

## **IN MERITO ALL'APPLICAZIONE DELL'ART. 23 TUF NEI CONTRATTI CON LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE**

**CASS. CIV. SEZ. I, ORDINANZA N.25631 DEL 27.10.2017**

**DI MICHAEL LECCI**

Con la pronuncia in commento la Corte di Cassazione è stata chiamata per la prima volta a risolvere un contrasto inerente il requisito di forma scritta previsto per la generalità dei contratti della pubblica amministrazione.

L'occasione per affrontare la questione è data dal ricorso presentato dall'istituto di credito con il quale si impugnava la decisione della Corte d'Appello di Lecce - Sezione distaccata di Taranto - che, confermando la sentenza di primo grado, ha respinto l'appello in relazione alle statuizioni di nullità dell'intero prestito obbligazionario e dell'apertura di credito per assenza del vincolo contrattuale.

In particolare, la questione giuridica sollevata all'esame della Corte di Cassazione attiene al rapporto tra la forma scritta prevista per la generalità dei contratti della P.A. (*ex art. 17 r.d. n. 2440/1923 e, per i Comuni, all'art. 87 del r.d. n. 383 del 3 marzo 1934*) che è *ad substantiam*, eccezionale anche dalla controparte della P.A. e rilevabile d'ufficio, e la forma scritta prevista *ex art. 23, comma 3, TUF* che, contrariamente, è rilevabile solo dal cliente e, qualora cliente sia un P.A., solo da quest'ultima.

In accoglimento del primo motivo di ricorso la Corte di Cassazione aderisce alla prima opzione. Essa infatti ritiene che i giudici di merito siano incorsi in falsa applicazione di norme di diritto avendo fatto prevalere la disciplina "speciale" della nullità protettiva di cui all'art. 23, comma 3, TUF. Il Comune, a sostegno di quest'ultima tesi, ha affermato che la forma scritta non è altro che uno strumento di protezione rispetto ai possibili abusi degli operatori finanziari professionali e, per tale ragione, la normativa attribuisce alla clientela la decisione se far valere o meno l'invalidità.

Tuttavia, applicando nel caso di specie la finalità protettiva "relativa" dell'art. 23 TUF (perseguibile a discrezionalità del cliente [P.A inclusa]) si trascurerebbero le ragioni

di fondo della forma scritta nei contratti della P.A., *“la quale 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)”*.

Tali considerazioni hanno fatto prevalere la prima delle due tesi dovendo riconoscere prevalenza alla forma scritta *ad substantiam* che è propria dei contratti della P.A. (ovvero **rilevabilità d'ufficio della nullità ed eccepibilità dalla controparte contrattuale**) quando questa sia parte di un contratto stipulato con un intermediario o operatore finanziario, per il quale il TUF preveda la forma scritta, non trovando applicazione l'art. 23, comma 3, TUF secondo il quale la nullità è eccepibile solo dal cliente. I giudici della Suprema Corte precisano, inoltre, che la forma scritta non consiste esclusivamente nella stipulazione di un unico documento contrattuale recante la contestuale sottoscrizione delle due parti, ma può concretizzarsi anche con lo scambio di missive contenenti rispettivamente la proposta e l'accettazione, cioè *“distinte scritture formalizzate e inscindibilmente collegate, entrambe sottoscritte, così da evidenziare inequivocabilmente la formazione dell'accordo, secondo lo schema della formazione del contratto tra assenti”*.