

ARTICOLI

**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**

Daniele Maffeis

Professore Ordinario di Diritto Privato
Università di Brescia

1.- La sopravvenienza di un c.d. tasso negativo nel contratto di mutuo e più in generale nei contratti di finanziamento.

Il parametro al quale è legato il tasso di interesse di un mutuo, e più in generale di un contratto di finanziamento, può diventare negativo – sono negativi oggi numerosi parametri di riferimento – e, se erode lo *spread*, il parametro negativo eroderebbe algebricamente la sorte capitale della rata, e potrebbe comportare accrediti per il cliente. Una conseguenza – l'accredito al cliente di c.d. interessi negativi – non solo sicura, ma ovvia, per il matematico finanziario, ad avviso del quale, se il mutuo o il finanziamento comprendono il pagamento di una variabile finanziaria, il fatto che il segno dei pagamenti, quanto alla componente degli interessi, si inverte, rappresenta l'esecuzione del divisato pagamento della variabile finanziaria.

Senonché, se, per il matematico, il c.d. tasso negativo sopravvenuto è una semplice questione di alternativa tra segno "+" e segno "-", una questione di inversione del segno dei pagamenti (quanto agli interessi; non, alla componente capitale), per il giurista, invece, la questione, oggi, per gli interessi negativi dei mutui e dei finanziamenti come già per i contratti derivati finanziari, deve essere impostata muovendo dalla ricostruzione della natura giuridica dei contratti e così della causa che li caratterizza e che ne giustifica, all'interno dell'ordinamento giuridico, il giudizio positivo in termini di liceità e di meritevolezza⁰¹.

In particolare, dal punto di vista giuridico, occorre verificare se la modificazione del contenuto della prestazione, in ragione della modificazione del parametro esterno, in funzione del quale la prestazione è determinabile – per i contratti bancari, ai sensi dell'art. 117, comma 4 TUB e più in generale ai sensi dell'art. 1346 cod. civ. – ed in assenza di espressa previsione convenzionale sul punto, che disciplini il caso in cui il parametro diventa negativo, possa invertire (quanto alla componente rappresentata dagli interessi) le qualità di debitore e di creditore.

Da questa prospettiva, poiché il contratto ha causa di finanziamento, il mutuatario non può esigere

⁰¹ L'analisi causale e il giudizio di meritevolezza venivano invocate per le nuove forme di obbligazioni bull e bear – si vedano oggi le discipline di cui all'art. 2411, comma 2, e comma 3 cod. civ. – da F. Carbonetti, *Indicizzazione e contratto nell'età dell'inflazione*, Milano, 1988, pag. 16: <<occorre porsi il problema se la funzione pratica della clausola possa reagire sulla stessa causa del negozio, con la conseguenza che, allorché l'effetto della clausola di indicizzazione sulla clausola negoziale sia tale da renderla atipica, si dovrà valutare sulla base delle circostanze concrete la meritevolezza dell'interesse e quindi il riconoscimento da parte dell'ordinamento dell'efficacia del negozio>>.

dal mutuante alcun accredito, a titolo di c.d. interesse negativo – e mi riferisco al tasso di interesse nominale –, poiché l'interesse, nel mutuo, è un frutto civile, e così rappresenta il corrispettivo del godimento, che *altri* ne abbia (art. 820 cod. civ.)⁰². *Altri*: cioè il mutuatario, che paga il godimento del denaro del mutuante.

La soluzione è diversa – ed il pagamento del c.d. interesse negativo è invece ammissibile – in almeno due distinte ipotesi: (i) se il contratto *nasce* con tassi negativi, perché, allora, la causa è diversa da quella di finanziamento ed il contratto è un deposito oneroso di denaro, come tale remunerato dal depositante⁰³; (ii) se i contraenti prevedono, con un'apposita clausola, che il c.d. interesse possa diventare negativo nel corso del rapporto: il contratto, allora, resta bensì un finanziamento, ma ad esso si aggiunge una componente aleatoria, che corrisponde al rischio finanziario, che lo stesso mutuante sceglie di affrontare. Occorre però una clausola: questo accordo, sul c.d. interesse negativo, non si presume.

Sicché al quesito, se il mutuatario, oggi, a fronte del carattere negativo del parametro contemplato nel suo contratto di mutuo o comunque di finanziamento, possa esigere una decurtazione della quota capitale, va data, a mio avviso, una risposta negativa, perché, se il contratto è originato come un mutuo – se è un contratto di finanziamento – la sua causa non può mutare in corso di esecuzione: perché un contratto conserva la sua causa originaria, fino a quando abbia esaurito i suoi effetti⁰⁴, e non può assumerne un'altra, in difetto di un accordo, che i contraenti concludano *ad hoc*, e che potrebbe integrare una novazione.

E difatti, nel sistema del codice civile, i contraenti possono lasciare indeterminato – purché sia determinabile – l'oggetto, mentre la causa è determinata, dev'essere lecita e meritevole *ab origine*, e non può dipendere da una *relatio* esterna che la renda solo determinabile: costituisce insegnamento recetto che <<il rinvio a fattori estrinseci per l'integrazione del contenuto dell'atto potrà sempre

⁰² E. Simonetto, *I contratti di credito*, Padova, 1953, pagg. 268 s.

⁰³ Sulla compravendita con il c.d. prezzo, che non è un prezzo, a carico del venditore G. De Nova, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, Torino, 2011, pag. 149; G. Santini, *Della compravendita con prezzo a carico del venditore e di altri scambi anomali con natura di servizi*, in *Contr. impr.*, 1987, pagg. 416 ss.

⁰⁴ E. Gabrielli, *Sub art. 1346 cod.civ.*, in *Commentario del codice civile diretto da E. Gabrielli*, Torino 2011, pag. 785: <<Tutti i casi in cui, tra la conclusione del negozio ed il momento di realizzazione degli effetti, intervengono fatti che producono delle modificazioni del bene, per cui il bene descritto ed il bene che forma oggetto del rapporto sono diversi, devono essere affrontati sempre in base all'interpretazione del programma negoziale. Il controllo sulla funzione che il negozio voleva realizzare, e che in concreto realizza, rappresenta infatti il criterio cui commisurare queste ipotesi>>.

ammetersi finché rimane compatibile con la funzione del tipo contrattuale>>⁰⁵.

2.- La sostituzione, convenzionale o giudiziale, del parametro esterno divenuto negativo.

Tuttavia - se il carattere negativo del parametro non può trascinare in territorio negativo il tasso di interesse del singolo contratto, invertendo le qualità di debitore e di creditore della prestazione che ha ad oggetto il pagamento degli interessi, così da erodere la componente di capitale - resta aperto il quesito, circa la conseguenza, sul contratto, del sopravvenuto azzeramento della stessa componente di corrispettivo delle singole rate, quando esso sia durevole; e ciò indipendentemente dal quesito, al quale va data risposta negativa, se il mutuo, e più in generale il contratto di finanziamento, possa divenire, in corso di causa, da oneroso, gratuito, quesito che andrebbe affrontato non già considerando le singole componenti (interessi; capitale) delle singole rate, bensì considerando, *ex post*, e a consuntivo, il costo complessivo del finanziamento.

Il quesito sulla sorte del contratto sarebbe aperto⁰⁶, ove il parametro negativo trascinasse la rata a zero, così che la rata venisse ad essere composta dalla frazione del solo capitale - fermo, come detto, che la componente di capitale non sarebbe intaccata, e che la banca non dovrebbe accreditare alcun importo, al cliente, a titolo di c.d. interesse negativo - e se il periodo, in cui le rate rimanessero azzerate dalla componente di interessi, si protrasse durevolmente.

Perché è vero che sempre ad es. di Euribor 3 mesi si tratterebbe, sicché, a rigore, il parametro non si potrebbe considerare venuto meno, come ad es. vennero meno taluni parametri a causa dell'introduzione dell'Euro⁰⁷, ma è vero altresì che il carattere negativo del parametro, se durevole, lo snaturerebbe, e

⁰⁵ R. Scognamiglio, *Contratti in generale*, in *Commentario del Codice Civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca*, Bologna - Roma, 1970, pag. 136; E. Gabrielli, Art. 1346, in *Commentario del codice civile diretto da P. Schlesinger*, Milano, 2001, pag. 140. Ciò introduce un elemento di incertezza e di imprevedibilità della prestazione, lecito e che accentua il carattere di aleatorietà del mutuo. Ampiamente A. Fici, *Il contratto "incompleto"*, Torino, 2005, pag. 180; adde F. Bottoni, *Incompletezza del contratto e riserva di determinazione convenzionale*, Napoli, 2013, pag. 51 ss.

⁰⁶ F. Civalè, *Euribor negativo, interessi e clausole floor: prime riflessioni*, in www.dirittobancario.it, aprile 2015, prospetta un obbligo di buona fede, a carico della banca e del cliente, di rinegoziazione del tasso. In tema anche G. Santorsola, *I tassi possono essere negativi?*, in www.dirittobancario.it, marzo 2014.

⁰⁷ G. De Nova, *Il principio di continuità dei contratti dopo l'introduzione dell'Euro*, in *Contratti*, 1998, pagg. 5 ss. e ora in *Id.*, *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011, pagg. 687 s. scrive (in relazione al venir meno della moneta nazionale ed all'incidenza dell'evento, sui contratti derivati in corso) che, sul piano dei principi, se viene meno il parametro per determinare la prestazione, è rimesso in discussione lo stesso contratto.

ne snaturerebbe la funzione di criterio esterno per la determinazione, entro il perimetro della causa originaria, del contenuto della prestazione.

Si potrebbe quindi ipotizzare - ove il legislatore non intervenisse con una legge eccezionale, di cui potrebbero ricorrere i presupposti -, l'applicazione analogica dell'art. 1349 cod. civ. laddove al funzionamento del parametro, divenuto negativo in misura tale da erodere durevolmente lo *spread*, così da stravolgere la causa originaria, si sostituirebbe la determinazione del giudice, come la determinazione del giudice, nella lettera dell'art. 1349 cod. civ., si sostituisce alla determinazione del terzo, quando la determinazione del terzo venga a mancare: il giudice sarebbe, così, chiamato a riscrivere il contratto di finanziamento, nella parte che concerne la misura, necessariamente positiva, degli interessi, e ciò con determinazione definitiva e destinata a disciplinare il rapporto fino alla sua naturale scadenza, indipendentemente che l'originario parametro di riferimento torni ad avere segno positivo o che la variazione della sua misura negativa cessi di erodere l'intero *spread*.

Il giudice dovrebbe, inoltre, tenere conto <<anche delle condizioni generali della produzione a cui il contratto eventualmente abbia riferimento>> (art. 1349, comma 3 cod. civ.), 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.

Certo, si tratterebbe di una determinazione operata dal giudice in corso di esecuzione del rapporto, e non di una determinazione operata dal giudice al momento della conclusione del contratto, e quindi si tratterebbe, per certo, di una regola eccezionale⁰⁸, ma l'alternativa - una volta escluso che ricorra una fattispecie di confusione delle qualità di debitore e di creditore⁰⁹ o un caso di rovesciamento del sinallagma¹⁰ - sarebbe rappresentata dalla risoluzione, per impossibilità, sopravvenuta e definitiva

⁰⁸ La rilettura degli istituti in funzione dell'evoluzione, anche inattesa, della realtà sociale, è ben argomentata da F. Macario, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, pagg. 63 ss.

⁰⁹ Lo scioglimento del contratto per confusione delle qualità, di contraente e di controparte contrattuale, è statuito, con riferimento ad un contratto di affitto, a seguito dell'esercizio del riscatto da parte del trattante, da Cass., 11 agosto 1988, n. 4924, in *Giur. agr. it.*, 1988, pag. 606.

¹⁰ E. Bargelli, *Sinallagma rovesciato e ripetizione dell'indebito. l'impossibilità della restitutio in integrum nella prassi giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, pagg. 87 ss.

¹¹, del singolo mutuo o contratto di finanziamento e così di tutti i contratti di finanziamento il cui parametro negativo abbia eroso lo *spread* (impossibilità sopravvenuta di funzionamento del parametro in coerenza con la causa originaria) ed avrebbe 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.

In definitiva, si può ipotizzare che la banca possa rivolgersi al giudice per domandare al giudice di determinare un tasso, positivo, anche se verosimilmente basso. Storicamente si può osservare che il problema non si è posto quando, con l'introduzione dell'Euro, è venuto meno, come sopra ricordavo, il parametro del tasso di sconto, fissato dal governatore della Banca d'Italia, proprio perché, in quel caso, in difetto di clausole contrattuali negoziate *ad hoc* ¹², è stato previsto un arbitraggio *ex lege*, con l'attribuzione allo stesso governatore della Banca d'Italia del compito di individuare i parametri sostitutivi ¹³. In particolare, l'art. 2 del d. lgs. 10 marzo 1998, n. 213 rubricato <<Parametri di indicizzazione>> aveva predisposto uno strumento non dissimile stabilendo che <<1. A decorrere dal 1° gennaio 1999 e per un periodo massimo di cinque anni la Banca d'Italia determina periodicamente un tasso la cui misura sostituisce quella della cessata ragione normale dello sconto (tasso ufficiale di sconto) e (...) Fatto salvo quanto previsto dal comma 1, i parametri finanziari di indicizzazione venuti meno a seguito dell'introduzione dell'euro si considerano automaticamente sostituiti dai nuovi parametri finanziari che il mercato nel quale i parametri cessati venivano rilevati adotta in loro sostituzione. Il Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, sentita la Banca d'Italia, dichiara con proprio decreto l'avvenuta sostituzione. Nel caso dei parametri a sostituzione non automatica si fa ricorso, in mancanza di una diversa previsione contenuta negli strumenti giuridici o di accordo sulla determinazione dei parametri sostitutivi, ad un arbitratore unico o ad un collegio di tre arbitratori se il valore dello strumento giuridico supera i cinquecento milioni. Gli arbitratori sono scelti di comune accordo dalle parti o, in caso di disaccordo, sono designati, su istanza di chi vi ha interesse, dal Presidente del Tribunale del luogo ove il

¹¹ Impossibilità, di funzionamento del criterio di *relatio*, non ovviamente del pagamento, al nominale, tramite la valuta del debito, della componente di interessi: T. Ascarelli, *Delle obbligazioni pecuniarie*, in *Commentario del codice civile a cura di A. Scialoja e G. Branca*, Bologna - Roma, 1971, pag. 343.

¹² Clausole, la cui pattuizione era stata suggerita da G. De Nova, *Il principio di continuità dei contratti*, cit., pag. 688.

¹³ Art. 4 l. 17 dicembre 1997, n. 433: <<Art. 4. Parametri di indicizzazione. 1. I parametri di indicizzazione venuti meno a seguito dell'introduzione dell'EURO che non possano essere automaticamente sostituiti sono ridefiniti rispettando la continuità fra vecchi e nuovi parametri ed assicurando la equivalenza economico finanziaria rispetto ai parametri cessati, al fine di garantire l'ordinata prosecuzione dei rapporti in corso>>.

contratto è stato concluso. Gli arbitratori, entro 45 giorni dall'accettazione dell'incarico, prorogabili per un massimo di altri 45 giorni, determinano il parametro sostitutivo assicurandone l'equivalenza economico-finanziaria rispetto al parametro cessato. Il compenso degli arbitratori è a carico delle parti. Per quanto non diversamente disposto si applica l'articolo 1349 del codice civile>>.

Così, sul piano del procedimento, oggi potrebbe applicarsi, in via analogica, l'art. 82 disp. att. cod. civ., a mente del quale il ricorso, qualora non vi sia un giudizio in corso, si propone da parte del mutuante, con ricorso al presidente del tribunale del luogo in cui deve eseguirsi la prestazione, affinché il presidente del tribunale provveda con decreto ¹⁴.

3.- La sopravvenienza di un tasso c.d. negativo nel contratto di interest rate swap.

Nel contratto di *interest rate swap*, la sopravvenienza di un tasso c.d. negativo, in difetto di un'espressa previsione contrattuale, è, invece, compatibile con la causa originaria del contratto, se, come ritengo, la causa del contratto è quella della scommessa (sul presupposto dell'assunzione consapevole dell'alea razionale ¹⁵), mentre non è, a mio avviso, compatibile con la causa originaria del contratto, se si ritiene che la causa originaria del contratto sia una causa di scambio (tra flussi differenziali). Perché, se la causa è lo scambio dei flussi, questo scambio viene meno, per effetto del sopravvenuto carattere negativo della gamba variabile; e 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.

Per converso, se la causa è la conclusione di una scommessa finanziaria – razionale: perché entrambi i contraenti sono consapevoli, al momento della conclusione, della qualità e della quantità dell'alea – il fatto che il debitore della gamba fissa sia anche debitore dell'importo della gamba variabile, divenuto negativo, non è altro che la conseguenza dell'originaria volontà di concludere una scommessa sull'andamento dei parametri indicati in contratto, sicché la sopravvenienza di un c.d. tasso negativo resta compatibile con la causa originaria.

¹⁴ G. Alpa – R. Martini, ne *Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto privato diretto da M. Bessone*, Torino 1999, pag. 378.

¹⁵ Da ultimo, in senso analogo, Trib. Milano, 9 marzo 2016, n. 3070, in www.dirittobancario.it; in senso opposto, App. Milano, 3 marzo 2016, m. 858, in www.dirittobancario.it.

Può inoltre osservarsi che non produce conseguenze invalidanti, o idonee a paralizzare gli effetti del derivato, la circostanza che il contratto perda, anche durevolmente, il suo originario scopo di copertura, se, come ritengo, lo scopo di copertura del cliente rappresenta un mero motivo unilaterale, e non contribuisce a definire la causa del contratto derivato.