

Il tasso variabile e derivato implicito

Autore: Giampaolo Morini

In: Diritto civile e commerciale

1. Interessi: la caratteristica dell'accessorietà. 2. La prova della debenza degli interessi. 3. La prescrizione. 4. Gli interessi anatocistici. 5. Il problema della trasparenza. 6. Contratto sinallagmatico o aleatorio? 7. La giustizia contrattuale. 8. La buona fede e i valori di giustizia. 9. Il significato unitario di giustizia contrattuale. 10. Le norme violate

1. Interessi: la caratteristica dell'accessorietà

La caratteristica dell'accessorietà viene utilizzata per distinguere gli **interessi dalla rendita** dove manca un debito di capitale, e dalle rate relative a forme di finanziamento il cui pagamento frazionato di capitale e interesse sono una modalità di adempimento dell'obbligazione[2].

Non si deve pensare che l'attribuzione agli interessi del connotato accessorio, renda gli stessi meno importanti dell'obbligazione che li ha generati, poiché gli interessi, rappresentano, in alcuni contratti elemento che connota il rapporto sinallagmatico: accessorio significa semplicemente che la sua esistenza dipende dall'esistenza di un debito di capitale.

Giacché il presente lavoro, vuol proporre spunti per una lettura attuale dell'istituto interessi, si ricorda che autorevole dottrina (BIANCA) non riconduce gli interessi alla macro categoria del capitale, ma ritiene, quest'ultima fonte degli interessi quali frutti civili, individuando poi, gli interessi: su somme liquide ed esigibili; sul prezzo di cosa fruttifera già in possesso del compratore; sulle somme dovute a titolo risarcitorio e indennitario[3].

La caratteristica della **accessorietà**, trova una resistenza naturale negli articoli 983 comma 2, 1005 comma 3, 1009 comma 1, 1010 comma 3 c.c che disciplinano gli obblighi dell'usufruttuario, trattano l'obbligazione di interessi calcolata rispetto ad una somma capitale, che non è un'obbligazione dell'usufruttuario: in questi casi la legge prescinde dall'esistenza di una obbligazione restitutoria principale.

2. La prova della debenza degli interessi

La giurisprudenza ritiene, proprio in virtù del carattere accessorio dell'interesse, la **prova della debenza** degli interessi, una volta accertata l'esigibilità e le liquidità del credito (pecuniario) che li ha prodotti[4].

Una volta che la sentenza o il provvedimento abbiano acquistato efficacia esecutiva, il credito, nella somma globale liquidata dal giudice con riferimento alla data in cui il provvedimento è pronunciato,

divenuto esigibile, produce interessi da sè.

Dal momento che gli interessi maturano sino al momento in cui il credito non è estinto, in misura predeterminata, come effetto che la legge ricollega direttamente al fatto della condanna dal momento in cui diviene esecutiva, non c'è bisogno che il giudice pronunci condanna. Al pagamento di tali interessi perché essi siano da considerare non solo dovuti, ma coperti dalla, efficacia esecutiva del titolo[5]

La disciplina dell'usufrutto porta dunque a ritenere che l'enunciato della accessorietà non è necessario dal momento che la legge fa sorgere un'obbligazione di interessi senza una corrispondente obbligazione principale.

Resta comunque valido l'assunto secondo cui la decorrenza degli interessi inizia con il sorgere dell'obbligazione principale e termina con la sua estinzione rilegando ad eccezione l'ipotesi dell'usufrutto. L'accessorietà, è riferibile al solo momento genetico[6] dell'obbligazione mentre gli interessi già maturati costituiscono un'obbligazione pecuniaria che nel suo successivo sviluppo è autonoma rispetto a quella principale.

Facendo una disamina sulle vicende possibili legate all'obbligazione principale e per interessi, si ricava che a fronte di una dichiarazione di nullità, annullabilità o rescissione dell'obbligazione principale deriverà la caducazione anche degli interessi, tuttavia, al di là del caso citato, la sorte dell'obbligazione principale non segue sempre e necessariamente quella dell'obbligazione interessi potendo, quest'ultima, formare oggetto di separati atti giuridici.

Ecco allora che la rimessione del debito in linea capitale non estinguerà l'obbligazione degli interessi, così come la prescrizione dell'obbligazione principale non avrà riflesso alcuno sulla prescrizione quinquennale degli interessi, anzi, l'atto interruttivo del decorso del termine di prescrizione relativamente al capitale non interromperà la prescrizione del credito per gli interessi.

È da escludere che costituisca riconoscimento del debito accessorio, idoneo ex **art. 2944 c.c.** ad interrompere la prescrizione, l'intervenuto pagamento del debito capitale in quanto interessi legali e rivalutazione monetaria, pur costituendo parte integrante e componenti essenziali del credito base pagato con ritardo, conservano tuttavia la loro autonomia causale; il che porta a escludere che dall'avvenuto pagamento della sorte capitale possa desumersi la sicura intenzione del solvens di riconoscere il proprio debito anche per la parte accessoria[7].

3. La prescrizione

L'autonomia degli interessi è particolarmente evidente in relazione alla **prescrizione**.

Premesso il noto dato normativo per cui il credito per interessi si prescrive nel termine **quinquennale** (art. 2948 n. 4 c.c., sia la dottrina che la giurisprudenza, ha rilevato tre corollari: a) la prescrizione del debito principale non determina al prescrizione del debito per interessi[8]; b) gli atti interruttivi la prescrizione relativi al capitale non interrompe il decorso del termine di prescrizione sul credito per interessi la Corte di cassazione si è espressa in più occasione sostenendo che è escluso l'estensione degli effetti dell'interruzione della prescrizione, scaturenti dal riconoscimento del debito nella somma sopra indicata, anche al credito per gli interessi, dato il loro legame solo genetico di accessorietà col capitale,

che rende i relativi diritti suscettibili di negoziazione autonoma, e rilevando che la norma dell'art. 2948 c.c. diversamente opinando, sarebbe vanificata[9].

Sul punto, tuttavia la giurisprudenza[10] non ha raggiunto un orientamento unitario, infatti pur ribadendo che l'obbligazione relativa agli interessi è legata da un vincolo di accessorieta' all'obbligazione principale solo nel momento genetico e le sue vicende sono indipendenti da quelle del capitale e dagli atti interruttivi riguardanti esclusivamente quest'ultima e che, costituendo una prestazione dovuta in base ad una causa debendi continuativa, la relativa prescrizione è quella quinquennale regolata dall'art. 2948, n. 4, c.c.[11] precisa: "a diversa conclusione può pervenirsi soltanto ove l'obbligazione per interessi attenga ad un debito unico, rateizzato in prestazioni periodiche di eguale o di diverso importo, che costituiscano adempimento parziale di un'unica obbligazione principale, giacché unicamente in tale caso, che nella specie non ricorre, dovendo le varie prestazioni essere considerate nel loro insieme ai fini dell'adempimento, l'identità della causa debendi della prestazione principale e di quella accessoria comporta che il termine di prescrizione inizia a decorrere per entrambe dal momento utile per il pagamento dell'ultima rata del debito principale e viene ad identificarsi anche per gli interessi con quello ordinario decennale.

La rinuncia alla prescrizione del debito principale non si estende automaticamente al debito in linea di interessi, non potendosi dubitare, dell'autonomia del diritto di credito relativo agli interessi rispetto a quello avente ad oggetto la sorte capitale, per cui ben può il debitore rinunciare all'operatività della prescrizione solo con riferimento ad una delle due componenti del credito[12].

La giurisprudenza insegna inoltre che gli interessi può essere oggetto di atti di disposizione separati rispetto a quelli relativi al credito pecuniario principale, per cui il credito per gli interessi, dato il loro legame solo genetico di accessorieta' col capitale, che rende i relativi diritti suscettibili di negoziazione autonoma, e rilevando che la norma dell'art. 2948 c.c. diversamente opinando, sarebbe vanificata[13].

Tale autonomia dovrà, tuttavia essere oggetto di una attenta indagine dal punto di vista funzionale e in relazione al tipo di interesse in gioco.

4. Gli interessi anatocistici

Il rapporto di autonomia e accessorieta' si ha inoltre in relazione agli interessi anatocistici (art. 1283 c.c.) che possiamo distinguere rispetto agli interessi primari (corrispettivi o compensativi, mai moratori).

Tra interessi primari e anatocistici, si può sin d'ora individuare la differenza sotto il profilo della loro natura (a), naturalmente diversa visto che sotto il profilo causale. L'anatocismo disciplinato dall'art. 1283 c.c. si pone come limite all'art. 1282 c. 1 c.c. che diversamente sarebbe applicabile anche al debito di interessi semplicemente maturati[14].

Tale rilievo assume notevole importanza in relazione ad un altro concetto, spesso confuso con quello dell'anatocismo e che prende il nome capitalizzazione. Ebbene, l'art. 1282 c. 1 c.c. potrebbe non porre alcun divieto a tale fenomeno (salvo la disciplina speciale - **art. 120 TUB**).

Le differenze tra interessi primari ed anatocistici, corrono inoltre in relazione al saggio (b), che può essere diverso, la legge non pone alcun limite salvo la legge antiusura (108/1996), ed alla relativa decorrenza (c),

l'art. 1282, e 1283 indicano condizioni e dies a quo ben determinati: la decorrenza degli interessi inizia solo con il sorgere dell'obbligazione principale e cessa con l'estinzione della stessa salvo diverso accordo (vedi artt. 1193 e 1194 c.c.)

Il profilo dell'autonomia e accessorietà, ha inoltre rilievo sotto il profilo processuale per il quale si rimanda la trattazione alle pagine seguenti.

Nei contratti di mutuo a tasso variabile, solitamente, la clausola contrattuale richiama una componente fissa lo spread, ed una componente variabile l'Euribor.

È parere di chi scrive, che lo spread rappresenti un derivato implicito (o forse sarebbe meglio dire occulto). Come noto la cd. "**clausola floor**", prevede un limite percentuale al di sotto del quale il tasso non può scendere, pur in presenza della riduzione dell'indice di riferimento che ovviamente farà decrescere la sola componente e variabile del tasso (es. euribor).

Il cliente dunque, mentre sopporta il rischio illimitato dell'aumento del parametro oltre il tasso di riferimento, beneficia delle sue riduzioni solo parzialmente, ovvero solo fino al raggiungimento della soglia medesima.

La clausola che impedisce al tasso di scendere al di sotto di una determinata soglia, è assimilabile ad una "Opzione Floor", che è uno strumento finanziario derivato che consente a chi lo acquista, a fronte di un premio da versare, di porre un limite alla variabilità in discesa di un determinato indice o di un prezzo, ricevendo la differenza che alla scadenza/alle scadenze contrattuali si manifestano tra l'indice/prezzo di riferimento ed il limite fissato.

Nei mutui in esame, tuttavia, la Banca risulta essere l'acquirente dell'opzione, senza pagamento di un premio e con sua copertura che la variabilità del rendimento dell'attività finanziaria (tasso del finanziamento) non potrà scendere sotto di un rendimento certo (limite minimo predeterminato del tasso). Tale protezione in favore dell'Istituto risulta essere un valore negativo per il Cliente e un costo non esplicitato nel contratto di mutuo.

Perché una tale clausola possa essere valida, il cliente deve essere messo in condizione di fare una scelta consapevole, fornendogli tutte le informazioni necessarie finalizzate a rendere comprensibile la natura del floor, nonché il carattere vantaggioso dello stesso per l'istituto di credito e il "corrispettivo" che gli spetta per la previsione di siffatta clausola contrattuale.

Il floor, è, come anzidetto, un'opzione che la banca, acquista, dovendo fornire al cliente, quale corrispettivo, un diverso vantaggio, che può tradursi in un tasso di interesse inferiore o in una inferiore percentuale di spread, rispetto ad un contratto che non preveda il tasso minimo.

5. Il problema della trasparenza

Il cliente deve essere reso edotto nel momento della formazione del contratto, in modo che possa liberamente valutare l'opportunità dello scambio dei reciproci vantaggi, e possa consapevolmente decidere se quel determinato istituto di credito fornisca, in cambio del floor, un vantaggio migliore rispetto, ad esempio, ad un'altra banca, anche in un'ottica di ottemperanza del principio di libera concorrenza.

Non è sufficiente, quindi, che il contratto riporti semplicemente la misura numerica del floor, dovendo specificare la natura di quella singola negoziazione e soprattutto in che termini la banca bilancia quel vantaggio con uno diverso a favore del mutuatario: qual è il "prezzo" del floor per il mutuante.

In definitiva, risulta di fondamentale ai fini della validità delle clausole disciplinanti i tassi minimi applicabili, che la banca abbia **ottemperato ai doveri di trasparenza, correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto previsti dagli artt. 115 ss del TUB nonché dall'art. 1337 e 1175 ss del Codice Civile.**

6. Contratto sinallagmatico o aleatorio?

Data l'atipicità di una simile clausola che assume i connotati di una tipica clausola aleatoria, inserita in un contratto di mutuo, condivisibilmente ritenuto sinallagmatico, la chiarezza nella predeterminazione della volontà assume carattere di maggior importanza.

In definitiva le questioni che rilevano sono le seguenti: Come è possibile ricostruire in astratto il valore del premio del derivato che la banca ha, di fatto acquistato gratuitamente? Quale è la contropartita? Quali elementi di chiarezza sulla clausola floor ha fornito la banca al cliente?

Appare evidente a chi scrive, che il sinallagma contrattuale del contratto di mutuo, connota la causa tipica, dato l'equilibrio ordinamentale preesistente, per cui le prestazioni sono ritenute, dall'ordinamento in perfetto equilibrio.

L'inserimento di una clausola aleatoria, altera inevitabilmente l'equilibrio tipico della causa del mutuo, rendendolo, nella sostanza un contratto diverso, "complesso" di cui deve e pertanto essere individuata la disciplina normativa. Contrariamente ad altri contratti in cui è esplicitamente inserito un derivato, per cui i relativi flussi finanziari, consentono di identificare un collegamento tra contratti comunque distinti, nei casi di specie ciò non è possibile, essendo, la **clausola Floor**, di fatto, occultata nel contratto.

A poco importa il nomen iuris: nel caso in cui ... la prestazione Sia legata ... al valore di strumenti finanziari assunti quale riferimento, la causa dl contratto deve ritenersi estranea a quella tipica del contratto di assicurazione, divenendo del tutto irrilevante il nomen iuris attribuito al contratto dalle parti, con la conseguenza che ad esso devono essere applicate le norme relative alla intermediazione finanziaria. (Trib. Venezia 24.06.2010 in Rep. Civ. e Pen. , 2011, 4, 869).

7. La giustizia contrattuale

La **giustizia contrattuale** è formula divenuta ormai di uso corrente nella dottrina civilistica italiana, con significative relazioni, di corrispondenza o di derivazione, con analoghe espressioni usate da giuristi di altri paesi. Essa è certo stimolante e suggestiva, ma, nella sua genericità, può implicare significati differenti, evocare valori ed esprimere direttive non agevolmente riducibili a termini univoci.

Il suo impiego è spesso ambiguo anche rispetto allo stesso ordine di riferimento delle proposizioni che la contengono: etico, ideologico, economico, sociologico, giuridico. Così, nel discorso che su di essa svolgono

i giuristi, non è agevole discernere, l'una dalle altre: la pura e semplice rivendicazione di un primato dei valori etici rispetto alle soluzioni del diritto positivo; la sintesi descrittiva di regole legali del diritto contrattuale; la proposta ermeneutica, costruttiva di una più ampia direttiva dell'ordinamento; la critica ideologica di tendenze dominanti, presentate come, a loro volta, ideologicamente orientate; l'indicazione di linee di politica legislativa ovvero di politica giudiziaria.

8. La buona fede e i valori di giustizia

L'argomento interessa lo studio della **buona fede** in quanto questa è spesso considerata come possibile strumento di attuazione, in ambito contrattuale, di valori di giustizia. È questa l'interferenza tra i due temi ed esulano dalla nostra trattazione approfondimenti di più vasta portata. Si tratta, in particolare, di discernere i significati della formula che possono assumere, ai nostri fini, rilievo, e di identificare l'ambito propriamente giuridico dei problemi ai quali essa allude.

Conviene tuttavia soffermarsi su alcune considerazioni preliminari che, per la stessa ricchezza di implicazioni della formula e per la complessità delle connessioni tematiche, non potranno essere circoscritte in termini di stretta aderenza alle indicate finalità.

Si riduce ad un mero esercizio retorico, è sterile o, peggio, distorsivo ogni impiego della formula che vada disgiunto dalla identificazione dei problemi di disciplina dei rapporti cui essa dovrebbe pur riferirsi, la varietà dei quali non consente alcun serio e attendibile discorso o ragionamento indifferenziato.

Si pensi soltanto all'ineludibile articolazione problematica che riguarda i diversi aspetti di un ipotetico sindacato di giustizia da esercitarsi dai giudici sul contratto; e così, il suo stesso oggetto, che potrebbe consistere nelle condizioni economiche dello scambio, in quelle normative del rapporto, ovvero in entrambe, nella loro integrata correlazione, ovvero anche nella valutazione di compatibilità del contenuto del contratto con i valori della persona; i termini e i criteri del controllo, che potrebbero concernere valori etici di giustizia, commutativa o distributiva, e di solidarietà sociale, ovvero essere desunti da parametri economici e normativi consistenti negli stessi indici offerti dal mercato e dalle prassi contrattuali; gli elementi e le circostanze rilevanti, rispetto al giudizio, che potrebbero consistere nello stesso assetto economico-normativo risultante dalla convenzione in rapporto a un ideale modello di equilibrio giusto, ovvero potrebbero essere identificati nella relazione causale che possa essere intercorsa tra le condizioni soggettive e oggettive in cui ciascuna delle parti si trovava e le condotte da esse tenute nella fase negoziale e formativa, da un lato, e, dall'altro, il contenuto delle pattuizioni che ne sia stato l'effetto; l'ambito dei rapporti rispetto al quale il controllo di giustizia possa esperirsi, e cioè quello corrispondente a determinate categorie di contratti e di contraenti, ovvero quello, illimitato, della generalità dei rapporti contrattuali.

9. Il significato unitario di giustizia contrattuale

Pur con queste avvertenze, ed anzi proprio in vista delle indispensabili articolazioni problematiche, può

cogliersi un significato unitario e comprensivo di "**giustizia contrattuale**".

Questa, nella sua letteralità, potrebbe ricomprendere la stessa forza vincolante del contratto e le regole che la assicurano, assumendosi lo stesso *pacta sunt servanda* quale precetto etico espressivo di valori di giustizia.

Ma il significato che appare implicato dall'uso corrente della formula sembra piuttosto esprimere una contrapposizione, o quantomeno una tensione, una conflittualità potenziale, tra vincolo contrattuale e giustizia, tra osservanza del contenuto delle pattuizioni e salvaguardia di interessi che sono da esse pregiudicati e che sia invece giusto proteggere.

Questo ampio significato è tale da accogliere la stessa descrizione sintetica e un loro comune fondamento delle regole, e delle esigenze che le ispirano, che in vario modo limitano o escludono la forza vincolante dei patti in presenza di determinate situazioni tipiche previste dalla legge; e ciò con riguardo a settori tradizionali della disciplina dei contratti: regime delle incapacità, dei vizi della volontà, della rescissione, regole che impongono lo scioglimento del vincolo a ragione di circostanze sopravvenute considerate con esso incompatibili.

Questi rimedi sono tutti volti alla rimozione del vincolo su iniziativa del contraente da essi protetto, il quale però spesso non dispone di strumenti che gli consentano di soddisfare, invece, il suo positivo interesse alla realizzazione dell'operazione contrattuale a condizioni ricondotte a giustizia.

Solo il regime della rescissione implica un sindacato sul contenuto del contratto, che è invece estraneo alla disciplina degli altri rimedi; ma anche per la rescissione occorrono presupposti ulteriori rispetto alla considerazione dell'equilibrio economico-contrattuale.

A ragione di questi caratteri, non ha avuto modo di affermarsi nella nostra tradizione la costruzione, dall'insieme di queste regole, di un principio generale, di una portata che le trascendesse, sul quale fondare un controllo circa la conformità del contratto a un modello ideale di giusto equilibrio economico normativo e un conseguente controllo e adeguamento giudiziale delle condizioni convenute dalle parti.

Al contrario, se ne è tratto argomento in particolare dalla disciplina della rescissione per negare l'ammissibilità di operazioni siffatte.

Pertanto, rispetto a tali regimi, la formula "giustizia contrattuale" non sembra possa avere altro significato che quello di una loro sintesi descrittiva.

Più problematico appare il contenimento della formula nei limiti di un significato descrittivo di regole e rimedi specifici stabiliti dall'ordinamento riguardo alle direttive evolutive che si sono affermate con la disciplina delle clausole abusive dei contratti dei consumatori, dell'abuso di dipendenza economica nei contratti tra imprese, dei termini di pagamento dei corrispettivi contrattuali.

Questi nuovi regimi implicano infatti, a differenza dei rimedi tradizionali, un sindacato sull'equilibrio contrattuale.

E, seppur esso è circoscritto a determinati contenuti pattizi e non è per lo più di per sé rilevante, disgiunto dalla considerazione delle condizioni dei contraenti e della loro condotta nella fase negoziale e formativa, tuttavia appare legittimo l'interrogativo se sia ricostruibile una direttiva di più generale portata, o mutuabile al diritto comune dei contratti, e in quali termini.

La verifica dell'esistenza di un fondamento di diritto positivo di un supposto principio di giustizia contrattuale, e di sindacabilità e modificabilità giudiziaria, alla stregua di esso, dei contenuti delle private convenzioni, può prospettarsi, oltre che riguardo all'attendibilità di una generalizzazione di regole e

rimedi specifici stabiliti dalla legge, anche nel senso della ricerca di enunciati normativi da cui possa direttamente desumersi, in via ermeneutica, costruttiva, una direttiva siffatta.

Ed è naturale che i fautori di tendenze innovative, in mancanza di precetti più definiti dai quali trarre il principio, si siano volti al valore costituzionale di solidarietà economica e sociale (art. 2 Cost.) e alla clausola generale di buona fede, onde fruire di più estesi spazi di argomentazione.

Di questi profili giuridici ci occuperemo più avanti, nella specifica loro connessione con la prospettiva della buona fede.

Conviene però brevemente intrattenerci su altri aspetti, anche non propriamente giuridici, che di quelli costituiscono in certo senso il contorno e in vario modo possono con essi interferire. Innanzitutto, la stessa formulazione dell'interrogativo circa la sussistenza nel nostro ordinamento di un principio di giustizia contrattuale impone di discernere diversi possibili significati del medesimo.

Si ricerca un precetto di contenuto etico, pur destinato ad essere trasferito nell'ordine giuridico, ovvero un precetto da mutuarsi dall'ordine economico? ovvero un valore etico destinato ad essere attuato mediante il riferimento a parametri economici? E secondo la distinzione aristotelica, che nei discorsi dei giuristi, oltre che in quelli degli studiosi di filosofia morale e di teoria della giustizia, mostra una persistente attualità vuole assumersi una qualificazione di giustizia in senso distributivo o commutativo? Rispetto a queste alternative si prospettano differenti problematiche con riguardo: alla stessa teorica legittimità e attendibilità di un sindacato sul contratto in termini di sua conformità a giustizia, a seconda che esso attenga soltanto all'oggettiva valutazione dell'equilibrio contrattuale o si estenda anche all'apprezzamento delle circostanze e delle condotte inerenti alla fase delle trattative e della formazione del vincolo; alle considerazioni circa le condizioni, i modi e i criteri di pratica esperibilità di un intervento del giudice di controllo e conformazione dell'affare privato; alle ragioni di policy che possono rispettivamente sostenere l'affermazione o la negazione del principio, o, nel primo caso, orientarne i criteri di attuazione.

10. Le norme violate

L'**art. 18 D.Lgs. 23.07.1996 n. 415**, riprodotto nell'art.23 c. 1 D.Lgs. 24.02.1998 n. 58 Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria.

"La stipulazione del contratto quadro costituisce infatti, un necessario presupposto di validità dell'ordine, giacché gli obblighi informativi previsti dalla legge sono introdotti nel rapporto, ex art. 1374 c.c., mediante tale contratto, con la conseguenza che la mancata stipulazione in forma scritta del contratto quadro comporta la nullità degli ordini di acquisto per mancanza di causa, giacché il contratto quadro costituisce **il fondamento causale degli ordini impartiti** dall'investitore all'intermediario finanziario i quali, pur se conclusi in forma scritta, sono nulli qualora non siano preceduti dalla stipulazione di un contratto quadro in forma scritta"[12][13].

Sotto il profilo attivo la banca aveva l'obbligo di illustrare i rischi dell'operazione mentre sotto il profilo passivo, essa doveva raccogliere dal cliente le informazioni utili a valutare l'adeguatezza dell'operazione richiesta

Divieto di churning e della c.d. suitability rule che impone all'intermediario di adottare tutte le cautele necessarie al fine di garantire l'adeguatezza della proposta finanziaria rispetto al profilo del cliente, e non solo[14].

Il divieto di churning e la c.d. suitability rule, rappresentano una garanzia nella formazione consapevole della volontà del soggetto che aderisce a determinate tipologie di contratti. In tal senso deve darsi altresì conto del contenuto della previsione di cui all'art. 29, 1° co., del reg. CONSOB n. 11522, che impone agli intermediari di astenersi dall'effettuare con o per conto degli investitori operazioni non adeguate per tipologia, oggetto, frequenza e dimensione.

La banca non si è comportata in conformità di quanto prescritto dal combinato disposto di cui agli artt. 21 lett. a) e b) del TUF del regolamento Consob che impone all'istituto di credito di prestare i servizi di investimento con diligenza e di operare in modo che i clienti siano sempre adeguatamente informati.

Come correttamente osservato sia in dottrina che in giurisprudenza, il concetto di diligenza di cui all'**art. 21, comma 1, lett. a) del TUF** si riferisce alla "**diligenza del buon professionista**" e non a quella del "buon padre di famiglia". Pertanto, anche se non menzionata espressamente, la professionalità contrassegna la modalità di comportamento degli intermediari, precisando il significato della diligenza.

Violazione dell'art. 28, comma 1, lett. b) del regolamento Consob n. 11522/98. Violazione dell'art. 27 del reg. CONSOB, in quanto la banca ha compiuto atti in conflitto di interessi. Come noto, l'art. 21, comma 1, lett. c) del TUF stabilisce che: "Nella prestazione dei servizi di investimento e accessori i soggetti abilitati devono (...) organizzarsi in modo tale da ridurre al minimo il rischio di conflitti di interesse e, in situazioni di conflitto, agire in modo da assicurare comunque ai clienti trasparenza ed equo trattamento".

Si tratta di una regola analoga a quella codificata a livello europeo nel documento del Committee of European Securities Regulators (noto come CESR) "Un regime europeo per la protezione dell'investitore: l'armonizzazione delle regole di condotta"[15].

Lo standard 5 stabilisce, infatti, che: "Un'impresa di investimento deve prendere tutte le precauzioni necessarie affinché i conflitti di interesse tra la stessa ed i propri clienti siano identificati, e dunque eliminati o amministrati in modo tale da non pregiudicare l'interesse dei risparmiatori (...) "[16].

Anche la Direttiva Europea del 21 aprile 2004, n. 39[17], che abroga la Direttiva 93/22/CEE, accoglie un'impostazione simile, cristallizzando definitivamente un orientamento di matrice anglo-americana[18], che si era da tempo imposto nel senso della International Organisation of Securities Commissions[19].

I **principi IOSCO** stabiliscono che "Un intermediario deve cercare di evitare l'insorgere di qualsiasi conflitto di interessi, ma qualora ciò non sia possibile deve assicurare a tutti i clienti un trattamento equo, mediante una adeguata informazione, attraverso regole organizzative interne e, financo, evitando di operare qualora il conflitto non possa essere neutralizzato.

In ogni caso l'intermediario non deve mai anteporre il proprio interesse a quello dei clienti".

In definitiva si riscontra la violazione da parte della banca, delle prescrizioni contenute negli artt. 21 t.u.l.f., 28 e 29 reg. Consob n. 11522/98 da considerarsi come norme imperative **ex art. 1418 c.c.** in considerazione degli interessi tutelati (tutela del risparmio, diligenza degli intermediari, integrità dei mercati: cfr. art. 47 Cost.; artt. 5 -riguardante le finalità dei poteri di vigilanza attribuiti alla Banca d'Italia ed alla Consob- 21 lett. a) e 190 -che prevede sanzioni amministrative per le violazioni all'**art. 21 del t.u.l.f.**- del decreto legislativo 58/98, direttiva 93-22 UE del 10-5-1993 ora sostituita da quella n. 2004/39 CE) e della natura generale di siffatti interessi (in tal senso vedasi Trib. Firenze 30-5-2004 in www.ilcaso.it

per l'affermazione di tale principio con riguardo all'analogia disciplina contenuta nella legge 1/91 vedasi Cass. 7-3-2001 n. 3272; Cass. 5-4-2001 n. 5052; Trib. Torino 19-4-1998 in Foro Padano,1998,387; Trib. Milano ord. 11-5-1995 in Banca Borsa Tit. Cred.,1996,II,442).

Volume consigliato

NOTE

- [1] A. Torrente, P. Schlesinger, Manuale di diritto privato, ed. 22, Milano, 2015, 402.
- [2] Quadri, in Trattato di diritto privato, diretto da Pietro Rescigno, vol. 9, Torino, 2005, 644. Anche, Breccia, Le Obbligazioni, 351.
- [3] Bianca, Diritto Civile, vol. 4, Milano, 1990, 180 - 188.
- [4] Cass. Civ. 24 febbraio 2001 n. 5913; ex multis: Cass. Civ. 29 gennaio 2003 n. 1265. Cass. Civ. 12 aprile 2011 n. 8298.
- [5] Cass. Civ. 12 aprile 2011 n. 8298. Ex multis: Cass. 14 maggio 2003 n. 7371, cfr. nello stesso senso già Cass. 21 aprile 1999 n. 3944.
- [6] Scozzafava, Gli interessi dei capitali, Milano, 2001.
- [7] TAR Puglia, Sez. I, 21 marzo 2003 n. 1352
- [8] Libertini, voce Interessi, Enc. Del Diritto, vol. XXII, Milano, 1972.
- [9] Cass. Civ. 14 marzo 2007 n. 5954; Cass. Civ. 2 ottobre 1980 n. 5343.
- [10] Cass. Civ. 27 novembre 2009 n. 25047.
- [11] Ex multis: Cass. civ., sez. 5, sent. 14 marzo 2007, n. 5954; Cass. civ., sez. 2, sent. 30 marzo 2001, n. 4704.
- [12] Trib Torino n. 7737/08 del 24.11.2008. In tal senso Trib Cagliari 18.01.2007
- [13] Cass. S.U. 19.12.2007 nn. 26724 In relazione alla nullità del contratto per contrarietà a norme imperative in difetto di espressa previsione in tal senso (cd. "nullità virtuale"), deve trovare conferma la tradizionale impostazione secondo la quale, ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità e non già la violazione di norme, anch'esse imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti la quale può essere fonte di responsabilità. Ne consegue che, in tema di intermediazione finanziaria, la violazione dei doveri di informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di investimento finanziario (nella specie, in base all'art. 6 l. n. 1 del 1991) può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguenze risarcitorie, ove dette violazioni avvengano nella fase antecedente o coincidente con la stipulazione del contratto di intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti (cd. "contratto quadro", il quale, per taluni aspetti, può essere accostato alla figura del mandato); può dar luogo, invece, a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del contratto suddetto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni di investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del "contratto quadro"; in ogni caso, deve escludersi che, mancando una esplicita previsione normativa, la

violazione dei menzionati doveri di comportamento possa determinare, a norma dell'art. 1418, comma 1, c.c., la nullità del cosiddetto "contratto quadro" o dei singoli atti negoziali posti in essere in base ad esso. Cass. S.U. 19.12.2007 nn. 26724 La violazione dei doveri di informazione del cliente che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di investimento finanziario può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, ove avvenga nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto d'intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti; può invece dar luogo a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del predetto contratto, ove si tratti di violazione riguardante le operazioni d'investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto d'intermediazione finanziaria.

[14] In tale direzione sono andate le comunicazioni CONSOB n. DI/98080595 del 14 ottobre 1998 e n. 98088209 del 1 novembre 1998, con cui la Commissione ha individuato, nella valutazione di adeguatezza delle operazioni, alla luce del complesso di informazioni date al cliente e dallo stesso ricevute, un «momento essenziale» nello svolgimento diligente e corretto dei servizi di investimento nei confronti degli investitori.

[15] Il documento è scaricabile all'indirizzo web del CESR: <http://www.europefesco.org>; cfr. anche il documento integrativo "A European Regime of Investor Protection. The Professional and the Counterparty Regimes", luglio 2002, (Ref. CESR/02-098b).

[16 AA.VV., Capital Market in the Age of the Euro - Cross Border Transactions, Listed Companies and Regulation, Ferrarini, Hopt, Wymeersch (Editors), Dordrecht, 2002

[17] Cfr. in particolare, l'art. 18. Come si legge nella relazione accompagnatoria alla direttiva: "Qualora l'impresa abbia tentato di gestire i conflitti di interesse predisponendo meccanismi organizzativi senza però riuscire ad acquisire la ragionevole certezza che questi conflitti non presentino più alcun pregiudizio potenziale per gli interessi dei clienti, l'impresa è tenuta ad informare il cliente dell'esistenza di conflitti di interesse residui. Se opportuno o necessario, la comunicazione al cliente può avere carattere generale".

[18] In materia, cfr. F. ANNUNZIATA, Regole di comportamento degli intermediari e riforme dei mercati mobiliari, Milano, 1993, pagg. 127 e ss.; M. GRAZIADEI, Diritti nell'interesse altrui- Undisclosed agency e trust nell'esperienza giuridica inglese, Quaderni del Dipartimento di scienze giuridiche, Trento, 1995, pagg. 352 e ss.; AA.VV., Encyclopedia of Financial Services Law, Lomnicka, Powell (a cura di), I-IV, London, 1987.

[19] Sul punto, i principi IOSCO stabiliscono che "Un intermediario deve cercare di evitare l'insorgere di qualsiasi conflitto di interessi, ma qualora ciò non sia possibile deve assicurare a tutti i clienti un trattamento equo, mediante una adeguata informazione, attraverso regole organizzative interne e, financo, evitando di operare qualora il conflitto non possa essere neutralizzato. In ogni caso l'intermediario non deve mai anteporre il proprio interesse a quello dei clienti".

<https://www.diritto.it/tasso-variabile-derivato-implicito/>