

Archivio selezionato: Dottrina

CONTRATTI (IN STRUMENTI FINANZIARI) DERIVATI E CAUSA (*)

Banca borsa tit. cred., fasc.1, 2013, pag. 106

Flavio Rocchio

Classificazioni: TITOLI DI CREDITO - In genere

Sommario: 1. La fenomenologia pratica. — 2. Derivato a copertura di un finanziamento non erogato. — 3. Derivato stipulato in assenza di rischi (equivalenti) tra le parti. — 4. Derivato speculativo stipulato da un ente locale. — 5. "Derivato" inidoneo a perseguire la funzione di derivato. — 6. Contratti derivati e meritevolezza di tutela. — 7. Contratti derivati e astrattezza. — 8. Conclusioni.

1. La giurisprudenza in tema di contratti derivati (1) e causa (2) induce a selezionare i seguenti quattro gruppi di casi.

Caso A: contratto derivato stipulato a copertura (quindi "conservativo") di un finanziamento non erogato.

Caso B: contratto derivato (conservativo o "speculativo", cioè non a copertura di alcunché) stipulato senza assunzione di rischi equivalenti tra le parti.

Caso C: contratto derivato speculativo stipulato da un ente locale.

Caso D: contratto "derivato" che non persegue la funzione dei contratti derivati.

In tutti e quattro questi casi la giurisprudenza parla indifferentemente di nullità per mancanza o illiceità della causa. Invece, come si vedrà, si tratta di casi da risolvere in modi completamente diversi tra loro, e a volte in modi completamente diversi dalla nullità per mancanza o illiceità della causa.

2. Caso A: contratto derivato stipulato a copertura di un finanziamento non erogato.

Questo caso va articolato nei seguenti due.

Caso A.1: contratto derivato stipulato a copertura di un finanziamento non erogato, da erogarsi *dopo* la stipulazione del contratto derivato.

Caso A.2: contratto derivato stipulato a copertura di un finanziamento non erogato, che avrebbe dovuto essere erogato *prima* della — o *contestualmente* alla — stipulazione del contratto derivato.

Con riferimento al caso A, la giurisprudenza ha sancito genericamente l'inefficacia del contratto derivato in quanto nullo per difetto di causa, senza distinguere tra il caso A.1 e il caso A.2 (3).

Invece bisogna distinguere, perché nel caso A.1 viene in considerazione il mancato avveramento della condizione sospensiva alla quale è (implicitamente) condizionato (in forza del collegamento pattizio) il contratto derivato. In sostanza, l'efficacia del contratto derivato è subordinata all'avveramento della condizione rappresentata dalla futura erogazione del finanziamento (c.d. *condicio in futurum relata*).

Diversamente, nel caso A.2, il contratto derivato è stipulato nell'erronea convinzione di una preesistente (o presente) erogazione del finanziamento (c.d. *condicio in praesensvelpraeteritum relata*), ossia viene in considerazione un errore vizio della volontà circa la (effettiva) natura speculativa piuttosto che la (attesa) natura conservativa del contratto derivato (art. 1429, n. 1, c.c.).

Con riferimento al caso A.1, però, parlare genericamente di difetto di causa, ossia scambiare mancato avveramento di una condizione e mancanza di causa, non è un gran male, perché comunque ne deriva l'inefficacia del contratto derivato.

Con riferimento al caso A.2, invece, parlare genericamente di difetto di causa, ossia scambiare errore vizio della volontà e difetto di causa è esiziale, perché nella prima ipotesi viene in considerazione un'inefficacia da procurare con un'azione di annullamento, con tutti i limiti cui detta azione è soggetta, mentre nella seconda ipotesi viene in considerazione un'inefficacia soltanto da dichiarare, praticamente senza limiti.

Per inciso, questo scambio può essere provocato anche dall'uso disinvolto dell'istituto della c.d. presupposizione inesistente, là dove si veda nella mancanza della preesistente erogazione del finanziamento da coprirsi con un contratto derivato la mancanza di un "presupposto" di questo, e si ritenga di trattare l'errore circa l'esistenza di un presupposto del contratto come un difetto di causa (4), scambiando l'errore circa la *natura* della prestazione (art. 1429, n. 1, c.c.) — ossia la *concreta irrealizzabilità della funzione astratta voluta*, che comporta la concreta realizzazione di una diversa funzione astratta non voluta — con l'errore circa l'*inesistenza* della prestazione (che è poi il caso di

impossibilità dell'oggetto: art. 1346 c.c.) — ossia con la *concreta irrealizzabilità della funzione non liberale voluta*, che comporta la concreta realizzazione di una funzione liberale non voluta — che è invece l'errore che viene in considerazione nel caso B.1 (v. oltre, § 3).

3. Caso B: contratto derivato stipulato senza assunzione di rischi equivalenti tra le parti.

Questo caso va articolato nei seguenti tre.

Caso B.1: contratto derivato stipulato senza assunzione di rischio per una parte.

Caso B.2: contratto derivato stipulato senza assunzione di rischio *effettivo* per una parte.

Caso B.3: contratto derivato stipulato senza assunzione di rischi *equivalenti* tra le parti.

Con riferimento ai casi B.2 e B.3, la giurisprudenza ha sancito l'inefficacia del contratto derivato in quanto nullo per difetto di causa.

In concreto, la giurisprudenza si è occupata di casi in cui erano stati stipulati contratti derivati *non par*, ossia con assunzione da parte della banca di un rischio inferiore a quello assunto dal cliente, in un caso semplicemente inferiore e non adeguatamente compensato dal pagamento del c.d. *up front* (caso B.3) (5); nell'altro talmente inferiore da non essere un rischio effettivo, neppure adeguatamente compensato dal pagamento del c.d. *up front* (caso B.2) (6).

Senonché, è solo nel caso B.1 che senz'altro manca la causa, intesa quale *concreta realizzabilità della funzione non liberale* aleatoria, perché la mancata assunzione di rischio per una parte determina l'irrealizzabilità di detta funzione e la realizzazione di una funzione liberale non voluta (v. artt. 1876 e 1895 c.c.) (7): ma non è questo il caso di cui si è occupata la giurisprudenza.

Nel caso B.3, invece, la causa non manca senz'altro. L'equivalenza tra le prestazioni scambiate tra le parti non è pretesa a pena di nullità per difetto di causa (8).

Vero è che in un'altra pronuncia è stata dichiarata la nullità di un contratto derivato che non prevedeva l'assunzione di rischi equivalenti tra le parti (9): ma in quel caso è stata dichiarata la nullità non per difetto di causa, bensì per illiceità della causa, in quanto si è ritenuto — erroneamente (v. oltre, § 4) — che la mancanza di equivalenza tra i rischi assunti dalle parti nel contratto derivato oggetto di lite rendesse questo speculativo, ossia vietato (ai sensi dell'art. 3, d.m. Economia e finanze 1° dicembre 2003, n. 389) visto che a stipularlo era stato un ente locale.

L'equivoco è stato procurato dal fatto che in quest'altra pronuncia, anziché parlarsi chiaramente di illiceità della causa, si è parlato di *difetto di causa consentita*, il che vuol dire *presenza di causa non consentita*, ossia presenza di causa illecita: invece il difetto di causa *consentita*, fonte di illiceità al ricorrere dei relativi presupposti, è diventato difetto di causa *puramente e semplicemente*.

L'equivoco è stato poi probabilmente facilitato dal fatto che tanto nel caso risolto con l'accertamento della presenza di causa illecita, quanto nel caso risolto con l'accertamento di assenza di causa, parte contraente era un ente locale. Ma la sostanza non cambia e l'errore rimane: la nullità per presenza di causa illecita in un contratto stipulato da un ente locale non può essere scambiata con la nullità per assenza di causa in un contratto stipulato da un ente locale.

Il caso B.2 è il più delicato, perché si collega — del tutto inconsapevolmente, pare, nella decisione giudiziaria — alla tradizione legale, giurisprudenziale e dottrina in tema di nullità per difetto di causa del contratto di rendita vitalizia — aleatorio così come il contratto derivato — stipulato senza assunzione di rischio effettivo per una parte.

Per la giurisprudenza, infatti, il contratto aleatorio di rendita vitalizia è nullo per mancanza di causa quando l'entità della prestazione periodica sia inferiore o pari ai frutti o agli utili ricavabili dal cespite ceduto o sul quale sia stato costituito un diritto reale, ovvero quando il beneficiario della rendita o il terzo a favore del quale è pattuita sia da ritenere prossimo alla morte per malattia o per età, in quanto in tali casi, mancando un rischio *effettivo* per chi si è obbligato alla rendita, mancherebbe la causa del contratto che consiste nell'assunzione di un rischio (10).

Questa soluzione è apprezzata in dottrina (11), ha una lunga tradizione (12) ed è espressamente prevista dal codice civile francese (13); nondimeno, seri dubbi si pongono circa la sua correttezza.

Premesso che, se un rischio mancasse del tutto, il contratto aleatorio sarebbe senz'altro nullo (v. sopra, caso B.1), nei caso in esame a mancare non è un rischio *puramente e semplicemente*, bensì un rischio *effettivo*.

Un rischio è comunque presente, dunque, per quanto possa essere ridotto al minimo, sotto forma di mancata produzione dei frutti o degli utili attesi dal cespite ceduto o di mancata morte tempestiva del beneficiario nonostante l'età e la malattia (14). Inoltre può avvenire che il proprietario di un fondo ravvisi maggiore utilità in una rendita vitalizia e modesta piuttosto che nel condurre direttamente il

fondo, con tutti i sacrifici, i disagi e i rischi che la conduzione può portargli; ovvero che il proprietario di un capitale preferisca una rendita vitalizia di importo inferiore agli interessi industriali e commerciali che il capitale potrebbe fruttare, o perché incapace di impiegare il proprio denaro, ovvero perché non vuol correre i rischi che un impiego può comportare (15).

Questa puntualizzazione è di non poco momento se si considera che, nei casi esaminati dalla giurisprudenza, sono astrattamente esperibili le azioni di annullamento per vizi della volontà o di rescissione per lesione (16), sicché parlare impropriamente di mancanza di causa si risolve nell'elusione dei rigidi termini di prescrizione e dei presupposti di dette azioni, in favore della ben più comoda azione di nullità.

Medesimo rilievo vale, evidentemente, con riferimento al contratto derivato stipulato senza assunzione di un rischio effettivo per una parte: ogni volta che sia configurabile un rischio, per quanto minimo, da accertare comunque sempre in via prognostica e non a posteriori (come invece è stato fatto nella decisione che ha avuto ad oggetto il caso B.2), l'invocazione del difetto di causa pare inappropriato.

4. Caso C: contratto derivato speculativo stipulato da un ente locale.

Con riferimento a questo caso, la giurisprudenza sancisce l'inefficacia del contratto derivato in quanto nullo per illiceità della causa, essendo vietata da una norma imperativa (v. sopra, § 3, caso B.3) la stipulazione di contratti derivati speculativi da parte di enti locali.

In concreto, però, la giurisprudenza (17) si è occupata di un caso in cui un ente pubblico non aveva stipulato un contratto derivato speculativo, bensì aveva stipulato un contratto derivato conservativo (« con la dichiarata finalità conservativa di consentire al Comune di ristrutturare mutui già in essere con la Cassa Depositi e Prestiti »: così aveva prospettato lo stesso ente), solo che *non par*, ossia con un valore di mercato (c.d. *mark to market*) iniziale negativo per l'ente locale.

In sostanza, la giurisprudenza ha fatto dipendere la speculatività non già dal fatto che il contratto derivato non fosse collegato a un contratto di cui costituisse copertura, bensì dal fatto che il contratto derivato, pur se collegato a un contratto dei cui rischi costituiva copertura (e, quindi, anche se non speculativo bensì conservativo), fosse *non par* (18).

Ciò è la giurisprudenza ha confuso il contratto derivato speculativo, avente causa illecita — nel senso di *funzione concreta* (c.d. funzione economico-individuale (19), causa concreta o in concreto) illecita — se stipulato da un ente locale, con il contratto derivato conservativo *non par*, avente causa lecita (20) — nel senso predetto — semmai mancante — nel senso di *concreta realizzabilità della funzione non liberale* aleatoria (v. sopra, § 3, caso B.1) — solo quando la controparte non abbia assunto alcun rischio o, tutt'al più, quando la controparte non abbia assunto un rischio effettivo (v. sopra, § 3, caso B.2).

5. Caso D: contratto "derivato" che non persegue la funzione dei contratti derivati.

Con riferimento a questo caso, la giurisprudenza ha sancito l'inefficacia del contratto dichiarato dalle parti "derivato", in quanto nullo per difetto di causa (21).

Senonché, nel caso D si è semplicemente ritenuto che il concreto contratto venuto in considerazione, che le parti avevano qualificato come derivato, in realtà non realizzava la funzione aleatoria astratta e tipica (non importa quanto legalmente e quanto solo socialmente) dei contratti derivati, perché si è ritenuto che quel concreto contratto avesse la funzione di assicurare al cliente, tramite l'*up front*, la copertura della perdita accumulata con un precedente contratto derivato (che, quindi, era stato "rinegoziato"), e alla controparte quantomeno il recupero, non aleatorio ma certo, dell'*up front*.

Si poneva, quindi, unicamente una questione di (consapevole o meno) falsa qualificazione del contratto ad opera delle parti, da risolversi con una diversa qualificazione giudiziale: una volta accertato che il concreto contratto, nonostante il nome datogli dalle parti, non fosse un contratto derivato, bisognava assegnargli la corretta qualificazione per sottoporlo alla disciplina imposta da detta qualificazione, che nel caso di specie era probabilmente quella di contratto di mutuo (22).

In sostanza, in questo caso a mancare era la causa intesa nel senso di *concreta realizzabilità della funzione astratta* (c.d. funzione economico-sociale, causa astratta o in astratto) *dichiarata* di un contratto (derivato: scambio di promesse di pagamento aleatorie aventi certe caratteristiche (23)); mancanza da cui consegue non già la nullità del contratto bensì la concreta realizzazione della funzione astratta di un altro contratto (mutuo: concessione in godimento di cose consumabili o indeterminate), quello effettivamente voluto dai contraenti, alla cui disciplina il concreto contratto va sottoposto (certo si può anche dire che l'atto, nullo come contratto derivato, sia valido come contratto di mutuo: purché sia chiaro che ciò non avviene per effetto di una conversione ai sensi dell'art. 1424 c.c.).

6. Merita un accenno un altro profilo di rilevanza dei rapporti tra causa e contratti derivati, che attiene alla causa intesa quale *funzione concreta*, così come in relazione al problema della presenza di causa illecita, ma stavolta in relazione al problema della presenza di causa immeritevole di tutela (art. 1322, comma 2º, c.c.).

Esigere che un contratto abbia una funzione meritevole di tutela significa pretendere che il contratto non solo sia *non dannoso* per l'ordinamento, cioè non illecito, ma sia anche *utile* all'ordinamento, cioè non risponda a un interesse futile o capriccioso del creditore (24).

È ormai pacifico, sia in dottrina (25), sia in giurisprudenza (26), che l'ordinamento italiano non abbia questa pretesa, sia perché si tratta di una pretesa illiberale, in quanto frutto di una distorta, dirigistica visione del rapporto tra cittadino e Stato (per cui tutti i cittadini devono contribuire al progresso dello Stato e non devono disperdere le risorse della giustizia con liti bagatellari); sia in quanto si tratta di una pretesa illogica (in un contratto a prestazioni corrispettive, se può essere futile l'interesse del creditore di una prestazione di fare, non può mai considerarsi futile l'interesse del creditore della controprestazione di dare denaro, eppure la logica dell'immeritevolezza fa caducare l'intero contratto, anche per la parte in cui soddisfa l'interesse tutt'altro che futile a ricevere denaro); sia in quanto si tratta di una pretesa che si risolve sempre in quella di non illiceità (27).

Ciò sempre che vengano in considerazione — come vengono in considerazione per i contratti derivati — effetti obbligatori, perché in caso contrario la pretesa di meritevolezza (peraltro non dell'interesse del creditore, bensì dell'interesse dell'*alienante/costituente*) è legittima, logica e concettualmente autonoma, in quanto si spiega con l'incidenza che la produzione di effetti reali ha sulla circolazione dei beni (v. infatti l'art. 2645-ter c.c.); e sempre che l'immeritevolezza (peraltro nel senso di mancanza di utilità *oggettivamente* e non *socialmente* apprezzabile) non determini essa stessa illiceità (ma un conto è il contratto illecito *perché* immeritevole, un conto è il contratto *non* illecito *ma* immeritevole) (28).

Ad ogni modo, la giurisprudenza in tema di causa e contratti derivati contiene alcuni riferimenti alla meritevolezza di tutela; ma si tratta di affermazioni incidentali.

In particolare, si parla di meritevolezza nella decisione relativa al caso A (29), là dove la soluzione, però, non è stata trovata in termini di presenza di un interesse futile, bensì in termini di assenza di causa (v. sopra, § 2). Inoltre, si parla di meritevolezza nella decisione relativa al caso B.2 (30), là dove la soluzione, però, ancora una volta non è stata trovata in termini di presenza di un interesse futile, bensì in termini di assenza di causa (v. sopra, § 3).

7. L'ultimo profilo di rilevanza dei rapporti tra causa e contratti derivati attiene alla causa intesa quale *rapporto fondamentale* dell'atto: ciò in quanto una dottrina (31) considera astratti i contratti derivati; là dove per astrazione si intende, tecnicamente, l'insensibilità dell'atto ai vizi del suo rapporto fondamentale.

Per la verità, non dovrebbero esserci dubbi circa il fatto che i contratti derivati, in quanto implicano promesse non cambiarie, sono connotati da causalità anziché da astrattezza.

Questa affermazione significa che il rapporto fondamentale della promessa della banca, da un lato, e del cliente, dall'altro, è un particolare contratto di scambio aleatorio, i cui vizi si riflettono sull'efficacia delle promesse: banalmente, se il contratto di scambio aleatorio è illecito perché stipulato in violazione della norma imperativa in tema di contraente pubblico (v. sopra, § 4), sia la banca che il cliente possono rifiutarsi di eseguire le loro promesse sollevando l'eccezione di nullità.

Verosimilmente, chi parla di astrattezza considera rapporto fondamentale delle promesse di pagamento delle parti non già il contratto (derivato) con il quale queste si sono scambiate i rischi, bensì il contratto che eventualmente riceva copertura dal contratto derivato (se questo è conservativo).

Senonché, il contratto che riceva copertura dal contratto derivato non è il rapporto fondamentale di questo: è un ("il") contratto collegato al contratto derivato (v. § 2); tra i due corre lo stesso rapporto che corre tra un qualsiasi contratto e un contratto di assicurazione stipulato al fine di coprire i rischi che da esso possono sorgere, e i cui vizi sono irrilevanti nella misura in cui essi stessi integrino il rischio che si è voluto coprire. Il che non vuol dire che ricorra astrattezza, almeno in senso proprio. Mentre, se si tratta di un contratto derivato speculativo, non c'è semplicemente irrilevanza dei vizi del contratto collegato ma c'è assoluta mancanza di collegamento, non comunque astrattezza.

8. In conclusione, i contratti derivati possono essere fonte e occasione di danni o possono essere afflitti da molteplici patologie (inadempimento, mancato avveramento di condizione, vizi della volontà e, perché no, lesione), ma è alquanto opinabile che tra queste siano annoverabili vizi della causa, in qualsiasi accezione si intenda questa (funzione concreta; concreta realizzabilità della funzione astratta

voluta o dichiarata; concreta realizzabilità della funzione non liberale; rapporto fondamentale), tali da portare alla nullità.

Note:

(*) Ringrazio l'amico avvocato Luca Gandolfi, consulente legale per Banca Akross.p.a., senza che ciò comporti riferibilità a detto istituto delle opinioni di seguito espresse.

(1) La nozione di contratti derivati può darsi ormai per acquisita, anche grazie ai significativi contributi dottrinali intervenuti in materia: v. da ultimo E. Barcellona, *Strumenti finanziari derivati: significato normativo di una « definizione »*, in questa Rivista, 2012, I, 541-567.

(2) Per la nozione di causa, nelle accezioni che si vedranno, si rinvia a Rocchio, *Causa ed efficacia dell'atto*, Milano, 2012.

(3) Trib. Lucera, 26 luglio 2012 (ne dà notizia Plus 24, *Il Sole 24 ore*, 15 settembre 2012, 13) e Trib. Lucera, 26 aprile 2012 in www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/7684.php (seconda pronuncia: « È pacifica l'esistenza di un collegamento negoziale tra contratti di finanziamento e contratti di interest rate swap stipulati con funzione di copertura del rischio di oscillazione dei tassi di interesse, con la conseguenza che devono ritenersi privi di causa i contratti di copertura collegati ad operazioni di finanziamento che non hanno avuto luogo »).

(4) Così Navarretta, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, 293-301.

(5) Trib. Orvieto, 12 aprile 2012, in questa Rivista, 2012, II, 700-707, con nota redazionale di Minneci.

(6) Trib. Monza, 17 luglio 2012, in www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/7771.php (« L'IRS in esame [...] è connotato dalla previsione, a carico della cliente, di tassi d'interesse fissi crescenti di anno in anno in misura prestabilita e tale da rendere residuale l'ipotesi di un loro superamento da parte del tasso variabile dell'Euribor a tre mesi posto a carico della Banca, con un preordinato squilibrio del contratto a detrimento della prima e a tutto vantaggio della seconda »).

(7) V. altresì Cass., 2 dicembre 1993, n. 11924, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 74 ss., con nota di Tusset, *Sulla causa e prova della scommessa, che ha ritenuto nulla una scommessa su corsa di cavalli a risultato ormai noto*.

(8) Così Trib. Milano, 8 febbraio 2012, in www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/6955.php (« È infondata la pretesa invalidità dei contratti derivati per asserito "squilibrio delle obbligazioni assunte dalle parti" (che non può ritenersi dimostrato dalle perdite subite dai contratti) stante l'aleatorietà dei contratti stessi (i cui effetti sono legati all'andamento del mercato) »); e Trib. Milano, 19 aprile 2011, in questa Rivista, 2011, II, 748, con nota di Girino, *Sviluppi giurisprudenziali in materia di derivati over the counter, il quale sembra propendere per la nullità anche in caso di assunzione di un rischio minimo da parte di un contraente (« Analoga conclusione [...] dovrebbe predicarsi anche là dove lo sbilanciamento geneticamente introdotto nel contratto non sia tale da annullare completamente il rischio per una parte, ma da squilibrarne comunque la portata facendo sì che il differenziale si formi sicuramente in termini più favorevoli ad una parte di quelli in cui potrebbe formarsi in vantaggio dell'altra »)*.

(9) Trib. Milano, 14 aprile 2011, in questa Rivista, 2012, II, 385 e 402-406. Il provvedimento è pubblicato anche in *Giur. comm.*, 2012, II, 449-453 (con data 6 aprile 2011 e con indicazione di diverso estensore), con nota di Caputo Nasseti, *Il grande equivoco della valutazione dei contratti di swap, alla quale si rimanda per le citazioni della dottrina in materia e per la definizione delle fattispecie in esame*.

(10) Cass., 12 ottobre 2005, n. 19763; Cass., 9 gennaio 1999, n. 117, in *Giur. it.*, 1999, 1360, con nota redazionale di Bergamo; Cass., 19 febbraio 1997, n. 1516; Cass., 15 maggio 1996, n. 4503, in *Contr.*, 1996, 473 ss.; Cass., 12 gennaio 1995, n. 367, *ivi*, 1995, 388, con nota di Feola, *Nullità della rendita vitalizia per difetto di alea*.

(11) Cfr. Breccia, *Causa*, in *Il contratto in generale*, III, a cura di Alpa, Breccia e Liserre, in *Trattato Bessone*, XIII, Torino, 1999, 14 s. (« Un altro caso esemplare si riferisce al vitalizio con persona molto anziana e malata che abbia ormai, come ben sanno i poco generosi avvoltoi, pochissime aspettative di vita. Si ha in tal caso un approfittamento innegabile ») ed Navarretta, sub art. 1343, in *Commentario del Codice Civile*, diretto da E. Gabrielli, *Dei contratti in generale*, a cura di Navarretta-Orestano, artt. 1321-1349, Torino, 2011, 625 s. (che richiama l'opinione di Breccia). Per la manualistica v. *Torrente-Schlesinger, Manuale di diritto privato*²⁰, a cura di Anelli e Granelli, Milano, 2011, 777 (« L'alea è un requisito essenziale: se manca (per esempio, costituzione di usufrutto in corrispettivo di una rendita inferiore o equivalente al valore dei frutti del fondo: non c'è evidentemente nessun rischio per il

debitore di una rendita), il contratto è nullo »).

(12) V. Pothier, Trattato del contratto di vendita secondo le regole tanto del foro della coscienza quanto del foro civile (trad. it.)², Napoli, 1820, n. 615 (« Quando la rendita vitalizia sia ad un diprezzo eguale alla rendita del podere, la donazione a rendita vitalizia sarà una vera donazione; la rendita vitalizia sembrando essere piuttosto il prezzo del godimento del fondo che il donatore poteva riservarsi con la donazione, che il prezzo del podere medesimo »).

(13) Art. 1975 code civil: « Tout contrat de rende viagère créé sur la tête d'une personne qui était morte au jour ddu contrat, ne produit aucun effet, en est de même du contrat par lequel la rente a été crée sur la tête d'une personne atteinte de la maladie dont elle est décédée dans le vingti jours de la date du contrat ».

(14) Gorla, Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico. I – Lineamenti generali, Milano, 1955, 316 ss., 318, nota 2, 320, nota 6.

(15) Pino, Il difetto di alea nella costituzione di rendita vitalizia, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1960, 366.

(16) V. Breccia (nt. 11), 14 s. (« Si noti, nei giudici, la fusione tra un linguaggio sospetto — ingiustizia del contratto — un linguaggio meno consueto nelle aule dei tribunali — piano di ripartizione dei rischi del contratto — e infine un linguaggio tradizionale: presunzione che manchi la volontà dell'accordo »); Pino (nt. 15), 367 (« L'esistenza di una infermità grave potrebbe invece indicare l'errore nel quale il vitaliziato è incorso: il contratto allora potrebbe essere annullato, ma spetta a chi l'impugna dimostrare che il vitaliziato era in errore sul suo stato di salute e che la sua infermità era conosciuta o conoscibile alla controparte »).

(17) Trib. Milano, 14 aprile 2011 (nt. 9).

(18) Cfr. Caputo Nasseti (nt. 9), 469-474.

(19) Troppo spesso (v., da ultimo, Girolami, L'artificio della causa contractus, Padova, 2012) ci si dimentica che il concetto di funzione economico-individuale/causa concreta è stato elaborato solo con riferimento al problema della presenza di causa illecita (v. Gorla, In tema di causa e tipo nella teoria del negozio giuridico (a proposito di un recente libro), in Riv. trim. dir. proc. civ., 1967, 1497 ss.: il recente libro recensito è evidentemente quello di G.B. Ferri, Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico, Milano, 1966, nel quale è stato elaborato il concetto in questione), non con riferimento al problema della mancanza di causa, in relazione al quale è privo di senso: non è logicamente concepibile che a un contratto difetti la funzione concreta; mentre è possibile che la sua funzione concreta sia illecita (presenza di causa illecita: caso C) o che difetti la concreta realizzabilità della sua funzione astratta voluta (errore: forse caso A) o dichiarata (falsa qualificazione: caso D, su cui v. oltre, § 5) o la concreta realizzabilità della sua funzione non liberale (mancanza di causa: in relazione al caso B); tutti vizi della causa intesa quale rapporto fondamentale, che si ripercuotono sull'efficacia dell'atto se questo è causale anziché astratto (v. § 7). Peraltro, tutta l'elaborazione sull'abusato concetto di causa concreta, in relazione al problema della causa illecita, appare anche inutile: nessuno, a quanto consta, ha mai sostenuto assurdamente che il controllo di illiceità della causa vada compiuto in astratto (v. artt. 1344 e 1345 c.c., che impongono un controllo della causa concreta); neanche Betti, Teoria generale del negozio giuridico², in Trattato Vassalli, Torino, 1952, 396 (« La illiceità giuridica della causa è data propriamente dal fatto, ben possibile a verificarsi, che la determinazione causale di chi compie il negozio — in particolare il comune intento pratico dei contraenti, quando il negozio sia un contratto — è rivolta a un risultato pratico oggettivamente contrario a norme imperative di legge o all'ordine pubblico (articolo 1343 cod. civ.). La illiceità dello scopo pratico immediato, cioè dell'interesse concreto sottostante alla causa, si comunica a questa, si riverbera cioè su di essa e trasforma il negozio in uno strumento di fini antisociali, la cui attuazione è riprovata e combattuta dall'ordine giuridico »: corsivi aggiunti), il quale ha elaborato il concetto di funzione economico-sociale cui è stato contrapposto quello di funzione economico-individuale.

(20) Così Trib. Milano, 8 febbraio 2012, in www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/6955.php (« La originaria funzione di copertura perseguita dalle parti nella conclusione di un derivato consente di valutarne la coerenza con il rischio sottostante. Successive rimodulazioni del contratto tali da introdurre componenti speculative e di maggiore complessità non ne determinano la nullità per difetto di causa, attesa la liceità anche di derivati speculativi »). Contra Trib. Lucera, 26 aprile 2012 (nt. 3) (« I contratti derivati, stante il loro carattere di atipicità, possono essere accettati dall'ordinamento solamente se ritenuti meritevoli di tutela e, qualora si tratti di contratti di interest rate swap, solamente qualora siano stipulati con finalità di copertura di determinati rischi »).

(21) Trib. Bari, 15 luglio 2010, in questa Rivista, 2012, II, 386 e 406-410 (dove la decisione è pubblicata con la data del 15 luglio 2011, mentre con la data corretta si trova pubblicata sempre in questa Rivista, 2012, II, 781-784, con nota di Parziale, Interest Rate Swap: il valore della dichiarazione di operatore qualificato e la nullità per difetto di causa al vaglio delle corti pugliesi, nonché in www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/2360.php). Sia questo provvedimento, sia quello di Trib. Milano, 14 aprile 2011 (nt. 9), sono commentati da Maffei, Le stagioni dell'orrore in Europa: da Frankenstein ai derivati, in questa Rivista, 2012, I, 280-309.

(22) Cfr. Maffei (nt. 21), 291 s.

(23) E. Barcellona (nt. 1), 567: « i tratti tipologici essenziali degli « strumenti finanziari derivati » risultano essere essenzialmente i seguenti: a) monetizzazione di un rischio sulle basi [...] di una valutazione razionale; b) (tendenziale) estraneità del rischio alla sfera giuridica dei contraenti ». Trib. Torino, 13 giugno 2011, in www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/6122.php, ha ritenuto sussistente la causa intesa quale concreta realizzabilità della funzione astratta dichiarata dei contratti derivati, ossia ha semplicemente ritenuto corretta la qualificazione data dalle parti al contratto, pur avendo formalmente rigettato la domanda di nullità per difetto di causa che era stata formulata.

(24) Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice Civile, n. 603: « Se si traggono le logiche conseguenze dal principio corporativo che assoggetta la libertà del singolo all'interesse di tutti, si scorge che, in luogo del concetto individualistico di signoria della volontà, l'ordine nuovo deve accogliere quello più proprio di autonomia del volere. [...] l'ordine giuridico, infatti, non può apprestare protezione al mero capriccio individuale, ma a funzioni utili che abbiano rilevanza sociale, e, come tali, meritino di essere tutelate dal diritto. [...] senza una ragione socialmente plausibile, ma solo per soddisfare il capriccio o la vanità della controparte ».

(25) Così Messineo, Dottrina generale del contratto², Milano, 1946, 13; Gorla (nt. 14), 221; Gazzoni, Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi, in Riv. dir. civ., 1978, I, 72; Scognamiglio, Problemi della causa e del tipo, in Trattato del contratto, diretto da V. Roppo, II, Regolamento, a cura di G. Vettori, Milano, 2006, 86-209, 200-206; Sacco, voce Interesse meritevole di tutela, in Dig. Disc. Priv., Sez. Civ., Aggiornamento, ****, Torino, 2009, 318 ss.; G.B. Ferri, (da ultimo in) Motivi, presupposizione e l'idea di meritevolezza, in Eur. dir. priv., 2009, 372 ss.; Roppo, Il contratto², in Trattato Iudica-Zatti, Milano, 2011, 346. Contra la manualistica: Trimarchi, Istituzioni di diritto privato¹⁹, Milano, 2011, 196 e Torrente-Schlesinger, (nt. 11), 542. Per una completa rassegna delle opinioni sul punto v. Guarneri, Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto, in Riv. dir. civ., 1994, I, 799 ss. V. altresì Breccia (nt. 11), 89-111.

(26) V. Cass., sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947, in questa Rivista, 2010, II, 278, con nota di Barillà, Le Sezioni unite e il Garantievertrag un quarto di secolo dopo: una pronuncia "storica" fa chiarezza sui differenti modelli di garanzie bancarie autonome, che incidentalmente parla di « obsolescenza della matrice ideologica che [...] configurava [la causa] come strumento di controllo della [...] utilità sociale »); ciò, peraltro, solo a parole, perché nei fatti la motivazione di detta sentenza è infarcita di richiami all'art. 1322, comma 2°, c.c. In precedenza, sempre in via incidentale, si era espressa in questi termini Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in Giust. civ., 2007, I, 1985, con nota di Izzi, La causa del contratto come funzione economico-individuale.

(27) Nei casi in cui la giurisprudenza ha ritenuto un contratto immeritevole di tutela, si è trattato di contratti illeciti o comunque la giurisprudenza ha ragionato in termini di illiceità: v. App. Milano, 29 dicembre 1970, in Riv. dir. comm., 1971, II, 81 ss., con nota di G.B. Ferri, Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale, riformata da Cass., 3 luglio 1975, n. 2578, in Giur. it., 1976, I, 1, 770, in relazione alla quale v. Breccia (nt. 11), 97 s., nota 12 (« Si noti che il riferimento enfatico alla "tavola dei valori" richiama le clausole generali del tipo dell'ordine pubblico e, oltre a essere palesemente fuori tema, non sembra comportare valutazioni diverse dall'illiceità »); Cass., 6 luglio 1961, n. 1623, in Foro it., 1961, I, 1445 ss., in relazione alla quale v. sempre Breccia (nt. 11), 98, nota 12 (« siamo, come si vedrà, ancora in un'area contesa dal buon costume e dall'ordine pubblico »). Un caso in cui la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto nullo un patto perché immeritevole, senza che questo fosse al contempo illecito, è quello delle clausole di inversione del rischio nei contratti di leasing (Cass., 2 novembre 1998, n. 10926, in Foro it., 1998, I, 3081, con nota di G. Lener, Leasing, collegamento negoziale ed azione diretta dell'utilizzatore; Cass., 6 giugno 2002, n. 8222, in Danno e resp., 2002, 941, con nota di V.V. Cuocci, Leasing finanziario e vizi occulti della cosa; Cass., 1° ottobre 2004, n. 19657, in questa Rivista, 2005, II, 611, con nota di Prosperetti, Note in tema di tutela dell'utilizzatore rispetto ai vizi originari del

bene nel leasing finanziario; Cass., 29 settembre 2007, n. 20592). A parte il fatto che si tratta di un orientamento minoritario (contra infatti Cass., 5 settembre 2005, n. 17767; Cass., 30 giugno 1998, n. 6412, in Foro it., 1998, I, 3082, con nota di G. Lener, cit.; Cass., 2 agosto 1995, n. 8464, ivi, 1996, I, 164, con nota di G. Lener, Mancata consegna nel leasing, obbligo di buona fede e causa contrattuale; Cass., 21 giugno 1993, n. 6862, ivi, 1993, I, 2144, con nota di Mastroilli, Inadempimento del fornitore, rischio contrattuale, tutela dell'utilizzatore e di Caso, I meccanismi triangolari del "leasing alla francese": riflessi della risoluzione della vendita sul contratto di « crédit-bail ») e che l'immeritevolezza non è stata intesa nel senso della futilità dell'interesse perseguito, conta soprattutto l'evidente erroneità di questo orientamento, che giustifica la nullità delle clausole in questione con la contrarietà alla causa del contratto di leasing e al dovere di esecuzione secondo buona fede: là dove è chiaro che, per un verso, la violazione della buona fede non è (almeno di per sé) fonte di nullità; e, per un altro verso, la contrarietà alla causa di un contratto altro non è che la concreta irrealizzabilità della funzione astratta dichiarata di quel contratto, la cui conseguenza non è la nullità di quel contratto bensì la sua riquilificazione (è lo stesso errore commesso in relazione al caso D: v. sopra, § 5). Deve inoltre considerarsi Cass., 23 febbraio 2004, n. 3545, in Corr. giur., 2004, 892 ss., con nota di Pardolesi, Sull'efficacia dell'accordo (sportivo) dissimulato nell'ordinamento statale, che ha ritenuto nullo in quanto immeritevole di tutela un contratto stipulato in violazione di norme poste dall'ordinamento sportivo: in realtà si trattava di un contratto stipulato in violazione di norme poste dall'ordinamento statale con la l. 23 marzo 1981, n. 91, sicché la nullità derivava non dall'immeritevolezza di tutela bensì dalla contrarietà a norme imperative (v. Breccia (nt. 11), 99, nota 14). Prima dell'entrata in vigore della l. 23 marzo 1981, n. 91, si sono pronunciati per la nullità per immeritevolezza Cass., 5 gennaio 1994, n. 75, in Foro it., 1994, I, 413 ss., con nota di Pardolesi e Cass., 28 luglio 1981, n. 4845, in Giust. civ., 1982, I, 2411 ss., ma l'immeritevolezza non è stata intesa come futilità dell'interesse perseguito. Ha invece ritenuto immeritevole in quanto futile (« inconcludente superfetazione ») e quindi nullo per mancanza di causa un contratto preliminare di preliminare Cass., 2 aprile 2009, n. 8038, in Nuova giur. civ. comm., 2009, I, 998, con nota di Salvadori, La validità del c.d. preliminare di preliminare: una questione (non ancora) risolta, giustamente criticata da Breccia, sub art. 1325, in Commentario del Codice Civile, diretto da E. Gabrielli, Dei contratti in generale, a cura di Navarretta-Orestano, artt. 1321-1349, Torino, 2011, 251, nota 75 e comunque non in grado di costituire un valido precedente in quanto è fondata su un equivoco, dal momento che il caso sottoposto aveva ad oggetto una proposta irrevocabile di contratto preliminare e non un contratto preliminare di preliminare. L'opinione di parte della dottrina e della giurisprudenza di merito, circa la nullità per inutilità della fideiussione rilasciata dal socio di società di persone (in quanto già illimitatamente e solidalmente responsabile), è smentita da Cass., 12 dicembre 2007, n. 26012, in questa Rivista, 2008, II, 409, con nota di Barillà, Fideiussione prestata dal socio di società in nome collettivo per obbligazioni contratte dalle società: autonomia patrimoniale e rafforzamento delle garanzie dei creditori; anche se ciò non nel senso che pur se inutile qualsiasi contratto è valido, bensì nel senso che la fideiussione in questione ha comunque una sua utilità (quella di vincolare il socio anche dopo la cessazione del suo rapporto sociale e quella di esonerare il creditore dall'onere della preventiva escussione del patrimonio sociale).

(28) Cass., sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30055, in Giust. civ., 2009, I, 1873 e Cass., sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30057, ivi, 2009, I, 2131 hanno statuito rispettivamente che, in mancanza di un interesse oggettivamente apprezzabile diverso dal mero interesse a un risparmio fiscale, le operazioni di c.d. dividendwashing e di c.d. dividend stripping sono illecite per violazione dei principi di ordine pubblico di capacità contributiva e di progressività dell'imposizione (art. 53 Cost.). In precedenza si era formato un orientamento per cui la mancanza di un interesse delle parti oggettivamente apprezzabile rende i contratti che realizzano le operazioni in questione nulli non per illiceità della causa bensì per mancanza di causa (v. Cass., 25 ottobre 2005, n. 22932, in Fisco, 2006, 144): un orientamento che finiva per considerare l'utilità apprezzabile oggettivamente, e comunque non socialmente, quale presupposto di validità distinto dalla non illiceità. Altro caso è quello delle opzioni put con prezzo determinato "a consuntivo" (per questa espressione v. Delfini, Opzioni put con prezzo determinato "a consuntivo", arbitraggio della parte e nullità, in Giur. comm., 2012, II, 739), nulle per frode al divieto di patto leonino (art. 2265 c.c.) — e, quindi, per illiceità della causa (art. 1344 c.c.) — se non siano funzionali a interessi meritevoli di tutela e comunque connessi « al buon esito dell'andamento dell'impresa sociale » (Cass., 29 ottobre 1994, n. 8927, in Giur. comm., 1995, II, 478 e Trib. Milano, 30 dicembre 2011, ivi, 2012, II, 729, con nota di F. Delfini, cit.).

(29) Trib. Lucera, 26 aprile 2012 (nt. 3) (« del resto, come è stato perspicuamente osservato, in un'ottica di revisione dei concetti su esposti pure condivisa dalla più recente giurisprudenza di merito, i contratti derivati, stante la loro carattere di atipicità, possono essere accettati dall'ordinamento solo se sono meritevoli di tutela, e nella specie di I.R.S., solo il fatto che essi perseguano un obiettivo di riduzione dei rischi fa affermare la loro meritevolezza di tutela ed impedisce di ritenerli privi di causa »).

(30) Trib. Monza, 17 luglio 2012 (nt. 6) (« A seconda di come vengono strutturati, gli IRS possono essere utilizzati con finalità di copertura dei rischi legati alle variazioni dei tassi d'interesse (o di cambio), vale a dire con scopo di tipo "assicurativo" (c.d. hedging), senz'altro lecito e meritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322 c.c., o con finalità meramente speculative (c.d. trading) che, riducendo lo strumento ad una mera scommessa, danno luogo ad obbligazioni non azionabili ex art. 1933 c.c. »).

(31) Girino, I contratti derivati², Milano, 2010, 21 s., il quale per la verità preferisce parlare di astrazione pura, che poi sarebbe la disciplina dell'atto formale (come, storicamente, la stipulatio e la mancipatio prima che fosse introdotto il correttivo delle conditiones sine causa), non dell'atto astratto.

Utente: Universit  Milano - www.iusexplorer.it - 15.05.2014

  Copyright Giuffr  2014. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156