

WEBINAR
LA CORTE DI CASSAZIONE IN MATERIA DI *INTEREST RATE SWAP*

(Centro di Ricerca Interdipartimentale sul Diritto Europeo della Banca e della Finanza, Paolo Ferro-Luzzi,
Grandangolo, Università Roma Tre, 12 Febbraio 2021)

(Claudia Giustolisi e Adriano Maggioli)

SOMMARIO: 1. Gli Obiettivi del Webinar – 2. Il questionario

1. Gli Obiettivi del Webinar

Il 12 Febbraio 2021 si è tenuto il Webinar “*La Corte di Cassazione in materia di interest rate swap*”, organizzato dal Centro di Ricerca Interdipartimentale sul Diritto Europeo della Banca e della Finanza, Paolo Ferro-Luzzi, Grandangolo, dell’Università degli Studi Roma Tre.

Il Webinar è stato moderato e presieduto dal Professor Andrea Zoppini, vice-direttore del Centro di ricerca “Grandangolo” e Professore Ordinario di Diritto Privato presso l’Università degli Studi Roma Tre.

Le due Relazioni introduttive sono state svolte dal Prof. Aurelio Gentili, Professore Emerito dell’Università degli Studi Roma Tre e dal Prof. Raffaele Di Raimo dell’Università del Salento.

Nella seconda parte del Webinar si è tenuto un dibattito a cui hanno partecipato il Cons. Prof. Aldo Angelo Dolmetta, Consigliere della Corte di Cassazione e già Professore dell’Università Cattolica del Sacro Cuore, il Prof. Stefano Pagliantini dell’Università degli Studi di Siena, la Prof.ssa Maddalena Rabitti dell’Università degli Studi Roma Tre, il Dott. Giuseppe Catalano, Assicurazioni Generali S.p.A. e gli Avvocati Massimiliano Danusso dello Studio Legale BonelliErede e Silvio Riolo dello Studio Legale Cappelli RCCD.

Il Prof. Zoppini ha aperto i lavori, esortando ad una riflessione su due temi ritenuti fondamentali per l’analisi della sentenza oggetto del seminario.

Ed in particolare, il primo aspetto su cui porre l’attenzione, concerne, ad avviso del Professore, sull’indagine dei profili che consentono di elevare a “precedente giurisprudenziale” una sentenza, precisando come sia compito della Dottrina analizzare le sentenze, facendone emergere al contempo il valore di precedente e mettendo in rilievo i possibili limiti delle stesse.

Dando seguito a queste considerazioni, il Professore ha proseguito osservando come nel caso in esame si tenderebbe ad attribuire alla sentenza in questione un significato più ampio, che supera l’oggetto della decisione.

Ciò potrebbe comportare il rischio di deformare il precedente, rendendolo per così dire assorbente.

Se infatti alla fonte giurisprudenziale si dovesse attribuire un significato che estende il valore di precedente anche alla parte che riguarda la motivazione o la narrazione – prescindendo dal caso specifico su cui il giudice si è espresso e dal principio di diritto che su quel caso specifico è stato formulato – si potrebbe incorrere nel rischio sopra richiamato. In tal senso, appare opportuno richiamare il valore della distinzione tra principio della decisione ed *obiter dictum*.

Il Professor Zoppini ha poi proseguito, esaminando il secondo profilo di indagine, ed in particolare concentrando la riflessione sulla necessità di una concretizzazione dei principi espressi dal diritto giurisprudenziale, sottolineando altresì la valenza limitata della vicenda specifica rispetto al portato precettivo che si è tentato di attribuire alla sentenza.

A tal riguardo, il Professore ha proseguito illustrando come il tema della causa in concreto possa per certi aspetti apparire come una scorciatoia nell’argomentazione giuridica, in quanto, assumere che ogni vicenda negoziale debba decidersi quanto alla funzione economica con riguardo all’analisi del caso concreto, significherebbe un travaso di potere decisionale dal legislatore al giudice.

Dubitando della correttezza di tale operazione, il Professor Zoppini ha concluso la sua riflessione ricordando che la causa in concreto è frutto di una riflessione teorica sul rapporto tra causa e motivi, funzione dell’operazione economica ed interessi comuni trasferiti nel singolo contratto.

È opinione del Professore che nell'ipotesi discussa si sia fatto un uso della causa in concreto non per identificare cosa volessero realizzare le parti, ma per legittimare il sindacato del giudice non implicito nelle operazioni consentite dall'ordinamento.

Sulla base di tali premesse, nel corso dello svolgimento del Webinar, è stato diffuso un questionario con l'obiettivo di acquisire l'opinione dei relatori e degli ospiti riguardo i temi esposti.

Di seguito si riportano le domande del questionario e le relative risposte.

2. Il questionario

<i>La sentenza delle Sezioni unite può ritenersi un precedente rilevante anche nel settore della contrattazione su derivati tra privati?</i>	
Professor Aurelio Gentili	Sì
Professor Raffaele Di Raimo	Sì: non con riguardo a MTM e scenari, ma per la ricostruzione del profilo funzionale
Professor Aldo Angelo Dolmetta	Certamente sì
Professor Stefano Pagliantini	Sì e no: non ritengo che la sentenza nella prima sia un obiter. Ha senz'altro il pregio di dettare dei principi essenziali nel dibattito
Professoressa Maddalena Rabitti	Sì: funzione nomofilattica, giudizio su validità dell'assetto negoziale, con fissazione dei principi che possono essere utilizzati anche tra privati, ma con limiti dati dalla peculiarità del caso trattato
Dottor Giuseppe Catalano	Sì
Avvocato Massimiliano Danusso	No: la sentenza pur nella sua opacità e incoerenza, indica chiaramente che il suo oggetto è esclusivamente quello dei derivati degli enti locali. È pur vero che il secondo principio di diritto potrebbe trovare una sua confusa applicazione anche alla clientela privata e corporate
Avvocato Silvio Riolo	No
Pubblico	Il 75% dei partecipanti ha votato "sì", il 25% "no"

<i>Quanto alla disciplina degli enti pubblici, le sopravvenute modifiche normative intervenute nel settore rendono ancora applicabile/rilevante per il futuro il principio di diritto espresso dalle Sezioni unite?</i>	
Professor Aurelio Gentili	Sì
Professor Raffaele Di Raimo	Sì: limitatamente ai contratti esistenti, la qualificazione dell' <i>upfront</i> e, più in generale, della causa possono incidere anche in occasione delle operazioni consentite (estinzione, riassegnazione, ristrutturazione ecc.)
Professor Aldo Angelo Dolmetta	La domanda è generica
Professor Stefano Pagliantini	No: stante l'esistenza di una disposizione ad hoc, propenderei per il no
Professoressa Maddalena Rabitti	No: dato normativo supera il problema, vietandoli
Dottor Giuseppe Catalano	Non so
Avvocato Massimiliano Danusso	Sì e no: solo per i contratti derivati degli enti locali ancora in corso di esecuzione
Avvocato Silvio Riolo	Sì

Pubblico	Il 57 % dei partecipanti ha votato “sì”, il 43% “no”
----------	--

<i>La sentenza delle Sezioni unite incide, o modifica in via sostanziale, la distinzione consolidata nei precedenti indirizzi della giurisprudenza tra regole di validità e regole di condotta (Cass. SSUU nn. 26724-26725/2007)?</i>	
Professor Aurelio Gentili	Sì
Professor Raffaele Di Raimo	No: il suo approccio sul punto non innova rispetto alla giurisprudenza stratificatasi negli ultimi dieci anni
Professor Aldo Angelo Dolmetta	No
Professor Stefano Pagliantini	No: non ritengo che sia probante posto che si può ragionare sulla scorta o dell’art. 1325 ovvero ai sensi dell’art. 14 18 comma 1 ma quale norma di struttura
Professoressa Maddalena Rabitti	No: non credo modifichi in via sostanziale la distinzione; Sezioni Unite 2020 si collocano sul piano diverso, e comunque a monte, della fattispecie contrattuale
Dottor Giuseppe Catalano	Direi di no
Avvocato Massimiliano Danusso	Sì: la modifica viene introdotta senza nemmeno un minimo di discussione che giustifichi l’abbandono della precedente impostazione, si da far pensare che si tratti di un altro segnale della assoluta superficialità della decisione
Avvocato Silvio Riolo	Sì: di fatto opera in tal senso
Pubblico	Il 33% dei partecipanti ha votato “sì”, il 67% ha votato “no”

<i>La sentenza impone obblighi informativi coerenti con il generale divieto di gold plating e con il più specifico quadro regolatorio della materia, per come armonizzato a livello UE?</i>	
Professor Aurelio Gentili	No
Professor Raffaele Di Raimo	Sì: la sentenza, sulla scia di una tendenza della giur. di merito avallata da molta dottrina, colloca scenari e MTM nel perimetro della causa e/o dell’oggetto, non li rappresenta invece come requisiti formali autonomi
Professor Aldo Angelo Dolmetta	Sì
Professor Stefano Pagliantini	No: non credo si ponga un problema di interpretazione conforme
Professoressa Maddalena Rabitti	Sì: secondo me non contrasta. Mifid consente adozione di requisiti più stringenti per perseguire al meglio interesse clienti
Dottor Giuseppe Catalano	No: secondo me non si va in gold plating essendo peraltro riferito a vicende passate
Avvocato Massimiliano Danusso	Sì: nella misura in cui si ritenesse applicabile anche ai corporate e alla clientela privata si tratterebbe di un ingiustificabile appesantimento dei requisiti comunitari, tuttavia sarebbe difficile individuare la norma di legge che violerebbe il principio di gold plating visto che si tratta di una decisione meramente interpretativa
Avvocato Silvio Riolo	No
Pubblico	Il 100% dei partecipanti ha votato “no”

In assenza di riferimenti normativi sul punto, la sentenza delle Sezioni unite offre indicazioni che rendono possibile all'operatore professionale individuare come, in concreto, veicolare alla controparte le informazioni rilevanti ai fini degli "scenari probabilistici"?

Professor Aurelio Gentili	No
Professor Raffaele Di Raimo	No
Professor Aldo Angelo Dolmetta	Sì: in parte sostantiva
Professor Stefano Pagliantini	Può provarsi a tipizzare dei criteri, fermo restando che sempre saranno degli indici sintomatici modulati sul caso concreto
Professoressa Maddalena Rabitti	No: ciò avrebbe determinato un'inutile ingerenza nell'autonomia degli intermediari che invece devono operare "nel miglior interesse del cliente"
Dottor Giuseppe Catalano	Sì: sarebbe stato auspicabile un maggior dettaglio sul tema degli "scenari probabilistici"
Avvocato Massimiliano Danusso	Assolutamente no: il concetto di scenari probabilistici non è contenuto in nessuna fonte normativa, e dunque lo squassante riferimento a tale concetto contenuto nella sentenza introduce un elemento di assoluta incertezza tanto per il passato che per il futuro
Avvocato Silvio Riolo	Assolutamente no
Pubblico	Il 17% dei partecipanti ha votato "sì", l'82% ha votato "no"