

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

LUGLIO/SETTEMBRE

2021

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, GABRIELLA CAZZETTA, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SEGRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, EUGENIA MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA, ALBERTO MAGER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA, GIULIA TERRANOVA

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

SEDE DELLA REDAZIONE

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

Transazione di operazioni bancarie e normativa di trasparenza*

SOMMARIO: 1. Il problema. – 2. (*Segue*). Suoi riflessi di disciplina. – 3. (*Segue*). I (pochissimi) riscontri del diritto vivente. – 4. Soluzione e impostazione della motivazione a sostegno. – 5. La «copertura» del rapporto contrattuale data dalla normativa di trasparenza ricomprende pure la transazione, contratto di «secondo grado» e «principale» (un primo argomento). – 6. La regola dell'art. 1350, n. 12 c.c. (un diverso argomento).

1. Il problema

Il presente lavoro esamina il problema se il contratto di transazione, che abbia a proprio oggetto controversie (attuali o potenziali) inerenti a operazioni e rapporti bancari (credito al consumo e servizi di pagamento, compresi¹), sia sottoposto, oppure no, alla relativa normativa di trasparenza dettata nel TUB: per concentrarsi, più nello specifico, sull'interrogativo se una simile transazione risulti o meno vincolata al rispetto delle prescrizioni formali che sono stabilite rispettivamente dalle norme degli artt. 117, 125 *bis* e 126 *quinquies* TUB².

Naturalmente, la posizione di un simile problema suppone che le pretese, *hinc et inde* formulate dalle parti, concernano situazioni effettivamente suscettibili di essere fatte oggetto di transazione. Occorre perciò subito precisare che, in realtà, gli effettivi confini della

* Lo scritto raccoglie idee espresse in un parere rilasciato in data 11 giugno 2021.

¹ Le Istruzioni di Vigilanza della Banca d'Italia, «Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari» dichiarano in modo espresso (p. 58) che le «disposizioni contenute nella sezione III (contratti)» e, tra queste, pure la forma scritta *ex* art. 117 TUB (p. 22) trovano applicazione anche nei confronti delle operazioni di credito immobiliare ai consumatori.

² Nei fatti, il tema della «forma», se è senz'altro centrale nel contesto dei rapporti tra normativa di trasparenza bancaria (e dei servizi di investimento) e transazione, non viene però ad esaurirlo: si pensi, a titolo di esempio, alla prescrizione dell'art. 119, comma 4, TUB, nel caso destinata a inglobare in sé la materia della documentazione attinente alla vicenda transattiva intercorsa tra le parti.

Come si avverte anche nel testo (cfr. nel n. 4), peraltro, il punto della «forma» associa a profili comuni (di soggezione in genere della transazione ai detti regimi, cioè) anche dei profili a sé specificamente peculiari.

«possibilità transattiva» non risultano in materia oggettivamente sicuri: essendosi dubitato, in generale, della compatibilità della normativa coperta dalla c.d. nullità di protezione con la figura del contratto di transazione (*ex art. 1972 c.c.*); come pure essendo discusso se il disposto dell'art. 143, comma 1, cod. consumo (ove lo si ritenga riferibile anche alle operazioni bancarie con consumatore) venga a bloccare o comunque a limitare l'accesso all'ipotesi transattiva³.

2. (Segue). *Suoi riflessi di disciplina.*

Un ulteriore aspetto, che pure è opportuno venire *in limine* a precisare, attiene ai riflessi disciplinari, che vengono messi in discussione dall'alternativa appena rappresentata, perché in via diretta incidenti sulla «forma» della transazione bancaria⁴.

Nel regime ordinario, dunque, la transazione è in linea di massima - salva, cioè, diversa opzione di legge (cfr. art. 1967 c.c.) - un contratto per cui la legge richiede la forma (scritta) unicamente *ad probationem*. Il diritto vivente ne ha tratto - è noto - la consolidata conseguenza che la sussistenza di una transazione può anche essere desunta, di per sé, da un semplice atto ricognitivo, proveniente da una sola delle parti, e persino dall'integrale attuazione dei patti di cui si allega la stipula⁵.

Questa eventualità resta per contro esclusa nel caso di prescrizione formale *ad substantiam*, quali indiscutibilmente sono quelle stabilite dagli art. 117, 125 *bis* e 126 *quinquies*: la produzione di un testo contrattuale scritto permanendo, in una simile evenienza, condizione comunque essenziale per il riconoscimento dell'effettiva sussistenza del patto (salva solo l'ipotesi di cui all'art. 2725, comma 3, c.c.). Come ha correttamente rilevato la sentenza di Cass. SS.UU., 4 novembre 2019, n. 28314 (spec. n. 14.1) di fronte ai recenti sviluppi del diritto

³ Per un esame di questi aspetti problematici v. S. MONTICELLI, *Transazione novativa e ars notaria*, in *Jus civile*, 2016, I, 6 ss.

⁴ Ovvero di «forma contenuto», come correntemente si rileva a proposito della prescrizione dell'art. 117 comma 4 TUB.

Che nel contesto delle normative di trasparenza la consegna di un esemplare contrattuale rientri nel campo della forma è fatto sicuro, poi, dalla disposizione dell'art. 117, comma 3, TUB.

⁵ Cfr., ad esempio, Cass., 10 dicembre 2018, n. 31920; Cass., 23 gennaio 2018, n. 1627, ove pure altri riferimenti.

vivente in punto di contratto (bancario o quadro di investimento) c.d. monofirma⁶, la questione della «non rilevanza» della mancata sottoscrizione della banca – è opportuno sottolineare – si può configurare «solo in relazione a un contratto», che risulti «formalmente esistente».

A fianco dello scritto *ad substantiam* – è anche da segnalare – le richiamate normative di trasparenza prescrivono la necessità che un «esemplare»⁷ contrattuale sia consegnato al cliente. Pure qui la differenza con l'ordinario regime della transazione appare sensibile⁸: se

⁶ Per un riepilogo della vicenda, con opportune indicazioni bibliografiche, v. tra gli altri A. MIRONE, *Le Sezioni Unite e il contratto cd. monofirma*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, II, 276, nt. 2-3.; E. TOSI, *Il contratto asimmetrico bancario e di investimento monofirma: la forma informativa e il problema della sottoscrizione unilaterale alla luce della lettura funzionale delle Sezioni Unite*, in *Contr. Impr.*, 2019, 208 (testo e nt. 31, 33); G. MATTARELLA, *La forma del contratto nelle discipline di settore*, in *Annuario del contratto 2018* (a cura di) Roppo, Torino, 2019, 227 ss.

⁷ Così, testualmente, la norma dell'art. 117, nonché, di riflesso, quella dell'art. 126-*quinquies*. La disposizione dell'art. 125-*bis* parla invece di consegna di una «copia» del contratto. Considerato tra l'altro che anche la norma dell'art. 23 TUF fa riferimento all'«esemplare» contrattuale, non mi parrebbe peraltro errato ritenere la diversa formula del credito al consumo come espressiva di un semplice «refuso» di ordine sistematico: nei fatti, non compare alcuna ragione oggettiva per giustificare una qualche diversità di trattamento disciplinare al riguardo; l'organizzazione normativa del titolo VI del TUB risulta connotata, d'altra parte, da un «disordine grande» (sul punto rimando a *Disciplina e principio di trasparenza*, in *L'arbitro bancario finanziario*, a cura di G. Conte, Milano, 2021, 193 ss.). Anche per il caso del credito occorre quindi che sia consegnato un «esemplare» del contratto concluso tra le parti.

Il punto – va aggiunto – si rivela in sé stesso importante, sì che appare per nulla giustificata la sentenza di Cass. SS.UU., 16 gennaio 2018, n. 898, che – senza addurre argomentazione a supporto – ha ridotto a «copia» (cfr. nella prossima nota 10) quello che l'art. 23 TUF assume per contro come «esemplare». Ché tale espressa previsione è indice manifesto che quello di protezione della domanda di mercato esige non meno – ma casomai più – formalismo di quanto sia preteso per solito (M. GIROLAMI, *Doppia firma e doppio esemplare nei contratti finanzia: i dubbi della Suprema Corte*, in *Il Caso*, 2017, 967; G. MATTARELLA, *op. cit.*). Del resto, la differenza tra l'«esemplare» e la «copia» appare in sé sensibile: basta pensare, se non altro, alla disciplina dettata negli artt. 2714 ss. c.c.

⁸ Nel regime delle operazioni bancarie, tra l'altro, il cliente può comunque richiedere all'intermediario l'invio di una «copia» del contratto ai sensi dell'art. 119, comma 4, TUB (sul punto v. M. NATALE, *Il diritto del cliente alla consegna della documentazione bancaria*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, I, 921 ss.; del resto, se il

la disciplina del codice civile non accenna nemmeno al tema dello scambio dello scritto richiesto per la prova della transazione⁹, per la normativa di trasparenza la consegna dell'esemplare al cliente è invece requisito di perfezionamento della relativa fattispecie, secondo quanto è stato chiarito dalla pronuncia di Cass. SS. UU., 16 gennaio 2018, n. 898¹⁰.

Rispetto alle comuni regole contrattuali, come tali riferibili pure all'ordinaria transazione, particolari risultano, ancora, le disposizioni di trasparenza che impongono la «specifica indicazione» delle condizioni economiche applicabili all'operazione (artt. 117, comma 4, e 126 *quinquies* TUB) ovvero un'«espressa previsione» delle medesime (art. 125 *bis*, comma 6, TUB), così ponendosi in termini implementativi del requisito della determinatezza dell'oggetto contrattuale di cui all'art. 1346 c.c., come pure eliminativi di ogni rilevanza delle c.d. pratiche d'uso (art. 1340 c.c.).

tenore testuale del comma 4 non avalla in alcun modo, né autorizza, letture intese a mutilare del diritto del cliente alla documentazione, il diritto alla consegna di copia del contratto assume i tratti dell'«*a fortiori*», posto che i contenuti della scheda contrattuale si pongono come momento primo di confronto per la verifica della regolarità e correttezza dell'«operatività» nel concreto poste in essere).

⁹ Per la verità, la proiezione squisitamente processuale della forma *ad probationem* non esclude, di per sé, che il canone generale di buona fede oggettiva ponga sulle parti il dovere di cooperare per la formazione (e poi per lo scambio) di un'opportuna documentazione contrattuale. A ben vedere, ne accentua semmai il rilievo: in vista appunto delle difficoltà che, nell'eventualità di un futuro processo, pone in concreto la mancata disponibilità della documentazione in discorso.

Il mancato rispetto di detto obbligo di cooperazione, tuttavia, non sembra poter venire a interferire con l'esito del processo che poi venga effettivamente celebrato (salvo forse – ma in casi comunque assai particolari – il ricorso all'*exceptio doli generalis*): a escluderlo, in effetti, pare proprio la funzione «processuale» che costituisce l'intrinseco di questo «genere» di forma.

¹⁰ Il principio di diritto formato dalla sentenza non lascia margini di dubbio in proposito: «il requisito della forma scritta del contratto quadro relativo ai servizi di investimento, disposto dall'art. 23 TUF, è rispettato ove sia redatto il contratto per iscritto e venga consegnata una copia al cliente, ed è sufficiente la sola sottoscrizione dell'investitore, non necessitando la sottoscrizione anche dell'intermediario, il cui consenso ben si può desumere alla stregua di comportamenti concludenti dallo stesso tenuti».

3. (Segue). *I (pochissimi) riscontri del diritto vivente.*

3.1. Fissate le dette coordinate di base, occorre adesso mettere in evidenza che il problema qui indagato risulta assai poco frequentato in letteratura.

Non che l'operatività manchi, naturalmente, di presentare un contenzioso inerente ai contratti transattivi relativi a operazioni bancarie¹¹. Il fatto è, tuttavia, che nello svolgimento dei giudizi inerenti a queste transazioni non è per nulla usuale trovare sollevata la problematica appena indicata.

Questo in parte dipenderà - si può ragionevolmente pensare - da ciò che nel contesto concreto non ricorrono i presupposti perché la stessa venga oggettivamente a emergere: nel senso appunto che in fattispecie risultano comunque rispettati i peculiari profili disciplinari stabiliti dalla normativa di trasparenza. Non è irragionevole ipotizzare, peraltro, che la detta situazione venga in parte anche a dipendere, più semplicemente ancora, da ciò che le strutture legali dell'operatività non si interrogano sull'eventuale percorribilità di una simile prospettiva.

D'altra parte, anche la dottrina si manifesta molto arida al riguardo, se ho ben visto almeno. Nell'assenza di indagini (più o meno) specificamente intese all'analisi della tematica in questione, tuttavia, quest'ultima si manifesta - si deve anche riconoscere - sostanzialmente marginale nel quadro delle trattazioni generali sulla trasparenza contrattuale delle operazioni bancarie e d'investimento.

3.2. Nonostante tutto ciò, l'esame del diritto vivente non manca di far comunque emergere due segnalazioni. Che, diverse, risultano tuttavia entrambe orientate nel senso della positiva applicazione della normativa di trasparenza alle transazioni in questione.

Un primo spunto, rintracciabile in ambito dottrinale, si sostanzia nella ritenuta applicazione, per la materia della trasparenza bancaria, del c.d. principio di simmetria delle forme negoziali¹². L'altra, e più

¹¹ Per il livello del giudizio di cassazione sono state fatte oggetto di massima da parte del relativo Ufficio, tra le pronunce meno lontane, Cass., 14 gennaio 2005, n. 690; Cass., 31 maggio 2021, n. 8776; Cass., 8 febbraio 2016, n. 2413; Cass., 11 novembre 2016, n. 230

¹² Cfr. il mio *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013, p. 41, con immediato riferimento al caso del recesso esercitato dalla banca (ivi pure il rilievo

articolata, indicazione viene fornita dalla decisione di ABF Bari, 17 ottobre 2019, n. 23344.

Posta di fronte a un'eccezione di incompetenza per materia dell'organismo, che era stata sollevata dall'intermediario, tale decisione - nel respingerla - così ha argomentato: «nel caso di specie, la vendita di azioni non pare in vero rilevare come prestazione di un servizio di investimento, bensì quale momento esecutivo dell'accordo transattivo intercorso tra le parti. Volto a porre fine a una controversia avente a oggetto un rapporto bancario (nello specifico, un'esposizione debitoria in c/c). E infatti, secondo la giurisprudenza di legittimità, la transazione costituisce un negozio di secondo grado in quanto incide su un rapporto preesistente (cfr. Cass., 18 maggio 1999, n. 4811)».

4. Soluzione e impostazione della motivazione a sostegno.

Il vettore tracciato da queste indicazioni merita, a mio avviso, di essere seguito. Al problema oggetto delle presenti note va data, dunque, risposta di segno positivo: il contratto di transazione di operazioni bancarie è soggetto a pena di nullità¹³ al necessario rispetto delle prescrizioni formali che risultano stabilite nel TUB.

Questo mio convincimento - è bene subito chiarire - è sostenuto da due diverse linee argomentative, seppur (si vedrà) tra loro non indifferenti.

La prima linea, che richiede l'effettuazione di una serie di passaggi intermedi, muove dalla considerazione del «sistema» delle normative di trasparenza bancaria, per giungere poi a predicarne la soggezione, in via (anche) generale, del contratto di transazione, come appunto attinente alle relative operazioni (n. 5). L'altra via concerne invece il tema specifico delle prescrizioni di forma, per constatare che la normativa del codice civile - lungi dal revocare in dubbio le conclusioni raggiunte dalla prima linea di indagine - viene al contrario a confermarle, per il mezzo di un separato ragionamento (n. 6).

che, per contro, il recesso del cliente può, in ragione della regola di protezione di cui all'art. 127, comma 2, TUB, anche essere manifestato in modo informale).

¹³ Secondo lo schema proprio della nullità di protezione, naturalmente.

Nel caso di violazione dei precetti di «specifica indicazione» degli oneri economici, la nullità sarà parziale.

5. La «copertura» del rapporto contrattuale data dalla normativa di trasparenza ricomprende pure la transazione, contratto di «secondo grado» e «principale» (un primo argomento).

5.1. Per venire al merito del primo percorso argomentativo, occorre fare riferimento a talune delle caratteristiche di base della normativa di trasparenza bancaria.

È rilevazione diffusa tra i commentatori, dunque, che questa normativa contiene una disciplina contrattuale di taglio per così dire «trasversale»¹⁴. Con maggiore precisione, peraltro, è da osservare che tale «trasversalità» possiede due facce. Una consiste nell'abbandonare un'impostazione concentrata su singoli tipi di contratto¹⁵, secondo quanto accade invece nello schema adottato dal codice civile (artt. 1834 ss. c.c.), con impianto seguito pure da altre parti del testo unico (così, nel titolo II, capo I e capo VI). L'altra si sostanzia nell'adottare, in positivo, una prospettiva in via immediata rivolta all'esercizio dell'attività svolta dall'impresa (che s'incentra, *melius*, sulle più attività d'impresa che rientrano nel novero del «bancario»): di questa intendendo governare e regolare – in coerenza con la sua funzione protettiva della domanda di mercato –, il versante che viene a trovarsi in diretto rapporto con il cliente¹⁶.

Nei fatti, l'adozione di questa peculiare prospettiva risulta particolarmente evidente nella disposizione dell'art. 115, comma 1, TUB che senza medi collega, per l'appunto, l'applicazione della normativa di trasparenza «alle attività svolte» dagli intermediari

¹⁴ Cfr., per tutti, A. SCIARRONE ALIBRANDI, *I contratti bancari: nozioni e fonti*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Roppo, V, Milano, 2014, 647.

¹⁵ Considerata dall'angolo visuale dell'attività di impresa, peraltro, quest'impostazione viene a tradursi, in definitiva, in una regolazione di distinti e specifici «prodotti» che quella bancaria può immettere nel mercato.

Non sempre, comunque, all'adozione di un simile approccio consegue realmente il risultato. Per la rilevazione di una indebita coesistenza, nel contesto degli artt. 38 ss. TUB, di disposizioni relative al prodotto fondiario e disposizioni inerenti invece al diverso prodotto del mutuo ipotecario *tout court* v. l'ordinanza di Cass., 14 maggio 2021, n. 13077.

¹⁶ Su questi aspetti mi permetto di rinviare alle riflessioni che da ultimo ho svolto in *All'essenza della nullità di protezione: l'operatività «a vantaggio»*. Per una critica costruttiva di Cass., SS.UU., n. 28314/2019, in questa *Rivista*, 2020, 92 ss.

bancari¹⁷. Tale normativa si pone, per sua propria natura, come struttura aperta a confrontarsi, e quindi ad incidere, sull'arco dei contratti che vengono a integrare l'esercizio dell'attività d'impresa bancaria¹⁸ nel suo profilo di diretto contatto con il cliente, quale fruitore del relativo servizio.

5.2. Un ulteriore tratto caratteristico della normativa in discorso sta in ciò che la prospettiva appena indicata non si limita a regolare la fase iniziale, di accesso del cliente al servizio d'impresa (per intendersi nell'immediato: non si esaurisce nel ricomprendere le diverse e variate «facilitazioni finanziarie» nella prassi offerte delle imprese).

Si estende anche oltre: sempre nel segno della medesima falsariga (come riferita, si ripete, all'esercizio in quanto tale dell'attività di impresa «bancaria», nella parte in cui lo stesso viene a diretto contatto con il fruitore del servizio), la detta normativa non trascurando di occuparsi, altresì, delle fasi successive di svolgimento del relativo rapporto.

Per quanto qui direttamente interessa, va in particolare ricordata la disciplina di governo dei negozi modificativi delle condizioni contrattuali di accesso, a seguito di impulso dell'intermediario (c.d. *ius variandi*; cfr. gli artt. 118 e 126 *sexies* TUB). Come pure dev'essere segnalata la regolamentazione di più ipotesi attinenti alla conclusione del rapporto: dal recesso del cliente o dell'intermediario (artt. 120 *bis*,

¹⁷ Non meno univoca, peraltro, risulta in proposito la disposizione dell'art. 121, comma 1, TUB, che connette la disciplina del credito al consumo all'esercizio professionale di «facilitazione finanziaria» fatta a consumatore.

Univoco nella medesima direzione si manifesta, d'altra parte, pure il contesto degli artt. 126 *bis* comma 1, in quanto esplicitamente destinati ad occuparsi dei «servizi di pagamento e operazioni di pagamento».

¹⁸ Quand'anche esercitata – è opportuno pure aggiungere - da forme organizzative d'impresa diverse da quelle indicate nell'art. 115 TUB: sul tema v., in particolare, il mio *Disciplina e principio di trasparenza*, op. cit. Nella medesima ottica di fondo, l'applicazione della disciplina di trasparenza è rilevata, per l'attività di natura bancaria esercitata dalle Poste Italiane, anche da U. MALVAGNA, *Buoni fruttiferi postali e trasparenza*, in questa *Rivista*, 2019, I, 547 ss.; per l'attività di concessione di finanziamenti agevolati ai dipendenti pubblici posta in essere dall'INPS, da L.S. LENTINI, *INPS e trasparenza: alla pubblica udienza l'applicabilità dell'art. 40 tub ai mutui INPS*, in *dirittobancario.it*, maggio 2021.

125 *quater*, 126 *septies* TUB) al caso dell'estinzione anticipata (artt. 120 *ter* e 125 *sexies* TUB).

Al pari della fase di accesso, pure le fasi di modifica delle condizioni contrattuali in essere e di *exit* dal servizio d'impresa fanno oggettivamente parte, in definitiva, dell'assetto, dell'ambito regolato dalla normativa della trasparenza bancaria.

5.3. Posti gli evidenziati profili, è ora da chiedersi se un patto modificativo del servizio o un negozio estintivo del medesimo – che non vengano presi in espressa considerazione da specifiche norme della disciplina di trasparenza, in quanto non espressivi di un *ius variandi*, né integranti un recesso – siano o meno da ritenere soggetti, nonostante ciò, alle regole dettate della stessa. In una simile direzione si può pensare, in via esemplificativa, a un *pactum de non petendo ad tempus*, magari con connessa modifica del tasso d'interesse applicato, o a un contratto di scioglimento anticipato dal rapporto o anche a un patto di aggiunta o di sostituzione delle garanzie.

A mio giudizio, l'impostazione propria della normativa di trasparenza – di regolamentazione dell'attività di impresa nel suo versante di diretto rapporto con il cliente – impone una risposta di segno positivo. Ché, altrimenti, la relativa disciplina apparirebbe ingiustificatamente monca.

D'altra parte, l'eventualità di limitare l'applicazione della normativa in discorso alla sola fase di accesso al servizio – fuori dalle disposizioni che prendono in esplicita e specifica considerazione punti attinenti alle successive fasi del rapporto - appare frutto evidente di una precomprensione. Il tenore testuale dell'art. 119, comma 4, TUB, per dire, non autorizza per nulla una simile conclusione. Né tanto meno lo fa la lettera dell'art. 117 (a cui, d'altra parte, rinvia quella dell'art. 126 *quinquies*): questa, per contro, si manifesta oggettivamente destinata - nel suo collegamento con la disposizione dell'art. 115 (cfr. sopra, nel n. 5.1.) - a coprire l'intera area dei negozi espressivi dell'esercizio di attività bancaria¹⁹.

¹⁹ Per il recesso l'applicazione della disciplina di cui all'art. 117 è intermediata dalla disposizione dell'art. 1324 c.c.

«Il vincolo di forma è da intendere» - annota U. BRECCIA, *La forma*, in *Trattato del contratto* diretto da Roppo, Milano, 2006, 545 – «in un'accezione tutt'altro che

A fronte di queste risultanze sarebbe del tutto forzante ed errato – a me pare, per vero - attribuire peculiare valore alla definizione di «contratto di credito» di cui all'art. 121 comma 1 TUB, là dove questa fa riferimento al «finanziatore [che] concede o si impegna a concedere ... credito». In realtà, sembra assai più ragionevole, in proposito, pensare piuttosto a un caso di *sineddoche*, causata da mere esigenze di semplificazione definitoria.

5.4. Se sono corrette le riflessioni che precedono, il nodo della soggezione del contratto di transazione alla normativa di trasparenza bancaria appare facilmente scioglibile.

Basta constatare che, nel contesto della normativa della trasparenza bancaria, la transazione non viene in considerazione quale tipo contrattuale autonomo e in sé sprovvisto delle caratteristiche tipiche dell'operatività bancaria. Viene in considerazione, invece, quale contratto che suppone l'almeno materiale esistenza di un rapporto²⁰ bancario e che pone fine allo stesso, alla precedente disciplina di questo (come effettivamente sussistente o anche solo assunta nella prospettiva di una delle parti) sostituendo altra regolazione (che in ogni caso, peraltro, risulta «trattare» materia bancaria, in ragione della «sostituzione» disciplinare che pone in essere). Nella prospettiva che della trasparenza, la transazione rileva, insomma, perché è un contratto insieme «di secondo grado» e «principale»²¹: perché «passa sopra», cioè, il rapporto bancario (almeno materialmente) in essere.

riduttiva»: anche «il recesso della banca dal contratto dev'essere infatti comunicato in forma scritta».

²⁰ «Ai fini di una valida conclusione di una transazione è necessario, da un lato, che essa abbia a oggetto una *res dubia*, che cioè cada su un rapporto giuridico avente, almeno nell'opinione delle parti carattere di incertezza, e, dall'altro, che, nell'intento di far cessare la situazione di dubbio, venutasi a creare tra loro, i contraenti si facciano delle reciproche concessioni» (Cass., 25 ottobre 2013, n. 26164).

²¹ Secondo la formulazione utilizzata dalla pronuncia di Cass., 18 maggio 1999, n. 4811, che già sopra è stata citata, nel n. 3.2. in fine.

In letteratura v. F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1985, 2 ed., 85: «poiché la transazione si sostituisce quale fonte generatrice al precedente negozio e a tale sostituzione non può non corrispondere la sostituzione della situazione che ne deriva, la transazione innovativa, o come dice la legge novativa, importa sempre, con la sostituzione del negozio, la sostituzione della situazione e in particolare del rapporto preesistente. Solo la transazione non novativa, per la sua incidenza parziale

D'altro canto, neppure potrebbe pensarsi – è bene altresì osservare - che rispetto alla regolamentazione dell'impresa bancaria, che è costituita dalla disciplina della trasparenza, la transazione rappresenti un esito occasionale, non consentaneo all'esercizio di tale attività. Per escludere una simile eventualità, è sufficiente porre mente agli elevatissimi numeri che, nel presente periodo storico, raggiunge il contenzioso inerente alle operazioni bancarie.

5.5. Ciò posto, è appena il caso di aggiungere ancora che la soggezione della transazione alla normativa di trasparenza bancaria risponde senz'altro alle finalità di tutela che sono proprie di tale disciplina.

Attesa l'intrinseca importanza dell'atto transattivo e la definitività dei suoi effetti, appare manifesta, in effetti, l'esigenza che il cliente sia ben consapevole di quanto sta andando a fare, come pure che possa *ex ante* disporre di prove «liquide» per il caso di eventuale controversia²². Non sembrerebbe un caso, del resto, che la (già richiamata) norma dell'art. 143, comma 1, cod. consumo – quasi a sottolineare la pericolosità caratteristica degli accordi di impronta transattiva – disponga la non rinunciabilità dei «diritti attribuiti al consumatore dal codice» stesso.

6. *La regola dell'art. 1350, n. 12 c.c. (un diverso argomento).*

6.1. L'altro percorso argomentativo, più sopra preannunciato (n. 4), concerne in via diretta il tema della forma del contratto di transazione bancaria, rinviando alle norme degli artt. 1350, n. 12 («devono farsi per

sulla situazione preesistente, come non importa la sostituzione del titolo, così non importa la sostituzione (integrale) della situazione anteriore».

Più recentemente, rilevano la connaturata attitudine della transazione a porsi quale contratto istitutivo di un assetto di interessi sostitutivo di quello preesistente, *ex multis*, E. DEL PRATO, *Superamento della lite e superamento della transazione*, in *Riv. arbitrato*, 2002, II, 366 ss.; F. ARANGIO, *La transazione*, Torino, 2004, 53 ss.; M. FRANZONI, *La funzione del contratto di transazione*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Roppo, IV-2, Milano, 2014, 1065 ss.

²² La pluralità delle funzioni di tutela del fruitore del servizio di impresa, che è assolta dallo scritto contrattuale è segnalata, tra gli altri, da G. MUCCIARONE, *La trasparenza bancaria*, in *Trattato dei contratti* diretto da Roppo, V, Milano, 2014, 704 s.

atto pubblico o per scrittura provata sotto pena di nullità ... le transazioni che hanno per oggetto controversie relative a rapporti giuridici menzionati nei numeri precedenti», come inerenti alla produzione di determinati effetti in relazione a beni immobili), e 1967 («la transazione va provata per iscritto, fermo il disposto del n. 12 dell'art. 1350») del codice civile²³.

L'argomento ha due svolgimenti: uno in negativo, l'altro in positivo.

6.2. Si può dunque provare a leggere la richiamata sequenza normativa nel senso di farle dire: la transazione è sempre un contratto formale *ad probationem*, con l'unica eccezione della situazione prevista dal n. 12 dell'art. 1350, in cui il contratto transattivo risulta formale *ad substantiam*.

Formata la stringa interpretativa, è ora da chiedersi se questa lettura – per cui la necessità dello scritto transattivo *ad substantiam* segue a un'indicazione di ordine tassativo, come poi individuato in un'unica situazione normativa – possa, per uno o altro verso, incidere sulla soluzione del problema che è oggetto delle presenti note (sulla forma *ad substantiam* della transazione bancaria).

La risposta è negativa. A me sembra, per la verità, che la stringa in questione si manifesti in sé stessa errata.

Prima di tutto, perché concretizza una non consentita forzatura del testo di legge: ove letta senza pregiudizi, la formula «fermo il disposto del n. 12 dell'art. 1350» indica solo che, rispetto alla situazione così numerata, la transazione non si pone contratto formale *ad probationem*. Non indica, altresì, che quella situazione è l'unica in cui nel diritto positivo avviene questo fenomeno, né comunque che si tratta di situazione eccezionale: su questi punti, il dato normativo è neutro.

²³ Non sembra che il tema abbia particolarmente attirato l'attenzione della dottrina. Richiamato il passaggio compiuto dal codice del '42 rispetto al passato (il codice civile del 1865 prescrivendo la regola della forma *ad substantiam*; il codice di commercio del 1882 disponendo per contro la regola dell'aformalità), per solito gli autori si limitano, con formula non impegnativa, quanto generica, ad affermare – senza esami ulteriori – che per la transazione la forma *ad substantiam* occorre per quelle che sono inerenti a «beni immobili, diritti reali immobiliari o altri rapporti assimilati» (cfr., così G. SCIANCALEPORE, *Della transazione*, in *Comm. Schlesinger.*, Milano, 2018, 134; A. PALAZZO, voce «Transazione», in *Digesto/civ.*, XXIX, Torino, 1992, 392; C. CICERO, *La Transazione*, in *Tratt. Sacco*, 9, Torino, 2014 95; S. SICA, *Atti che devono farsi per iscritto*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2003, 270.

E poi pure perché non risulta in grado di fornire nessuna spiegazione (ragionevole) del dato normativo che pure assume (potendosi leggere, nella stringa in discorso, solo una cieca ed esasperata assunzione del c.d. principio di libertà delle forme²⁴). Laddove, per contro, andrebbero caso per caso individuate le ragioni per cui – posta la prescrizione di forma *ad substantiam* per un dato contratto – la transazione sul relativo rapporto possa non seguire omologa prescrizione. Cosa, in effetti, non poi così agevole (si pensi, ad esempio, all'ipotesi della cessione dei beni ai creditori *ex art. 1987 c.c.* o a quella della costituzione per pubblica sottoscrizione di una s.p.a.): tanto più che, come si è visto sopra (n. 5.4.) la transazione è contratto, per sua propria natura, «principale e di secondo grado».

²⁴ Nel contesto del diritto vivente, in effetti, questo preteso principio svolge ancor oggi un ruolo ingombrante.

Nonostante questo, a me pare sia da ritenere ormai sostanzialmente acquisito che: nel sistema non esiste una dichiarazione di vigenza di un simile principio, la norma dell'art. 1325 n. 4 c.c., in specie, significando propriamente che non esiste un principio di «non libertà» (o vincolatività) della forma; di conseguenza, alla negazione di un principio di libertà non si contrappone un – uguale e contrario – principio di «non libertà»; si contrappone, invece, l'esigenza di verificare, fattispecie tipo per fattispecie tipo, quale sia il regime (formale o aformale) richiesto per il relativo negozio; lo svolgimento di tale valutazione deve tenere particolare conto degli interessi specificamente tutelati dalla legge, come pure (e coerentemente) del tipo di «forma» di cui si predica l'eventuale applicazione.

Ciò posto, la natura della presente sede consente di aggiungere solo una breve osservazione, più da vicino coinvolgente la materia trattata nel testo. Mi pare dunque affrettata – ovvero arretrata, se si preferisce – l'opinione che valorizza l'idea di libertà della forma nel nome delle «ragioni dell'economia». Una simile prospettiva resta, in realtà, ancorata a una visione che privilegia in modo esclusivo il mero dato quantitativo degli scambi («più scambi ci sono, meglio è»): senza tenere conto, cioè, né dei contenuti ed effetti degli scambi medesimi, né del fatto che, oggi (*rectius*: dal tempo della rivoluzione industriale in poi), dietro lo scambio sta la produzione (del bene/servizio da immettere nel mercato). E pure dà premio esclusivo agli svolgimenti dell'autonomia privata: così *a priori* rinunciando, in proposito, al ruolo (potenzialmente) conformativo della normativa di eteronomia, secondo quanto prescritto, invece, dalla Costituzione (il legame tra forma vincolata e principio dell'utilità sociale di cui all'art. 41 comma 2 Cost. è colto di recente da G. VETTORI, *Sulla morfologia del contratto. Il patto fiduciario e le sezioni unite della Cassazione*, in *Persona e mercato*, 2020, 169).

Ciò posto in termini generali, con diretto riferimento al tema della transazione bancaria dev'essere pure tenuta in considerazione – va evidenziato – almeno un'ulteriore serie di profili critici.

Quello della trasparenza (bancaria o anche non) è fenomeno normativo non conosciuto all'epoca dell'emanazione del codice civile (ma di molti anni successivo). Sì che, ovviamente, la tematica dei rapporti tra forma scritta *ad substantiam* per la tutela della domanda di mercato, con conseguente nullità di protezione, e forma della transazione sul relativo rapporto non poteva neppure essere «immaginata».

Del resto, si è visto sopra (n. 5.5.) che la conclusione di un contratto di transazione pone problemi di tutela del fruitore del servizio d'impresa non minori di quelli proposti dalla stipulazione del contratto di «base». Ora, se non è certo questa la sede per compulsare il valore che – nella società attuale – continua a rivestire la circolazione degli immobili (a cui fa espresso richiamo la norma dell'art. 1350 n. 12 c.c.), è tuttavia il caso di sottolineare l'importanza che – nell'evoluzione anche economica della società – via via è venuta ad assumere la contrattazione d'impresa, nelle sue varie forme e gradi.

6.3. In realtà, nella sequenza normativa composta dai richiamati articoli del codice il dato connotante sta – così a me pare, almeno – nella proposizione contenuta nell'art. 1350 n. 12, come poi richiamata nell'art. 1967 e in tal modo da questa disposizione «fatta propria».

Sta, più precisamente, nella prescrizione per cui le transazioni, «che hanno per oggetto controversie relativi ai rapporti giuridici» dipendenti da contratti che «devono farsi per atto pubblico o per scrittura provata sotto pena di nullità», prendono la forma scritta *ad substantiam*.

Si fissa, di conseguenza, nel formale riconoscimento di legge che – per la transazione (almeno) – il c.d. principio di simmetria delle forme risulta in effetti vigente²⁵. Ed è, dunque, senz'altro utilizzabile in via di

²⁵ La tendenza della giurisprudenza (anche recente) della Cassazione è nel senso di riconoscere vigenza, ed effettivo spazio operativo, al principio di simmetria. Da ultimo v., in particolare, la pronuncia di Cass., 3 marzo 2020, n. 5937, che in tema di scioglimento per mutuo dissenso di un contratto di donazione ha, tra l'altro, rilevato: «affermato da questa Corte di legittimità a Sezioni Unite in una ormai risalente sentenza (Cass. S.U. 28 agosto 1990, n. 8878), il principio di simmetria delle forme, che ha trovato continuità applicativa – non senza assestamenti di percorso registrati

ricostruzione interpretativa: in coerenza con la più volte sottolineata natura della transazione di contratto «di secondo grado e principale» e nel confronto delle diverse fattispecie tipo che volta a volta sono prese in considerazione e, in specie, delle esigenze che queste ultime vengono a manifestare come loro peculiari.

Si badi: tutto ciò senza venire in «necessario conflitto con un principio di libertà della forma» (nei termini e limiti in cui, peraltro, lo si intenda ritenere in oggi sussistente). Nei fatti, l'«ipotesi sistematica di simmetria delle forme» riscontra che, «una volta prescritta per legge una forma», la stessa forma risulta «implicitamente richiesta per tutti gli atti che siano strumentali - preparatori o successivi, ma comunque collegati o dipendenti – rispetto all'atto a cui è per legge certamente imposta una forma vincolata»²⁶.

Nel caso della transazione, peraltro, appare sufficiente un'applicazione sostanzialmente ristretta del principio di simmetria: la replica della forma dipendendo, in questo caso da ciò che la transazione viene a «passare sopra» quanto già regolato nel contratto di «base».

nel tempo – in più recenti pronunce (a far data da Cass., S.U. 11 ottobre 2002, n. 14525 e Cass., 17 maggio 2004, n. 9341 e fino a Cass., 14 aprile 2011, n. 8504; Cass., 26 giugno 2015, n. 13290; Cass. 23 novembre 2018, n. 30446) vuol che il negozio accessorio rivesta la medesima forma di quello principale». Uno spazio conquistato di recente dal principio di simmetria attiene al negozio di revoca della forma convenzionale: cfr., da ultimo, Cass., 14 giugno 2019, n. 18414.

In controtendenza con l'orientamento generale appena segnalato si pone la recente decisione Cass., Sez. Un. 6 marzo 2020, n. 6459, in tema di negozio immobiliare con oggetto immobiliare (per la critica della quale v. però, tra gli altri, A. GENTILI, *Un dialogo con la giurisprudenza sulla forma del «mandato fiduciario» immobiliare*, in *Corr. Giur.*, 2020, 589; G. VETTORI, *op. cit.*, 161; B. BONFANTI, *La forma del patto fiduciario immobiliare. Note critiche a margine di Cass. S. U. n. 6459 del 2020*, in *Banca borsa, tit. cred.*, 2020, II, p. 503 ss.).

²⁶ Le frasi virgolettate sono tratte da U. BRECCIA, *op. cit.*, p. 658.

Peraltro, la possibile coesistenza del principio di libertà delle forme (ove mai ritenuto sussistente, ma v. la precedente nota 24) con il «diverso e minore» principio di simmetria è prospettiva da tempo acquisita in dottrina (v. già, ad esempio, R. SCOGNAMIGLIO, *sub art. 1333 c.c.*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1970, 148).