

La forma nei contratti di investimento con la P.A.

Autore: Redazione

In: Diritto civile e commerciale

Il neoformalismo volto alla tutela del contraente debole costituisce un filo rosso che collega il Codice del consumo al Testo unico della finanza. Ci si è però chiesti se i principi del neoformalismo siano applicabili nello stesso identico modo quando parte contraente sia la Pubblica Amministrazione, stante la specialità della disciplina sulla forma contrattuale recata dagli artt. 17 r.d. n. 2440/1923 e 87 r.d. n. 383/1934.

Per approfondire leggi anche “Come difendere il contraente debole nel contenzioso bancario” di Andrea Agnese

Nuovi tipi di forma

Nel nostro ordinamento è dato ravvisare, oltre alle classiche forme ad substantiam e ad probationem, una **forma c.d. ad informationem** che, a differenza delle prime, non è posta a tutela di entrambi i contraenti (considerati come soggetti in posizione paritaria), ma è volta alla specifica tutela di uno solo di essi, quello debole, che deve essere edotto puntualmente e compiutamente dell'intera vicenda negoziale.

Così è, ad esempio, in base all'**art. 35 cod. cons. (“Forma e interpretazione”)**: “Nel caso di contratti di cui tutte le clausole o talune clausole siano proposte al consumatore per iscritto, tali clausole devono essere sempre redatte in modo **chiaro e comprensibile**. In caso di dubbio sul senso di una clausola, prevale l'interpretazione più favorevole al consumatore. La disposizione di cui al comma 2 non si applica nei casi di cui all'art. 37”.

La norma, dal punto di vista strettamente letterale, sembra riferirsi solo alle clausole predisposte per iscritto e proposte dal professionista al consumatore. Nonostante questa formulazione sia apparentemente limitativa, si ritiene che il legislatore **minus dixit quam voluit**, giacché l'**art. 2 cod. cons.** annovera il **diritto alla trasparenza** tra i diritti fondamentali. Ne consegue che il principio della trasparenza e della chiarezza devono ritenersi applicabili per **analogia iuris** a qualsiasi contratto consumeristico, a prescindere che questo sia redatto per iscritto e a prescindere dal fatto che la proposta provenga dal professionista (e che, quindi, ci sia stata una predisposizione unilaterale da parte del professionista stesso).

Con l'introduzione dell'art. 35 cod. cons. si assiste allo storico passaggio dalla forma del codice civile alla trasparenza del codice del consumo (mentre da altre parti si è sostenuto che vi sia stato un passaggio

dalla forma al formalismo).

Ciò che è evidente è che mentre nel codice civile la forma è uno **strumento statico di estrinsecazione** del contenuto del contratto, nella normativa comunitaria e nel Codice del consumo la forma è una **tecnica attraverso la quale si fornisce tutela alla parte debole** e si assicura la giustizia dell'assetto. Dunque, più che prescrivere un particolare strumento per la estrinsecazione della volontà (forma scritta, scrittura privata, atto pubblico), il codice del consumo prescrive specifiche qualità che la forma deve possedere affinché risulti garantita la corretta formazione della volontà della parte debole.

La forma nei contratti di investimento

In base all'**art. 23, commi 1-3, t.u.f.** "I contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento, e, se previsto, i contratti relativi alla prestazione dei servizi accessori, sono redatti per iscritto, in conformità a quanto previsto dagli atti delegati della direttiva 2014/65/UE, e un esemplare è consegnato ai clienti. La Consob, sentita la Banca d'Italia, può prevedere con regolamento che, per motivate ragioni o in relazione alla natura professionale dei contraenti, particolari tipi di contratto possano o debbano essere stipulati in altra forma, assicurando nei confronti dei clienti al dettaglio appropriato livello di garanzia. Nei casi di inosservanza della forma prescritta, il contratto è nullo. È nulla ogni pattuizione di rinvio agli usi per la determinazione del corrispettivo dovuto dal cliente e di ogni altro onere a suo carico. In tal caso nulla è dovuto. Nei casi previsti dai commi 1 e 2 la nullità può essere fatta valere solo dal cliente".

In proposito le **Sezioni unite n. 898/2018** hanno affermato che "il requisito della forma scritta del contratto-quadro relativo ai servizi di investimento, disposto dal D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 23, è rispettato ove sia redatto il contratto per iscritto e ne 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".

La norma in discorso è dunque espressiva del neoformalismo cui si è fatto cenno nel paragrafo precedente: una determinata forma viene imposta con il fine precipuo di rendere sempre più efficiente la tutela del contraente debole, garantendo la massima trasparenza degli obblighi e dei diritti scaturenti dal contratto ed evitando abusi di posizione.

Alcune peculiarità si registrano però con specifico riferimento ai **contratti di investimento stipulati con la P.A.**

In base agli artt. 17 r.d. n. 2440/1923 e 87 r.d. n. 383/1934 la generalità dei contratti della P.A. devono rivestire forma scritta ad substantiam. In mancanza, il contratto è affetto da nullità rilevabile d'ufficio ed eccezionale anche dalla controparte della P.A.

Diversamente, come abbiamo visto in precedenza, in base all'art. 23, comma 3, t.u.f. la nullità del contratto di intermediazione finanziaria è rilevabile solo dal cliente.

Ci si è allora chiesti se, nel caso di contratti di investimento stipulati con la P.A., la nullità possa essere eccepita solo da quest'ultima o anche dall'intermediario.

Secondo **Cass. n. 25631/2017** prevale l'applicazione degli artt. 17 r.d. n. 2440/1923 e 87 r.d. n. 383 del 3 marzo 1934, con conseguente possibilità di eccepire la nullità del contratto per difetto di forma anche da parte dell'intermediario.

Infatti, secondo **Cass. n. 25631/2017** la forma scritta **ad substantiam** dei contratti della pubblica amministrazione "non è volta a tutelare gli interessi sia pure pubblici ma settoriali (cioè inerenti all'ambito delle attribuzioni) di un determinato ente pubblico, quanto gli **interessi generali della collettività che soverchiano quelli dell'ente pubblico che è parte in causa, quale strumento di garanzia del regolare svolgimento dell'attività amministrativa e di tutela delle risorse pubbliche, in attuazione dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento della P.A., a norma dell'art. 97 Cost.** (tra le tante, Cass. n. 6555/2014, n. 1702/2006).

Per queste ragioni si spiega il **rigore della giurisprudenza** la quale richiede che i contratti della P.A. (ancorchè essa agisca iure privatorum) debbano essere stipulati mediante atti formali, redatti per iscritto dall'organo rappresentativo esterno dell'ente pubblico, munito dei poteri necessari per vincolare l'amministrazione, e dall'altro contraente; soprattutto, si spiega il principio secondo cui la nullità del contratto privo della forma ad substantiam - come si è detto - è **rilevabile d'ufficio dal giudice** ed è insuscettibile di qualsiasi forma di sanatoria, senza possibilità di ravvisarne la **stipulazione per facta concludentia** o in modo implicito da singoli atti (tra le tante, Cass. n. 1236/2015, 21477/2013) o di desumere la forma scritta dall'emanazione di una delibera autorizzativa che è atto interno, di natura preparatoria, inidoneo ad impegnare l'ente (tra le tante, Cass. n. 1167/2013, n. 4532/2008).

Si deve pertanto seguire la prima opzione tra quelle in campo (v. infra sub 1.1), dovendosi riconoscere la prevalenza del **regime della forma scritta ad substantiam** che è propria dei contratti della Pubblica amministrazione - con conseguenziale rilevabilità d'ufficio della nullità ed eccepibilità dalla controparte contrattuale - quando essa sia parte di un contratto stipulato con un intermediario o operatore finanziario, per il quale il t.u.f. preveda la forma scritta, non trovando applicazione l'art. 23, comma 3, t.u.f. secondo il quale la nullità può essere fatta valere solo dal cliente".

Ti potrebbe interessare anche "La forma del contratto nel contratto-quadro relativo ai servizi di investimento"

Volume consigliato

<https://www.diritto.it/la-forma-nei-contratti-di-investimento-con-la-p-a/>