopo la crisi, come prima e più di prima*, in D. MAFFEIS (a cura di), *Swap tra banche e clienti. I contratti e le condotte*, Milano, 2014.
- A. DOLMETTA, *«Questioni sulla surrogazione per volontà del debitore ex art. 8 legge n. 40/2007 (cd. "portabilità del mutuo")»*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, I.
- A. DOLMETTA, *Linee evolutive di un ius variandi*, in A. DOLMETTA e A.S. ALIBRANDI, *Ius variandi bancario*, Milano, 2012.
- A. DOLMETTA, *Introduzione. Speculazione e prudenza*, in D. MAFFEIS, *Swap tra banche e clienti. I contratti e le condotte*, Milano, 2014.
- A. DOLMETTA, *Di derivati impliciti e di derivati apparenti*, in *Riv. dir. banc.*, 2016, II.
- A. DOLMETTA, *«Tasso negativo» e regolamento contrattuale. Una replica*, in *www.giustiziacivile.com*, Editoriale del 7 settembre 2016.

- A. DOLMETTA e A. SCIARRONE ALIBRANDI, *La facoltà di “estinzione anticipata” nei contratti bancari, con segnato riguardo alla disposizione dell’art. 7 legge n. 40/2007*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II.
- A. DOMBRET, *The ECB’s low-interest-rate policy - a blessing or a curse for the economy, consumers and banks? Speech delivered at the Sparkassen-Gesprchsforum Witten*, 2017.
- G. DONADIO, *Sulla natura giuridica della copertura di credito*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1937.
- G. FALCONE, *Privilegio ex art. 9 d.lgs. n. 123 del 1998 e natura polisemica della nozione di «finanziamento»* (nota a Cass., 30 gennaio 2019, n. 2664), in *Banca borsa tit. cred.*, 2021, IV.
- A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell’atto giuridico*, Milano, 1941.
- G. FAUCEGLIA, *I contratti di finanziamento con clausola di agevolazione*, in V. BUONOCORE e A. LUMINOSO (a cura di), *Contratti d’impresa*, Milano, 1993.
- G. FAUCEGLIA, *Il contratto di finanziamento assistito da agevolazione. Profili strutturali e funzionali*, Milano, 1985.
- G. FAUCEGLIA, *I contratti bancari*, III, in *Tratt. dir. comm.* Buonocore, Torino, 2005.
- P.L. FAUSTI, *Il Mutuo*, in *Tratt. dir. civ.* CNN, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2004.
- P. L. FAUSTI, *La “rinegoziazione” dei mutui*, in *Studi mat. C.N.N.*, 2008, IV.
- R. FEDERICO, *Art. 106*, in *Comm. t.u.b.* Costi e Vella, Milano, 2019.
- G. FERRANDO, *I contratti collegati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, II.
- G. FERRANDO, *Recenti orientamenti in tema di collegamento negoziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, II.
- G. FERRANDO, *I contratti collegati: principi della tradizione e tendenze innovative*, in *Contr. e impr.*, 2000, I.
- F. FERRARA, *Teoria dei contratti*, Napoli, 1940.
- F. FERRARA e A. BORGOLI, *Il Fallimento*, 5^a ed., Milano, 1995.
- A. FERRARI, E. GUALANDRI, A. LANDI e P. VEZZANI, *Il sistema finanziario: funzioni, mercati e intermediari*, Torino, 2018.
- F. FERRARI, *Il contenzioso dei contratti e l’arbitrato internazionale*, in *Riv. arb.*, 2021, II.
- G. FERRARINI, *La locazione finanziaria*, Milano, 1977.
- E. FERRERO, *Concetti giuridici indeterminati e poteri discrezionali delle amministrazioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, III.
- G.B. FERRI, *Apertura di credito*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958.
- G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966.
- G.B. FERRI, *Rilevanza giuridica dello scopo nei mutui speciali*, in *Foro pad.*, 1972, II.
- G.B. FERRI, *Ancora in tema di meritevolezza dell’interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, I.
- G.B. FERRI, *Tradizione e novità nella disciplina della causa del negozio giuridico (dal cod. civ. 1865 al cod. civ. 1942)*, in *Riv. dir. comm.*, 1986, I.
- G.B. FERRI, *Saggi di diritto civile*, 2^a ed., Rimini, 1994.
- G.B. FERRI, *La causa nella teoria del contratto*, in G.B. FERRI e C. ANGELICI (a cura di), *Studi sull’autonomia dei privati*, Torino 1997.
- G.B. FERRI, *L’invisibile presenza della causa nel contratto*, in *Europa e dir. priv.*, 2002.
- G.B. FERRI, *Questioni attuali in tema di finanziamento dei soci e postergazione*, in *Riv. soc.*, 2022, I.
- L. FERRI, *L’autonomia privata*, Milano, 1959.
- L. FERRIGNO, *L’uso giurisprudenziale del concetto di causa del contratto*, in *Contr. impr.*, 1985.
- P. FERRO-LUZZI, *Lezioni di diritto bancario*, Torino, 1995.
- P. FERRO-LUZZI, *Attività bancaria e attività delle banche*, in *Banca, impr., soc.*, 1996, I.
- P. FERRO-LUZZI, *Lezioni di diritto bancario dettate dal Prof. Paolo Ferro-Luzzi*, I, 2^a ed., Torino, 2004
- P. FERRO-LUZZI, *Ci risiamo (a proposito dell’usura e della commissione di massimo scoperto)*, in *Giur. comm.*, 2006, I.
- P. FERRO-LUZZI, *Attività e «prodotti finanziari»*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II.

- P. FERRO-LUZZI, *Il ius non variandi: prime considerazioni, e alcune supposizioni, sul comma 2-bis dell'art. 118 t.u.b., dopo la l. 106/2011*, in www.ilcaso.it, 2011.
- P. FERRO-LUZZI, *Ipotesi e rilievi sui confini applicativi dell'art. 118 t.u.b. dopo l'introduzione del comma 2-bis*, in A. DOLMETTA E A.S. ALIBRANDI, *Ius variandi bancario*, Milano, 2012.
- A. FICI, *Il contratto incompleto*, Torino, 2005.
- E. FILIPPI, *Le fonti di finanziamento dell'attività produttiva: distorsioni e squilibri contrattuali*, in AA. VV., *Il finanziamento delle imprese*, Milano, 1977.
- A. FIORENTINO, *Le operazioni bancarie*, Napoli, 1948.
- A. FIORENTINO, *Del conto corrente, dei contratti bancari (art. 1823-1860)*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1959.
- A. FIORENTINO, *Conto corrente. Contratti bancari*, 2^a ed., in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1969.
- F. FIORUCCI, *La rinegoziazione dei mutui bancari al tempo del Coronavirus*, in www.ilsocietario.it, 2020.
- I. FISHER, *The Theory of Interest*, New York, 1930
- C. FISSOTTI, *Risoluzione del contratto per eccessiva onerosità ed inadempimento della obbligazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1957, I.
- I. FOGLIATA, *Tassi negativi, deflazione ed effetti collaterali della grande crisi: le distorsioni del c.d. "financial upside down world" esaminate dal lato tecnico*, in www.dirittobancario.it, 2016.
- G. FORESTIERI e P. MOTTURA, *Il sistema finanziario*, 7^a ed., Milano, 2017.
- R. FORMISANI, *Art. 5*, in *Comm. t.u.b.* Costi e Vella, Milano, 2019.
- M. FRAGALI, *Il mutuo di scopo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1961, I.
- M. FRAGALI, *Del mutuo. Art. 1813-1822*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1966.
- M. FRAGALI, *Finanziamento (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968.
- F. FRANZONI, "Degli effetti del contratto", in *Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori. Artt. 1374- 1381*, in *Il cod. civ. comm.* (diretto da P. Schlesinger), Giuffrè, Milano, 1999.
- V. FRATTAROLO e E. IORIO, *Il mutuo nella giurisprudenza*, Milano, 2009.
- A. FRIGNANI, *Hardship Clause*, in *Noviss. dig. it.*, app. III, Torino 1982.
- E. GABRIELLI, *Alea e svalutazione monetaria nell'offerta di riduzione ad equità*, *Rass. dir. civ.*, 1983.
- E. GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, *ivi*, 1997, I.
- E. GABRIELLI, *Alea*, in *Enc. Giur.*, I, Roma, 2000.
- E. GABRIELLI, *Tipo contrattuale*, in *Enc. giur.*, VIII, agg., Roma, 2000
- E. GABRIELLI, *Rimedi giudiziali e adeguamento del contenuto del contratto alle mutate circostanze di fatto*, in *Studi Urbinati*, 2003, II.
- E. GABRIELLI, *Art. 1346*, in *Comm. c.c.* Gabrielli, Milano, 2011.
- E. GABRIELLI, *Dottrine e rimedi nella sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, I.
- E. GABRIELLI, *L'oggetto del contratto*, 2^a ed., in *Comm. c.c.* Schlesinger e Busnelli, Milano, 2015.
- P. GAGGERO, *La modificazione unilaterale dei contratti bancari*, Padova, 1999.
- P. GAGGERO, *Diritti della persona, responsabilità civile, diritto dei contratti. Dal codice del 1865 ad oggi*, in *Giust. civ.*, 2012, IV.
- A. GALASSO, *Mutuo e deposito irregolare*, I, *La Costituzione del rapporto*, Milano, 1968.
- A. GALASSO, *Contratti di credito e titoli bancari*, Padova, 1971.
- A. GALASSO, *Credito (Contratti di)*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., V, 1989.
- F. GALGANO, *I contratti di impresa. I titoli di credito. Il fallimento*, Bologna, 1980.
- F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, t. 2, *Le obbligazioni e i contratti*, 2^a ed., Padova, 1993.
- F. GALGANO, *Le obbligazioni in generale. Il contratto in generale. I singoli contratti*, 2^a ed., in *Tratt. dir. civ.* Galgano, II, Milano, 2015.

- P. GALLO, *Eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., VII, Torino, 1991
- P. GALLO, *Revisione del contratto*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XVII, Torino, 1998
- P. GALLO, *Il contratto*, 2^a ed., in *Tratt. dir. civ.* Gallo, V, Milano, 2022
- M.L. GAMBINI, *Ius variandi bancario e finanziario tra tolleranza e reazione del cliente*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 2012.
- A GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Milano, 1964.
- F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004.
- J. GARRIDO, E. KOPP e A. WEBER, *Cleaning-up Bank Balance Sheets Economic, Legal, and Supervisory Measures for Italy*, *Cleaning-up Bank Balance Sheets: Economic, Legal, and Supervisory Measures for Italy*, Working paper n. 135 del Fondo monetario internazionale, 2016.
- N. GASPERONI, *Collegamento e connessione tra negozi*, in *Riv. dir. comm.*, 1955, I.
- F. GAZZONI, *La giustificazione causale del negozio attributivo di conferma*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I.
- F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano 2019.
- A. GENTILI, *Le clausole di determinazione del tasso tra TUB e TUF: finanziarizzazione della trasparenza bancaria*, in *Riv. dir. banc.*, 2018, IV.
- A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2003, II.
- A. GENTILI, *«Teoria e prassi nella portabilità dei contratti di finanziamento bancario»*, in *Contratti*, 2007.
- A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, II, *Tecnica*, Torino, 2015.
- A. GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del Coronavirus*, in *www.giustiziacivile.com*, 2020.
- G. GIAMPICCOLO, *Comodato e mutuo*, in *Tratt. dir. civ.* Grosso e Passarelli, V, Milano, 1972.
- G. GIAMPICCOLO, *Mutuo (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977.
- S. GIANNELLI, *Diritto degli intermediari e dei mercati finanziari*, Milano, 2020.
- R. GIORDANO, *Su alcune declinazioni e contraddizioni del diritto di accesso al giudice nel prisma dell'effettività*, in *Giust. civ.*, 2021, IV.
- U.M. GIORDANO, *La trasparenza delle condizioni contrattuali nella nuova legge bancaria*, in *Riv. soc.*, 1993, I.
- F. GIORGIANNI e C.M. TARDIVO, *Diritto bancario. Banche, contratti e titoli bancari*, Milano, 2006.
- M. GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1937.
- M. GIORGIANNI, *L'obbligazione. La parte generale delle obbligazioni*, Milano, 1951, rist.
- M. GIORGIANNI, *Causa (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960.
- M. GIORGIANNI, *I crediti disponibili*, Milano, 1974.
- M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1975.
- E. GIRINO, *Dizionario di finanza. Tecniche, strumenti, operatori*, Milano, 2005.
- E. GIRINO, *I contratti derivati*, 2^a ed., Milano, 2010.
- E. GIRINO, *Natura e funzione della disciplina dei servizi di investimento e qualificazione degli strumenti derivati nella giurisprudenza costituzionale*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, I.
- E. GIRINO, *I derivati "impliciti": virtù e vizi della scomposizione*, in *Riv. dir. banc.*, 2016, II.
- F. GIRINO, *Presupposizione*, in *Nov.dig.it.*, XIII, 1966.
- V.M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto. Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007.
- A. GRASSANI, *Mutuo (diritto civile)*, in *Nov. dig. it.*, X, Torino, 1964.
- C. GRASSETTI, *Negozio collegato, negozio illegale e ripetibilità del pagamento*, in *Temi*, 1951.
- F. GRECO, *La violazione della regola della trasparenza nel mutuo con tasso floor ed il problema della scommessa razionale nel derivato implicito*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, I.
- A. GUARNIERI, *Meritevolezza dell'interesse*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. Civ., 1994, Torino.

- R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011.
- E. GUERINONI, *Incompletezza e completamento del contratto*, Milano, 2007.
- F. GUIZZI, *La tutela del risparmio nella Costituzione*, in *Il Filangieri*, 2005.
- G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I.
- G. GUIZZI, *Squilibri nella contrattazione bancaria e finanziaria e rimedi*, in A. BARENGHI (a cura di), *La trasparenza venticinque anni dopo*, Napoli, 2018.
- H. HANNOUN, *Ultra-low or negative interest rates: what they mean for financial stability and growth. Speech given at the BIS Eurofi High-Level Seminar in Riga*, 2015.
- J.C. HULL, *Opzioni, futures e altri derivati*, 6^a ed., Milano, 2007.
- R. IBRIDO, *L'Unione bancaria europea. Profili costituzionali*, Torino, 2013.
- B. INZITARI, *La moneta*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.* Galgano, VI, 1983.
- B. INZITARI, *Interessi*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., IX, Torino, 1993.
- B. INZITARI, *Il contratto di swap*, in F. GALGANO (a cura di), *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, III, Torino, 1995.
- B. INZITARI, *Interessi: legali, corrispettivi, moratori, usurari, anatocistici*. Torino, 2017
- B. INZITARI, *Limiti dell'applicabilità della relatio nella determinazione per iscritto degli interessi ultralegali*, in *Giur. it.*, 1984, I.
- B. IZZI, *La causa del contratto come funzione economico-individuale*, in *Riv. not.*, 2007, II.
- J.M. KEYNES, *The General Theory of Employment, Interest and Money*, VII, *The Collected Writings of John Maynard Keynes*, London, 1973.
- M. KONRAD BOROWICZ, *Contracts as regulation: the ISDA Master Agreement*, in *Capital Markets Law Journal*, 2021, Vol. 16, No. 1.
- G. LENER, *Leasing, collegamento negoziale ed azione diretta dell'utilizzatore*, in *Foro it.*, 1998, I.
- G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999.
- E.M. LEO, *L'essenza del credito e il leasing finanziario*, in *Riv. soc.*, 1978.
- G. LIACE, *L'Arbitro Bancario e Finanziario*, Torino, 2018.
- M. LIBERTINI, *Interessi*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972.
- M. LIBERTINI, *Del mutuo*, in *Comm. c.c. Cendon*, IV, Torino, 1991.
- N. LIPARI, *Intorno alla «giustizia» del contratto*, Napoli, 2016, II.
- E. LOFFREDO, *Economicità nelle imprese individuali e societari e atti onerosi, gratuiti e liberali*, in V. FICARI e V. MASTROIACOVO (a cura di), *Corrispettività, onerosità e gratuità. Profili tributari*, Torino, 2014.
- A. LOMBARDI, *La risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, Milano, 2007.
- F. LONGOBUCCO, *Rapporti di durata e divisibilità del regolamento contrattuale*, Napoli, 2012.
- A. LUMINOSO, *Art. 1453*, in A. LUMINOSO, U. CARNEVALI e M. COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento. Artt. 1453-1454*, in *Comm.* Scialoja Branca, Bologna-Roma, 1990.
- A. LUMINOSO, *La compravendita. Corso di diritto civile*, Torino, 1991.
- A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici. Contratti di alienazione, di godimento, di credito*, Milano, 1995.
- A. LUMINOSO, *I contratti dell'imprenditore*, in AA.VV., *Manuale di diritto commerciale* (a cura di V. Buonocore), 9^a ed., Torino, 2009.
- A. LUMINOSO, *Il rapporto di durata*, in *Riv. dir. civ.*, 2010.
- R. LUZZATO, *La compravendita*, Torino, 1961.
- F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996.
- F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, in *Tratt. contr.*, Roppo, V, Milano, 2006.
- F. MACARIO, *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enc. dir.*, Annali II, t. II, Milano, 2008.
- F. MACARIO, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, in *Giust. civ.*, 2014, III.

- F. MACARIO, *Relational contracts e allgemeiner teil: il problema e il sistema*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e parte speciale*, Milano, 2007.
- S. MACAUELEY, *Non contractual relations in business: a preliminary study*, in *Am. Soc. Rev.*, 1963.
- I.R. MACNEIL, *Contracts: adjustments of Long-Term relations Economic under classical, Neoclassical, and Relation Contract Law*, in *N.W. Univ. Law Rev.*, 1978.
- I.R. MACNEIL, *The new social contract: an inquiry inyo modern contractual relations*, New Haven, 1980.
- I.R. MACNEIL e D. CAMPBELL, *The relational theory of contract: selected works of Ian Macneil*, Londra, 2001.
- D. MAFFEIS, *I contratti derivati*, Banca, borsa, tit. cred., 2011, V.
- D. MAFFEIS, *Ordini di pagamento e di investimento on line nella giurisprudenza di merito e nella fonte persuasiva dinamica dell'A.B.F.*, *Nuova giur. civ. comm.*, 2013.
- D. MAFFEIS, *Alea giuridica e calcolo del rischio nella scommessa legalmente autorizzata di swap*, in ID. (a cura di), *Swap tra banche e clienti. I contratti e le condotte*, Milano, 2014.
- D. MAFFEIS, *L'ufficio di diritto privato dell'intermediario e il contratto derivato over the counter*, in ID. (a cura di), *Swap tra banche e clienti. I contratti e le condotte*, Milano, 2014.
- D. MAFFEIS, *I derivati incorporati sono derivati ed incidono sulla qualificazione civilistica dei contratti di finanziamento*, in *Diritto e prassi del mercato finanziario*, Torino, 2016.
- D. MAFFEIS, *Parametri negativi ed interessi nei finanziamenti: una replica ad Aldo Angelo Dolmetta*, in *www.giustiziacivile.com*, 2016.
- D. MAFFEIS, *Direttiva 2014/17/UE: rischi di cambio e di tasso e valore della componente aleatoria nei crediti immobiliari ai consumatori*, in Id., *Diritto e prassi del mercato finanziario*, Torino, 2016.
- D. MAFFEIS, *Intermediario contro investitore. I derivati over the counter*, in Id., *Diritto e prassi del mercato finanziario*, Torino, 2016.
- D. MAFFEIS, *Causa del contratto e tassi di interesse negativi*, in *www.giustiziacivile.com*, 2016.
- D. MAFFEIS, *La causa di finanziamento esclude la sopravvenienza di c.d. tassi negativi e richiede la sostituzione, convenzionale o giudiziale, del parametro esterno divenuto durevolmente negativo*, in *Dial. dir. econ.*, 2016.
- D. MAFFEIS, *La scommessa razionale di swap e lo scopo di copertura*, in *Persona e mercato*, 2022, II.
- M. MAGGIOLO, *Presupposizione e premesse del contratto*, in *Giust. civ.*, 2014, III.
- P. MAIELLO, *Art. 1468*, in *Comm. c.c. Cendon*, IV, Torino, 1991.
- F. MAISTO, *Il collegamento volontario tra contratti nel sistema dell'ordinamento giuridico. Sostanza economica e natura giuridica degli autoregolamenti complessi*, Napoli, 2000.
- U. MAJELLO, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958.
- A. MALATESTA, *La Banca Centrale Europea*, Milano, 2003.
- U. MALVAGNA, *La «cessione del quinto» come tipo contrattuale*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2021, II.
- A.M. MANCINI, *Partecipazioni non proporzionali ai conferimenti, finanziamenti dei soci e adempimento del terzo*, in *Contr. impr.*, 2004, II.
- G.O. MANNELLA e G.C. PLATANIA, *Il prestito vitalizio ipotecario*, Milano, 2015.
- G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto: strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, Padova 2006.
- R. MARCELLI, *Lo Jus Variandi nei contratti bancari: costi di chiusura e trasferimento del conto*, in *www.tidona.com*.
- R. MARCELLI, A.G. PASTORE e A. VALENTE, *TAN, TAE, TAEG nei finanziamenti a rimborso in unica soluzione e nei finanziamenti a rimborso graduale*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2019, VI.
- V. MARICONDA e F. ROLFI, *La causa del contratto*, in *Casi e questioni di diritto privato*, a cura di R. Alessi e G. Grisi, in M. BESSONE (a cura di), *Casi e questioni di diritto privato*, XXI, *Il contratto in generale*, vol. 2, t. 1, Milano, 2002.

- F. MARTORANO, "Presupposizione" ed errore sui motivi nei contratti, in *Riv. dir. civ.*, 1958.
- F. MASTROPAOLO, *I contratti reali*, in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Torino, 1999.
- O. MASTRONARDI, *La crisi economica dei Paesi occidentali*, Roma, 2013.
- S. MASTURZI, *I parametri che condizionano la postergazione del finanziamento dei soci e il dovere degli amministratori di verificarli*, in *Giur. comm.*, 2022, II.
- Y. MATSUBAYASHI e S. KITANO, *Global Financial Flows in the Pre- and Post-global Crisis Periods*, Singapore, 2022.
- M. MAUGERI, *Finanziamenti «anomali» dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, Milano, 2005.
- S. MAZZAMUTO, *I contratti bancari*, in G. BESSONE (a cura di), *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 1996.
- L. MENGONI, *Dogmatica giuridica*, in *Enc. giur.* Treccani, XIII, Roma, 1989.
- F. MERUSI, *Art. 47*, in *Comm. cost.* Branca, III, Bologna-Roma, 1980.
- P. MESSINA, *I contratti bancari e finanziari. Giurisprudenza, dottrina e modelli contrattuali*, Torino, 2013.
- F. MESSINEO, *Operazioni di borsa e di banca*, 1926.
- F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto (artt. 1321-1469 cod. civ.)*, Milano, 1944.
- F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, 3^a ed., Milano 1952.
- F. MESSINEO, *Operazioni di banca e di borsa*, Milano, 1954.
- F. MESSINEO, *Caratteri giuridici comuni, concetto e classificazione dei contratti bancari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1960, I.
- F. MESSINEO, *Contratto (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961.
- G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione. Artt. 2549-2554*, in *Comm. c.c.* Schlesinger e Busnelli, Milano, 2008.
- A. MIRONE, *La trasparenza bancaria*, Napoli, 2012.
- A. MIRONE, *Art. 118, Comm. t.u.b.* Costa, Torino, 2013.
- F. MISHKIN, S.G. EAKINS e G. FORESTIERI, *Istituzioni e mercati finanziari*, Londra, 2007.
- F. MODUGNO, *Sistema giuridico*, in *Enc. giur.*, XXIX, Roma, 1993.
- G. MOLLE, *Fidejussioni bancarie e assicurazioni fideiussorie*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1953, I.
- G. MOLLE, *Deposito bancario*, in *Nov. Dig. it.*, V, Torino, 1960.
- U. MORERA, *Art. 118*, in *Comm. t.u.b.* Porzio, Belli, Loappio, Rispoli Farina e Santoro, Milano, 2010.
- U. MORERA e G. OLIVIERI, *La variazione dei tassi nei contratti bancari a tempo indeterminato. Sul nuovo comma 2-bis dell'art. 118 t.u.b.*, in A. Dolmetta e A.S. Alibrandi *Ius variandi bancario*, Milano, 2012.
- L. MOSCO, *Impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970.
- C. MOTTURA, *Conseguenze finanziarie, organizzative e contrattuali dei tassi negativi su contratti finanziari a tasso variabile*, in A. BARENGHI (a cura di), *La trasparenza bancaria venticinque anni dopo*, Napoli, 2018.
- G. MUCCIARONE, *Attendendo la decisione del collegio di coordinamento dell'ABF su usura e interessi moratori: ABF n. 77/2014 e ABF n. 125/2014*, in *Riv. dir. banc.*, 2014, VII.
- G. MUCCIARONE e A. SANTORO, *Rassegna sistematica delle pronunce dell'ABF*, in A. DOLMETTA e A.S. ALIBRANDI, *Ius variandi bancario*, Milano, 2012.
- A. MUNARI, *Il leasing finanziario nella teoria dei crediti di scopo*, Milano, 1989.
- F. MURINO, *L'escussione extragiudiziale "accelerata" delle garanzie nella proposta di direttiva NPL tra droit savant e droit barbare*, in *Giur. comm.*, 2022, IV.
- L. NANNI, *Scelte discrezionali dei contraenti e dovere di buona fede*, in *Contr. e impr.*, 1994, II.

- U. NATOLI, *In tema di collegamento funzionale tra contratti*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1946, II.
- U. NATOLI, *I contratti reali. Appunti delle lezioni*, Milano, 1975.
- E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000.
- E. NAVARRETTA *Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, VI.
- R. NICOLÒ, *Alea*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958.
- R. NICOLÒ, *La relatio nei negozi formali*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I.
- J. NINET, *Negative Interest Rates: The Black Hole of Financial Capitalism*, Bingley, 2021.
- L. NIVARRA, *Il contratto di finanziamento tra codice e legislazione speciale*, in *Foro it.*, 1982, I, p. 1688.
- L. NIVARRA e G.W. ROMAGNO, *Il mutuo*, Milano, 2000.
- F. NUCERA, A. LUCAS, J. SCHAUMBURG e B. SCHWAAB, *Do negative interest rates make banks less safe?*, Working Paper della Banca Centrale Europea, 2017.
- G. OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I.
- G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947.
- G. OPPO, *Lo “squilibrio” contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I.
- M. ORLANDI, *Dominanza relativa e illecito contrattuale*, in G. GITTI e G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008.
- S. ORLANDO CASCIO e C. ARGIROFFI, *Contratti misti e contratti collegati*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988.
- M. ORTINO, *Le competenze regolatorie dell’Unione europea in materia bancaria*, Torino, 2021.
- C. OSTI, *L’abuso di dipendenza economica*, in *Merc. conc. reg.*, 1999.
- G. OSTI, *Contratto*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1957.
- G. OSTI, *Contratto*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1959.
- S. PAGLIANTINI, *La risoluzione dei contratti di durata*, Milano, 2006. e A. Luminoso, *Il rapporto di durata*, in *Riv. dir. civ.*, I.
- S. PAGLIANTINI, *I costi impliciti nei derivati fra trasparenza e causa*, in D. Maffei, *Swap tra banche e clienti. I contratti e le condotte*, Milano, 2014.
- S. PAGLIANTINI, *Spigolature su di un idolum fori: la c.d. usura legale del nuovo art. 1284 c.c.*, in G. D’AMICO (a cura di), *Gli interessi usurari. Quattro voci su un tema controverso*, Torino, 2017.
- S. PAGLIANTINI e L. VIGORITI, *I contratti di «swap»*, in G. GITTI, M.R. MAUGERI e M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l’impresa*, II, Banca, mercati e società, Bologna, 2012.
- V. PANDOLFINI, *La disciplina degli interessi pecuniari*, Padova, 2004.
- E. PANZARINI, *Il contratto di opzione*, I, Struttura e funzioni, Milano, 2007.
- A. PARZIALE, *Derivati impliciti, clausole “floor” e “zero floor” nei contratti bancari*, in *Dir. banca. merc. fin.*, 2016, IV.
- L. PASCUCCI, *Interessi moratori e usura: interpretazione abrogante dell’art. 1815, comma 2, c.c. in una recente decisione della Suprema Corte*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 2019.
- G. PASSAGNOLI, *Il contratto usurario tra interpretazione giurisprudenziale ed interpretazione “autentica”*, in G. VETTORI (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, Padova, 2002.
- S. PATTI, *I contratti di impresa: caratteristiche e disciplina*, in *Obbl. contr.*, 2010.
- E. PEDERZINI e F. DE GOTTARDO, *Incentivi e ostacoli al finanziamento delle PMI s.r.l. sui mercati dei capitali*, in *Giur. comm.*, 2022, II.
- M. PENNASILICO, *Contratto e interpretazione*, 2^a ed., Napoli, 2015.
- M. PENNASILICO, *“Ménage à trois”: la correzione giudiziale dei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, I.
- R. PENNAZIO, *Permuta, sopravvenienze e alterazione del sinallagma alla causa del contratto o al contenuto della prestazione*.
- M. PERASSI, *Banca centrale europea*, in *Enc. dir.*, Annali, IV, Milano, 2011.

- U. PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005.
- G. PERLINGIERI, *La scelta della disciplina applicabile ai c.dd. «vitalizi impropri». Riflessioni in tema di aleatorietà della rendita vitalizia e di tipicità e atipicità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, II.
- P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984.
- P. PERLINGIERI, *Il principio di legalità nel diritto civile*, *Rass. dir. civ.*, I, 2010.
- P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, II, 2001.
- P. PERLINGIERI, *Il «giusto rimedio» nel diritto civile*, in *Il giusto processo*, 2011, I.
- P. PERLINGIERI, *Interpretazione ed evoluzione dell'ordinamento*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, II.
- P. PERLINGIERI, *Il sistema delle fonti del diritto alla luce dell'ordinamento comunitario*, in Id., *Interpretazione e legalità costituzionale*, Napoli, 2012.
- P. PERLINGIERI, «Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale», in *Riv. dir. civ.*, 2017
- G. PESCATORE, *Art. 2447 decies*, in *Comm. dir. soc.* Maffei Alberti, Milano, 2017.
- A.W. PHILLIPS, *The Relation Between Unemployment and the Rate of Change of Money Wage Rates in the United Kingdom, 1861-1957*, in *Economica*, 1958.
- G. PIAZZA, *La causa mista credito società*, in *Contr. impr.*, 1987.
- V. PIETROBON, *Presupposizione*, in *Enc. giur.*, XXXIV, Roma, 1991.
- L. PINCIONE, *Il calcolo del «tasso soglia» tra usura interessi di mora*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, VI, 2017.
- A. PINO, *Il contratto con prestazioni corrispettive. Bilateralità, onerosità e corrispettività nella teoria del contratto*, Padova, 1963.
- F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino 2015.
- F. PIRAINO, *Il diritto europeo e la «giustizia contrattuale» in Eur. dir. priv.*, 2015.
- A. PISU, *L'adeguamento dei contratti tra ius variandi e rinegoziazione*, Napoli 2017.
- S. POLIDORI, *Appalto*, in *Tratt. dir. civ.* CNN, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2015.
- G. PORCELLI, *La disciplina degli interessi bancari tra autonomia ed eteronomia*, Napoli, 2003.
- G. PORCELLI, *I contratti di credito*, in G. PORCELLI e M. MONTICELLI, *I contratti dell'impresa*, Torino, 2021.
- G. PORCELLI, *L'apertura di credito bancario*, in E. Capobianco, *Contratti bancari*, Milano, 2021.
- G.B. PORTALE, *I «finanziamenti» dei soci nelle società di capitali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2003, VI.
- M. PORZIO, *La raccolta del risparmio*, in Aa.Vv., *I contratti delle banche*, Torino, 2002.
- G. PRESTI, *La rinegoziazione dei mutui ipotecari. Qualificazione e disciplina*, in Aa.Vv., *Mutui ipotecari, Riflessioni giuridiche e tecniche contrattuali*, Atti del Convegno di Bergamo del 13 novembre 1998, Milano, 1999.
- S. PUGLIATTI, *Nuovi aspetti del problema della causa nei negozi giuridici*, in *Studi in memoria di G. Venezian*, Messina, 1934, ora in *Diritto civile. Metodo, teoria, pratica*, Milano, 1951.
- S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, in *Diritto civile. Metodo, teoria, pratica*, Milano, 1951.
- S. PUGLIATTI, *Scritti giuridici*, III, Milano, 2010.
- E. QUADRI, *Le obbligazioni pecuniarie*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, IX, 2^a ed., Torino 1999.
- B. QUATRARO e F. DIMUNDO, *La verifica dei crediti nelle procedure concorsuali. Contratti bancari, parabancari e del mercato finanziario*, Milano, 2011.
- R. RASCIO, *Contratto di finanziamento: apertura di credito o promessa di mutuo*, in *Dir. giur.*, 1957.
- L. RATTIN, *Il mutuo di scopo come contratto condizionato*, in *Terni*, 1972.
- A. RESTUCCIA, *Limiti alla postergazione legale dei finanziamenti dei soci di s.p.a.*, in *Giur. comm.*, 2021, III.
- F. RIMOLDI, *La causa quale ragione in concreto del singolo contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I.
- M. RISPOLI FARINA, *Il mutuo di scopo*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, XII, Torino, 1985.
- M. RISPOLI FARINA, *Art. 106*, in *Comm. t.u.b.* Costa, II, Torino, 2013.

- N. RIZZO, *Il problema dei debiti di valore*, Padova, 2010.
- S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione*, Milano, 2004, rist.
- F. ROLFI, *La causa come «funzione economico sociale»: tramonto di un idolo tribus?»; in Giust. civ.*, 2007, I.
- R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008.
- V. ROPPO, *Causa tipica, motivo rilevante, contratto illecito*, in *Foro it.*, 1971, I.
- V. ROPPO, *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?», in Pol. dir.*, 2007, III.
- V. ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?», in Corr. giur.*, 2009, II.
- V. ROPPO, *Il contratto*, 2ª ed., in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, Milano, 2011.
- V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, IV.
- A. ROSA, *Patti parasociali e gestione delle banche*, Milano, 2010.
- G. ROTONDO, *Art. 106*, in *Comm. t.u.b.* Porzio, Milano, 2010.
- D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ.* Cicu e Messineo, XXIII, Milano, 1962.
- M. RUGGI e G. SETTANNI, *Recenti problematiche applicative in materia di mutuo*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, I.
- R. SACCO, *La causa*, in R. Sacco e G. De Nova, *Obbligazioni e contratti*, X, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, 3ª ed., Torino, 2002.
- R. SACCO, in R. SACCO e G. NOVA, *Il contratto*, 3ª ed., in *Trattato dir. civ.* Sacco, Torino, 2004.
- R. SACCO, *Contratto collegato*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Torino, 2011.
- R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, II, Torino, 1993.
- U. SALANITRO, *Usura e interessi moratori: ratio legis e disapplicazione del tasso soglia*, in G. D'AMICO (a cura di), *Gli interessi usurari. Quattro voci su un tema controverso*, Torino, 2017.
- G. SALVI, *Contributo allo studio della rescissione nel nuovo diritto dei contratti*, Napoli, 2009.
- A. SANTANGELO, *Art. 118*, in *Comm. t.u.b.c.* Capriglione, III, Padova, 2012.
- F. SANTORO PASSARELLI, *La causa del contratto di assicurazione*, in AA.VV., *Studi sulle assicurazioni*, Roma, 1963.
- F. SANTORO-PASSARELLI, *Relazione sulle Funzioni delle assicurazioni private e delle assicurazioni sociali (relazione generale)*, in Aa.Vv., *Atti del primo congresso internazionale di diritto delle assicurazioni*, Milano, 1963.
- F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2002.
- V. SANTORO, *La tutela del risparmio dal punto di vista di un giurista*, in P. ALESSANDRINI, G. BARBARESCO, M. FRATIANNI e P. SAVONA (a cura di), *Rapporto sulla tutela del risparmio finanziario in Italia*, 2017, in www.cesjfn.it.
- F. SARTORI, *Sul potere unilaterale di modificazione del rapporto contrattuale: riflessioni in margine all'art. 118 t.u.b.*, in A. DOLMETTA e A.S. ALIBRANDI, *Ius variandi bancario*, Milano, 2012.
- F. SARTORI, *Divagazioni in tema di causa del contratto municipale (alieno) derivato*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, IV.
- F. SARTORI, *Deviazioni del bancario e dissociazione dei formanti: a proposito del diritto al credito*, in *Giust. civ.*, 2015, III.
- F. SARTORI, *Sulla clausola floor nei contratti di mutuo*, in *Contr. impr.*, 2015, III.
- F. SARTORI, *Disciplina dell'impresa e statuto contrattuale: il criterio della «sana e prudente gestione»*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, II.
- G. SCADUTO, *I debiti pecuniari e il deprezzamento monetario*, Milano, 1924.
- F. SCAGLIONE, *Collegamento negoziale e multiproprietà azionaria*, in *Vita not.*, 1997.

- G. SCALFI, *Corrispettività e alea nei contratti*, Milano-Varese, 1945.
- G. SCALFI, *Alea*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, I, Torino 1987.
- A.D. SCANO, *La «parola» e il «silenzio»: contributo allo studio delle lacune della disciplina delle società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2021, V-VI.
- P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, I.
- A. SCIALOJA, *Negozi giuridici*, Roma, 1933.
- A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Interventi normativi sul contenuto regolamentare dei contratti bancari: il diritto di recesso e lo ius variandi*, in AA.VV., *Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti. Oltre la trasparenza?*, Napoli, 2018.
- M. SCIUTO e U. MORERA, *Due questioni in tema di tassi di riferimento "negativi"*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, VI.
- M. SCIUTO e P. SPADA, *Il tipo della società per azioni*, in AA.VV., *Tipo. Costituzione. Nullità*, in *Tratt. s.p.a.* Colombo e Portale, I, Torino, 2004.
- C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in G. VETTORI (a cura di), *Regolamento*, II, in *Tratt. contr.* Roppo, Milano, 2006.
- R. SCOGNAMIGLIO, *Il collegamento negoziale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960.
- R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale. Disposizioni preliminari. Dei requisiti del contratto. Art. 1321-1352*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970.
- R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Tratt. dir. civ.* Grosso e Santoro-Passarelli, Milano, 1972.
- R. SCOGNAMIGLIO, *Sull'invalidità successiva dei negozi giuridici*, *Ann. Dir. compar.*, 1951 in *Scritti giuridici*, I, *Scritti di diritto civile*, Cedam, Padova, 1996.
- O.T. SCOZZAFAVA, *Gli interessi monetari*, Napoli, 1984.
- O.T. SCOZZAFAVA, *Gli interessi dei capitali*, Milano, 2001.
- M. SEMERARO, *Interessi monetari e frutti civili: osservazioni a margine di alcune fattispecie*, in *Giust. civ.*, 2012, IX.
- M. SEMERARO, *Copertura e speculazione: funzioni e disfunzioni dell'interest rate swap*, in *Dial. dir. econ.*, 2013.
- A. SEMPRINI, *Inadempimenti "emergenziali": colpa del debitore, inesigibilità della prestazione, e nuovo art. 3, comma 6-bis, d.l. n. 6/2020*, in *Studi urbinati*, 2020.
- G. SENA, *Contratti di credito, contratti di custodia, contratti di disponibilità*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1956.
- G. SETTANNI, *Loans and Negative Interest*, in *European Business Law Review*, 2016, V.
- G. SICCHIERO, *Il contratto con causa mista*, Padova, 1995.
- M. SILVESTRI e G. TEDESCO, *Mutuo a tasso fisso e rimborso graduale secondo il sistema francese con rate costanti*, in *Giur. Merito*, 2009.
- E. SIMONETTO, *L'interesse: composizione, misura, forma della determinazione. La rivalutazione dei crediti (da illecito). Interessi da garanzia personale*, in E. Simonetto, G. Tantini e E. Maschio, *Gli interessi nei rapporti a funzione creditizia*, Padova, 1981.
- E. SIMONETTO, *Deposito irregolare*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, V, Torino, 1989.
- E. SIMONETTO, *Mutuo (disciplina generale)*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990.
- E. SIMONETTO, *I contratti di credito*, Padova, 1994, rist.
- D. SINESIO, *Presupposizione, causa e buona fede nell'edificabilità dei suoli*, in *Foro it.* 1977, I.
- D. SINESIO, *Interessi pecuniari tra autonomia e controlli*, Milano, 1989.
- D. SINESIO, *Gli interessi*, in *Tratt. dir. civ.* Lipari e Rescigno, 3, I, Milano, 2009.
- A.S. SIRAK, *Anti-herding in the Euribor Survey*, pubblicazione della Goethe University Frankfurt, 2018, in www.wivi.uni-frankfurt.de.

- P. SIRENA, *Art. 1469-ter, comma 2, c.c.*, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore* a cura di G. ALPA e S. PATTI, in *Comm. c.c. Schlesinger e Busnelli*, Milano, 2003.
- P. SIRENA, «*La “portabilità del mutuo” bancario o finanziario*», in *Riv. dir. civ.*, 2008, IV.
- G. SOLINAS, *La commissione bancaria*, in *Contr. impr.*, 2002.
- P. SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1974.
- P. SPADA, *Beni e finanza: discontinuità e polivalenza del linguaggio normativo*, in *An. giur. econ.*, 2012, I.
- V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Principi costituzionali sulla disciplina del credito*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1962.
- G. SPOTO, *La rinegoziazione del contratto di mutuo e la risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia bancaria*, in *Riv. dir. econ. trasf. amb.*, 2012, X.
- M. STELLA RICHTER, *La società a responsabilità limitata*, in AA.VV., *Diritto della società. Manuale breve*, Milano, 2006.
- M. SUMMA, *Alla perizia contrattuale non interessa l'equità*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2016, IV.
- M. TABOGA, *What is a prime bank? A Euribor, OIS spread perspective*, Roma, 2013.
- G. TANTINI, *Interessi in generale, interessi ultralegali, e forma della clausola di interessi*, in E. SIMONETTO, G. TANTINI e E. MASCHIO, *Gli interessi nei rapporti a funzione creditizia*, Padova, 1981.
- P. TARTAGLIA, *Onerosità eccessiva*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980.
- P. TARTAGLIA, *La forma del patto di interessi in misura ultralegale*, in AA.VV., *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di Michele Giorgianni*, Napoli, 1988.
- M. TATARANO, *Il mutuo bancario tra sistema e prassi*, Napoli, 2012.
- M. TATARANO, *Il mutuo bancario*, in E. CAPOBIANCO (a cura di), *Contratti bancari*, Milano, 2021.
- B.G. TEDESCHI, *Mutuo (contratto di)*, in *Dig. disc. priv.*, XI, 1994.
- C.G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger, Milano, 1995.
- R. TETI, *Il mutuo*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, XII, Torino, 1985.
- T. TOMASI, *Art. 2467*, in *Comm. dir. soc.*, Maffei Alberti, Padova, 2017.
- R. TOMMASINI, *Revisione del rapporto (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989.
- S. TROIANO, *Art. 1469-bis, comma 1, c.c.*, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, a cura di G. Alpa e S. Patti, Milano, 2003.
- S. TROIANO, *Art. 33, Comm. dir. cons.*, Zaccaria e De Cristofaro, Padova, 2010.
- B. TROISI, *Le obbligazioni. Corso di diritto civile*, Torino, 2015.
- A. TUCCI, *Interest rate swaps: “causa tipica” e “causa concreta”*; in *Giur. comm.*, 2014, II.
- C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990.
- M. G. UDA, *Integrazione del contratto, solidarietà sociale e corresponsività delle prestazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1990.
- M. G. UDA, *Buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino 2004.
- C. UNGARI TRANSATTI, *La Cassazione sposa la tesi della causa in concreto del contratto*, in *Contratti*, 2007.
- D. VALENTINO, *Il contratto “incompleto”*, in *Riv. dir. priv.*, 2008.
- P.M. VECCHI, *Il contratto*, in V. Cuffaro, *Il mutuo e le altre operazioni di finanziamento*, Bologna, 2009.
- D. VELO, *La cooperazione rafforzata e l'Unione economica. La politica europea dell'energia*, Milano, 2007.
- G. VENEZIAN, *La causa nei contratti*, Roma, 1892.
- M. VIALE, *La nuova legge sulla trasparenza bancaria: prime perplessità e dubbi interpretativi*, in *Giur. comm.*, I, 1992.
- G. VIOTTI, *Banche e crediti deteriorati: dalla cessione alla scissione*, in *Giur. comm.*, 2020, II.
- G. VIOTTI, *Verso una disciplina europea dei crediti deteriorati: riflessioni a margine del Regolamento (UE) 2019/630*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2020, I.
- S. VIOTTI, *I nuovi strumenti giuridici di modifica dei contratti di mutuo*, in *Giur. merito*, 2008, XII.

- R. VOLANTE, *Il soft law come norma di diritto privato. Un tentativo di definizione*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009.
- F. VOLPE, *L'esercizio nei confronti del pubblico dell'attività finanziaria*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2000, V.
- S. YILMAZ e C. ŞARKAYA İÇELLİOĞLU, *The Negative Interest Rate Policy: The Eventualities and Implications*, in *J. of Emerging Economies and Policy*, 2016.
- V. ZENO-ZENCOVICH, *Natura di contratto atipico, causa di finanziamento, risoluzione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, I.
- V. ZENO-ZENCOVICH, *Il "leasing" e la causa di finanziamento: una confutazione grafica*, in *Foro it.*, 1988, I.
- A. ZIMATORE, *Mutuo di scopo*, in N. IRTI (a cura di) *Diz. Dir. priv.*, I, Milano, 1980.
- A. ZIMATORE, *Il mutuo di scopo*, Padova, 1985.
- C. ZILIOI e M. SELMAYR, *La Banca Centrale Europea*, Milano, 2007.