

# Cultura giuridica e diritto vivente

Rivista on line del Dipartimento di Giurisprudenza  
Università di Urbino Carlo Bo

## Materiali



### CONTRATTI DERIVATI *SWAP* SU TASSI DI INTERESSE E NULLITÀ PER MANCANZA DI CAUSA IN CONCRETO

Marica De Angelis

#### Abstract

[Interest rate swaps and nullity for lack of cause in concrete] The text provides for the examination of two emblematic law cases, in which nullity of interest rate swaps has been declared for lack of cause, as a result of the evolution of this legal institution in terms of concrete cause, more coherent and compatible with the fundamental principles that govern our system, based on an Italian-Community system of sources.

#### Key Words :

Swap, Nullity, Cause, Proportionality, Balance of Contractually Positions.

Vol. 1 (2014)





# Contratti derivati *swap* su tassi di interesse e nullità per mancanza di causa in concreto

Marica De Angelis\*

## 1. Premessa: il ruolo dei derivati nella crisi finanziaria

L'utilizzo dei derivati nelle transazioni finanziarie risale all'inizio degli anni'80; tuttavia tali contratti sono divenuti tristemente noti ai più soltanto con l'avvento della famigerata crisi dei mercati, sviluppatasi su scala mondiale a partire dal 2008 circa. Infatti, da quando è diventata di attualità, non vi è stata praticamente notizia relativa a tale crisi che non facesse riferimento alla negoziazione di questi prodotti finanziari: per lo più, le cronache riportavano casi di clienti (che si trattasse di imprese, enti pubblici o privati) che avevano subito gravi perdite (quando non si erano ridotti sul lastrico o falliti) dopo aver sottoscritto una serie di operazioni finanziarie che prevedevano il ricorso ai derivati medesimi. Dall'altra parte, gli intermediari (cioè, prevalentemente, le banche) registravano utili e guadagni a non finire.

L'allarme sociale creato dalla diffusione di notizie di tal genere ha indotto le competenti Autorità di vigilanza ad avviare una serie di ispezioni e controlli, al fine di verificare che, nella predisposizione o nella negoziazione dei derivati, non venissero perpetrati abusi, legati alla violazione della disciplina di settore (si pensi, in particolare, agli artt. 21 e ss. T.U.F. ed al regolamento Consob in materia di intermediari, n. 11522/98, all'epoca in vigore). All'esito degli accertamenti svolti, sono effettivamente emersi episodi di abuso della prestazione dei servizi di investimento, conseguenti alla violazione della sopra citata disciplina di settore, i quali, per l'elevato numero dei soggetti coinvolti e per i gravi danni provocati, hanno avuto una forte eco sui mezzi di comunicazione.

Tali incresciose vicende hanno tuttavia avuto il merito di promuovere una più ampia riflessione - che andava al di là della constatazione se fosse stata o meno violata una specifica norma - sulla natura e le origini degli strumenti giuridici utilizzati con tanta disinvoltura nel mercato finanziario.

*In primis*, si è riportata l'attenzione sulla circostanza, spesso trascurata, che i derivati vengono mutuati da ordinamenti stranieri e che pertanto essi possono presentare profili di incompatibilità con il diritto italiano, sia quando quest'ultimo venga individuato come quello destinato a regolare il rapporto tra le parti, sia che,

---

\* Marica De Angelis è dottore di ricerca in diritto civile e cultore della materia presso la cattedra di Istituzioni di diritto privato del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Urbino Carlo Bo.

semplicemente, si manifestino “interferenze” tra l’operazione economica posta in essere e l’ordinamento giuridico italiano<sup>1</sup>.

*In secundis*, nel dirimere le singole controversie in tema di derivati, che presentavano una serie di problemi giuridici ricorrenti, si è avvertita l’esigenza di affrontare in modo unitario tutti i vari aspetti afferenti la patologia del rapporto intermediario/cliente, al fine di scongiurare il pericolo, che sempre incombe sugli istituti che trovano una disciplina speciale nel diritto dell’economia<sup>2</sup>, di un approccio di natura squisitamente “settoriale”. Infatti l’ordinamento giuridico rappresenta un *corpus* unitario, fatto di principi e regole destinate ad applicarsi ad ogni singolo rapporto fonte di diritti ed obbligazioni; questo anche quando l’operazione economica sia venuta prima della sua disciplina giuridica.

## 2. Due casi giurisprudenziali emblematici

Negli ultimi anni, la casistica giurisprudenziale sugli *swap* e sui derivati in genere si è notevolmente accresciuta in conseguenza degli episodi di abuso della prestazione dei servizi di investimento, cui sopra si faceva riferimento.

Tra le primissime pronunce in materia, si segnalano due ordinanze di Tribunale<sup>3</sup>, entrambe del 2010, nelle quali si prospetta la possibile nullità dei contratti di *swap*, da cui sorgono le contestazioni su cui i Giudici di merito sono chiamati a pronunciarsi, invocando, in un caso, la mancanza di causa in concreto e, nell’altro, l’insussistenza della dichiarata finalità causale.

Tali casi vengono assunti come emblematici sia per le vicende di fatto da cui traggono origine, sia per le argomentazioni addotte dagli organi giudicanti, che rappresentano un chiaro esempio di come la patologia del rapporto intermediario/cliente possa essere risolta non limitandosi ad affrontare la questione nella riduttiva dimensione della disciplina di settore, ma attingendo alle risorse ed agli strumenti giuridici offerti dal nostro ordinamento, considerato nella sua unità e complessità.

Il provvedimento adottato dal Tribunale di Bari trae origine dalla domanda cautelare con cui un investitore, dopo aver stipulato una serie di contratti di *swap* su tassi di interessi (i cosiddetti “IRS”), chiede che all’istituto di credito convenuto sia fatto divieto di addebitare, sul conto corrente presso quest’ultimo intrattenuto, i ratei negativi dipendenti dai contratti. Il Tribunale adito accoglie il ricorso proposto, ritenendo che il contratto, o meglio, l’intera operazione posta in essere, sia nulla per mancanza di concreta causa giustificativa in quanto mero strumento di rinegoziazione del debito e non mezzo di copertura del rischio; dunque l’ordinanza emessa vieta ogni addebito sul conto corrente intrattenuto dal cliente-ricorrente con l’istituto di credito.

---

<sup>1</sup> Cfr. A. TUCCI, *La negoziazione degli strumenti finanziari derivati e il problema della causa del contratto*, in *Banca, Borsa, Titoli di credito*, 2013, p.71, che alla nota (8) richiama G. DE NOVA, *The law which governs this agreement is the law of the republic of Italy: il contratto alieno*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2007, p.7.

<sup>2</sup> Cfr. TUCCI, *op. cit.*, p. 72.

<sup>3</sup> Tribunale di Bari, ord., 15 luglio 2010; Tribunale di Pescara, 12 aprile 2010, in *I Contratti*, 2011, p. 244 ss., con note di G. OREFICE, *Operatore qualificato e nullità virtuale o per mancanza di causa*, p. 250 ss. e A. PISAPIA, *Rinegoziazione del contratto e nullità per mancanza di causa*, p. 260 ss.

Nel caso sottoposto al Tribunale di Pescara, invece, il Giudicante è chiamato a stabilire se il contratto di *swap* stipulato tra l'intermediario ed un ente territoriale (attore) possa essere dichiarato nullo, per il mancato rispetto della normativa in materia di enti territoriali, ed in particolare dell'art. 41 L. n. 448/2001 e del D.M. n. 389/2003, che contempla l'uso del derivato, da parte dell'ente pubblico, ai soli fini di contenimento dell'indebitamento e protezione dal rischio di rialzo dei tassi. Nella fattispecie in esame il Tribunale abruzzese ha ritenuto di dover disporre una c.t.u. tecnica volta a verificare, alla luce dei rilievi sollevati dall'attore, la eventuale insussistenza della dichiarata finalità causale dei derivati e la irragionevolezza del ricorso alla copertura tramite *swap*, prospettandosi, nel caso, una nullità per mancanza di causa del contratto posto in essere dalle parti.

## 2.1 La fattispecie all'esame del Tribunale di Bari: la c.d. ristrutturazione del debito

Il caso sottoposto al vaglio del Tribunale di Bari affronta più problematiche giuridiche e si riferisce ad una fattispecie concreta più complessa.

Si consenta a chi scrive di soprassedere, in questa sede, sull'esame della parte relativa alla contestazione della qualità di operatore qualificato in capo al soggetto ricorrente, nonché sulla nullità, dal medesimo allegata, dell'operazione finanziaria posta in essere per mancanza di forma scritta del contratto (aspetti tra loro strettamente collegati in quanto la forma scritta *ad substantiam* è richiesta soltanto quando l'operatore con cui viene stipulato il contratto non possa ritenersi "qualificato"), sussistendo già su tali temi una nutritissima letteratura e una copiosa giurisprudenza<sup>4</sup>.

Merita, invece, tutta l'attenzione dell'interprete il ragionamento che ha portato il Giudice del Tribunale pugliese ad accogliere il ricorso ritenendo provata la nullità del contratto di *swap* per difetto di causa ai sensi dell'art. 1325 c.c..

Occorre precisare che, nella fattispecie in esame,

“dopo la stipula del primo swap, risultato penalizzante per il cliente perché foriero di perdite, le parti successivamente ponevano in essere una pluralità di nuovi e distinti contratti derivati il cui scopo concreto, più che di fornire copertura, era quello di incorporare le perdite pregresse “ristrutturando”, in tal modo, il debito già contratto dal cliente con l'istituto di credito”<sup>5</sup>.

Il fenomeno della c.d. ristrutturazione del debito è proprio delle operazioni finanziarie basate sui derivati e consiste nella stipula, tra cliente e finanziaria, di un nuovo contratto con trasferimento sul medesimo del valore negativo di quello precedente al momento

---

<sup>4</sup> Per un approfondimento della questione si vedano i due commenti di G. OREFICE ed A. PISAPIA, *op. cit.*, rispettivamente alle pp. 253 e 262 con i richiami giurisprudenziali ivi contenuti; nonché E. GIRINO, *Contratti di swap: forma, autonomia e responsabilità*, in *I Contratti*, 2002, p. 33 ss; sul tema della nullità per mancanza di autorizzazione dell'intermediario finanziario si veda, invece, V. MARICONDA, *Intermediario finanziario non autorizzato e nullità del contratto di swap*, in *Il Corriere Giuridico*, 2001, p. 1066 ss.; E. SORCI, *Esercizio abusivo di attività finanziaria, invalidità dei contratti e riequilibrio patrimoniale dei rapporti tra le parti*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2004, p. 309.

<sup>5</sup> A. PISAPIA, *op. cit.*, p. 264.

della rimodulazione<sup>6</sup>. Il cliente, per la chiusura del primo contratto, sarebbe tenuto a pagare le passività accumulate, ma la banca, in sede di rinegoziazione, anticipa tale importo<sup>7</sup>, ponendo condizioni contrattuali più onerose a carico dell'investitore. In sostanza, quindi, il nuovo rapporto contrattuale che si viene a creare sorge già con un valore negativo per il cliente da recuperare. Ovviamente, in caso di ripetute ristrutturazioni del debito con successiva incorporazione delle passività del cliente nei nuovi contratti, diventa sempre più difficile per quest'ultimo, per non dire impossibile, ripianare la propria posizione debitoria.

Proprio sulla base di tali considerazioni, il Tribunale adito ha ritenuto lo *swap de quo ab origine* incapace di realizzare la propria funzione pratica di copertura del rischio originariamente convenuta tra le parti. Se infatti, in partenza, la funzione dello *swap* era quella di coprire il rischio relativo alla variazione del tasso di interesse del finanziamento sottostante collegato e che lo *swap* medesimo, mediante i flussi attivi verso il cliente, avrebbe dovuto neutralizzare, nella fattispecie concreta i contratti successivi al primo presentavano caratteristiche tali da renderli in pratica del tutto inidonei ed incompatibili alla funzione di copertura. Tali successivi contratti, infatti, sono stati stipulati al fine precipuo di incorporare perdite e costi pregressi, maturati a seguito dei derivati precedenti e posticipandoli sempre più nel tempo, finendo con il perseguire uno scopo assolutamente diverso, anzi antitetico, alla funzione protettiva e di copertura del rischio originariamente concordata tra le parti.

Conseguentemente il Tribunale ha ravvisato la sussistenza del *fumus boni iuris* allegato dal ricorrente, accogliendo l'argomentazione della nullità dell'intera operazione negoziale per difetto di causa, valorizzando la nozione di causa concreta, secondo cui l'interesse pratico, immediato e diretto che il contratto è volto a tutelare costituisce la giustificazione concreta dello stesso, e per ciò solo criterio di valutazione di ogni patologia contrattuale. Mancando siffatta funzione pratica, il contratto è nullo.

## 2.2 La pronuncia del Tribunale di Pescara: nullità virtuale e insussistenza della dichiarata finalità causale

Il Tribunale di Pescara segue un percorso argomentativo diverso, pur pervenendo sostanzialmente alle stesse conclusioni di quello barese. Il Giudice abruzzese è infatti chiamato a decidere sulla sussistenza o meno della nullità virtuale, allegata da parte attrice, in relazione alla dedotta violazione della normativa applicabile al caso di specie, ovvero, in particolare dell'art. 41, primo comma, della L. n. 448, 28 dicembre 2001, e del D.M. n. 389, 1 dicembre 2003, dal cui combinato disposto si ricava un vero e proprio divieto, per l'ente pubblico, di contrarre derivati se non per le finalità consentite di copertura del rischio connesso all'indebitamento.

La nullità virtuale, secondo le argomentazioni fornite dalla stessa pronuncia in esame, è quella derivante dalla contrarietà a norme imperative, "*salvo che la legge disponga diversamente*", come testualmente prevede il primo comma dell'art. 1418 c.c.. Essa si ricollega alla nozione di illegalità del contratto, intesa come violazione, da parte di questo, non di un precetto civile ma di una legge di altro sistema ordinamentale: ad

---

<sup>6</sup> Tecnicamente il trasferimento sul nuovo contratto delle passività relative al precedente prende il nome di *mark to market*.

<sup>7</sup> Il c.d. *up front*.

esempio la violazione di una norma penale o amministrativa nella stipula di un contratto. In questo senso si differenzia dalla illiceità del contratto, sanzionata dal secondo comma dell'art. 1418 c.c., che si risolve invece nella violazione di puntuali precetti civilistici.

“Chiarito che una cosa è il contratto nullo per illiceità della causa ed una cosa il contratto nullo per contrarietà a norme imperative, il contratto illecito (quello cioè con causa illecita) sarà certamente nullo ai sensi del comma 2 dell'art. 1418 c.c., mentre il contratto illegale (quello contrario a norme imperative ai sensi del comma 1) sarà nullo solo di regola, avendo il legislatore previsto quella valvola di salvataggio rappresentata dall'inciso -salvo che la legge disponga diversamente-”<sup>8</sup>.

Il Giudice abruzzese ha ben chiaro che il vero problema si pone tutto in via interpretativa, in quanto, se alla violazione della norma imperativa non segue esplicitamente la sanzione della nullità, ma una sanzione di tipo diverso, stabilita da altro settore dell'ordinamento (per ritornare all'esempio precedente, di natura penale o amministrativa) occorre accertare se, con l'irrogazione di tale diversa sanzione, tale norma imperativa esaurisca completamente l'aspetto di tutela e di ripristino dell'ordine pubblico violato o se, viceversa, richieda un *quid pluris* consistente, appunto, anche nell'ulteriore sanzione della nullità del contratto stipulato.

Tradizionalmente si esclude che norme imperative precettive o di configurazione possano determinare la nullità del contratto ai sensi del primo comma dell'art. 1418 c.c. poiché, non ponendo un divieto, non limitano la libera esplicazione dell'autonomia privata.

Tuttavia, qualora la norma inderogabile violata sia volta a tutelare interessi generali della collettività, se ne può dedurre, quale ulteriore conseguenza, la nullità del contratto<sup>9</sup>.

Nel prosieguo del suo ragionamento il giudice abruzzese afferma che:

“il dato dal quale muovere sia ... la verifica dell'assetto di interessi regolato dal legislatore tramite i precetti. L'atto di autonomia, cioè, non deve risolversi in una negazione di quegli interessi avuti di mira dal legislatore con l'imporre la regola proibitiva”.

Pur aderendo all'orientamento costante e consolidato della giurisprudenza di legittimità, secondo la quale la nullità virtuale non è mai deducibile dalla violazione di regole di comportamento, bensì soltanto dalla violazione di norme che incidano sul contenuto o sulla struttura del contratto<sup>10</sup>, nel caso di specie il Tribunale di Pescara ritiene almeno astrattamente ipotizzabile la nullità virtuale dedotta da parte attrice (demandando ad una c.t.u. tecnica la verifica della sussistenza degli elementi concreti), in quanto la norma imperativa violata, che impone espressamente all'ente pubblico di avvalersi dello *snaf* al

---

<sup>8</sup> Così testualmente la pronuncia in esame.

<sup>9</sup> Nel senso di riconoscere la sussistenza della nullità virtuale ogniqualvolta la norma imperativa violata sia posta a tutela non del singolo, bensì della collettività, si vedano: Cass., 6 aprile 2001, n. 5114, in *Il Corriere Giuridico*, 2001, p. 1062 ss. e la giurisprudenza ivi richiamata; con argomentazioni pressoché identiche Cass., 7 settembre 2001, n. 11495, in *I Contratti*, 2001, p. 26 ss.

<sup>10</sup> Le due importanti sentenze delle S. U. richiamate dalla pronuncia in esame sono: Cass., S. U., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, in *I Contratti*, 2008, p. 221, con nota di V. SANGIOVANNI, *Inosservanza delle norme di comportamento: la Cassazione esclude la nullità*. Sul punto invece la dottrina ha un approccio più elastico: a tal proposito si veda R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008, p. 187 ss..

fine esclusivo di coprire i rischi collegati all'indebitamento dell'ente stesso, tutela un interesse pubblico economico, che si ricollega anche ai principi costituzionali (art. 119 Cost.) e che dunque rappresenta non tanto un interesse – quello di contenimento dell'indebitamento – particolare dell'ente ma piuttosto della collettività.

In pratica il contratto stipulato dall'ente nel caso *de quo*

“non rispetta il limite normativo e si pone in contrasto con la finalità di contenimento dell'indebitamento e protezione dal rischio di rialzo dei tassi, condizioni al di fuori delle quali il contratto è vietato divenendo uno strumento meramente speculativo, che supera il rischio consentito dall'ordinamento in relazione alle finalità perseguite dall'ente pubblico. In sostanza, con il superamento del limite di legge l'indebitamento aumenta e la rischiosità è inaccettabile”<sup>11</sup>.

Il Giudice dispone quindi una c.t.u. che, tramite gli opportuni rilievi tecnici, verifichi la

“ eventuale insussistenza della dichiarata finalità causale dei derivati e la irragionevolezza del ricorso alla copertura tramite swap”<sup>12</sup>.

Pur ascrivendo la nullità del contratto alla violazione di una norma imperativa, il giudicante non può comunque prescindere da una valutazione, sia pure implicita, della causa in concreto, poiché alla fine è la “insussistenza della dichiarata finalità causale” a determinare la nullità del contratto stesso.

È chiaro che l'*iter* logico-argomentativo è totalmente diverso da quello che ha portato il giudice barese a pronunciarsi per la nullità del contratto per mancanza di causa concreta; tuttavia si vuol qui sottolineare che ogni valutazione che abbia ad oggetto un raffronto tra gli interessi posti in essere dalle parti con un contratto ed un precetto normativo, o meglio l'assetto di interessi regolati da un precetto normativo, implica una valutazione della funzione che il contratto è volto, nel caso di specie, a realizzare.

Tutt'altra questione è poi se, al di fuori dei precisi limiti posti ad un ente pubblico nella stipula dei derivati, la funzione speculativa dello *swap* possa considerarsi meritevole di tutela da parte dell'ordinamento e possa quindi costituire una causa in concreto valida per il contratto stesso<sup>13</sup>.

### 3. Derivati in generale e swap in particolare: definizione e finalità

Si è già posto in evidenza come gli *swap*, e più in generale i derivati, non traggano origine dal nostro ordinamento, anche se, in virtù della loro enorme diffusione sui mercati di

---

<sup>11</sup> Così testualmente la pronuncia in esame.

<sup>12</sup> Idem.

<sup>13</sup> Per un approfondito esame della questione si veda G. CAPALDO, *Profili civilistici del rischio finanziario e contratto di swap*, Milano, 1999, p. 112 ss..

In realtà nella prassi finanziaria il contratto di *swap*, e l'IRS in particolare, può assolvere anche a funzioni diverse da quelle di mera copertura del rischio; a tal proposito si suole distinguere tra *hedging* (copertura semplice), *trading* (funzione speculativa) ed *arbitrage* (funzione di sfruttamento tra le differenze esistenti sui prezzi del bene sottostante da cui dipende il derivato e sui relativi prezzi nei mercati derivati, con strategie prive di rischi), su cui si rimanda a G. OREFICE, *op. cit.*, p. 251.

capitali, oggi alcuni aspetti vengono disciplinati anche dalla normativa finanziaria italiana<sup>14</sup>.

In prima approssimazione, i derivati possono essere definiti come strumenti finanziari complessi che, come si evince dalla loro etimologia, non sono muniti di un proprio valore intrinseco, bensì derivano il loro valore da altri prodotti finanziari ovvero da beni reali alla cui variazione di prezzo essi sono agganciati: il titolo od il bene la cui quotazione imprime il valore al derivato assume il nome di sottostante<sup>15</sup>.

Astrattamente, i derivati possono assolvere sia ad una funzione protettiva (ossia di copertura) da uno specifico rischio di mercato, sia ad una finalità meramente speculativa<sup>16</sup>.

“Ogni derivato ha ad oggetto una previsione (o, se si vuole, una scommessa) sull'andamento futuro di un particolare indice di prezzo, come ad esempio quotazioni di titoli, tassi d'interesse, tassi di cambio tra valute diverse, prezzi di merci o materie prime, ecc. Una delle caratteristiche peculiari di tale strumento finanziario è quella di essere un titolo acquistabile sui mercati da un numero indefinito di scommettitori che non vantano alcun rapporto diretto con il titolo od il bene sottostante”, cioè che, detto altrimenti, “non sono direttamente coinvolti nell'operazione finanziaria dal cui andamento il prodotto derivato trae il suo valore. In pratica, è come se a mille persone fosse concesso di accendere una polizza assicurativa scommettendo sulla possibilità che un medesimo bene reale, di cui essi non sono titolari, vada in deperimento (per furto, incendio, ecc.)”<sup>17</sup>.

Dunque, nella prassi finanziaria chiunque è in condizione di comprare un derivato il cui valore legale è collegato al rischio di solvibilità di un altro soggetto (come il titolare di un prestito). In quest'ultimo caso, gli acquirenti di un derivato scelgono di scommettere sulla capacità del debitore di onorare quel determinato prestito; ne consegue che, se l'operazione sottostante va male per gli scommettitori, l'effetto di leva del derivato moltiplica il rischio finanziario fino a fargli assumere una portata sistemica, come in effetti è accaduto nel corso della grande crisi, di cui tuttora si pagano le conseguenze<sup>18</sup>.

Nella sua forma più elementare, lo *swap* è un contratto, appartenente alla categoria dei derivati, mediante il quale due soggetti si accordano per scambiarsi, per un certo periodo di tempo ed a scadenze definite, dei flussi di pagamento periodici, determinati sulla base di regole di calcolo predefinite. Le modalità di calcolo dei flussi, le

---

<sup>14</sup> Si veda in particolare il TUF (ovvero il D. Lgs. 24 febbraio 1998 n. 58), che sul sito ufficiale [www.consob.it](http://www.consob.it) è disponibile in versione aggiornata ed integrale insieme ai regolamenti Consob.

<sup>15</sup> La definizione è attinta da [www.derivati.info/cosasonoide derivati](http://www.derivati.info/cosasonoide derivati).

<sup>16</sup> Su tale aspetto ci si soffermerà più avanti. La diffidenza manifestata da dottrina e giurisprudenza per l'intento speculativo in quanto tale ha spesso portato a considerarlo un interesse eversivo rispetto al tipo *swap*, tale da determinarne l'assimilazione al gioco, con la conseguente applicazione della relativa disciplina (sull'argomento si veda ancora la CAPALDO, *op. cit.*, p. 108 ss.). Pronunce più risalenti nel tempo dei giudici di merito (su tutti la celebre ordinanza del Tribunale di Milano, 26 maggio 1994, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1995, p. 82 ss., con nota di A. PERRONE, *Contratti di swap con finalità speculative ed eccezioni di gioco*) hanno concretamente applicato a tali contratti l'eccezione di gioco di cui all'art. 1933 c.c. Tale filone giurisprudenziale è stato progressivamente abbandonato in quanto l'art. 23, comma 5, TUF, che prevede espressamente l'inapplicabilità per gli strumenti finanziari derivati del disposto di cui all'art. 1933 c.c., è stato ritenuto applicabile anche allo *swap* con finalità meramente speculativa.

<sup>17</sup> Così testualmente si legge in [www.derivati.info/cosasonoide derivati](http://www.derivati.info/cosasonoide derivati).

<sup>18</sup> Anche su tale aspetto si ritornerà più avanti; per una compiuta disamina sul punto si veda sempre in [www.derivati.info/cosasonoide derivati](http://www.derivati.info/cosasonoide derivati).

date a cui saranno scambiati, il capitale in base al quale sono calcolati e la scadenza vengono stabiliti al momento della stipula.

La tipologia più comune e più semplice è quella dell'*interest rate swap*, ove i flussi di pagamento da scambiare sono determinati in riferimento al tasso di interesse: in sostanza, con tale contratto due controparti si impegnano a scambiarsi flussi periodici di interessi calcolati in modo differente in riferimento ad uno stesso capitale nozionale.

A sua volta, la forma più semplice ed utilizzata di IRS è quella del *fixed to floating interest rate swap*: con questo contratto le due parti si scambiano flussi applicando al nozionale rispettivamente un tasso d'interesse fisso ed un tasso variabile rilevato sul mercato alle date di pagamento dei flussi. Lo *swap* consente quindi di trasformare una passività (o attività) a tasso fisso in una passività a tasso variabile e viceversa.

Per capire l'utilità pratica di questa operazione, basti pensare ad una piccola o media impresa che intenda realizzare nuovi investimenti: essa sicuramente preferirà indebitarsi a tasso fisso, in modo da conoscere in anticipo le uscite di cassa e poter con più tranquillità sviluppare i propri piani industriali. Tuttavia tali imprese solitamente incontrano difficoltà ad accedere a finanziamenti a tasso fisso; d'altronde, se optassero per un finanziamento a tasso variabile, in caso di rialzo improvviso dei tassi si esporrebbero ad uscite impreviste, con contraccolpi negativi sui propri conti.

Le banche, invece, solitamente hanno una serie di obblighi finanziari remunerati a tasso fisso (come le obbligazioni o i prodotti a capitale e rendimento garantito venduti ai propri clienti), mentre la maggior parte delle entrate è a tasso variabile: ad esempio i prestiti che le banche si concedono tra di loro sono indicizzati al *Libor*<sup>19</sup>, il che significa che, in caso di ribasso dei tassi, la banca dovrà continuare a pagare il tasso fisso, rimettendoci in quanto i flussi ottenuti a tasso variabile sono calati.

Per fare un esempio concreto, può ipotizzarsi che sia la banca sia l'impresa abbiano obblighi debitori per un milione di euro e che la banca sia costretta a pagare interessi fissi e l'impresa variabili. Le due potrebbero sottoscrivere un *interest rate swap*, con nozionale pari a un milione, in forza del quale la banca pagherebbe alla società il tasso variabile su questo capitale, ricevendone in cambio il tasso fisso.

La banca con il tasso fisso ricevuto potrebbe soddisfare i suoi obblighi nei confronti dei clienti, proteggendosi da eventuali cali dei tassi, mentre l'impresa avrebbe dei flussi variabili con cui far fronte alle sue uscite.

Questo tipo di operazioni consente alle imprese di annullare la propria sensibilità alle fluttuazioni dei tassi di interesse, anche se introduce il c.d. rischio di controparte, cioè il pericolo che l'altra parte sia inadempiente. Lo *spread* è la remunerazione del rischio creditizio della controparte: tornando all'esempio sopra citato, può ipotizzarsi che l'impresa abbia un minor merito creditizio della banca (ad esempio perché ha molti altri debiti o non ha entrate certe): in tal caso quest'ultima pretenderà di ricevere un interesse maggiore, per esempio il tasso fisso maggiorato di 25 o 50 punti base, o di pagare all'impresa un tasso variabile inferiore a quello di mercato<sup>20</sup>.

“L'idea che due investitori possano scambiarsi flussi finanziari incrociati per proteggersi dalla volatilità del mercato o per modificare la propria esposizione al

---

<sup>19</sup> Il *Libor* (precisamente, *London Interbank Offer Rate*) è il tasso d'interesse offerto dalle banche su depositi di altre banche, nei mercati delle Eurovalute.

<sup>20</sup> L'esempio è integralmente tratto da <http://www.borsaitaliana.it/notizie/sotto-la-lente/swap.htm>.

rischio si è comunque rapidamente diffusa e il versatile strumento dello swap è stato utilizzato per altre tipologie di contratti”<sup>21</sup>,

che qui di seguito brevemente si richiamano<sup>22</sup>:

- *currency swap*: è un derivato molto diffuso che prevede lo scambio di capitale e interessi espressi in una divisa contro capitale ed interessi espressi in un'altra (utilizzato da aziende che esportano e rischiano di rimettere somme consistenti sui pagamenti che attendono a causa delle fluttuazioni dei tassi di cambio); tale tipo di contratto consente inoltre di accedere indirettamente a mercati non facilmente o non efficientemente accessibili;
- *differential swap*: è un derivato dove un tasso di interesse variabile denominato nella valuta nazionale viene scambiato con un tasso variabile denominato in valuta estera, ma a differenza del *currency rate swap* entrambi i tassi vengono calcolati sullo stesso nozionale denominato in valuta nazionale. In questo caso il rischio di cambio riguarda una sola delle due parti;
- *basis swap*: è un contratto che prevede l'interscambio di due differenti tassi variabili ed è utilizzato soprattutto da banche, istituti di credito o società di factoring. Due tipi molto diffusi di *basis swap* sono: il *constant maturity swap*, il quale consente di permutare un tasso *Libor* con un tasso *swap*, ed il *constant treasury swap*, che consiste nello scambio del *Libor* con il tasso di un titolo di Stato (treasury);
- *equity swap*: è un contratto che consente di scambiare dividendi e guadagni in conto capitale su un indice azionario con un tasso fisso o variabile; è utilizzato soprattutto nell'industria del risparmio gestito, oltre che con finalità speculative.

Le tipologie testé descritte rappresentano soltanto le più standardizzate e diffuse tra quelle poste in essere nei mercati: lo *swap* infatti è uno strumento estremamente flessibile e con la volontà delle parti può essere adattato ad una molteplicità di situazioni e prevedere l'intreccio di flussi finanziari calcolati nei modi più svariati<sup>23</sup>. Tale flessibilità discende anche dal fatto che gli *swap* sono contratti negoziati su mercati *Over The Counter* (O.T.C.)<sup>24</sup>: non esistono, cioè, mercati ufficiali o regolamentati, per cui chi vuole stipulare uno *swap* è costretto a rivolgersi ad una banca o ad un'impresa di investimento autorizzata. Però la stessa “natura O.T.C.” dello *swap* ha una pesante contropartita negativa: essa infatti espone i contraenti al rischio di credito, ovvero, come si accennava prima, al fatto che la controparte si riveli inadempiente al momento del pagamento dei flussi.

#### 4. Distorsioni ed abusi nel ricorso allo swap: una soluzione giuridica da ricercare all'interno dell'ordinamento

---

<sup>21</sup> Così testualmente si legge in <http://www.borsaitaliana.it/notizie/sotto-la-lente/swapparteseconda.htm>.

<sup>22</sup> Le definizioni sono sempre attinte da <http://www.borsaitaliana.it/notizie/sotto-la-lente/swapparteseconda.htm>.

<sup>23</sup> Si veda, sia sotto il profilo della varietà del fenomeno, che sotto l'aspetto delle difficoltà ricostruttive del medesimo, G. CAPALDO, *op. cit.*, in particolare p. 33 ss..

<sup>24</sup> Precisamente, mercati non regolamentati.

All'indomani dello scoppio della bolla finanziaria, i principali attori della finanza internazionale si sono avvalsi dei derivati, e degli *swap* in particolare, per scaricare le conseguenze della crisi sulle imprese e sugli enti pubblici: quindi, in definitiva, sui settori produttivi dell'economia reale e sulla stessa collettività. Ciò è stato reso possibile dal fatto che nei rapporti tra banche e clienti (imprese, enti pubblici, ma anche privati sottoscrittori di mutui) gli *swap*, il cui utilizzo si è massicciamente diffuso negli ultimi anni, sono quasi sempre stati presentati come utili strumenti di copertura dai rischi di mercato, anche quando, in realtà, per le particolari caratteristiche con cui venivano posti in essere, finivano per realizzare una funzione solo speculativa (che di per sé, lo si rammenta, non è vietata dal nostro ordinamento). A favorire tale circostanza è stata la negoziazione degli *swap* su mercati O.T.C., il che ha consentito alle banche, in molti casi, di vendere ai loro clienti prodotti derivati privi degli elementi standard che di solito vengono determinati dalle autorità di mercato, con ampio margine nel definire unilateralmente ed autonomamente elementi quali il sottostante, il moltiplicatore in euro, le scadenze di negoziazione, il movimento minimo di prezzo, ecc..

In un contesto simile molti clienti, sia pubblici che privati, essendo sprovvisti della competenza tecnica necessaria per compiere operazioni di tale complessità, ma soprattutto per comprenderne appieno la reale portata, hanno inconsapevolmente sottoscritto dei derivati dannosi per il proprio equilibrio finanziario, in quanto privi della giusta corrispondenza tra la struttura del prodotto e le finalità che con esso si intendevano raggiungere.

#### 4.1 Un modello che si ripete

Nei casi che sono venuti alla ribalta della cronaca giudiziaria, è possibile individuare una serie di elementi ricorrenti, che, sia pure con talune variazioni, si ripetono in vicende differenti tra loro, quanto meno in apparenza.

Nella nostra realtà economica, costituita per lo più di piccoli investitori, generalmente i contratti di *swap* sono stati stipulati, su suggerimento di istituti di credito o finanziarie, per coprire i rischi di eccessivi rialzi dei tassi sui mutui per la prima casa (laddove sottoscritti da privati) o per ridurre la rischiosità dei *leasing* o dei contratti di finanziamento (se stipulati da imprenditori), o ancora, per contenere i rischi derivanti dall'indebitamento (ove sottoscritti da enti pubblici).

In tutti questi casi, lo *swap* viene comunque sottoscritto con dichiarate finalità di copertura: senonché il derivato non sempre risulta "calibrato" sui parametri del sottostante, in termini di nozionale, scadenza ecc., ma semplicemente si presenta "speculare" sotto il profilo del parametro applicato al cliente (sia esso tasso di interesse o valuta)<sup>25</sup>,

“nel senso che i flussi di pagamento periodici che il cliente si impegna a corrispondere all'intermediario risultano determinati applicando al nozionale un parametro speculare, rispetto a quello dell'indebitamento sottostante (i.e., fisso/variabile, euro/diversa valuta)”<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> In tal senso cfr., pressoché pedissequamente, A. TUCCI, *op. cit.*, p. 81.

<sup>26</sup> Così testualmente A. TUCCI, *op. cit.*, p.81.

Come è noto, con la Comunicazione n. DI/99013791 del 26 febbraio 1999 la Consob ha chiarito che un'operazione di derivati può essere considerata di copertura soltanto quando: "a) sia esplicitamente posta in essere per ridurre la rischiosità di base; b) sia elevata la correlazione tra le caratteristiche tecnico-finanziarie (scadenza, tasso d'interesse, tipologia, ecc.) dell'oggetto della copertura e dello strumento finanziario utilizzato a tal fine; c) le condizioni di cui ai punti precedenti risultino documentate da evidenze interne degli intermediari e siano approvate, anche in via generale con riguardo ad operazioni aventi carattere ricorrente, dalla funzione di controllo interno".

Ed in effetti appare sensato, da un punto di vista logico prima ancora che giuridico, aspettarsi che un'operazione di copertura debba avere caratteristiche idonee a neutralizzare, o quanto meno attenuare, un rischio preesistente alla sua conclusione. Il che porterebbe ad escludere la funzione di copertura di un'operazione totalmente disallineata rispetto all'indebitamento sottostante o che, addirittura, non sia in alcun modo riconducibile ad un preesistente indebitamento. Parimenti, la presenza di leve finanziarie mal si concilia con la funzione di copertura, posto che viene a generare un rischio nuovo che può, paradossalmente, aggravare quello già esistente<sup>27</sup>.

Quando poi, nel successivo svolgimento dei rapporti, soprattutto a causa della forte instabilità che il mercato finanziario ha registrato negli ultimi anni, l'andamento dei "flussi" ha portato all'accumularsi di passività sempre più consistenti a carico dei clienti, questi ultimi si sono visti proporre, da parte della banca o dell'intermediario finanziario, la rinegoziazione della propria posizione contrattuale, con conseguente incorporazione delle perdite già accumulate in un nuovo contratto (c.d. ristrutturazione del debito)<sup>28</sup>.

Meccanismo, questo, suscettibile di ripetute e successive applicazioni, con l'effetto di continuare ad aumentare le passività del cliente, la cui immediata percezione, a causa della posticipazione dei pagamenti a carico di quest'ultimo, viene fortemente attenuata.

In sostanza il risparmiatore o piccolo imprenditore, che aveva sottoscritto lo *swap* per garantire la copertura di un rischio tutto sommato modesto, o di cui comunque aveva abbastanza chiara la portata, si è spesso ritrovato coinvolto in una operazione finanziaria molto più complessa, di cui sicuramente non è in grado di cogliere tutte le conseguenze di tipo economico.

Altrettanto sicuramente, tale operazione non è più in grado di realizzare quella funzione di copertura del rischio, che era il suo unico scopo. E, si badi, non si tratta di mero interesse soggettivo, come tale irrilevante sotto il profilo giuridico, ma di una vera e propria inidoneità dello strumento contrattuale utilizzato a realizzare la sua originaria funzione.

Tale nuovo contratto può, tutt'al più, quanto meno tentare di neutralizzare il pericolo di perdite future, mediante un'operazione che si rivela, però, chiaramente speculativa: la sua logica infatti non è :

“dissimile da quella che induce un giocatore a porre in essere una nuova scommessa”, al fine di vanificare l'esito negativo della prima, “talora amplificando il rischio, in virtù della previsione di leve finanziarie”. Il tutto ricorrendo ad “un meccanismo difficilmente controllabile da parte dell'incauto giocatore”<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> Cfr. in tal senso, quasi fedelmente, A. TUCCI, *op. cit.*, pp. 81-82.

<sup>28</sup> Altre volte è lo stesso cliente che prende l'iniziativa di una “rinegoziazione” ma solo formalmente.

<sup>29</sup> L'opinione è di A. TUCCI, *op. cit.*, p.82.

## 4.2 Rimedi

Il modello sopra descritto è sovente sfociato in un contenzioso giudiziario, dagli esiti incerti in quanto, formalmente, le operazioni negoziali poste in essere tra banca e cliente non erano, generalmente, di per sé illecite, e solo in un numero tutto sommato ristretto di casi si è verificato un vero e proprio abuso degli strumenti di investimento.

Nella maggioranza dei casi, si è invece registrata un'aporia tra la funzione dichiarata dello *swap*, ovvero quella di strumento di copertura del rischio, e la funzione per cui esso è stato di fatto utilizzato, ovvero quella di mezzo di copertura del debito, con conseguente aumento vertiginoso degli interessi passivi a carico del cliente bancario, con ulteriore ed evidentissima sproporzione tra le prestazioni contrattuali poste a carico di una parte rispetto all'altra.

Si è già avuto modo di precisare che tanto lo *swap* quanto, più in generale, i derivati, possono assolvere sia ad una funzione protettiva (ossia di copertura) da un rischio di mercato, sia ad una finalità meramente speculativa, e che quest'ultima non sia, di per sé, ritenuta illecita o comunque non meritevole di protezione da parte dell'ordinamento.

Occorre però distinguere tra astratto giudizio di meritevolezza di un dato modello di regolamentazione di interessi privati, da un lato, e valutazione concreta della meritevolezza di un determinato assetto di interessi, dall'altro: in altre parole, occorre distinguere tra *tipo* contrattuale, in forza del quale lo *swap* ha sempre e comunque una causa autonoma e meritevole, quand'anche di natura speculativa, e la *causa*, nella nuova accezione di *causa concreta* che si è venuta affermando nel nostro ordinamento, a partire da circa la metà degli anni 2000. Ed è proprio muovendo dalla constatazione che, nel suo effettivo svolgersi, lo *swap* non era in grado di realizzare concretamente gli interessi giuridici rilevanti di ambo le parti, che l'interprete è partito per individuare la soluzione giuridica più idonea a dirimere le controversie insorte.

Spunto iniziale è stato un profondo ripensamento del contratto in quanto tale, dovendosi dare atto che, attualmente, la disciplina generale delineata dal codice civile del 1942 non rappresenta più il diritto comune di riferimento nella regolamentazione dei rapporti fra privati, espressione del vecchio principio di eguaglianza formale, in quanto nuove logiche e nuovi principi, di ispirazione comunitaria, ne hanno ridefinito il carattere: proporzionalità, equilibrio delle posizioni contrattuali, ragionevolezza, tutela del contraente debole contribuiscono a delineare una concezione di contratto che è espressione del principio di uguaglianza sostanziale, il quale a sua volta trova fondamento nella Costituzione (art. 3), a dimostrazione di come, in concreto, i superiori principi dell'ordinamento, a livello costituzionale e comunitario, si saldino. A mutare radicalmente è l'idea di contratto, rispetto a quella che sta alla base dell'originaria previsione codicistica del 1942, ove esso veniva prefigurato come un "luogo" di confronto tra due o più parti tra loro pari, in grado di far valere le proprie posizioni in un contesto di libero esercizio dell'autonomia negoziale loro riconosciuta dall'ordinamento, secondo una concezione, per così dire, di "uguaglianza formale". Tale idea è stata progressivamente soppiantata dalla constatazione che, nella maggior parte delle contrattazioni normalmente concluse (e ciò è particolarmente vero nell'ambito finanziario), le parti coinvolte non si trovano in posizione di parità ma una di esse muove abitualmente da una condizione di svantaggio, dovuta ad asimmetrie informative o ad altre forme di malfunzionamento del mercato, comunque fattori estranei ed indipendenti dal contraente.

In pratica, come nel mercato non si realizzano quelle condizioni di concorrenza perfetta teorizzate dal pensiero economico classico liberista, all'interno del contratto non si realizza quell'uguaglianza, che costituiva il presupposto del normale esercizio dell'autonomia negoziale così come concepita nel sistema codicistico del 1942.

Ciò ha reso necessaria una serie di interventi volti a rimuovere, parallelamente sia in ambito economico sia in ambito giuridico, gli ostacoli che impediscono la realizzazione di quell'uguaglianza sostanziale cui, secondo la prospettiva (integrata) costituzionale e comunitaria, l'ordinamento complessivamente inteso deve tendere.

In ambito economico, si collocano gli interventi diretti a garantire (o perlomeno a tentare di) i meccanismi della libera concorrenza, ogniqualvolta questi possano essere ostacolati da intese, abuso di posizioni dominanti o dagli altri comportamenti scorretti individuati dalla legge n. 287 del 1990 (con cui sono state recepite delle direttive comunitarie); in ambito giuridico, in una prospettiva interna al contratto, si situano gli interventi volti ad assicurare, tramite la tutela del consumatore prima, e del contraente debole poi, la possibilità che attraverso il contratto si realizzi un equilibrio sostanziale.

Tale possibilità può e deve essere garantita non solo dalla previsione di norme specifiche in tal senso, ma anche dal corretto utilizzo degli strumenti giuridici già presenti nell'ordinamento, i quali, pur rimanendo formalmente invariati, si trasformano, nella loro interpretazione e concezione, per armonizzarsi con i nuovi principi e le nuove finalità espresse dal sistema integrato delle fonti italo-comunitario.

Proprio attraverso la rilettura/rivisitazione degli strumenti giuridici tradizionali - ovvero già presenti nel nostro ordinamento a far data dal 1942 (anno di emanazione del codice civile) - alla luce del sistema italo-comunitario delle fonti e dei suoi principi ispiratori, è stato possibile pervenire alla soluzione, che qui si ritiene di accogliere e che trova riscontro nella giurisprudenza sopra esaminata: ovvero quella di valutare non solo la liceità, ma anche la meritevolezza del contratto, in base all'individuazione della sua causa concreta, secondo la celeberrima definizione datane dalla Corte di Cassazione con l'altrettanto celebre sentenza n. 10490 dell'8 maggio 2006<sup>30</sup>:

“sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare (al di là del modello, anche tipico, adoperato). Sintesi (e dunque ragion concreta) della dinamica contrattuale, (...) e non anche della volontà delle parti”.

La causa, così tratteggiata, rimane comunque iscritta nella dimensione funzionale dell'atto, ma da intendersi quale funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto. Lo stesso concetto di funzione economico sociale del negozio viene così rivisitato in chiave evolutiva, distaccandosi dalla cristallizzazione normativa dei vari tipi contrattuali, per

---

<sup>30</sup> In *I Contratti*, 2007, p. 621 ss., con nota di F. RIMOLDI, *La causa quale ragione in concreto del singolo contratto*, p. 624 ss.; in *Notariato*, 2007, p. 180 ss., con nota di C. UNGARI TRANSATTI, *La Cassazione sposa la teoria della causa in concreto del contratto*, p.184 ss.; in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2007, p. 301 ss., con nota di M. CUCCOVILLO, *La nullità del contratto d'opera per difetto di causa*, p. 303 ss.; in *Il Corriere Giuridico*, 2006, p. 1718, con nota di F. ROLFI, *La causa come "funzione economico sociale": tramonto di un idolum tribus?*, p. 1720 ss..

“cogliere l’uso che di ciascuno di essi hanno inteso compiere i contraenti adottando quella determinata, specifica (a suo modo unica) convenzione negoziale”<sup>31</sup>.

Tornando allo specifico oggetto della presente trattazione, è palese che tanto nei due casi giurisprudenziali esaminati sopra nel dettaglio, quanto nel modello ricorrente, parimenti sopra descritto, l’operazione finanziaria complessivamente realizzatasi tra cliente e banca assume caratteri eminentemente speculativi, a tutto interesse di una sola parte, e senza che l’altra abbia una piena contezza dello scollamento che si è verificato tra lo strumento utilizzato e la funzione della transazione effettivamente posta in essere. In siffatto contesto, il ricorso alla nullità del contratto per mancanza di causa in concreto diviene il mezzo attraverso il quale riportare al suo originario equilibrio, inteso come scambio di prestazioni che comportano vantaggi e sacrifici a carico di ciascuna parte, il rapporto contrattuale.

In sostanza, l’utilizzo di tale rimedio consente ai giudici di “fare giustizia” a vantaggio del contraente più debole.

E di “giustizia contrattuale”, di “governo giudiziario del contratto” si parla ormai, nel mondo del diritto, da diversi anni<sup>32</sup>, tenendo conto della tendenza, manifestata dal moderno legislatore, specie comunitario, ad introdurre sempre più di frequente normative di settore, volte a tutelare, in principio, il consumatore<sup>33</sup> e poi, più in generale, il c.d. “contraente debole”, quello che non ha forza contrattuale (e che pertanto “subisce” il ricorso a determinate tipologie contrattuali, spesso senza capirne pienamente la portata); tendenza assecondata anche da dottrina e giurisprudenza, tese nello sforzo di delineare una nuova concezione di contratto, ove l’autonomia privata non regna più (ormai già da tempo) sovrana, sostituita da un principio di generale rilevanza dell’equilibrio contrattuale, di “congruità dello scambio”. Si tratta di una problematica che supera i confini nazionali e che ha portato ad affermare che:

“le Corti di tutti i paesi hanno oggi una sorta di competenza generale di dichiarare inefficaci i contratti ... che determinano ... un notevole squilibrio tra i diritti e gli obblighi contrattuali”<sup>34</sup>.

### 4.3 L’influenza del diritto comunitario: i principi di proporzionalità ed equilibrio tra le prestazioni contrattuali

La nozione di causa concreta, come sopra configurata, si è consolidata in giurisprudenza soltanto in tempi relativamente recenti, ed in modo esplicito e senza ripensamenti soltanto a partire dalla citata sentenza dei giudici di legittimità, benché in dottrina vi fosse un fervente dibattito in proposito, e se ne parlasse già, sin dagli anni ’60<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> Così ancora, letteralmente Cass. Civ., 8 maggio 2006, n. 10490.

<sup>32</sup> Si veda, per un esame approfondito di tali tematiche, R. ROLLI, *op. cit.*, p. 145 ss..

<sup>33</sup> Basti pensare al codice del consumatore, alla normativa sulle clausole abusive, sulla pubblicità commerciale, sul credito al consumo ecc.

<sup>34</sup> H. KOTZ- S.PATTI, *Diritto europeo dei contratti*, Milano, 1996, p. 23.

<sup>35</sup> Ma leggendo tra le righe, al di là delle enunciazioni di principio e dell’ossequio agli insegnamenti tradizionali, gli interpreti più accorti hanno riscontrato che di fatto, negli ultimi decenni, in diverse sentenze la Suprema Corte ha utilizzato un concetto di causa molto più moderno ed “evoluto” di quello dichiarato, dimostrando, in realtà, non solo di aver seguito con profondo interesse il dibattito dottrinale ed il succedersi delle diverse posizioni sul tema, ma anche di aver tenuto in grande considerazione la più

In particolare, non pare estraneo a tale processo evolutivo l'affermarsi del principio di equilibrio delle posizioni contrattuali, il quale, a sua volta, ha avuto la conseguenza di favorire il riconoscimento di un rilievo più incisivo all'interesse, o all'assetto degli interessi concreti oggetto del regolamento negoziale<sup>36</sup>. Non sembra azzardato sostenere che l'evoluzione giurisprudenziale in tale direzione possa essere stata sollecitata e giustificata dall'influenza che il sistema comunitario, complessivamente inteso, ha esercitato e sta tutt'ora esercitando sul nostro ordinamento interno. L'influenza *de qua* non si manifesta soltanto, in maniera diretta, laddove siano presenti norme comunitarie e/o di derivazione comunitaria, che vanno ad integrare o modificare la preesistente normativa di origine interna, ma anche attraverso la penetrazione di principi, quali, oltre a quello di equilibrio delle posizioni contrattuali, quelli di proporzionalità e di tutela del contraente debole, i quali vanno ad incidere su istituti "tradizionali", mutandone la funzione e, soprattutto l'interpretazione.

In quest'ottica, la nozione di causa concreta appare, rispetto a quella tradizionale di funzione economico-sociale, molto più rispondente alla logica propria del diritto comunitario. Logica basata su di un approccio funzionale, rispetto a quello sistematico tipico dei codici<sup>37</sup>: ogni intervento comunitario mira infatti a raggiungere un fine

---

recente evoluzione cui la dottrina medesima è pervenuta. In sostanza, pur asserendo, formalmente, la propria adesione alla nozione tradizionale, nella sua applicazione pratica la Cassazione è talvolta ricorsa ad un concetto di causa che corrisponde all'elaborazione dottrinale di "causa in concreto". Come osservato acutamente da R. SACCO, R. SACCO- G. DE NOVA, *Il Contratto*, in *Trattato di Diritto Civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2004, p. 788, la giurisprudenza, nonostante le affermazioni di principio, è apparsa spesso "pienamente padrona di una tecnica che le consente di sbandierare in ogni occasione la definizione della causa come "funzione economico-sociale oggettivamente perseguita dal contratto" (...) ma di non farsene poi inceppare nel ragionamento che conduce alla soluzione operativa". Già in Cass., 11 gennaio 1973, n. 63, in *Giustizia Civile*, 1973, p. 603, pur muovendo dalla nozione astratta di causa "come funzione posta direttamente dalla norma per ciascun contratto tipico e presente pur nei contratti atipici attraverso il limite della rispondenza concreta ad una delle funzioni astrattamente degne di tutela secondo l'ordinamento", la Suprema Corte reclamava la necessità di un controllo sulla funzione concreta perseguita dalle parti, per verificare che rispondesse ad una di quelle astrattamente determinate, nel presupposto che, anche per i contratti tipici, sia concepibile l'illiceità della causa in concreto. Successivamente, i giudici di legittimità hanno più volte ricostruito l'elemento causale in termini di sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare, sintesi (e dunque ragione concreta) della dinamica contrattuale, soprattutto con riferimento a quelle fattispecie in cui la nozione oggettiva di causa dimostrava tutta la sua insufficienza. Così in tema di *sale & lease back*, al fine di stabilire se il contratto sia stato posto in essere per eludere il divieto di patto commissorio, con conseguente sanzione di nullità per frode alla legge, richiamano la nozione di causa nella sua accezione di concreta ragione giustificativa del negozio: Cass., 16 ottobre 1995, n. 10805, in *I Contratti*, 1996, p. 28; Cass., 7 maggio 1998, n. 4612, in *Il Corriere Giuridico*, 1998, p. 1039; più di recente: Cass., 29 marzo 2006, n. 7296, in *Massimario della Giurisprudenza Italiana*, 2006, p. 665; Cass., 14 marzo 2006, n. 5438, in *I Contratti*, 2007, p. 522, con nota di F. TOSCHI VESPASIANI, *Il lease back e il divieto di patto commissorio al vaglio della Suprema Corte*; Cass., 21 gennaio 2005, n. 1273, in *Repertorio Foro italiano*, 2005, p. 1011 e Cass., 1 agosto 2002, n. 11419, in *Notariato*, 2004, p. 492. Con riferimento al patto di non concorrenza si ricorda Cass., 6 agosto 1997, n. 7266, in *Foro italiano*, 1997, p. 3179. In materia di rendita vitalizia si vedano: Cass., 15 maggio 1996, n. 4503, in *I Contratti*, 1996, p. 1265; Cass., 9 novembre 1999, n. 117, in *Giurisprudenza Italiana*, 1999, p. 1360 e Cass., 19 febbraio 1997, n. 1516, in *Massimario della Giurisprudenza Italiana*, 1997. Sul contratto autonomo di garanzia: Cass., 6 ottobre 1989, n. 4006, in *Massimario della Giurisprudenza Italiana*, 1989.

<sup>36</sup> In tal senso L. FERRONI, *Il controllo di legittimità costituzionale e comunitaria, come tecnica di difesa (con specifico riferimento al profilo della tutela dei diritti)*, in AA.VV., *Il controllo di legittimità costituzionale e comunitaria come tecnica di difesa (Corte Costituzionale italiana e spagnola a confronto)*, a cura di L. Mezzasoma, V. Rizzo, L. Ruggieri, Napoli, 2010, p. 510.

<sup>37</sup> Il che, secondo S. PATTI, *Metodi e tendenze del diritto civile in Europa, in Europa e diritto privato*, 2011, p. 651, porta ad una "disgregazione degli ordinamenti nazionali, anche per il carattere "impressionistico" della produzione delle direttive".

concreto, imponendo al legislatore nazionale di realizzarlo ma lasciandogli ampia discrezionalità sui modi. Per certi versi non conta il singolo strumento giuridico adoperato, quanto piuttosto la sua idoneità a raggiungere l'obiettivo perseguito.

Oggi più che mai, pertanto, si richiede all'interprete italiano di fare buon uso degli strumenti giuridici che ha a disposizione, in una prospettiva di armonizzazione-integrazione del diritto privato in chiave comunitaria, proprio come è avvenuto con l'accoglimento della nozione di causa concreta, la quale, lungi dall'essere un elemento superfluo del contratto<sup>38</sup>, ne rappresenta piuttosto l'aspetto più qualificante, per la sua capacità di adeguarsi automaticamente ai nuovi significati che l'ordinamento attribuisce all'esercizio dell'autonomia privata. Proprio in questa prospettiva, la causa, nella sua accezione di causa concreta, può diventare un utile strumento di:

“controllo sostanziale del contratto per apprestare tutela al valore della giustizia contrattuale e per fornire un criterio di valutazione della congruenza del regolamento contrattuale”<sup>39</sup>.

Essa infatti permette di dare un giudizio sul merito degli interessi che non coincide con la valutazione di liceità, ma si presta a realizzare altri controlli sugli atti di autonomia contrattuale, in particolare a valutare la meritevolezza dell'interesse perseguito, anche rispetto ai contratti tipici. Alla luce delle considerazioni fin qui svolte, emerge che:

“è sempre più un dato della moderna esperienza giuridica la nuova funzione creativa del diritto demandata al giudice; (...) emerge, altresì, non solo una concezione del contratto sensibile al profilo della congruità dello scambio, ma anche un'idea di contratto sempre più flessibile, plasmabile, capace di recepire le evoluzioni in atto alla luce delle clausole generali”<sup>40</sup>.

Nel terzo millennio si apre, dunque, una nuova stagione per il contratto, chiamato a “reinventarsi” per rispondere alle sfide provenienti dal mondo della finanza con le sue forme di transazione atipiche, che necessitano di rielaborazione giuridica, al fine di assicurare comunque il rispetto delle regole e dei principi generali del nostro ordinamento, pur assecondando il naturale evolversi dei fenomeni economici in atto, affinché questi non vengano ostacolati, ma piuttosto indirizzati verso modelli che esprimano i valori propri della società in cui operano.

E se il contratto si dimostra, ancora una volta, “*il principale strumento per l'innovazione giuridica*”<sup>41</sup>, la causa nella sua nuova accezione si presta a divenire, grazie alla sua duttilità, quella clausola generale che consente, in concreto, di operare il processo di costante adeguamento del diritto alla realtà ed all'evolversi della società, uno degli “*organi respiratori*”<sup>42</sup> attraverso i quali, da un lato, i concetti generali dell'ordinamento assumono il nuovo significato attribuito loro dalla società civile e, dall'altro, i valori espressi dall'ordinamento medesimo vengono ribaditi e perpetuati.

---

<sup>38</sup> Cfr., in proposito, BRECCIA, *Morte e resurrezione della causa: la tutela*, in *Il contratto e le tutele, Prospettive di diritto europeo*, a cura di Mazzamuto, Torino, 2002, p. 241.

<sup>39</sup> C. M. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, Milano, 1991, p. 431 ss.

<sup>40</sup> R. ROLLI, *op. cit.*, p. 161.

<sup>41</sup> “*Il contratto è il principale strumento per l'innovazione giuridica*” secondo F. GALGANO, *Il contratto nella società post-industriale*, in AA. VV., *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi*, Padova, 1991, p. 343.

<sup>42</sup> F. MAROI, *In tema di illiceità nel contratto di lavoro*, in *Temi emiliana*, 1926, p. 165.

## 5. Appendice: recente giurisprudenza di merito in tema di nullità dei contratti di swap per mancanza di causa concreta

Le due ordinanze esaminate nel paragrafo 2) possono dirsi, a loro modo, emblematiche, in quanto, pur non potendosi considerare le prime in assoluto ad utilizzare la nozione di causa in concreto riferita ai contratti di *swap*, ne mostrano l'uso più ricorrente che ne è stato fatto in questi anni.

Alle pronunce sui ricorsi cautelari, promossi per impedire l'addebito delle passività nascenti da tali contratti sui conti dei clienti, si affiancano quelle relative agli enti pubblici che hanno sottoscritto gli *swap* al solo scopo di coprire i rischi collegati all'indebitamento: in entrambi i casi i giudici di merito hanno sempre, tendenzialmente, protetto l'interesse economico, pubblico o privato, posto a base dell'operazione, mostrando non solo di applicare la nozione di causa concreta (sia pure talvolta sottintendendola), ma anche di avere colto il significato di "giustizia contrattuale", come sopra intesa, e di averne tentato un'applicazione pratica. In particolare, alcuni tribunali di merito in pronunce precedenti a quelle esaminate avevano già dichiarato la nullità dei contratti di *swap*, adducendo la mancanza di causa (in particolare, la mancanza di una causa meritevole di tutela da parte dell'ordinamento).

Il Tribunale di Salerno<sup>43</sup> ha affermato che, nel caso in cui la banca e il cliente stipulino un contratto costituito dalla concessione di un finanziamento vincolato esclusivamente all'acquisto di particolari strumenti finanziari proposti dalla stessa banca, la causa del negozio – caratterizzato da operazioni finanziarie tra loro funzionalmente collegate – deve essere ricercata nel collegamento negoziale tra il finanziamento e la vendita di prodotti finanziari, così che nell'ipotesi in cui venga proposto un vantaggio certo a favore dell'intermediario e un'alea rilevante a carico del risparmiatore è possibile evocare la nozione di "contratto aleatorio unilaterale" non meritevole di tutela da parte dell'ordinamento. Infatti, in caso di alea unilaterale, l'interesse perseguito dalla banca, in sé legittimo (cioè il conseguimento di un beneficio economico), cessa di essere meritevole di tutela, perché sovrasta a tal punto l'interesse della controparte da eliminarlo *in toto*.

Alle stesse conclusioni è pervenuto il Tribunale di Brindisi<sup>44</sup> affermando che il contratto aleatorio unilaterale, nel quale l'alea è tutta concentrata nella sfera giuridica del risparmiatore, non è meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, poiché quest'ultimo non può ammettere la validità di contratti atipici che – lungi dal prevedere semplici modalità di differenziazione dei diversi profili di rischio – trasferisca piuttosto in capo ad una sola parte tutta l'alea derivante dal contratto, attribuendo invece alla controparte profili certi quanto alla redditività futura del proprio investimento.

Tali argomentazioni sono state fatte proprie anche dal Tribunale di Modena, il quale in un'ordinanza<sup>45</sup> stabilisce che, posto che il rischio connesso all'aleatorietà del contratto di *interest rate swap* deve essere a carico di entrambi i contraenti, può essere inibito alla banca su richiesta del cliente in via cautelare e urgente, l'addebito di somme derivanti dalle operazioni legate al detto contratto, allorché, nel caso specifico, sia *prima*

---

<sup>43</sup> Trib. Salerno, 12 aprile 2007, in *Giur. it.*, 2008, p. 134 ss..

<sup>44</sup> Trib. Brindisi, 8 luglio 2008, in *Banca, borsa titoli di credito*, 2010, p.353 ss..

<sup>45</sup> Trib. Modena, 23 dicembre 2011, in *I Contratti*, 2012, p. 130 ss., con nota di V. SANGIOVANNI, *Contratti di swap, alea unilaterale e interessi non meritevoli di tutela*.

*facie* evidente la sostanziale immunità dal rischio per un contraente (nella specie, la banca) e, al contrario, la notevole esposizione per l'altro (nella specie, il cliente).

Nell'attribuire rilevanza al collegamento negoziale, il Tribunale di Salerno<sup>46</sup> afferma che, se il contratto di *swap* assume esclusivamente funzione di copertura del rischio rispetto al mutuo erogato, in quanto diretto ad eliminare o quantomeno a ridurre le conseguenze negative derivanti da tassi variabili eccessivamente alti, e dunque deve ritenersi collegato ed accessorio al contratto di finanziamento, qualora le parti non abbiano dato attuazione al mutuo tale circostanza influirà anche sul contratto di *swap*, la cui funzione è venuta meno, non essendovi alcun adempimento da garantire o alcuna restituzione di importi mutuati.

Fra le pronunce aventi ad oggetto i contratti di *swap* sottoscritti da enti pubblici, si segnala una sentenza del Tribunale di Milano<sup>47</sup> nella quale, per la prima volta, si ricollega alla presenza negli *swap* di un valore iniziale negativo la conseguenza della nullità dello strumento finanziario per difetto di "causa concreta", in quanto tale valore negativo determina *tout court* la presenza di una funzione speculativa del contratto, a fronte di una causa contrattuale dichiarata di copertura dal rischio di rialzo dei tassi d'interesse. Nella fattispecie *de qua*, il Comune sottoscrittore ha eccepito che si trattasse di contratti c.d. *non par*, ovvero stipulati non a valore nullo ma a valore negativo per il Comune<sup>48</sup>, con la conseguenza che la loro funzione era quella speculativa. Poiché la c.t.u. ha confermato l'esistenza dei costi occulti nei contratti *de quibus*, il Tribunale milanese ne ha fatto discendere la qualifica di negozi *non par*, respingendo la tesi difensiva della banca, secondo la quale tali contratti sarebbero inesistenti (addirittura "utopistici"), ricordando che l'esistenza di tali contratti è espressamente prevista dall'Allegato 3 al Regolamento Consob 11522/1998<sup>49</sup>. La conclusione cui perviene il Tribunale adito è che la presenza di tali costi occulti<sup>50</sup>, in aggiunta al valore particolarmente alto delle commissioni applicate dalla banca (e che ha portato ad escludere che si trattasse di un corrispettivo a favore di quest'ultima), determina l'automatica speculatività dei contratti, in quanto la presenza di un valore di mercato negativo già in partenza è incompatibile con la funzione di mero ammortamento e ristrutturazione di mutui già esistenti gravanti sul Comune. Nella pronuncia *de qua* il Tribunale ha dichiarato la nullità radicale dei contratti per difetto di causa concreta, richiamando espressamente la definizione datane dalla Corte di Cassazione (Sezioni Unite, sentenza 18 marzo 2010, n. 6538<sup>51</sup>):

---

<sup>46</sup> Trib. Salerno, 21 giugno 2011, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)

<sup>47</sup> Trib. Milano, 14 aprile 2011, n. 5118, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)

<sup>48</sup> Per definizione, gli *swap* devono avere un valore nullo al momento della loro stipula, salvo poi acquisire un valore (positivo o negativo) in relazione all'andamento del mercato.

<sup>49</sup> "Alla stipula del contratto, il valore di uno *swap* è sempre nullo ma esso può assumere rapidamente un valore negativo (o positivo) a seconda di come si muove il parametro a cui è collegato il contratto".

<sup>50</sup> Tra l'altro, come rilevato dall'organo giudicante, in contrasto con la lettera g) dell'art. 61 del Regolamento Consob 11522/1998, nonché con l'art. 8 del contratto quadro stipulato tra le parti, in cui era specificato che nei singoli contratti avrebbero dovuto essere indicati gli oneri e le commissioni applicate al Comune.

<sup>51</sup> Cass., Sez. Un., 18 marzo 2010, n. 6538, in *I Contratti*, 2010, p. 1000, con nota di A. DI BIASE, *La rilevanza della "causa concreta" nella revocatoria fallimentare del pagamento del debito altrui*, p. 1007 ss.; in *Giurisprudenza Italiana*, ottobre 2010, p. 2080, con nota di M. SPIOTTA, *La causa concreta del pagamento da parte del fallito di un debito altrui*, p. 2081 ss.; in *Obbligazioni e Contratti*, 2012, p. 31, con nota di G. ANDREOTTI, *La causa concreta nel giudizio di onerosità e gratuità*, p. 35 ss.; commentata anche ne *Il Fallimento*, 2010, da G. MINUTOLI, *Onerosità e gratuità dell'adempimento del terzo, vantaggio compensativo e onere della prova*, p. 800 ss.; in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* 2010, p. 748, con nota di M. GIULIANO, *Adempimento di debito altrui: la causa concreta quale criterio di individuazione della gratuità od onerosità dell'atto*, p. 755 ss.

“scopo pratico del negozio, e cioè (...) sintesi degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato”.

Anche un Tribunale amministrativo<sup>52</sup> ha ritenuto legittimi i provvedimenti con i quali la P.A. provvede ad annullare, in via di autotutela, i propri atti di affidamento ad un intermediario finanziario di contratti derivati (*interest rate swap*) che si siano rivelati privi di convenienza a causa di una disparità tra le posizioni contrattuali iniziali che ha portato ad uno squilibrio a carico ed a sfavore della stazione appaltante. Detta situazione costituisce, infatti, violazione dell'art. 41, comma 2, della Legge n. 448 del 2001, in quanto con la stipula di tali negozi non è stato raggiunto l'obiettivo di assumere condizioni di rifinanziamento dei mutui contratti dopo il 31 dicembre 1996 mediante il collocamento di titoli obbligazionari, che consentano una riduzione del valore delle passività a carico dell'ente.

In una recente sentenza, il Tribunale di Orvieto<sup>53</sup> ha ritenuto che:

“la possibilità di ravvisare nello schema di base delle operazioni irs una causa in astratto - coincidente con lo scambio di flussi corrispondente al differenziale che, nel tempo di esecuzione del contratto, si determina tra due tassi di interessi differenti e predefiniti, applicati ad un capitale nozionale di riferimento - non preclude di verificare, con riguardo al contratto intervenuto tra le parti e considerato nella sua specifica conformazione, l'esistenza di una causa in concreto. Ne consegue che nell'ipotesi di contratto non par (ovvero non presentante, al tempo della sottoscrizione, un differenziale nullo), qualora la misura dell'up front non valga a ristabilire la condizione di parità tra le parti, l'operazione dovrà ritenersi affetta da squilibrio genetico e pertanto qualificarsi nulla per difetto di causa in concreto”.

Sentenze ancora più recenti hanno confermato l'ormai consolidato orientamento in tema di nullità dello *swap* per mancanza di causa concreta, qualora il contratto non assolva alla funzione di copertura, per cui era stato posto in essere. *Ex multis* si segnalano:

Appello Trento, 3 maggio 2013:

“è nullo per mancanza di causa concreta un IRS, sottoscritto da una società al fine di garantire una “copertura” dal rischio di aumento dell'euribor, qualora risulti in concreto inidoneo ad assolvere ad una effettiva funzione di copertura del rischio dedotto in contratto”;

Tribunale di Ravenna, 8 luglio 2013:

“va dichiarata la nullità per assenza di causa concreta dell'operazione di investimento posta in essere attraverso la sottoscrizione di contratti di interest rate swap tra loro collegati e strutturati in modo tale da non soddisfare la richiesta di copertura dell'investitore e da porre il rischio esclusivamente a suo carico”;

---

<sup>52</sup> T.A.R. Toscana, 11 novembre 2010, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)

<sup>53</sup> Trib. Orvieto, 12 aprile 2012, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

Appello Milano, 18 settembre 2013:

“perché l’alea, che costituisce l’oggetto del contratto, possa considerarsi “razionale” debbono essere definiti e conosciuti ex ante, con certezza, gli scenari probabilistici e delle conseguenze del verificarsi degli eventi. In sostanza, tutti gli elementi dell’alea e degli scenari che da essa derivano costituiscono ed integrano la causa stessa del contratto, perché appartengono alla “causa tipica” del negozio, indipendentemente dalle ricorrenti distinzioni tra scopo di copertura o speculativo. In difetto di tali elementi, il contratto deve ritenersi nullo per difetto di causa, (...) non essendo concepibile e non meritando (...) tutela un negozio caratterizzato dalla creazione di alee reciproche e bilaterali, la qualità e la quantità delle quali siano ignote ad uno dei contraenti ed estranee all’oggetto dell’accordo”;

Tribunale Torino, 17 gennaio 2014:

“è privo di causa in concreto il contratto di swap strutturato in modo tale che il cliente dell’istituto bancario ne possa difficilmente trarre beneficio perché le previsioni contrattuali in ordine all’andamento dei tassi di interesse non sono concretamente realizzabili”;

Appello Bologna, 11 marzo 2014:

“sono nulli i contratti di swap stipulati da enti pubblici qualora dai contratti stessi o dagli atti amministrativi presupposti non risulti che l’indebitamento in essi insito, implicito o prevedibile, sia stato contratto per “finanziare spese di investimento”, essendo questa l’unica modalità consentita dagli articoli 30, comma 15, della legge 289/2002 e 202 TUEL”;

Tribunale di Cosenza, 18 giugno 2014:

“tenendo presente che l’intermediario finanziario agisce in forza di mandato secondo canoni di trasparenza e nell’interesse del cliente (art. 21 TUF), qualora quest’ultimo non sia un operatore qualificato interessato all’utilizzo di strumenti speculativi, deve ritenersi affetto da vizio genetico di strutturazione e, quindi, privo di causa concreta, il prodotto finanziario che non assolva a funzioni di copertura del rischio e che, attraverso un livello di sofisticazione e di complessità del prodotto derivato che ne snatura la funzione di copertura, ponga interamente a carico del cliente l’alea ad esso connaturata”.

In tutte le citate pronunce, i giudici dimostrano di aver colto appieno le potenzialità di un’applicazione della nozione di causa concreta ai rapporti tra banche e clienti, a tutto favore di questi ultimi, in nome della realizzazione di un perduto equilibrio delle posizioni contrattuali.

# Cultura giuridica e diritto vivente

---

## Direttivo

Direzione scientifica

Direttore: Lanfranco Ferroni

Co-direttori: Giuseppe Giliberti, Luigi Mari, Lucio Monaco.

Direttore responsabile

Valerio Varesi

## Consiglio scientifico

Luigi Alfieri, Franco Angeloni, Andrea Azzaro, Antonio Blanc Altemir, Alessandro Bondi, Licia Califano, Maria Aránzazu Calzada Gonzáles, Piera Campanella, Antonio Cantaro, Maria Grazia Coppetta, Lucio De Giovanni, Laura Di Bona, Carla Faralli, Vincenzo Ferrari, Andrea Giussani, Matteo Gnes, Guido Guidi, Guido Maggioni, Paolo Morozzo Della Rocca, Paolo Pascucci, Paolo Polidori, Eduardo Rozo Acuña, Elisabetta Righini, Thomas Tassani, Patrick Vlacic, Umberto Vincenti.

## Coordinamento editoriale

Marina Frunzio, M. Paola Mittica.

[redazioneculturagiuridica@uniurb.it](mailto:redazioneculturagiuridica@uniurb.it)

## Redazione

Luciano Angelini, Chiara Lazzari, Enrico Moroni, Massimo Rubechi.

## Collaborano con *Cultura giuridica e diritto vivente*

Giovanni Adezati, Athanasia Andriopoulou, Cecilia Ascani, Chiara Battaglini, Chiara Bigotti, Roberta Bonini, Alberto Clini, Darjn Costa, Elisa De Mattia, Luca Di Majo, Alberto Fabbri, Francesca Ferroni, Valentina Fiorillo, Chiara Gabrielli, Federico Losurdo, Matteo Marchini, Marilisa Mazza, Maria Morello, Valeria Pierfelici, Iliara Pretelli, Edoardo A. Rossi, Francesca Stradini, Desirée Teobaldelli, Matteo Timiani, Giulio Vanacore.

---

*Cultura giuridica e diritto vivente* è espressione del Dipartimento di Giurisprudenza (DiGiur) dell'Università di Urbino. Lo sviluppo e la manutenzione di questa installazione di OJS sono forniti da UniURB Open Journals, gestito dal Servizio Sistema Bibliotecario di Ateneo. **ISSN 2384-8901**



Eccetto dove diversamente specificato, i contenuti di questo sito sono rilasciati con Licenza [Creative Commons Attribuzione 4.0 Internazionale](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

---