

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

**Rivista**  
**di Diritto Bancario**

dottrina  
e giurisprudenza  
commentata

APRILE / GIUGNO

2024

[rivista.dirittobancario.it](http://rivista.dirittobancario.it)

## **DIREZIONE**

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,  
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI  
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,  
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

## **COMITATO DI DIREZIONE**

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,  
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,  
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

## **COMITATO SCIENTIFICO**

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,  
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,  
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE  
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO  
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,  
FRANCESCO TESAURO+

### **COMITATO ESECUTIVO**

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

### **COMITATO EDITORIALE**

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, ALESSANDRA  
CAMEDDA, GABRIELLA CAZZETTA, PAOLA DASSISTI, ALBERTO  
GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI  
(SEGRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, EUGENIA  
MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA, ALBERTO MACER, MASSIMO  
MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO,  
ELISABETTA PIRAS, CHIARA PRESCIANI, FRANCESCO QUARTA,  
GIULIA TERRANOVA, VERONICA ZERBA

### **COORDINAMENTO EDITORIALE**

UGO MALVAGNA

### **DIRETTORE RESPONSABILE**

FILIPPO SARTORI

## **NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE**

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI.

LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

**Rivista**  
di Diritto Bancario | dottrina  
e giurisprudenza  
commentata

**SEDE DELLA REDAZIONE**

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,  
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836



## **Complessità contrattuale e perimetri applicativi. Questioni sul confine tra banca e finanza.**

**SOMMARIO:** 1. Complessità strutturale, operazioni di credito e strumenti finanziari: complessità organizzata o disorganizzata? – 2. Il contratto finanziario derivato quale segmento dell'erogazione creditizia. L'ibridazione e la selezione della disciplina applicabile. – 3. Dalla qualificazione all'applicazione della disciplina: operazione economica complessa (o ibrida) e normativa bancaria di trasparenza. Indicatori sintetici di costo e contratto di *swap*. – 4. (*Segue*) Applicazione della disciplina antiusura all'operazione economica ibrida. Costo del credito, tasso soglia e commissioni del contratto di *swap*. – 5. (*Segue*) Applicazione della disciplina riguardante la surrogazione per volontà del debitore all'operazione economica ibrida. Contratto di credito, contratto di *swap* e *mark to market*.

### *1. Complessità strutturale, operazioni di credito e strumenti finanziari: complessità organizzata o disorganizzata?*

Se è vero che scoprire la complessità non è solo riconoscere un ordine che viene meno ma è anche e soprattutto l'affermarsi di un'esigenza e di una ineludibilità «di un approfondimento dell'avventura della conoscenza»<sup>1</sup>, agli interpreti occorrerà sempre avventurarsi nella comprensione della complessità di nuovi fenomeni giuridici e – per dirla alla Warren Weaver<sup>2</sup> ma senza mutuarne tutti i presupposti concettuali – comprendere se si tratti di complessità «disorganizzata» oppure «organizzata», l'ineludibile arrivo dell'evoluzione di alcuni rapporti contrattuali ovvero l'artificiosa complessità che cela interessi di parte.

Una nuova complessità si è affermata – o, più cautamente, va affermandosi – nel contesto dell'attività bancaria dell'erogazione del

---

<sup>1</sup> E. MORIN, *Le vie della complessità*, in (a cura di) G. BOCCHI e M. CERUTI, *La sfida della complessità*, Milano, 1985, 60. Per una più ampia riflessione filosofica ed epistemologica dell'autore sulla complessità, ID., *La méthode: I. La nature de la nature*, Paris, 1977, trad. it. di R. Cortina, *Il metodo: I. La natura della natura*, Milano, 2001; ID., *Le défi de la complexité*, in *Chimères*, 5/6, 1988, 1 ss., e da ultimo ID., *La sfida della complessità*, Milano, 2017. Sui postulati della “teoria della complessità” applicati alla metodologia scientifica dello studio del diritto, A. FALZEA, voce *Complessità giuridica*, in *Enc. dir.*, Annali, I, Milano, 2007, 201 ss.

<sup>2</sup> W. WEAVER, *Science and complexity*, in *American scientist*, 36, 1948, 536 ss.

credito, ove con una certa frequenza gli istituti bancari inducono i propri clienti a sottoscrivere un contratto finanziario derivato di *interest rate swap*<sup>3</sup>, il quale, nella sua interazione con la clausola del contratto di

---

<sup>3</sup> Con riferimento al contratto di *interest rate swap* – contratto finanziario derivato negoziato fuori dai mercati regolamentati (c.d. *over the counter* o *otc*) – dottrina e giurisprudenza non convergono su un'unica definizione, sicché pare opportuno precisare che nel presente contributo lo *swap* è inteso come contratto col quale due parti convengono di determinare, in un tempo dato, la prestazione dell'obbligazione, cui uno dei contraenti sarà tenuto, in applicazione di un criterio di calcolo a due differenti tassi riferiti ad un medesimo nozionale. È una definizione che tende a sovrapporsi alla ricostruzione di quella dottrina che descrive il funzionamento del derivato in questione come pagamento di differenze pur escludendo la natura di contratto differenziale, B. INZITARI, *Il contratto di swap*, in F. GALGANO (diretto da), *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, Torino, 1995, 2465. Cfr. inoltre la dottrina che riconosce nel contratto di *irs* – seppur con alcune differenze anche tra le stesse voci dottrinali – il modo di funzionamento del contratto differenziale, come F. ROSSI, *Profili giuridici del mercato degli swaps di interessi e di divise in Italia*, in *Banca borsa tit. cred.*, 5, 1993, 614; F. GIULIANI, *I titoli sintetici tra operazioni differenziali e realtà del riporto*, in *Giur. comm.*, I, 1, 1992, 79; D. PREITE, *Recenti sviluppi in tema di contratti differenziali semplici (in particolare caps, floors, swaps, index futures)*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1992, 171; seppur con incertezze, anche, G. FERRARINI, *I derivati finanziari tra vendita a termine e contratto differenziale*, in (a cura di) F. RIOLO, *I derivati finanziari*, Milano, 1993, 34.

Sul punto si v., *contra*, la nota decisione inglese House of Lords, 24 gennaio 1991, in *Banca borsa tit. cred.*, II, 1991, 435, che qualifica l'*irs* come contratto di scambio: «Lo *swap* è il contratto attraverso il quale due parti convengono di scambiarsi, in una o più date prefissate, due somme di danaro calcolate applicando due diversi parametri (generalmente tasso di interesse e/o di cambio) ad un identico ammontare di riferimento». Conforme, tra la giurisprudenza interna meno recente, Cass., 15 marzo 2001, n. 3753 e Cass., 7 marzo 2001, n. 3272, entrambe in *dejure.it*, nonché Cass., 6 aprile 2001, n. 5114, con nota di E. FILOGRANA, «*Swaps abusivi*»: *profili di invalidità e responsabilità precontrattuale*, in *Foro it.*, 7-8, 2001, 2185 ss., per la quale «è contratto di *Swap* quello in cui due parti convengono di scambiarsi, in una o più date prefissate, somme di danaro calcolate applicando due diversi parametri (in termini di tassi di interesse o di cambio) ad un identico ammontare di riferimento, con il pagamento alla scadenza concordata di un importo di base netta, in forza di compensazione». Quest'ultima definizione ricalca sostanzialmente quella di Banca d'Italia, Istruzioni di vigilanza per le banche, Circolare n. 229 del 21 aprile 1999, ove il riferimento è al contratto di scambio «a pronti e a termine [...] su tassi di interesse, su valute, su merci nonché su indici azionari (*equity swaps*), anche quando l'esecuzione avvenga attraverso il pagamento di differenziali in contanti». In dottrina, E. FERRERO, *Profili civilistici dei nuovi strumenti finanziari*, in *Economia e diritto del terziario*, 2, 1992, 636, secondo cui «gli *interest rate swap* consistono in una



operazione finanziaria in cui le parti convengono di scambiarsi periodicamente pagamenti futuri in conto interessi, calcolati secondo modalità diverse su uno stesso capitale espresso in un'unica valuta. Alle singole scadenze le parti calcolano l'entità dei flussi che ciascuno dovrebbe corrispondere, in base al proprio tasso, all'altro contraente»; mentre G. CAPALDO, *Profili civilistici del rischio finanziario e contratto di swap*, Milano, 1999, 35, definisce l'*irs* come contratto mediante il quale «si realizza lo scambio tra due prestazioni periodiche, calcolate applicando due diversi tassi di interesse ad un capitale di riferimento».

In argomento, più di recente, Cass., sez. un., 12 maggio 2020, n. 8770, con nota di M. MAGGIOLO, *Nullità irrazionale e conversione del derivato nullo*, in *Nuovo Diritto Civile*, 1, 2021, 193 ss.; G. CAPALDO, *Swap e gioco: venticinque anni di capitalismo finanziario e regolazione del mercato*, Ivi, 205 ss.; R. DI RAIMO, *Dopo le Sezioni Unite: ancora sulla qualificazione e sulla disciplina degli Interest Rate Swap*, ivi, 221 ss.; S. D'ANDREA, *Gli swap degli enti pubblici: un diritto inventato per disapplicare un diritto insensato*, ivi, 241 ss.; S. PAGLIANTINI, *Dopo le S.U. 8770/2020: i derivati (della P.A.?) ed il paradosso di San Pietroburgo*, in *questa Rivista*, 3, 2020, 124 ss.; A. PERRONE e M. ANOLLI, *La giurisprudenza italiana sui contratti derivati. Un'analisi interdisciplinare*, in *questa Rivista*, 3, 2020, 195 ss.; D. BONACCORSI DI PATTI, *La legittimazione a stipulare un contratto di "swap" e le regole di finanza locale: un'occasione (o un pretesto) per un'indagine nel mondo dei contratti derivati*, in *Resp. civ. prev.*, 5, 2020, 1516 ss.; G. BEFANI, *"Interest rate swap" e operazioni di indebitamento degli enti: per una rilettura dei "derivati pubblici" alla luce di SS.UU. 12 maggio 2020, n. 8770*, in *I Contratti*, 5, 2020, 540 ss.; A. BARTALENA, *Patologie dei derivati: la causa concreta come strumento di tutela dell'investitore "tradito"*, in *Società*, 10, 2020, 1122 ss., le cui incertezze nella definizione dell'*interest rate swap* rispecchiano le divisioni dottrinali tra la qualifica come contratto di scambio e differenziale: nella decisione si afferma infatti che è *irs* il «contratto di scambio (swap) di obbligazioni pecuniarie future che, in sostanza, si traduce nel dovere di un Tale di dare all'Altro la cifra  $d$  (dove  $d$  è la somma corrispondente al capitale 1 per il tasso di interesse  $W$ ) a fronte dell'impegno assunto dell'Altro di versare al Tale la cifra  $y$  (dove  $y$  è la somma corrispondente al capitale 1 per il tasso di interesse  $Z$ )», ma parimenti che detto strumento contrattuale «concerne dei differenziali calcolati su dei flussi di denaro destinati a formarsi durante un lasso temporale più o meno lungo [...]» ed «è espressione di una logica probabilistica, non avendo ad oggetto un'entità specificamente ed esattamente determinata». Sul punto, criticamente, R. DI RAIMO, *Dopo le Sezioni Unite: ancora sulla qualificazione e sulla disciplina degli Interest Rate Swap*, cit., 227-228. Sull'impiego dello schema dello scambio, ID., *La finanza derivata e lo spirito delle discipline recenti: dalla patologia dei rapporti alle frontiere del rischio sistemico accettabile*, in *Frantumi di autonomia. Temi di diritto patrimoniale*, Napoli, 201, 351, secondo cui un tale utilizzo «è anzitutto una forzatura tecnica [...] e, in secondo luogo, non consente di inquadrare il senso delle operazioni economiche negoziate. [...] Ebbene, a escludere la corresponsività degli effetti induce innanzitutto la semplice corretta distinzione tra oggetto del contratto (che qui è il rischio come regolato e talvolta creato dal contratto medesimo, il quale ultimo si può

mutuo di determinazione del tasso d'interesse, contribuisce a definire l'entità di quest'ultimo.

Interazione, quindi complessità: non già il controconcetto di semplicità quanto un meccanismo i cui effetti emergenti derivano dall'incontro tra elementi diversi, un incontro che esprime nuove proprietà e dinamiche evolutive imprevedibili<sup>4</sup>.

Sintetizzando la fattispecie: le parti stipulano un contratto di mutuo a tasso variabile e, contestualmente o in un momento successivo, un contratto di *irs*, il quale prevede a scadenze fisse il pagamento di un ammontare risultante dalla differenza tra un importo calcolato sul nozionale di riferimento a parametro fisso e un importo calcolato sul medesimo nozionale ma con un parametro variabile (stesso parametro del contratto di mutuo): un meccanismo congegnato affinché l'importo variabile dell'*irs* porti a zero l'ammontare dovuto a titolo di tasso

---

perciò reputare oggetto di sé stesso) e oggetto della prestazione (che è la somma dovuta, all'esito dell'operazione o a scadenze date, da una parte in favore dell'altra in ragione dell'applicazione di criteri di calcolo determinati nel contratto)». Così già in ID., *Interest rate swap, teoria del contratto e nullità: e se finalmente dicessimo che è immeritevole e che tanto basta?*, in *Rass. dir. civ.*, 1, 2014, 318.

Da ultimo, la sentenza n. 8770/2020 è richiamata dalla decisione della High Court of Justice, King's Bench Division, Commercial Court, 14 ottobre 2022, Case No: FL-2019-000012, in [www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2022/2586.html](http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2022/2586.html), con nota di D. MAFFEIS, *I derivati in Italia e a Londra: la change of position e la perdurante distanza tra giurisprudenza italiana e inglese*, in *giustiziacivile.com*, 2022; F. DELFINI, *Nullità contrattuale, restituzioni e change of position defence*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 495 ss.; ID., *Derivative contracts, anticipatory reliance and remedies in English and Italian law of restitution*, in *European Company Case Law*, 2023, 205 ss.; A.M. GAROFALO, *La High Court e i derivati del Comune di Venezia (ovvero: il problema degli swap degli enti locali e la mentalità del giurista di common law)*, in *questa Rivista*, 2, 2023, 311 ss.; E. GROSSULE, *Speculatività dei derivati. Considerazioni a partire da High Court of Justice (Comm) del 14 ottobre 2022*, *ivi*, 289 ss. Anche sulla base del *dictum* della Suprema Corte, il giudice inglese ha concluso nel senso di ritenere speculativo il contratto derivato di *interest rate swap* (con *collar* e *upfront*) sottoscritto dal Comune di Venezia e, in ragione di tale attribuzione funzionale, nullo per violazione del divieto in capo all'ente di stipulare derivati con finalità speculativa. La corte londinese, peraltro, prendendo le mosse dall'art. 119, ottavo comma, della Costituzione italiana, ha ritenuto nullo il derivato in questione per un ulteriore argomento: la somma erogata dall'intermediario a titolo di *upfront* deve essere qualificata quale indebitamento; indebitamento che la citata norma costituzionale non consente se non per «finanziare spese di investimento».

<sup>4</sup> In questi termini, nell'ambito di una riflessione sociologica, N. ADDARIO, *Scienze della complessità e teoria della società*, in *Iride*, 2004, 125.

variabile del mutuo ed invece l'importo fisso finisca per rappresentare l'effettiva controprestazione dell'*accipiens* per la messa a disposizione del denaro da parte della banca.

In prospettiva astratta, l'importo calcolato alla scadenza è il risultato di tre flussi: il contratto di mutuo (meglio, l'obbligazione relativa al pagamento degli interessi) determina un flusso variabile versato dal mutuatario al mutuante, mentre alla stessa scadenza il contratto di *swap* determina due flussi, uno variabile e della medesima entità ma inverso al precedente (a carico del mutuante) ed un altro, fisso, a carico del mutuatario. In concreto, dalla sommatoria complessiva dei tre flussi, risulta allora un'unica obbligazione di pagamento a carico del mutuatario in favore del mutuante di importo fisso.

Nella ricerca di una motivazione che giustifichi la scelta delle parti (*rectius*, della banca, giacché tale scelta è da ricondurre alla volontà della parte forte) di regolare il rapporto creditizio mediante due contratti, di cui uno finanziario, è da premettere l'ovvio: lo stesso rapporto ben poteva strutturarsi e trovare la soddisfazione dell'interesse del cliente ad ottenere una provvista a costo fisso mediante la sola sottoscrizione di un contratto di mutuo a tasso fisso<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Sul tema già, R. DI RAIMO, *Interest rate swap, teoria del contratto e nullità: e se finalmente dicessimo che è immeritevole e che tanto basta?*, in *Rass. dir. civ.*, 1, 2014, 311 e ss., ove l'a. si chiede «perché scegliere un tasso e contestualmente stipulare un contratto per mutare segno a tale scelta o, meglio, dichiarando di volersi “coprire” da tale scelta? Non sarebbe più naturale scegliere direttamente in un altro modo?» e, sul presupposto che «non si può reputare alta l'incidenza di parti stipulanti così poco avvedute» da stipulare negozi in maniera inutilmente pletorica, giunge alla conclusione che «evidentemente c'è dell'altro». Il tema è stato poi di recente approfondito in ID., *Dopo le Sezioni Unite: ancora sulla qualificazione e sulla disciplina degli Interest Rate Swap*, cit., 221 ss. V., inoltre, A.A. DOLMETTA, *Della ricerca giurisprudenziale di contenere entro “ragionevoli limiti” l'operatività in derivati*, in *Società*, 6, 2016, 720, il quale osserva che «Se ovviamente è escluso a priori che si possa volere che un'operazione sia nel contempo a tasso fisso come pure a tasso variabile, non si riesce a intendere il senso oggettivo di un'operazione che, da un lato, persegue dichiarata l'obiettivo del tasso variabile (nel troncone del mutuo), ma che, dall'altro, incroci la realtà di un tasso fisso (colla contestuale addizione data dal derivato). Se poi il risultato finale – per dire, quello “voluto” – è quello del tasso fisso, non si riesce a comprendere a cosa possa servire tutta questa *chicane*: per quale ragione, cioè, non si vada a formare *direttamente* un tasso fisso (di misura chiara per il cliente). Insomma, non è per nulla agevole comprendere quale interesse meritevole di tutela possa mai leggersi in una simile unità».

È allora da vagliare non già l'interesse del cliente bensì quello dell'ente creditizio, un esame che conduce all'idea da un lato che l'imposta complessità nella regolazione del rapporto rappresenti il tentativo di eludere le norme in tema di portabilità (o, meglio, sulla surrogazione per volontà del debitore), di trasparenza e la disciplina riguardante l'usura, mentre, dall'altro lato, che la descritta non linearità nella regolazione dell'erogazione creditizia risponda alla ricerca di aumento dell'operatività dell'attività della banca e di riduzione della volatilità della sua redditività rispetto alla facoltà dei clienti di trasferire la propria posizione debitoria presso altri enti creditizi e, più in generale, proponga una soluzione all'esposizione degli enti creditizi ai rischi di lungo termine collegati ai tassi di interesse<sup>6</sup>.

All'operazione economica complessiva composta da contratto di credito e contratto derivato di *irs* conseguono esiti vantaggiosi per la banca in tutte le fasi contrattuali: nella fase precontrattuale essa consente di pubblicizzare l'erogazione di credito come più conveniente, riducendo sensibilmente il TAEG, poiché costi e commissioni relativi allo *swap* non sarebbero conteggiabili nel suddetto misuratore; nella fase di conclusione del rapporto l'operazione così congegnata permette di remunerare in misura maggiore l'attività dell'istituto e di non violare la normativa antiusura, giacché il calcolo del TEG non dovrebbe tener conto dei costi legati all'*interest rate swap*; infine, nella fase successiva ed eventuale dell'estinzione anticipata del mutuo, la dualità contrattuale consente alla banca di ottenere la remunerazione del *mark to market* (il valore) dell'*irs* anche nell'ipotesi di trasferimento della posizione creditizia ad opera del debitore presso altro intermediario, così aggirando la normativa sulla portabilità, secondo la quale la surrogazione per volontà del debitore non deve avere costi per il mutuatario.

Complessità organizzata, diremmo allora, stando alla premessa iniziale.

Si palesa così la necessità di considerare il funzionamento complessivo dell'operazione economica composta da mutuo e *swap* e di verificare, anche alla luce delle suesposte brevi considerazioni, se la

---

<sup>6</sup> Alcuni recenti spunti in L. MCPHAIL, P. SCHNABL e B. TUCKMAN, *Do Banks Hedge Using Interest Rate Swaps?*, 2024, in <https://ssrn.com/abstract=4784341> e in *National Bureau of Economic Research* (2023), consultabile in <https://www.nber.org/papers/w31166>.

normativa bancaria sia applicabile all'operazione nel suo complesso, dunque anche al contratto finanziario derivato, quale esito di una interpretazione non atomistica del rapporto e che impedisca comportamenti elusivi da parte degli istituti di credito.

*2. Il contratto finanziario derivato quale segmento dell'erogazione creditizia. L'ibridazione e la selezione della disciplina applicabile.*

Il tema di fondo, non certo nuovo nelle sue connotazioni generali, è il collegamento tra più contratti e l'unitaria considerazione della regolazione del rapporto, anche nella prospettiva dell'operazione economica<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> In argomento, E. GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1997, 719; ID., *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2003, 93 ss. ID., *Contratto e operazione economica*, in *Digesto civ., agg.*, Torino, 2011, 243, ove la si definisce come «sequenza unitaria e composita che comprende in sé il regolamento, tutti i comportamenti che con esso si collegano per il conseguimento dei risultati voluti, e la situazione oggettiva nella quale il complesso delle regole e gli altri comportamenti si collocano, poiché anche tale situazione concorre nel definire la rilevanza sostanziale dell'atto di autonomia privata». Sull'operazione economica si v., inoltre, G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999, 181; C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in (a cura di) V. ROPPO, *Trattato sul contratto*, Milano, 2006, 119; G.B. FERRI, *Operazioni negoziali «complesse» e la causa come funzione economico individuale del negozio giuridico*, in *Diritto e giurisprudenza*, 2008, 318. Approfondisce il rapporto tra unità o pluralità strutturale dei contratti e indipendenza dei problemi, C. COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova, 1999, *passim*, spec. 166 ss. Secondo C. SCOGNAMIGLIO, *Unità dell'operazione, buona fede e rilevanza in sede ermeneutica del comportamento delle parti*, in *Banca borsa tit. cred.*, II, 1998, 133, mediante lo strumento conoscitivo "operazione", «si persegue il tentativo di definire schemi sempre meglio in grado di seguire, nelle sue molteplici articolazioni, l'attività dei privati nel momento in cui essa si offre alla valutazione dell'ordinamento qualificante». La giurisprudenza ha ricompreso nel concetto di operazione economica anche schemi composti da più contratti, così, ad esempio, Cass., 11 giugno 2007, n. 13580, con nota di E. GABRIELLI, *Il contratto "frazionato" e l'unità dell'operazione economica*, in *Giur. Comm.*, I, 2008, 729 ss., secondo la quale «deve attribuirsi rilievo preminente alla sua causa reale e alla regolamentazione degli interessi effettivamente perseguita dai contraenti, anche se mediante una pluralità di pattuizioni non contestuali, cosicché nessun valore preminente può essere attribuito alla diversità di oggetto e di causa relativi a due contratti per negare il loro collegamento e consentire un intento elusivo di una fattispecie tributaria».

Anzitutto, il contratto finanziario derivato di *interest rate swap*. L'*irs* è un contratto derivato negoziato fuori dai mercati regolamentati (c.d. *over the counter*), da tenere distinto rispetto al contratto negoziato nei mercati regolamentati (c.d. *exchange traded*), il quale presenta condizioni standardizzate e la sua specificità tecnica incide sulla disciplina contrattuale<sup>8</sup>; nel contratto finanziario *exchange traded* l'incontro tra proposte di acquisto e di vendita – che contengono le informazioni relative allo strumento derivato da negoziare, alla quantità, al tipo di operazione, al tipo di conto, alle condizioni di prezzo nonché alle modalità di esecuzione – avviene in ambiente informatico ed in forma autonoma ed anonima.

Così non è per il contratto *over the counter*, il quale è caratterizzato dalla sua non-negoziabilità: di là della possibile loro standardizzazione, che ben può sussistere, il contratto *otc* non può prestarsi a operazioni di frazionamento, giacché la funzione della relativa operazione economica può cogliersi solo in considerazione del rapporto sottostante collegato<sup>9</sup>, in altri termini, l'*over the counter* è costruito e negoziato avendo riguardo ad una esigenza individuale, aspetto che lo rende inidoneo alla trasferibilità e alla circolazione<sup>10</sup>.

In particolare, nell'ambito del contratto di *interest rate swap* stipulato in collegamento con un contratto di mutuo, è solo con riferimento a quest'ultimo – segnatamente all'interazione con la pattuizione avente ad oggetto la definizione degli interessi – che può cogliersi la sua funzione, ossia la rideterminazione dell'importo dovuto dall'*accipiens* per il costo dell'erogazione del credito; in altri termini,

---

<sup>8</sup> Sul punto, C. ANGELICI, *Note preliminari sulle operazioni di borsa*, in *Banca borsa tit. cred.*, 6, 2017, 715 ss.

<sup>9</sup> Se ne discorre in R. DI RAIMO, *Categorie della crisi economica e crisi delle categorie civilistiche: il consenso e il contratto nei mercati finanziari derivati*, in *Giust. civ.*, 4, 2014, 1105

<sup>10</sup> Cfr. P. CORRIAS, *I contratti derivati finanziari nel sistema dei contratti aleatori*, in (a cura di) D. MAFFEIS, *Swap tra banche e clienti. I contratti e le condotte*, Milano, 2014, 195. Condivisibilmente, D. MAFFEIS, *L'ufficio di diritto privato dell'intermediario e il contratto derivato over the counter come scommessa razionale*, in (a cura di) ID., *Swap tra banche e clienti. I contratti e le condotte*, cit., 13, sottolinea che i contratti negoziati su un mercato regolamentato e i c.d. derivati *over the counter* sono «tipi sociali distinti» sebbene «il legislatore speciale predisponga un elenco in cui i due tipi sono contemplati indiscriminatamente»; pertanto, l'interprete è tenuto a distinguere, «perché i profili di diversità delle fattispecie sono molteplici e rilevanti».

il contratto di *swap*, contratto di tipo finanziario, trova in questo contesto la sua ragione funzionale solo nel collegamento con il contratto bancario di erogazione del credito.

Sebbene entrambi i negozi siano preordinati ad uno scopo unitario, il contratto di *irs* stipulato in relazione al contratto di mutuo, seppur strutturalmente autonomo, non è in grado di esprimere una funzione apprezzabile in assenza del contratto di credito, a differenza del contratto bancario, il quale viceversa non dipende dall'*irs*; detto in altre parole, la dipendenza dei negozi in questione non è certo reciproca (o bilaterale).

In sintesi, il contratto derivato contribuisce allo svolgersi della funzione del meccanismo di quantificazione dell'entità del tasso di interesse convenzionale del mutuo e la lettura congiunta dei due negozi (*irs* e mutuo) conduce alla qualificazione unitaria in termini di operazione economica<sup>11</sup> ovvero – volendo specificare la differente genesi settoriale dei contratti che la compongono – operazione economica ibrida<sup>12</sup>, un'operazione che almeno potenzialmente attrae più d'una disciplina in contemporanea, quella riconducibile al Testo unico bancario e quella di cui al Testo unico finanziario.

Nelle ipotesi come quella in discorso ove è possibile immaginare l'applicazione congiunta di apparati disciplinari differenti, il criterio di selezione delle norme più adeguato è non già quello della combinazione (riconducibile al c.d. indirizzo anomalistico) bensì il criterio dell'assorbimento (di cui al c.d. indirizzo analogistico)<sup>13</sup>, preferito

---

<sup>11</sup> Cfr., *supra*, nota n. 7.

<sup>12</sup> Su contratti e operazioni economiche ibride, nella prospettiva della finanziarizzazione del settore bancario, sia consentito il rinvio ad A. CARRISI, *I contratti ibridi nei mercati finanziari*, Napoli, 2023, 60 ss., spec. 153 ss., e in particolare, con riferimento alla qualificazione dell'*interest rate swap* collegato al contratto di credito, a ID., *Interest rate swap e contratto di credito: profili interpretativi e disciplina applicabile*, in *Banca borsa tit. cred.*, 5, 2023, 675 ss.

<sup>13</sup> La dottrina tedesca è stata la prima a discutere sui i differenti approcci, quello dell'assorbimento (*Absorptionstheorie*) e quello della combinazione (*Kombinationstheorie*): per il primo P. LOTMAR, *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches*, I, Leipzig, 1902; F. F. W. REGELSBERGER, *Vertrag mit zusammengesetzten Inhalt oder Mehrheit von Verträge?*, in *Jher. Jahr.*, 1904; per il secondo G. RÜMELIN, *Dienstvertrag und Werkvertrag*, Tübingen, 1905; H. HOENIGER, *Vorstudien zum Problem der gemischten Verträge*, Friburgo, 1906 e ID., *Die gemischten Verträge in ihren Grundformen*, Mannheim-Leipzig, 1910.

---

Nella dottrina italiana fanno propria la teoria dell'assorbimento F. CARNELUTTI, *Natura giuridica del contratto di cassetta-forte per custodia*, in *Riv. dir. comm.*, II, 1911, 902 ss.; A. ASQUINI, *Il contratto di trasporto terrestre di persone. Parte generale*, Padova, 1915, 91 ss., il quale sottolinea il ruolo della "funzione economica" del contratto per l'estensione della disciplina dei tipi legali; sostengono la teoria della combinazione, G. DE GENNARO, *I contratti misti. Delimitazione, classificazione e disciplina*. *Negotia mixta cum donatione*, Padova, 1934, 175 ss., spec. 186, ove si sostiene che il procedimento per la disciplina dei contratti misti deve consistere nella scomposizione del contratto nelle prestazioni da cui esso risulta, nella esatta individuazione del *nomen juris* corrispondente a ciascuna di esse e, una volta determinate le regole che si riferiscono alle singole prestazioni, nella combinazione organica di queste norme; G. MESSINA, *Negozi fiduciari*, Milano, 1948, 132 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, Napoli, 1948, 228; F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948, 226 ss.

Vi è chi isola, inoltre, un terzo tipo di approccio definendolo "teoria dell'applicazione analogica" (*analoge Rechtsanwendung*) da ricondursi a O. SCHREIBER, *Gemischte Verträge im Reichsschuldrecht*, in *Jher. Jahr.*, 1911.

Il primo esprime la tendenza a tenere distinto il negozio ibrido «dalle figure già esistenti di negozi nominati, per farne un tipo a sé stante» E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, *Fonti e vicende dell'obbligazione*, Milano, 1954, 64-65, all'esito di un processo di combinazione teleologica, in cui le cause concorrenti si fondono in una funzione complessa e il negozio risultante è un negozio non riconducibile ad alcuno preesistente, sicché la disciplina si desume da quella relativa ai diversi tipi corrispondenti alle funzioni che compartecipano alla funzione complessa.

A mente del secondo indirizzo, invece, la disciplina da applicare al negozio ibrido è quella corrispondente al tipo contrattuale la cui funzione è prevalente o più rilevante.

Il criterio dell'assorbimento (o l'indirizzo analogistico) è il più adeguato alle fattispecie in questione sia per ragioni concernenti la certezza del diritto, poiché il differente criterio della combinazione rischia, come è stato efficacemente affermato, un "mosaico di norme" (Così, R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Comm. Scialoja-Branca*, 1970, 47. Peraltro, secondo G. DE GENNARO, *I contratti misti. Delimitazione, classificazione e disciplina*. *Negotia mixta cum donatione*, cit., 186, «l'applicazione di questa disciplina non è così meccanica e semplice, in quanto dovrà essere presieduta dalla valutazione, quanto mai complessa e delicata, dello scopo complessivo del contratto e della compatibilità con esso delle singole norme»), sia, ancora, perché nel settore *lato sensu* finanziario, la tripartizione normativa (bancaria, mobiliare e assicurativa) corrisponde ancora – nonostante alcune perplessità evidenziate in dottrina – a *ratio* e interessi differenti, per cui la precisa collocazione del rapporto in una specifica area in ragione di una operazione di qualificazione funzionale, consente di apprestare la tutela più appropriata.

In via residuale, il criterio della combinazione soccorrerebbe a fronte di fattispecie concrete nelle quali non dovesse essere individuabile la funzione preponderante dello



anche dalla giurisprudenza<sup>14</sup> e adottato dalla Circolare trasparenza di Banca d'Italia<sup>15</sup> con riferimento ai prodotti complessi bancario-finanziari.

L'autorità bancaria sul tema riconosce opportunamente centralità alla qualificazione in concreto della fattispecie per l'individuazione della disciplina applicabile e individua nella finalità prevalente (“esclusiva o preponderante<sup>16</sup>”) il *discrimen* applicativo, cosicché in

---

strumento negoziale, sicché in casi come questi in ipotesi occorrerà combinare le discipline corrispondenti alle normative di settore, pure ricorrendo ai principi generali.

In ogni caso, nel seguire il criterio dell'assorbimento, l'interprete dovrà comunque tener conto degli elementi la cui funzione viene subordinata a quella prevalente, dacché questi alterano la fisionomia della fattispecie concreta. D'altronde, nell'insegnamento di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, vol. IV - *Attività e responsabilità*, Napoli, 2020, 94, (ove per ulteriori riferimenti sul «dinamismo dell'ermeneutica negoziale») la complessità funzionale degli atti di autonomia «impone un'ermeneutica non statica ma dinamica, là dove variabili sono gli interessi dedotti nella concreta vicenda negoziale, come plurimi sono i loro fondamenti costituzionali»

<sup>14</sup> Un indirizzo che può dirsi consolidato. Si v., da ultimo, Cass., 17 aprile 2024, n. 10421, Cass., 5 maggio 2022, n. 14212, Cass., 20 agosto 2020, n. 17450 e Cass., 17 ottobre 2019, n. 26485, tutte in *dejure.it*; in precedenza già Cass., sez. un., 12 maggio 2008, n. 11656, in *Studium iuris*, 1, 2009, 61 ss., con nota di G. DE CRISTOFARO, *Vendita di cosa futura e appalto*. Secondo la Corte «costituisce orientamento pacifico che in tema di contratto misto, la relativa disciplina giuridica va individuata in quella risultante dalle norme del contratto tipico nel cui schema sono riconducibili gli elementi prevalenti (cosiddetta teoria dell'assorbimento o della prevalenza), senza escludere ogni rilevanza giuridica degli altri elementi, che sono voluti dalle parti e concorrono a fissare il contenuto e l'ampiezza del vincolo contrattuale, ai quali si applicano le norme proprie del contratto cui essi appartengono, in quanto compatibili con quelle del contratto prevalente».

<sup>15</sup> Il riferimento è al provvedimento di Banca d'Italia *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari* – sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari e correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti – del 29 luglio 2009 e successivamente modificato.

<sup>16</sup> Sulla prevalenza, la giurisprudenza di legittimità ritiene che essa debba individuarsi «in base ad indici economici od anche di tipo diverso, come la “forza” del tipo o l'interesse che ha mosso le parti, salvo che gli elementi del contratto non prevalente, regolabili con norme proprie, non siano incompatibili con quelli del contratto prevalente, dovendosi in tal caso procedere, nel rispetto dell'autonomia contrattuale (art. 1322), al criterio della integrazione delle discipline relative alle diverse cause negoziali che si combinano nel negozio misto». Così, sul tema dei contratti misti, Cass., 22 giugno 2005, n. 13399, con nota di P.G. TRAVERSA, *Contratto di ... e qualificazione*, in *I Contratti*, 4, 2006, 332 ss.

caso di prodotti ibridi le disposizioni di trasparenza bancaria trovano applicazione nei confronti dell'intera operazione se questa ha finalità, esclusive o preponderanti, riconducibili a quelle di servizi o operazioni disciplinati ai sensi del titolo VI del t.u.b. (ad esempio, finalità di finanziamento, di gestione della liquidità, ecc.), mentre nelle ipotesi di prodotti ibridi la cui finalità esclusiva o preponderante sia di investimento, si applicano le disposizioni del t.u.f., anche qui, sia al prodotto nel suo complesso sia alle sue singole componenti. Con riguardo più precisamente agli aspetti informativi la Circolare specifica che nel caso di prodotti composti, gli intermediari devono predisporre un unico foglio informativo per tutte le componenti del prodotto, ove anche di natura non bancaria, e in quest'ultimo caso, che il foglio informativo deve rinviare «agli eventuali strumenti di trasparenza per esse [le componenti] stabiliti dalle normative di settore». In ogni caso, l'unico foglio informativo deve riportare tutti i costi che il cliente deve sostenere, a qualsiasi titolo, in relazione al prodotto composto.

Ebbene, il contratto di *interest rate swap*, quale parte di una operazione economica ibrida costituita inoltre da un contratto di credito<sup>17</sup>, ha la sola funzione di determinazione del *quantum* del tasso

---

<sup>17</sup> In via teorica si potrebbe ricostruire l'intera fattispecie in discorso alla stregua di un unico contratto ibrido, ritenendo l'*irs* quale mera clausola del contratto di credito; esito qualificatorio che condurrebbe al medesimo trattamento normativo previsto per la fattispecie complessa ibrida, con applicazione quindi in ogni caso di un singolo comparto disciplinare.

Per l'individuazione del criterio utile alla distinzione tra contratto unico e pluralità di contratti, la dottrina mostra una contrapposizione tra chi predilige il criterio soggettivo della volontà delle parti (T. ASCARELLI, *Contratto misto, negozio indiretto*, "negotium mixtum cum donatione", in *Riv. dir. comm.*, II, 1930, 464; D. BARBERO, *Contributo alla teoria della condizione*, Milano, 1937, 54; R. MINUTILLO TURTUR, *I negozi collegati*, in *Giust. civ.*, II, 1987, 251; S.O. CASCIO e C. ARGIROFFI, voce *Contratti misti e contratti collegati*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, 4) e chi invece sostiene che è determinante il parametro oggettivo della causa (M. GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, in *Rivista italiana di scienze giuridiche.*, 1937, 275; A. VENDITTI, *Alcune osservazioni in tema di cessione del contratto*, in *Giust. civ.*, 1953, 1349; R. SCOGNAMIGLIO, voce *Collegamento negoziale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 376; P. SENOFONTE, *In tema di negozi collegati*, in *Diritto e giurisprudenza*, 1960, 273; F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XXI, Milano, 1973, 720 e ss.; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, III, Milano, 1988, 93). La giurisprudenza si è consolidata reputando irrilevanti gli elementi formali, quali l'unità o meno dei documenti contrattuali e la contestualità o asincronicità delle stipulazioni, v. Cass., 29 gennaio 2014, n. 1964, in *dejure.it*; Cass.,

convenzionale riferito all'importo mutuato, così realizzando una logica meramente bancaria. Condiviso tale assunto e fatto proprio il criterio dell'assorbimento o, con le parole dell'autorità bancaria, il criterio della funzione prevalente, alla fattispecie in discorso troverà applicazione la normativa bancaria<sup>18</sup> e, tra le altre, le relative disposizioni di trasparenza di cui al titolo VI<sup>19</sup>.

---

26 marzo 2010, n. 7305, in *Corr. giur.*, 6, 2010, 725 ss.; Cfr. anche Cass., 24 maggio 2011, n. 11400, in *dejure.it*, che offre una variazione sul tema, riconoscendo una, seppure parziale, rilevanza anche agli elementi formali, giacché «il criterio distintivo tra contratto unico e contratto collegato non è dato *solo da* elementi formali, quali l'unità o pluralità dei documenti contrattuali, o dalla contestualità delle stipulazioni, *bensì anche (e soprattutto)* dall'elemento sostanziale dell'unicità o pluralità degli interessi perseguiti». Diffusamente sul tema, Cass., 28 luglio 2004, n. 14244, in *dejure.it*, la quale predispone le coordinate ermeneutiche per la riconducibilità della fattispecie “contratto di finanziamento-*irs*” ad un unico contratto: «Le parti, nell'esplicazione della loro autonomia negoziale, possono, con manifestazioni di volontà espresse in uno stesso contesto dar vita a più negozi distinti ed indipendenti ovvero a più negozi tra loro collegati (Cass. 21 dicembre 1999, n. 14372). In particolare, affinché possa configurarsi un collegamento negoziale in senso tecnico, che impone la considerazione unitaria della fattispecie, è necessario che ricorra sia il requisito oggettivo, costituito dal nesso teleologico tra i negozi, sia il requisito soggettivo. Questo ultimo, peraltro, non è dato dalla mera, formale coincidenza tra le parti di un negozio e quelle di un altro, ma è costituito dal comune intento pratico delle parti (che può essere manifestato sia in forma espressa che in forma tacita) di volere non solo l'effetto tipico dei singoli negozi in concreto posti in essere, ma anche il coordinamento tra di essi per la realizzazione di un fine ulteriore (Cass. 23 giugno 2003, n. 9970; Cass. 16 maggio 2003, n. 7640; Cass. 27 gennaio 1997, n. 827). Nulla esclude, infatti, che possa esistere un rapporto di interdipendenza funzionale in presenza di contratti con contenuto differente e intervenuti tra soggetti formalmente diversi (cfr. Cass. 14 maggio 2003, n. 7457, nonché sempre nella stessa ottica, Cass. 20 luglio 1999, n. 7740; Cass. 2 giugno 1994, n. 5337)».

<sup>18</sup> Pur condividendo la valorizzazione funzionale dei diversi elementi a fini qualificatori e la considerazione unitaria della vicenda negoziale, D. MAFFEIS, *I derivati incorporati sono derivati ed incidono sulla qualificazione civilistica dei contratti di finanziamento*, in *Società*, 12, 2016, 1386 ss., spec. 1395-1396, giunge alla conclusione che ai contratti di finanziamento che incorporano componenti derivative occorra applicare la disciplina dell'intermediazione finanziaria; ciò perché «la componente derivativa è un derivato che va commercializzato con la consapevolezza da parte del cliente di entrare in un investimento e secondo le regole dei derivati».

<sup>19</sup> Sul punto, A. TUCCI, *Derivati e usura*, in *questa Rivista*, 2018, 70, rileva in effetti, seppure con approccio più cauto, che «proprio l'adozione della prospettiva dell'operazione economica, in luogo di quella, tradizionale, della fattispecie

3. *Dalla qualificazione all'applicazione della disciplina: operazione economica complessa (o ibrida) e normativa bancaria di trasparenza. Indicatori sintetici di costo e contratto di swap.*

L'approdo cui si è giunti in punto di qualificazione dei due contratti – quali elementi di un'unica operazione bancaria – ha delle conseguenze in tema di disciplina sulla trasparenza e disciplina antiusura nonché rispetto alla normativa prevista in tema di surrogazione per volontà del debitore.

Anzitutto la trasparenza, in particolare gli indicatori sintetici di costo (ISC) nel credito al consumo<sup>20</sup>, come anche successivamente estesi ad ulteriori operazioni. Nell'ordinamento interno l'introduzione dell'indicatore – nelle operazioni di credito, il TAEG (tasso annuo effettivo globale) – è stata conseguenza del recepimento delle direttive 87/102/CEE<sup>21</sup> e 90/88/CEE<sup>22</sup> a mezzo della l. n. 142/1992 e in particolare dell'art. 19, di richiamo della formula matematica di calcolo dell'indicatore in questione contenuta nell'allegato II della direttiva del 1990. Analoga formula è stata poi riproposta nell'allegato I della direttiva 2008/48/CE (c.d. direttiva CCD, *consumer credit directive*)<sup>23</sup> e nell'allegato III della direttiva (UE) 2023/2225 (c.d. direttiva CCD II,

---

contrattuale, ha consentito la percezione del problema [...] della possibile “contaminazione” della disciplina applicabile, attingendo, in particolare, all'ordinamento del mercato finanziario (in senso stretto: mobiliare) e all'ordinamento del credito».

<sup>20</sup> Come nota U. MINNECI, *Contratti di credito e taeg erroneo o assente*, in *questa Rivista*, 2, 2021, 286, lo strumento dell'indicatore sintetico di costo è stato in origine pensato per il segmento consumeristico, in seguito però esteso dall'art. 9, comma 2, Deliberazione CICR n. 286 del 4 marzo 2003 alle operazioni e ai servizi individuate da Banca d'Italia in ragione delle loro caratteristiche tecniche; individuazione avvenuta con il Provvedimento 29 luglio 2009 sulla Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari.

<sup>21</sup> Direttiva 87/102/CEE del Consiglio del 22 dicembre 1986 relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati Membri in materia di credito al consumo.

<sup>22</sup> Direttiva 90/88/CEE del Consiglio del 22 febbraio 1990 che modifica la direttiva 87/102/CEE relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati Membri in materia di credito al consumo.

<sup>23</sup> Direttiva 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 aprile 2008 relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva 87/102/CEE

*consumer credit directive II*)<sup>24</sup> relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva 2008/48/CE, il cui recepimento dovrà avvenire entro il 20 novembre 2025.

L'indicatore sintetico TAEG rappresenta una risposta normativa alle difficoltà dei clienti di comprendere pienamente il peso economico del credito<sup>25</sup>: esso consente al debitore-finanziato, in maniera semplice, immediata e confrontabile<sup>26</sup>, di percepire il costo complessivo del finanziamento<sup>27</sup>.

La direttiva CCD II all'art. 3, par. 1, n. 5, definisce il “costo totale del credito per il consumatore” in sostanziale continuità con la precedente definizione, salvo alcune modifiche finalizzate ad una migliore comprensione della norma, riferendosi a «tutti i costi, compresi gli interessi, le commissioni, le imposte e tutte le altre spese che il consumatore deve pagare in relazione al contratto di credito e di cui è a conoscenza il creditore, escluse le spese notarili» e precisando nella seconda parte della disposizione, a proposito dei servizi accessori obbligatori, che «sono inclusi nel costo totale del credito per il consumatore anche i costi relativi a servizi accessori connessi al contratto di credito, in particolare i premi assicurativi, qualora, in aggiunta, la conclusione di un contratto riguardante tali servizi

---

<sup>24</sup> Direttiva (UE) 2023/2225 del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 ottobre 2023 relativa ai contratti di credito ai consumatori che abroga la direttiva 2008/48/CE.

<sup>25</sup> U. MINNECI, *Contratti di credito e taeg erroneo o assente*, cit., 287.

<sup>26</sup> S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012, 394 ss. Cfr. anche V. PINELLI, *Il tasso Annuo Effettivo Globale (TAEG): definizione; scopo; metodo di calcolo*, in (a cura di) P. FERRO-LUZZI e G. CASTALDI, *La nuova legge bancaria*, III, Milano, 1996, ove il TAEG è definito come «uno strumento di analisi dell'impiego realmente universale, in grado di fungere da indicatore chiaro e attendibile del costo effettivo di un'operazione finanziaria: esso, infatti, rappresenta il tasso d'interesse che lega due flussi di pagamenti – quello dal creditore al consumatore oppure a terzi e quello dal consumatore al creditore – del tutto indipendentemente dalla configurazione di tasso e dalla legge di capitalizzazione che il creditore ha utilizzato per elaborare l'operazione di credito proposta».

<sup>27</sup> Rileva F. QUARTA, *Il credito ai consumatori tra contratto e mercato*, Napoli, 2020, 75, che «l'indicazione di un TAEG basato su una formula uguale per tutti i finanziatori consente di offrire un *quid pluris* sul piano della intellegibilità del complessivo impegno economico atteso, ponendo così i (potenziali) prenditori in condizione di valutare l'attrattività dell'affare nel raffronto paritario con qualsiasi altra offerta concorrente».

accessori sia obbligatoria per ottenere il credito oppure per ottenerlo alle condizioni contrattuali offerte».

La stessa direttiva definisce poi il TAEG, anche in questo caso in continuità con la precedente, come «il costo totale del credito per il consumatore espresso in percentuale annua dell'importo totale del credito e calcolato come stabilito all'art. 30»<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> L'art. 30 della direttiva CCD II (in precedenza, art. 19 della direttiva CCD) prevede le modalità di calcolo del tasso annuo effettivo globale:

«1. Il tasso annuo effettivo globale è calcolato con la formula matematica che figura nella parte I dell'allegato III. Esso, su base annua, esprime l'equivalenza tra il valore attualizzato di tutti gli impegni (prelievi, rimborsi e spese) futuri o esistenti pattuiti dal creditore e dal consumatore.

2. Al fine di calcolare il tasso annuo effettivo globale, si determina il costo totale del credito per il consumatore, eccetto le eventuali penali che il consumatore è tenuto a pagare per l'inosservanza di uno qualsiasi degli obblighi stabiliti nel contratto di credito e le spese, diverse dal prezzo d'acquisto, che competono al consumatore all'atto dell'acquisto, in contanti o a credito, di merci o di servizi.

I costi di gestione del conto sul quale vengono registrate le operazioni di pagamento e i prelievi, i costi relativi all'utilizzazione di un mezzo di pagamento che permetta di effettuare operazioni di pagamento e prelievi e gli altri costi relativi alle operazioni di pagamento sono inclusi nel costo totale del credito per il consumatore, salvo che l'apertura del conto sia facoltativa e i costi correlati al conto siano stati indicati in modo chiaro e distinto nel contratto di credito o in qualsiasi altro contratto concluso con il consumatore.

3. Il calcolo del tasso annuo effettivo globale è fondato sull'ipotesi che il contratto di credito rimarrà valido per il periodo di tempo convenuto e che il creditore e il consumatore adempiranno ai loro obblighi alle condizioni ed entro le date precisate nel contratto di credito.

4. Per quanto riguarda i contratti di credito contenenti clausole che permettono modifiche del tasso debitore o modifiche di alcune spese computate nel tasso annuo effettivo globale, quindi non quantificabili al momento del calcolo, il tasso annuo effettivo globale è calcolato muovendo dall'ipotesi che il tasso debitore e le altre spese rimarranno fissi rispetto al livello iniziale e si applicheranno fino alla scadenza del contratto di credito.

5. Se necessario, per il calcolo del tasso annuo effettivo globale *ci si avvale* delle ulteriori ipotesi di cui alla parte II dell'allegato III.

Qualora le ipotesi di cui al presente articolo e alla parte II dell'allegato III non siano sufficienti per calcolare in modo uniforme il tasso annuo effettivo globale o non siano più adeguate alla situazione commerciale esistente sul mercato, alla Commissione è conferito il potere di adottare atti delegati conformemente all'articolo 45 onde modificare il presente articolo e la parte II dell'allegato III per aggiungere le ulteriori ipotesi necessarie per il calcolo del tasso annuo effettivo globale o modificare quelle esistenti».

Dunque, nella base di calcolo dell'indicatore in discorso rientrano tutti i costi del credito, inclusi gli interessi e le altre remunerazioni del capitale prestato nonché i servizi accessori connessi tra cui i premi assicurativi<sup>29</sup>, se la relativa polizza è necessaria per ottenere il credito o per ottenerlo alle condizioni offerte.

D'altronde, lo scopo del TAEG è proprio quello di segnalare il costo complessivo del credito, a fini comparativi<sup>30</sup> e di consapevolezza della scelta del finanziato tra più soluzioni<sup>31</sup>, circostanza non solo impedita da un indicatore che non tenga conto delle commissioni attribuibili ad

---

<sup>29</sup> In generale sul tema delle polizze abbinate al credito, rappresentativamente, L. MEZZASOMA, A. BELLUCCI, A. CANDIAN, P. CORRIAS, S. LANDINI e E. LLAMAS POMBO, *La Banca-Assicurazione*, Napoli, 2017. Con riferimento alle polizze PPI – *Payment Protection Insurance*, F. QUARTA, *Assicurazione e costo totale del credito. Rilevanza della payment protection insurance nel computo del TAEG*, in questa *Rivista*, 1, 2019; P. MARANO e M. SIRI, (a cura di), *Le assicurazioni abbinate ai finanziamenti*, Milano, 2016; O. CALEO, *Polizze assicurative connesse ai mutui a garanzia del credito*, in *I Contratti*, 2012; D. CERINI, *Assicurazione e garanzia del credito. Prospettive di comparazione*, Milano, 2003.

<sup>30</sup> La possibilità di comparazione è consentita dalla definizione normativa della base e delle metriche di calcolo del TAEG. Così U. MINNECI, *Contratti di credito e taeg erroneo o assente*, cit., 288. Nello stesso senso, con riferimento più in generale agli indicatori sintetici di costo, P. FERRO-LUZZI, *Lezioni di diritto bancario. Volume I: parte generale*, Torino, 2012, 177.

<sup>31</sup> L'incapacità dell'informazione allo scopo di ripristinare un equilibrio delle asimmetrie, secondo A. BARENGHI, *Note sulla trasparenza bancaria venticinque anni dopo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2, 2018, 165, giustifica «per un verso l'affinarsi degli obblighi di informazione nel senso della contrattualizzazione della stessa, e, per altro verso, l'introduzione di misure di controllo e di riequilibrio ulteriori a tutela delle posizioni contrattuali segnate da asimmetria informativa (recesso, controllo sul contenuto, nullità contrattuali), ma altresì, e si tratta di un ulteriore aspetto da prendere in considerazione, la necessità di rielaborare la teoria degli obblighi informativi nel senso della semplificazione, della mediazione delle informazioni al consumatore o al cliente».

Analizza l'ispirazione e l'efficacia delle discipline costruite intorno all'informazione, R. DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli, 2003, 151 ss. Evidenzia l'esaltazione di derivazione europea degli obblighi di informazione, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, vol. IV, *Attività e responsabilità*, Napoli, 2020, 39-40 e 88-92, cui si rinvia per ulteriori riferimenti. Sul tema, A.M. MUSY, *Il dovere di informazione. Saggio di diritto comparato*, Trento, 1999, 3 ss., conia l'espressione "contratto informato" avanzando perplessità rispetto alla sua progressiva accettazione quale nuovo dogma, giacché esso «presenta dei limiti oggettivi quando lo si cerca di misurare con il dato reale».

una indispensabile porzione del rapporto (che, si ripete, incide sulla clausola di determinazione del tasso) ma oggetto di potenziale manipolazione da parte degli istituti di credito, i quali sarebbero incentivati a far transitare le proprie commissioni nell'ambito dell'*irs* per poter rappresentare al cliente un TAEG inferiore<sup>32</sup>.

Ebbene, se, come si è detto, il contratto derivato di *irs* contribuisce allo spiegarsi della funzione del contratto bancario e, più precisamente, al meccanismo di quantificazione dell'entità del tasso di interesse convenzionale del mutuo, allora i costi e le commissioni attribuibili in via diretta all'*interest rate swap* devono essere ricompresi nel novero

---

<sup>32</sup> Incentivo simile stigmatizzato in altra ipotesi dalla Corte di Giustizia UE, Sez. I, 11 settembre 2019, C-383/18, (c.d. *Lexitor*), la quale ha chiarito che la riduzione dei costi in ipotesi di anticipata estinzione dei crediti al consumo deve includere tutti i costi a carico del consumatore, superando così inequivocabilmente la distinzione tra oneri *up front* e oneri *recurring*. In particolare, il giudice comunitario ha ritenuto di privilegiare tale interpretazione perché maggiormente congruente con l'obiettivo della dir. 2008/48, consistente nel "garantire un'elevata protezione dei consumatori", in base all'assunto che "il consumatore si trova in una situazione di inferiorità rispetto al professionista per quanto riguarda sia il potere di negoziazione che il livello di informazione (v., in tal senso, sentenza del 21 aprile 2016, Radlinger e Radlingerová, C-377/14, EU:C:2016:283, punto 63)".

In particolare, il parallelismo sul potenziale comportamento abusivo del creditore può trarsi in relazione all'argomentazione in punto di distinzione tra commissioni *up-front* e commissioni *recurring*, giacché secondo la Corte «limitare la possibilità di riduzione del costo totale del credito ai soli costi espressamente correlati alla durata del contratto comporterebbe il rischio che il consumatore si veda imporre pagamenti non ricorrenti più elevati al momento della conclusione del contratto di credito, poiché il soggetto concedente il credito potrebbe essere tentato di ridurre al minimo i costi dipendenti dalla durata del contratto».

Non così, però, per il credito immobiliare, ove secondo Corte di Giustizia UE, Sez. III, 9 febbraio 2023, C-555/21 (c.d. *UniCredit Bank Austria AG*), la «ripartizione regolamentata dei costi posti a carico del consumatore riduce sensibilmente il margine di manovra di cui dispongono gli enti creditizi nella loro fatturazione e nella loro organizzazione interna e consente, sia al consumatore che al giudice nazionale, di verificare se un tipo di costo è oggettivamente connesso alla durata del contratto».

Sul rapporto tra le due sentenze della Corte di Giustizia UE (*Lexitor* e *UniCredit Bank Austria AG*), S. PAGLIANTINI, *Il canone delle cruces iurisconsultorum in salsa post-moderna: UniCredit Bank Austria AG v. Lexitor*, in *Foro it.*, 3, 2023, c. 129 ss.; M. NATALE e R. PARDOLESI, «Lexitor» o no? *Dubbi, crucci e malefatte della Corte di giustizia*, ivi, c. 115 ss.; D. ACHILLE, *Estinzione anticipata del credito (immobiliare) ai consumatori e «riduzione del costo totale del credito»*: melius re perpensa, ivi, c. 134 ss.



delle commissioni applicate al contratto di finanziamento. Viceversa, se i costi legati al derivato si dovessero considerare estranei al meccanismo di calcolo del TAEG, gli intermediari sarebbero sollecitati a collegare costi e commissioni non già alla stipula del mutuo ma alla sottoscrizione del derivato. Alla luce delle riflessioni in punto di qualificazione e delle considerazioni rispetto alla *ratio* della disciplina in questione, costi e commissioni non possono che essere inclusi nel costo totale del credito e nel tasso annuo effettivo globale.

Per quanto concerne la patologia, deve essere evidenziato in premessa che l'indicazione del TAEG è prevista anzitutto per gli annunci pubblicitari *ex art.* 123, comma 1, lett. c), TUB, inoltre, quale obbligo precontrattuale di cui all'*art.* 124, comma 2, TUB, sul modulo contenente le "Informazioni europee di base sul credito ai consumatori", nonché nel testo del contratto di credito ai sensi dell'*art.* 125-*bis* TUB<sup>33</sup>.

L'assenza o la non corretta indicazione<sup>34</sup> del TAEG innesca, ai sensi dell'*art.* 125-*bis*, comma 6, TUB, «una complessa vicenda di carattere

---

<sup>33</sup> Per un confronto tra le previsioni di cui all'*art.* 117, commi 6 e 7, e all'*art.* 125-*bis*, commi 6 e 7, A. TINA, *L'errata indicazione del TAEG nelle operazioni di credito al consumo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 6, 2019, 787 ss., spec. 790. Secondo l'a., mentre la prima previsione tutela la trasparenza delle voci di costo poste a carico del cliente, la seconda «oltre a presidiare la corretta trasparenza delle condizioni contrattuali e la corrispondenza tra quanto pubblicizzato [...] e le condizioni effettivamente praticate al cliente consumatore [...], garantisce anche la corrispondenza del TAEG reale (*i.e.* quello effettivamente applicato al cliente) con quello pubblicizzato *ex art.* 124 t.u.b. (comma 6°) e indicato in contratto (comma 7°).

<sup>34</sup> Sulla non corretta indicazione del TAEG, A. TINA, *op. cit.*, 801, enuclea quattro diverse opzioni e altrettante conseguenze:

- il TAEG effettivo non corrisponde a quello indicato nel contratto sottoscritto dal cliente-consumatore: «trovano applicazione le (più gravi) conseguenze previste dall'*art.* 125-*bis* comma 7°, lett. a), t.u.b.» poiché «i rimedi contemplati per l'eventuale (e possibile) violazione concorrente degli *artt.* 117, comma 6°, e 125-*bis*, comma 6°, t.u.b. vengono, di fatto, assorbiti e ricompresi nella (più ampia) sanzione prevista dall'*art.* 125-*bis*, comma 7°, lett. a), t.u.b.»

- il TAEG contrattuale è correttamente calcolato ma è difforme rispetto al TAEG pubblicizzato perché sono stati introdotti costi originariamente non pubblicizzati: si discorre di «nullità ai sensi dell'*art.* 117, comma 6°, t.u.b.»;

- il TAEG contrattuale è correttamente calcolato ma è difforme rispetto al TAEG pubblicizzato perché, quest'ultimo, non è stata correttamente calcolato: la banca incorre in responsabilità precontrattuale;

caducatorio-integrativo»<sup>35</sup>: nullità delle clausole (e non del contratto) relative ai costi a carico del consumatore, sostituzione del tasso con tasso nominale minimo dei buoni del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministro dell'economia e delle finanze, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto e riparametrazione del piano di restituzione del credito su un arco temporale di trentasei mesi.

Premessa la necessità di includere nel corretto calcolo del tasso annuo effettivo globale anche i costi collegati allo *swap* per quanto sopra evidenziato, l'eventuale rapporto di finanziamento che dovesse indicare un TAEG nel cui calcolo non si sia tenuto conto dei costi e delle commissioni attribuibili al contratto di *interest rate swap* – compreso il tasso di interesse risultante dal calcolo integrato con la relativa pattuizione del contratto di credito – dovrebbe andare incontro a rideterminazione del TAEG al tasso c.d. BOT e, ai sensi dell'art. 125-*bis*, comma 7, lett. a), TUB, nessuna altra somma dovrebbe essere dovuta dal consumatore a titolo di tassi di interesse, commissioni o altre spese.

#### 4. (Segue) Applicazione della disciplina antiusura all'operazione economica ibrida. Costo del credito, tasso soglia e commissioni del contratto di swap.

Dagli aspetti di trasparenza nell'erogazione del credito alla regolazione del costo del credito, dagli indicatori sintetici di costo all'usuraietà dei tassi d'interesse, la complessa strutturazione del rapporto di erogazione del credito interessa molteplici aspetti.

Com'è noto, nell'ipotesi in cui il costo del credito superi il tasso usurario si configura un reato (ai sensi dell'art. 644 c.p.) e consegue l'applicazione della sanzione civile di cui all'art. 1815, secondo comma, c.c., ove si prevede che «se sono convenuti interessi usurari la clausola è nulla e non sono dovuti interessi»<sup>36</sup>.

---

- il TAEG pubblicizzato non è correttamente calcolato: «troveranno applicazione le disposizioni di cui all'art. 125-*bis*, comma 6°, t.u.b.

<sup>35</sup> U. MINNECI, *Contratti di credito e taeg erroneo o assente*, cit., 291.

<sup>36</sup> Il comma è stato così sostituito dall'art. 4 della L. n. 108/1996. La precedente disciplina prevedeva, invece, la riduzione automatica degli interessi al tasso legale. Con riferimento all'attuale formulazione, B. INZITARI, *Il mutuo con riguardo al tasso*

Nell'attuale assetto della disciplina in materia di usura è centrale il ruolo svolto dal tasso soglia – il tetto massimo introdotto dall'art. 2 della l. n. 108/1996 oltre il quale il relativo prestito è sempre usurario –, la cui applicabilità ai rapporti bancari è oramai scontata<sup>37</sup>.

---

“soglia” della disciplina antiusura e al divieto di anatocismo, in *Banca borsa tit. cred.*, 3, 1999, discorre di «modificazione d'imperio della natura onerosa in natura assolutamente gratuita del contratto». Sulle perplessità destinate da un approccio così rigido, E. QUADRI, *La nuova legge sull'usura ed i suoi diversi volti*, in *Corr. giur.*, 1996, 365; G. MERUZZI, *Usura*, in *Contr. Impr.*, 1996, 784; S.T. MASUCCI, *Disposizioni in materia di usura. La modificazione del codice civile in tema di mutuo ad interesse*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, 1339; L. FERRONI, *La nuova disciplina civilistica del contratto di mutuo ad interessi usurari*, Napoli, 1997, 28; A. MANNA, *La nuova legge sull'usura*, Torino, 1997, 147.

<sup>37</sup> Così come è «parimenti scontato che l'introduzione di un limite legale al costo del finanziamento ha segnato un deciso cambio di prospettiva nell'approccio al fenomeno dell'usura», M. SEMERARO, *Usura bancaria e regole del mercato del credito*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2, 2017, 212. Mentre prima l'usura era «rimessa a una valutazione discrezionale del giudice, che doveva accertare la ricorrenza dello stato di bisogno del ricevente e il relativo approfittamento da parte del concedente il prestito», oggi si presenta, invece, «quale fattispecie dall'ambito applicativo più ampio; non più soltanto appannaggio della criminalità organizzata». Sul tema, A. GENTILI, *I contratti usurari: tipologie e rimedi*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2001, 353 ss., spec. 356, ove l'a. afferma che «Ammaestrato dall'esperienza, e sospinto dalla pubblica emozione, il legislatore con le nuove norme reca una determinazione *ex lege* del tasso massimo consentito, abolisce qualsiasi riferimento ad elementi soggettivi, e completa sul piano civilistico questo approccio, almeno laddove dispone, come nel caso del mutuo, la conferma della nullità del contratto ma la limitazione dei suoi effetti alla clausola usuraria. Facile allora persuadersi che abbia scelto con decisione la via non soltanto di una incondizionata repressione dell'usura ma anche di una non teorica protezione dell'usurato. Sul piano civilistico questo sembra aprire un nuovo capitolo degli interventi legislativi a tutela del contraente debole. Un capitolo il cui specifico ambito è l'area delle operazioni di finanziamento, e il cui specifico scopo è l'equilibrio delle prestazioni contrattuali». Già F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, cit., 276, sosteneva che la regola di cui all'art. 1815, capoverso, può essere interpretata estensivamente «a tutti i contratti che mettono in essere un'operazione di credito, cioè ai contratti bancari, pur se diversi dal mutuo».

In giurisprudenza, da ultimo, Cass. Civ., sez. I, 22 dicembre 2020, n. 29316, in *dejure.it* – richiamando Cass. Civ., sez. I, 22 giugno 2016, n. 12965, con nota di V. FARINA, *Clausola di salvaguardia, commissione di massimo scoperto e divieto delle usure*, in *I Contratti*, 11, 2016, 976 ss.; U. SALANITRO, *Usura e commissione di massimo scoperto: la Cassazione civile riconosce il valore vincolante del principio di simmetria*, in *Nuova giur. comm.*, 12, 2016, 1600 ss.; M. CIAN, *Questioni in tema di commissione di massimo scoperto: a volte ritornano (anzi, sono sempre state qui)*, in *Giur. comm.*, 1, 2017, 14 ss. – afferma che «il divieto di pattuire interessi usurari,

Ai sensi del comma 1 dell'art. 2, l. n. 108/1996, il tasso effettivo globale medio è rilevato trimestralmente ed è comprensivo di commissioni, di remunerazioni a qualsiasi titolo e di spese, escluse quelle per imposte e tasse, riferito ad anno, degli interessi praticati dalle banche e dagli intermediari finanziari nel corso del trimestre precedente per operazioni della stessa natura; mentre il successivo comma 4 prevede che il limite previsto dal terzo comma dell'art. 644 c.p. oltre il quale gli interessi sono sempre usurari, è stabilito nel tasso medio risultante dall'ultima rilevazione pubblicata nella Gazzetta Ufficiale ai sensi del comma 1 relativamente alla categoria di operazioni in cui il credito è compreso, aumentato di un quarto, cui si aggiunge un margine di ulteriori quattro punti percentuali, con la precisazione che la differenza tra il limite e il tasso medio non può essere superiore a otto punti percentuali<sup>38</sup>.

Parimenti, l'art. 644, comma quinto, c.p. prevede che «per la determinazione del tasso di interesse usurario si tiene conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate alla erogazione del credito».

Le due norme elaborano, quindi, una nozione omnicomprensiva degli interessi al fine di includere ogni contropartita economica che sia collegata al finanziamento e determinata dal finanziatore. Su tale via si colloca la rilevazione trimestrale dei tassi effettivi globali (TEG) e della loro media (TEGM), la quale ultima, per ogni categoria o sottocategoria di operazioni, individua una cifra omnicomprensiva di tutte le componenti di costo. Al TEGM si somma poi uno *spread* di scostamento (l'aumento di un quarto più un margine di quattro punti percentuali) per ottenere il tasso soglia.

La soglia usuraria corrisponde, in altri termini, alla maggiorazione della media ponderata dei prezzi di mercato poiché si presume che tali prezzi siano “giusti”<sup>39</sup>; così, un tasso oltre soglia rende il contratto di

---

previsto per il mutuo dall'art. 1815 c.c., comma 2, è applicabile a tutti i contratti che prevedono la messa a disposizione del denaro dietro remunerazione».

<sup>38</sup> Prima della modifica ad opera dell'art. 5, d.l. n. 70/2011, la norma prevedeva un aumento della metà. L'introduzione di uno scarto fisso tra i due valori ha contenuto gli effetti della discesa dei tassi dovuta alle misure di politica monetaria adottate per far fronte alla crisi finanziaria.

<sup>39</sup> A proposito del tasso effettivo globale medio, contesta l'esistenza di un prezzo “giusto” in un'economia di mercato A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti*

finanziamento anzitutto fuori mercato e «in quanto tale manifesta la sua anomalia, sì da cadere sotto la scure della disciplina antiusura»<sup>40</sup>.

Si è detto che solo la considerazione dell'ordine pubblico *tout court*<sup>41</sup> è in grado di giustificare la sanzione consistente nella trasformazione del mutuo da oneroso a gratuito nelle ipotesi di usura c.d. oggettiva<sup>42</sup>, ch  «costringendo entro una soglia rigida le transazioni che abbiano per oggetto un finanziamento, il legislatore non si limita a proteggere ma sceglie consapevolmente di dirigere»<sup>43</sup>.

Collocandosi nella medesima prospettiva di gestione dei traffici e in ragione della considerazione unitaria del derivato, come innanzi qualificato, sembra allora opportuno integrare il calcolo del TEG della specifica operazione di credito che venga a configurarsi come operazione economica ibrida. In questo senso, nel tasso effettivo

---

*bancari. Regole*, Bologna, 2013, 151: «nell'economia di mercato esiste il prezzo normale – cio  correttamente praticato in luoghi e tempi dati –, che a sua volta pu  anche venire orientato, o gravato, da correttivi sociali e solidali (ma anche di ordine semplicemente strutturale). Il prezzo normale   misura laica: non ontologica, bens  variabile a seconda dell'area di riferimento che venga assunta come rilevante». Qualifica il tasso usurario come un tasso sproporzionato «rispetto al mercato creditizio e agli indici normativi», P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalit  costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, vol. IV, *Attivit  e responsabilit *, cit., 136; in questo senso gi  in ID., *Nuovi profili del contratto*, in *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi di diritto civile*, Napoli, 2003, 432.

<sup>40</sup> M. SEMERARO, *Usura bancaria e regole del mercato del credito*, cit., 217. Da qui, secondo l'a. (218), la conferma della «ragionevolezza della scelta, [...] agli effetti del provvedimento di riforma, di limitare temporalmente il rilievo dello sfioramento della soglia alla fase genetica dell'operazione di finanziamento». Cos  anche G. GUIZZI, *Congruit  dello scambio e contratti di credito (ancora una breve riflessione intorno ai rapporti tra mercato e teoria del contratto)*, in (a cura di) G. VETTORI, *Squilibrio e usura nei contratti*, Padova, 2002, 449 ss.

<sup>41</sup> Nelle due nozioni di ordine pubblico economico di direzione e ordine pubblico economico di protezione, come elaborate da G. FARJAT, *L'ordre public économique*, Paris, 1963.

<sup>42</sup> Riferisce invece l'ordine pubblico di direzione all'usura oggettiva e l'ordine pubblico di protezione all'usura soggettiva, C. ROBUSTELLA, *Usura bancaria e determinazione del tasso soglia*, Bari, 2017, 51. Secondo l'a., nella prima fattispecie il bene tutelato   «l'ordine nel mercato del credito» con l'introduzione di un calmiere al costo del denaro, mentre nell'usura soggettiva il legislatore ha inteso tutelare le «posizioni soggettive individuali e, pi  precisamente, [le] categorie economiche considerate meritevoli di tutela».

<sup>43</sup> A. GENTILI, *I contratti usurari: tipologie e rimedi*, cit. 358-359.

globale del singolo rapporto andrebbero inclusi i costi e le commissioni recati non soltanto dal contratto di credito ma pure dal contratto derivato di *irs*<sup>44</sup>.

Come accaduto in passato per altre voci di costo – commissioni di massimo scoperto, tassi moratori e spese assicurative – tale inclusione

---

<sup>44</sup> Osserva il contratto di *interest rate swap* nella prospettiva della funzione di finanziamento, sino a ritenere doveroso valutare il flusso a debito (in favore dell'intermediario) «alla stregua dei medesimi principi che regolamentano gli interessi nel credito», sì da misurare e giudicare tale flusso «in ragione del divieto di usura», R. DI RAIMO, *Dopo la crisi, come prima e più di prima (il derivato finanziario come oggetto e come operazione economica*, in (a cura di) D. MAFFEIS, *Swap tra banche e clienti. I contratti e le condotte*, cit., 69 ss., spec. 82-83; si v. inoltre per ulteriori argomentazioni ID., *Fisiologia e patologie della finanza derivata. Qualificazione giuridica e profili di sistema*, in (a cura di) F. CORTESE e F. SARTORI, *Finanza derivata, mercati e investitori*, Pisa, 2010, 58; ID., *Dopo le Sezioni Unite: ancora sulla qualificazione e sulla disciplina degli Interest Rate Swap*, cit., 239. Sul punto A. TUCCI, *Derivati e usura*, cit., differenzia tra stipula contestuale del derivato e stipula successiva, ritenendo che solo con riferimento alla prima ipotesi l'operazione sia «sovrapponibile a un finanziamento erogato a condizioni economiche risultanti dalla “combinazione” dei due contratti», una equivalenza funzionale rafforzata «allorché il finanziatore e il negoziatore siano il medesimo intermediario». Tuttavia l'a. è scettico rispetto all'idea «di cumulare i costi formalmente imputabili al finanziamento con quelli del derivato di copertura».

Sulla fattispecie del derivato con *up front* e, in particolare, sulla clausola che prevede l'erogazione delle somme quale forma di finanziamento si sofferma D. MAFFEIS, *Intermediario contro investitore: i derivati over the counter*, in *Banca borsa tit. cred.*, 6, 2010, 793 ss. L'a., in particolare, ritiene che «l'accertamento *ex post* della misura degli interessi applicati deve essere condotto alla stregua della disciplina dei c.d. tassi soglia di cui alla legge 108/1996, atteso che l'intermediario contestualmente alla conclusione del nuovo contratto derivato, “si fa (...) promettere (...) in corrispettivo di una prestazione di denaro (...) interessi o altri vantaggi” di cui occorre vagliare il carattere usurario tenendo conto che a tal fine rileva “qualsiasi forma”: e così, ad es., le c.d. commissioni di intermediazione, che parimenti il contratto di swap potrebbe non avere disciplinato». Si v. anche ID., *Costi impliciti nell'interest rate swap*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 648. Nello stesso senso anche S. PAGLIANTINI, *I costi impliciti nei derivati fra trasparenza e causa (ovvero quando nomina non sunt consequentia rerum)*, in (a cura di) D. MAFFEIS, *Swap tra banche e clienti. I contratti e le condotte*, cit., 240-241. *Contra* A. TUCCI, *Derivati e usura*, cit., 83, secondo il quale il pagamento dell'*up front* funge «da strumento di riequilibrio del valore economico iniziale delle prestazioni a carico delle parti, nel contratto *IRS* “rinegoziato”, e, dunque, rientri nella logica dell'*investimento finanziario*», qualificazione che comporterebbe l'esclusione della applicabilità della disciplina antiusura.

porta con sé un problema di omogeneità dei dati comparati, segnatamente tra gli oneri economici rilevanti per il calcolo del TEGM e il costo effettivo sopportato dal cliente.

Sul punto, in un primo momento si è espressa la Corte di Cassazione con una nota decisione del 2016<sup>45</sup>, affermando in quell'occasione che il giudizio di usurarietà si basa «sul raffronto tra un dato concreto (lo specifico TEG applicato nell'ambito del contratto oggetto di contenzioso) e un dato astratto (il TEGM rilevato con riferimento alla tipologia di appartenenza del contratto in questione)» e che, pertanto, il confronto deve essere effettuato adoperando la medesima metodologia di calcolo perché, altrimenti, se ne ricaverebbe un dato viziato<sup>46</sup>.

In seguito, però, la posizione è stata meglio precisata dalle Sezioni Unite della Cassazione, con sentenza 18 settembre 2020, n. 19597<sup>47</sup>, sì confermando «la piena razionalità del c.d. principio di simmetria», secondo cui deve esservi simmetria tra il tasso effettivo globale medio rilevato trimestralmente e il tasso effettivo globale della singola operazione, epperò chiarendo al contempo che malgrado gli interessi moratori non vengano considerati nella rilevazione, essi vadano compresi nel TEG del singolo rapporto «in ragione della esigenza primaria di tutela del finanziato»<sup>48</sup>. Nel solco di questo indirizzo si pone

<sup>45</sup> Cass., 22 giugno 2016, n. 12965, cit.

<sup>46</sup> Prosegue la Corte: «quand'anche le rilevazioni effettuate dalla Banca d'Italia dovessero considerarsi inficiate da un profilo di illegittimità (per contrarietà alle norme primarie regolanti la materia, secondo le argomentazioni della giurisprudenza penalistica citata), questo non potrebbe in alcun modo tradursi nella possibilità, per l'interprete, di prescindervi, ove sia in gioco – in una unitaria dimensione afflittiva della libertà contrattuale ed economica – l'applicazione delle sanzioni penali e civili».

<sup>47</sup> Cass., Sez. Un., 18 settembre 2020, n. 19597, con nota di A. BARENGHI, *Mora usuraria e interessi corrispettivi: le Sezioni unite disinnescano il contenzioso*, in *Giur. it.*, 3, 2021, 572 ss.; F. GRECO e A. ZURLO, *Interessi moratori, usurarietà e tutela consumeristica: considerazioni a margine dell'alchimia delle Sezioni unite*, in *Resp. civ. prev.*, 4, 2021, 1192 ss.; P. DUVIA, *Usura e interessi di mora: la discutibile posizione assunta dalle Sezioni Unite*, in *Banca borsa tit. cred.*, 4, 2021, 456 ss.; C. ROBUSTELLA, *Usura e mora: l'ultimo atto delle Sezioni Unite*, in *Giur. comm.*, 5, 2021, 1080 ss.; P. MAZZAMUTO, *L'usurarietà degli interessi moratori. Considerazioni critiche sulla sentenza delle Sezioni Unite 18 settembre 2020, n. 19597*, in *Jus civile*, 6, 2021, 1830 ss.; B. PETRAZZINI, *Interessi moratori e usura: l'intervento delle Sezioni unite*, in *Giur. it.*, 6, 2021, 1395 ss.

<sup>48</sup> Così anche Cass., 20 agosto 2020, n. 17466, in *dejure.it*, la quale valorizza l'argomento secondo cui l'art. 644 c.p., nella determinazione del tasso usurario

una decisione di legittimità del 2021<sup>49</sup>, la quale, investita di una questione in tema di spese assicurative, afferma che «la circostanza che i decreti ministeriali di rilevazione del TEGM non inseriscano nel calcolo di esso una particolare voce che, secondo la definizione data dall'art. 644 c.p., comma 5, dovrebbe essere inclusa [...] rileva ai soli fini della verifica di conformità dei decreti stessi, quali provvedimenti amministrativi, alla legge di cui costituiscono applicazione, in quanto la rilevazione sarebbe effettuata senza tenere conto di tutti i fattori che la legge impone di considerare» e che, pertanto, «la mancata inclusione nei decreti ministeriali non comporta l'esclusione di tale voce ai fini della determinazione della soglia usuraria, imponendo semmai al giudice ordinario di prendere atto della illegittimità dei decreti e disapplicarli».

In definitiva, l'esistenza di un collegamento tra il contratto finanziario derivato di *interest rate swap* e l'erogazione del credito – frutto dell'interazione dell'*irs* con il patto relativo alla determinazione degli interessi – non può che comportare la determinazione del TEG dello specifico rapporto di credito tenendo conto anche dei costi e delle

---

impone di tenere conto di «commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese [...] collegate alla erogazione del credito», persegue il fine di «impedire, tanto prevedibili quanto agevoli, aggiramenti del divieto, a prescindere dal nome con il quale il contratto qualifica la dazione». Riassume la posizione critica della dottrina rispetto ad un tale approccio, definito “sostanzialista e solidaristico”, G. CAZZETTA, *Il collegamento negoziale tra prestito e spese di assicurazione*, in *giustiziacivile.com*, 2018, 5. L'a., in particolare, sottolinea «il *vulnus* che l'approccio sostanzialista della inclusione nel TEG di ogni spesa di fatto sopportata dal cliente arreca alla razionalità e credibilità tecnica dei criteri di rilevazione del tasso soglia e all'innegabile correlazione tra TEGM e TEG. Esiste cioè un necessario, e non altrimenti sottovalutabile, rapporto di omogeneità tra i parametri utilizzati per la rilevazione periodica del TEGM e quelli per la valutazione singola della possibile usurarietà del singolo contratto di finanziamento». Peraltro, «la necessità di ancorare la rilevazione della soglia usura ad un parametro razionale, certo e prevedibile è d'altronde resa esplicita dalla lettera della norma penale dell'art. 644 c.p. e di quella civile dell'art. 1815 c.c. che, nel rinviare alla legge speciale n. 108 del 1996 accolgono la scelta legislativa di delegare la competenza tecnica dell'operazione di rilevazione dei tassi al Ministro dell'Economia, sentiti la Banca d'Italia e l'Ufficio cambi».

<sup>49</sup> Cass., 26 novembre 2021, n. 37058, in *dejure.it*. Cfr., inoltre, Cass., ord. 1° febbraio 2022, n. 3025, in *italgiure.giustizia.it*, secondo cui la mancata rilevazione fino al d.m. del maggio 2009 dei costi assicurativi ai fini del calcolo del TEGM non rileva nella determinazione della soglia usuraria del singolo rapporto. Conforme, da ultimo, Cass., ord. 18 maggio 2022, n. 16077, in *italgiure.giustizia.it*.



commissioni di cui all'*irs*, sicché ove il TEG così calcolato dovesse restituire un valore superiore al tasso soglia, il rapporto di credito dovrà inevitabilmente scontare l'applicazione della sanzione caducatoria di cui all'art. 1815, comma secondo, c.c.

5. (*Segue*) *Applicazione della disciplina riguardante la surrogazione per volontà del debitore all'operazione economica ibrida. Contratto di credito, contratto di swap e mark to market.*

Sulla tendenza alla complessità del rapporto banca-cliente all'ibridazione finanziaria dello strumento contrattuale che lo regola, sembra infine incidere anche la disciplina riguardante la surrogazione per volontà del debitore di cui al D.L., 31 gennaio 2007, n. 7 (c.d. *Decreto Bersani-bis*) convertito con modificazioni dalla L. 2 aprile 2007, n. 40, poi modificato dall'art. 2, comma 450, L. 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria per il 2008), infine trasfusa nel Testo Unico Bancario all'art. 120-*quater*.

Di là del caotico utilizzo del linguaggio da parte del legislatore<sup>50</sup>, che discorre indifferentemente nella rubrica e nel testo della norma di “trasferimento”, “surrogazione” e “portabilità”, la disciplina ha rivitalizzato un istituto che è stato definito “difficilmente comprensibile”<sup>51</sup>, quello di cui all'art. 1202 c.c.<sup>52</sup>, e che ha trovato nel tempo una applicazione soltanto sporadica, come confermerebbero i “rari e remoti precedenti giurisprudenziali”<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> Cfr. A.A. DOLMETTA, *Questioni sulla surrogazione per volontà del debitore ex art. 8 Legge n. 40/2007 (c.d. portabilità del mutuo)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 4, 2008, 395 ss.

<sup>51</sup> Così U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 1991, 768 ss.

<sup>52</sup> Sull'istituto codicistico, M. PROSPERETTI, *Il pagamento con surrogazione*, in *Tratt. Rescigno*, IX.1, Torino, 1984; B. CARPINO, *Del pagamento con surrogazione. Art. 1201-1205*, in *Comm. Scialoja-Branca, Libro quarto, Delle obbligazioni*, Bologna Roma, 1988; A. MAGAZZÙ, voce *Surrogazione per pagamento*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990.

<sup>53</sup> E. MOSCATI, *Dalla surrogazione per volontà del debitore alla legge sulla portabilità dei mutui (ovvero come un legislatore rivitalizza l'art. 1202 c.c.)*, in *Riv. not.*, 1, 2022, 5, il quale riferisce di un precedente risalente al 5 agosto 1945 (Cass., 4 agosto 1945, n. 677, in *Giurisprudenza completa della Corte suprema di Cassazione – Sezioni civili*, 1945, II, 155) sorto in relazione ad una vicenda riguardante l'art. 1265, n. 2, del codice civile del 1865.

Quella del legislatore interno è una iniziativa nata dal proposito della Commissione europea<sup>54</sup> di incentivare la concorrenza sul mercato bancario agevolando la «mobilità dei clienti e la propensione dei consumatori a passare da un erogatore di mutui ipotecari all'altro», senza essere loro dissuasi da «ostacoli giuridici o economici ingiustificabili».

Riferendosi espressamente all'istituto del pagamento per surrogazione per volontà del debitore, già l'art. 8 del decreto n. 7/2007 ed oggi l'art. 120-*quater* TUB riconosce al debitore la possibilità di rimborsare anticipatamente il capitale residuo del finanziamento al mutuante – «con esclusione di penali o altri oneri di qualsiasi natura»<sup>55</sup> – facendo subentrare nel contratto un nuovo ente creditizio (terzo surrogato)<sup>56</sup>, il quale accede anche alle garanzie, personali e reali, accessorie al credito. In tal modo, la normativa consente al cliente di realizzare in sostanza una rinegoziazione e di fruire di migliori opportunità sul mercato<sup>57</sup>.

---

<sup>54</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Libro bianco sull'integrazione dei mercati UE del credito ipotecario* (COM(2007) 807 def).

<sup>55</sup> Non solo la surrogazione deve avvenire senza penali o altri costi ma anche per la concessione del nuovo finanziamento «non possono essere imposte al cliente spese o commissioni [...] per l'istruttoria e per gli accertamenti catastali» e, in ogni caso, «gli intermediari non applicano alla clientela costi di alcun genere, neanche in forma indiretta, per l'esecuzione delle formalità connesse alle operazioni di surrogazione» (art. 120-*quater*, comma 4, TUB).

In continuità con questo approccio l'art. 6 del d.lgs. n. 141 del 2010 ha introdotto il comma 7-*quater* dell'art. 161 del TUB, ai sensi del quale «Per i mutui a tasso variabile e a rata variabile per tutta la durata del contratto, stipulati o accollati, anche a seguito di frazionamento, per l'acquisto, la ristrutturazione o la costruzione dell'abitazione principale entro il 29 gennaio 2009, gli atti di consenso alla surrogazione di cui all'art. 120-*quater*, comma 3, sono autenticati dal notaio senza l'applicazione di alcun onorario e con il solo rimborso delle spese [...]».

<sup>56</sup> La portabilità può avvenire secondo due schemi operativi: i) con la stipula di un unico atto cui partecipino tutte e tre le parti interessate – debitore, originario creditore e nuovo creditore – e che racchiuda sia il nuovo mutuo che la quietanza di quello originario; ii) mediante il perfezionamento di atti separati, ed in particolare: a) del nuovo contratto di finanziamento tra debitore e nuovo creditore; b) della successiva quietanza rilasciata dal creditore originario, con le indicazioni di contenuto stabilite dall'art. 1202 c.c.

<sup>57</sup> Sul punto, tra i primi commentatori della normativa, A. GENTILI, *Teoria e prassi nella portabilità dei contratti di finanziamento bancario*, in *I Contratti*, 5, 2007, 465, il quale a. si sofferma sugli auspicati effetti della riforma, in particolare sulla creazione

Da qui l'interesse della banca alla complessità, l'incentivo a stipulare non già un solo contratto di mutuo a tasso fisso ma due contratti, uno di mutuo a tasso variabile e uno di *irs*, che nella loro interazione strutturano un rapporto con obbligazione di pagamento a carico del mutuatario a tasso fisso; rapporto che solo al momento dell'eventuale esercizio della facoltà prevista dall'art. 120 *quater* TUB svela al cliente la sua complessità: la banca a fronte di una richiesta di portabilità del contratto di mutuo a tasso variabile pretende comunque per l'estinzione anticipata il pagamento del valore residuo del contratto di *irs*, il *mark to market*, ovvero richiede, in alternativa, il pagamento dei restanti differenziali alle scadenze fissate. Dunque, elusione della normativa che non prevede costi e oneri in caso di surrogazione per volontà del debitore e, per l'effetto, restrizione della concorrenza sul mercato bancario<sup>58</sup>.

---

di un «nuovo segmento di mercato nel settore dei servizi bancari e finanziari», in altri termini del «mercato della circolazione dei finanziamenti», e sull'aumento dell'efficienza del settore, poiché «migliori finanziamenti sostituiscono i vecchi» e «finanziatori più efficienti sottraggono quote di mercato a quelli marginali». Sull'ispirazione del decreto, si v. anche P. SIRENA, *La «portabilità del mutuo» bancario o finanziario*, in *Riv. dir. civ.*, 4, 2008, 450, spec. nota 5.

Così, più di recente, tre sentenze della Cassazione (Cass., 19 febbraio 2021, n. 4526 e 4527, Cass., 23 febbraio 2021, n. 4841, tute in *dejure.it* e con nota di A. VALZER, *La surrogazione ex art. 120-quater t.u.b. tra evoluzione normativa e prassi applicativa, alla luce di alcune recenti sentenze di legittimità*, in *questa Rivista*, 2, 2022, 325 ss.) ove si sottolinea lo scopo del legislatore del 2007, ossia «quello di introdurre elementi di concorrenzialità tra le imprese bancarie non soltanto nella fase dell'accesso ai finanziamenti da parte dei mutuatari, ma anche in quella successiva della circolazione dei rapporti di mutuo, consentendo ai mutuatari di sfruttare eventuali dinamiche al ribasso dei tassi di interesse». Scopo che, secondo la decisione, «è stato realizzato mediante una rivitalizzazione della surrogazione di pagamento per volontà del debitore (art. 1202 c.c.) superando le rigidità, presunte o reali, della disciplina codicistica che ne avevano ostacolato un più diffuso e massiccio utilizzo, nonché gli ostacoli provenienti da pattuizioni eventualmente introdotte nei contratti, dirette alla conservazione, in capo alle originarie imprese di credito, della titolarità dei rapporti in essere, stante la convenienza che discende dal progressivo attenuarsi, nello svolgimento del rapporto, del rischio di insolvenza del mutuatario».

<sup>58</sup> In effetti A. GENTILI, *Teoria e prassi nella portabilità dei contratti di finanziamento bancario*, cit., 471, all'indomani dell'introduzione normativa, notava che il legislatore potrebbe non aver tenuto conto di effetti ulteriori rispetto a quelli auspicati: «che succederà ai mutui? La concorrenza realizzerà davvero la libera circolazione dei servizi di credito? o tenteranno le banche di fidelizzare i clienti recuperando di più nel primo periodo e meno in seguito? Si avrà un continuo

Tuttavia, la considerazione unitaria in chiave funzionale dell'operazione esclude l'autonomia del contratto di *interest rate swap* rispetto al contratto di finanziamento (entrambi sono preordinati ad uno scopo pratico unitario) per cui nell'ipotesi di surrogazione l'*irs* – non potendosi immaginare la portabilità anche del contratto derivato – andrà incontro a scioglimento del relativo vincolo per difetto funzionale della causa, fatti salvi gli effetti già prodotti. Se così non fosse il contratto di *swap* si dovrebbe, in ogni caso, ritenere nullo ai sensi del comma 6 dell'art. 120 *quater* TUB, che prescrive la nullità di ogni patto, anche successivo alla stipulazione del contratto, «con il quale si impedisca o si renda oneroso per il debitore l'esercizio della facoltà di surrogazione [...] La nullità del patto non comporta la nullità del contratto».

In conclusione, la struttura del rapporto di erogazione del credito come incisa dall'interazione con il contratto finanziario derivato non può dirsi rappresentare l'ineludibile arrivo dell'evoluzione del rapporto contrattuale ma, di certo, l'artificiosa complessità che cela interessi di parte; interessi non sempre meritevoli e da valutare attentamente, caso per caso, nell'ambito di contesti operativi presidiati da fonti normative autonomamente strutturate e in considerazione della (sempre più marcata) disomogeneità di interessi di banche e clienti.

---

miglioramento delle condizioni offerte? o gli intermediari si copriranno dal rischio di abbandono riversandone per altra via il costo?» [enfasi aggiunta]. Altra via che oggi viene a tracciarsi nella dinamica dell'erogazione del credito con l'inserimento del contratto finanziario di *interest rate swap*.

Nella prospettiva della responsabilità, si occupa degli aspetti di concorrenza in relazione alla portabilità dei mutui (e ai servizi di pagamento), F. QUARTA, *Rimedi civilistici in funzione pro-concorrenziale nel settore bancario. Spunti dalle discipline sulla «portabilità» dei mutui e dei servizi di pagamento*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 1, 2018, 127 ss.