

«Contratti derivati finanziari camuffati da mutui e leasing»

INTERVISTA


Daniele Maffeis
Avvocato

 Pagina a cura di
Marcello Frisone

«I tribunali civili iniziano a essere molto spesso chiamati a decidere della validità di contratti di finanziamento, per lo più mutui o leasing, che contengono clausole che soltanto in apparenza disciplinano il tasso di interesse. Infatti, sotto le mentite spoglie della clausola che disciplina il tasso di interesse sono invece a loro volta accordi che rientrano nella tipologia dei contratti finanziari derivati Otc (Over the counter, cioè stipulati fuori dai mercati regolamentati tra banca e cliente)». È questa la testimonianza di Daniele Maffeis, titolare dell'omonimo studio legale di Milano e ordinario di diritto privato nella facoltà di Economia dell'Università degli studi di Brescia, interpellato dopo l'articolo pubblicato su «Plus24» del 14 febbraio scorso nel quale si è cercato di fare luce su un mutuo casa a tasso variabile pagato in euro ma il cui meccanismo legato al cambio euro/franco lo rende di fatto un derivato.

Perché si tratta di contratti che sono sotto mentite spoglie?

Perché mentre la funzione di una clausola che disciplina il tasso di interesse convenzionale è quella, ovvia, di remunerare il prestito, la funzione di un contratto derivato finanziario è invece quella di creare in capo a ciascun contraente un'alea razionale che è rappresentata da un preciso rischio finanziario la cui distribuzione qualitativa (gli scenari probabilistici) e la cui misura quantitativa (il mark to market) sono preordinatamente calcolati dalla banca che, appunto, inserisce il derivato finanziario dentro al mutuo oppure al leasing sotto le mentite spoglie della clausola sugli interessi. Ci sono banali opzioni floor oppure più sofisticate "quanto option" con doppia indicizzazione a tasso e valuta.

Quale norma viene violata?

Concludere contratti di finanziamento con questi derivati impliciti - embedded, come si dice - è una prassi completamente sconosciuta sia al Codice civile sia al Testo unico bancario. È invece prevista dalle leggi sui bilanci che impone alle banche di contabilizzare a parte i derivati embedded e dal provvedimento che adesso vieta alla pubblica amministrazione di concludere derivati, anche impliciti.

Quindi che problemi creano?

Rispetto alla tipica clausola sugli interessi, che pone essenzialmente i problemi ben noti di forma e di determinabilità della misura, i derivati embedded pongono problemi delicati di accordo sul valore finanziario iniziale dei derivati e sugli scenari probabilistici.

Cioè?

Il cliente, in pratica, deve sottoscrivere e ricevere in copia un contratto che menzioni questi requisiti essenziali, pena la nullità del derivato finanziario. E se il derivato embedded è nullo, e rappresentava il corrispettivo del finanziamento, quest'ultimo diventa un prestito al tasso legale, con il diritto del cliente di ottenere la restituzione di tutte le somme versate in eccesso.

Si può "sconfinare" anche nell'usura?

Beh, un profilo delicato è rappresentato dall'usura probabile, che può integrare una ipotesi di usura originaria o, comunque, di usura in concreto.

Quando si verifica tutto ciò?

Per esempio, ciò accade se gli scenari probabilistici evidenziano che un mutuo - che al momento della conclusione prevedeva interessi sotto la soglia dell'usura - aveva il 90% di probabilità di superare quella soglia magari a partire dalla seconda rata. Poiché il rischio finanziario si misura in termini probabilistici appare anacronistico che la soglia massima del corrispettivo di un finanziamento prescinda, anch'essa, da una misurazione probabilistica.


marcello.frisone@ilsolo24ore.com

© RIPRODUZIONE RISERVATA

