

24016.21



LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

Oggetto: confidi minore - non iscrizione all'albo ex art.106-107 T.U.B. - rilascio di fidejussione a terzo - garanzia per un socio - fallimento del consorzio - insinuazione al passivo del beneficiario - invocata nullità per violazione di norma imperativa - natura - nullità protettiva - limiti - questioni ORDINANZA INTERLOCUTORIA

Sezione Prima Civile

Composta dagli Ill.mi Signori Magistrati

R.G.N. 8301/2018
Cron. 24016
Rep.
Ud. 25.3.2021

Dott. Magda Cristiano	Presidente
Dott. Marco Vannucci	consigliere
Dott. Massimo Ferro	consigliere relatore
Dott. Paola Vella	consigliere
Dott. Eduardo Campese	consigliere

Ha pronunciato la seguente

ORDINANZA INTERLOCUTORIA

Sul ricorso 8301-2018 proposto da:

FALLIMENTO CONSORZIO DI CREDITO (omissis) a r.l.,
in persona del curatore p.t., rappr e dif. dall'avv. (omissis),
(omissis), elettivamente domiciliato in
(omissis), presso lo studio, via (omissis),
procura in calce all'atto;

- ricorrente -
contro

D.l.
1469
2021

FALLIMENTO (omissis) s.p.a., già (omissis) s.p.a., in
persona del curatore p.t., rappr. e dif. dall'avv. (omissis),
(omissis); elettivamente
domiciliato in (omissis), presso lo studio, (omissis), come da
procura a margine dell'atto;

- controricorrente -

per la cassazione del decreto Trib. Roma 2 febbraio 2018, n.
484/2018, in R.G. 41859/2015;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del
giorno 25 marzo 2021 dal Consigliere relatore dott. Massimo Ferro;

letta la requisitoria del Pubblico Ministero nella persona del sost.
Proc. gen. dott. Stanislao De Matteis che ha concluso per il rigetto del
ricorso;

lette le memorie del ricorrente e del controricorrente;

RILEVATO CHE:

1. FALLIMENTO (omissis) società cooperativa a
r.l. impugna il decreto Trib. Roma 2 febbraio 2018, n. 484/2018, in
R.G. 41859/2015 che ha accolto l'opposizione allo stato passivo di
FALLIMENTO (omissis) s.p.a. avverso il decreto del giudice delegato
che aveva respinto la sua domanda di ammissione e dunque ha
accertato la sussistenza di un credito concorsuale dell'opponente di
700 mila euro, oltre interessi dal 20.11.2012 al 17.10.2013;

2. ha osservato il tribunale che: a) il credito insinuato dal
Fallimento (omissis), pur portato da un decreto ingiuntivo non
opponibile alla procedura, stante la sua non definitività ex art.647
c.p.c. già in data anteriore alla dichiarazione di fallimento del
Consorzio, era da ammettere sulla base del titolo sostanziale
azionato; b) il Consorzio aveva infatti prestato fidejussione (senza poi

onorarla) a garanzia delle obbligazioni assunte da (omissis) (omissis) s.r.l. [(omissis)] verso (omissis) s.p.a. (divenuta (omissis) s.p.a.) sulla base di un contratto estimatorio; c) non era condivisibile l'assunto del giudice delegato secondo cui la fidejussione era nulla in quanto il Consorzio, Confidi di primo livello, non era iscritto all'albo speciale dell'art. 107 T.U.B. (non essendo a ciò tenuto per mancanza dei requisiti patrimoniali che, in base a un decreto del MEF, rendono obbligatoria l'iscrizione), poiché per il rilascio di fidejussioni a garanzia di obbligazioni contrattuali fra privati non è necessaria l'iscrizione ad alcun albo; d) ciò che unicamente rilevava ai fini della validità della garanzia, pacificamente rilasciata nell'interesse dell'associata (omissis) ed in favore di un soggetto privato, era dunque che l'oggetto sociale della fallita, per come emergente dalla visura camerale prodotta, prevedesse che *"nell'esercizio dell'attività di garanzia collettiva dei fidi possono essere prestate garanzie personali e reali"* e che *"la coop. può operare, ricorrendone i presupposti di legge, anche con terzi non soci"*;

3. con il ricorso, su due motivi, il Fallimento Consorzio deduce: a) (primo motivo) violazione degli artt. 106-107 T.U.B., 13 d.l. n. 269 del 2003 (conv. nella l. n. 326 del 2003) e 155 co. 4 T.U.B., norme inderogabili, avendo erroneamente il tribunale trascurato che il Consorzio, essendo un confidi minore (o di primo livello), non vigilato dalla Banca d'Italia come invece gli intermediari autorizzati, poteva esercitare esclusivamente attività di garanzia collettiva dei fidi consistente nella "prestazione mutualistica e imprenditoriale di garanzie" volta a favorire l'accesso delle piccole e medie imprese associate al credito di banche o di altri operatori finanziari; poiché solo questi ultimi possono essere i beneficiari delle garanzie rilasciate dai Confidi minori, ai quali è invece vietato di prestarle nei confronti del pubblico, la fidejussione ciononostante prestata dal Consorzio in

favore di (omissis) era invalida/inefficace, non era idonea a provare l'esistenza del credito e non era opponibile al Fallimento; b) (secondo motivo) violazione delle stesse norme di cui al motivo precedente, in relazione all'art.12 prel. c.c., ove il decreto ha giustificato la validità della fidejussione, così ammettendo il credito, preponendo una situazione di fatto (l'associazione della garantita al Consorzio e la natura privatistica del finanziamento) alla *ratio* dell'art.107 T.U.B. ed alla portata precettiva del quadro normativo che regola la materia;

4. al ricorso ha resistito il Fallimento (omissis) con controricorso; entrambe le parti hanno depositato una prima memoria, con ulteriore attività difensiva ex art.378 c.p.c.;

5. a seguito dell'adunanza non partecipata 14 maggio 2019, con ordinanza interlocutoria n. 23611/2019 il Collegio della Prima Sezione civile ha rinviato la causa alla pubblica udienza, tematizzando le questioni poste da entrambi i riportati motivi.

CONSIDERATO CHE:

1. conviene il Collegio che la vicenda introduce, in sequenza, una pluralità di questioni di massima di particolare importanza, la cui soluzione implica la fissazione di principi progressivamente condizionanti tali da meritare la opportuna trattazione avanti alle Sezioni Unite di questa Corte, come oggetto di proposta finale di rimessione rivolta al Primo Presidente;

2. la disamina dei motivi procede peraltro, come unico punto di premessa, dall'ipotizzabile non fondamento dell'eccezione d'inammissibilità del ricorso per mancanza di provvedimento autorizzatorio del giudice delegato, alla luce del principio che ribadisce l'autonomia del curatore proprio rispetto ai procedimenti cui appartiene quello per cui è causa, secondo il quale «*ai sensi dell'art.*

31 legge fall., come riformato dal d.lgs. n. 5 del 2006, non è richiesta l'autorizzazione del giudice delegato per la costituzione del curatore nei giudizi d'impugnazione del decreto di esecutività dello stato passivo e in quelli in materia di dichiarazione tardiva di credito» (Cass. 380/2021, 7918/2012, 11543/2017);

3. ciò premesso, va verificata la tenuta delle argomentazioni del tribunale che, prendendo atto del "mancato inserimento del Consorzio all'interno ... dell'albo speciale di cui all'art 107 T.U.B." (secondo un accertamento del giudice delegato non sovvertito in sede di reclamo), ha però svalutato l'essenzialità di tale circostanza, rilevando che per l'attività avente ad oggetto il rilascio di fidejussioni a favore di soggetti privati non è necessaria l'iscrizione ad alcun albo, e che ha dunque ritenuto valida l'obbligazione fidejussoria per cui è causa in ragione dell'oggetto sociale della fallita, che prevedeva puntualmente tale attività, tra l'altro "anche con terzi non soci", mentre nella specie la garanzia era stata prestata per associato;

4. la materia, sin dall'art. 155 T.U.B. e in prosieguo con il d.lgs. n. 141 del 2010, è segnata dalla concorrente operatività di due categorie di confidi; premessane la definizione, con l'art.13 del d.l. 30 settembre 2003, n. 269 (conv. nella l. 24 novembre 2003, n.326), di intermediari che esercitano l'attività di garanzia collettiva dei fidi e cioè "l'utilizzazione di risorse provenienti in tutto o in parte dalle imprese consorziate o socie per la prestazione mutualistica e imprenditoriale di garanzie volte a favorirne il finanziamento da parte delle banche e degli altri soggetti operanti nel settore finanziario", se ne predica la duplice classificazione, in confidi a vigilanza attenuata e confidi a vigilanza piena; mentre i primi (di primo livello), adoperandosi per favorire l'accesso ai finanziamenti ordinari delle piccole e medie imprese e dunque al credito, svolgono esclusivamente l'attività di garanzia collettiva dei fidi e i servizi

strumentali e connessi, solo i maggiori (di secondo grado) - strutturati secondo soglie finanziarie e patrimoniali più elevate ed assoggettati ad un più penetrante regime di controllo (vigilanza informativa, ispettiva e regolamentare della Banca d'Italia) - si iscrivono all'albo degli intermediari di cui all'art.106-107 T.U.B. e possono operare nei confronti del pubblico, prerogativa invece preclusa ai confidi minori, secondo lo statuto già di appartenenza, per quanto d'interesse, del Consorzio ricorrente;

5. la citata duplice categoria riflette dunque un'attività il cui esercizio, nella formula testuale della "esclusività", appare costruito quale divieto oltre il perimetro tipizzato, come stabilito dall'art.13 co. 2 e 4, nonché dall'art. 32 d.l. n. 269 del 2003, cioè con prestazioni di garanzie diverse nei confronti del pubblico; se dunque tale previsione vieta ai confidi minori prestazioni di garanzia siffatte, occorre in primo luogo confrontare la fattispecie ricostruita dal giudice di merito rispetto a questo primo ambito;

6. il tribunale, nel prendere atto che la polizza fidejussoria ha avuto come beneficiario (finale creditore garantito) ^(omissis) e risulta costituita nell'interesse di ^(omissis), associato al Consorzio e stipulante, ha valorizzato il carattere comune della singola operazione, la sua portata privatistica ed infine la coerenza con l'oggetto sociale statutario del fideiussore; in realtà, proprio la lettera del documento, per come riportata nel decreto impugnato, evidenzia che il Consorzio ha agito spendendo la propria funzione di confidi, riferendosi alle autorizzazioni (più generiche) di cui era dotato e dunque agendo nello svolgimento di un'attività di sovvenzione in cui il sostegno finanziario al proprio socio (^(omissis)) corrispondeva all'espletamento - a favore di un terzo - di una funzione sovraordinata con diretto titolo proprio nella veste indicata di consorzio di garanzia: il difetto d'iscrizione all'albo

speciale determinerebbe allora un primo profilo di formale violazione del citato divieto;

7. va tuttavia ricordato che, in fattispecie non dissimile dalla presente, le S.U. di questa Corte, nell'occuparsi della questione interpretativa del 2° comma dell'art. 5 della l. n. 295/78 (oggi sostituito dall'art. 11 del d. lgs. n. 209 del 2005), ovvero dei limiti entro cui è consentito alle imprese assicurative lo svolgimento di attività non direttamente ed immediatamente afferenti alle nozioni di assicurazione, riassicurazione o capitalizzazione, con la sent. n. 30174/011, dopo aver premesso che il divieto che l'art. citato pone a tali imprese, di svolgere attività commerciali diverse da quelle tipiche, comporta la nullità dei contratti stipulati in sua violazione, hanno nondimeno rilevato: che la norma in esame è volta a circoscrivere l'area dell'attività imprenditoriale della società assicurativa, come agevolmente si desume dal suo riferimento all'oggetto sociale, nel senso d'impedire che detta attività assuma una portata incompatibile con quella tipica e specifica di una simile impresa; che tuttavia un conto è il porre in essere un'attività imprenditoriale eventualmente eccedente i limiti legali sopra indicati, altro è compiere singoli e specifici atti negoziali, quali quelli implicanti l'assunzione di obblighi di garanzia, che di per sé soli non connotano in alcun modo una specifica attività d'impresa; che, in sostanza, è il possibile oggetto sociale dell'impresa assicurativa ad essere limitato dalla norma, e non la capacità d'agire dell'ente personificato, la quale perciò conserva la sua naturale portata generale come per qualsiasi altro soggetto giuridico; che in tanto l'assunzione di garanzie per debiti di terzi potrebbe assumere i connotati di un'attività imprenditoriale extra-assicurativa, in quanto si esplicasse in modo sistematico e nei confronti di un'indeterminata platea di soggetti, venendo perciò a rivestire le sembianze di un'attività di tipo finanziario, che

comporterebbe l'assunzione di un rischio d'impresa ulteriore e diverso da quello assicurativo; che non è questo il caso, dibattuto in giudizio, della prestazione di singole garanzie in favore di società partecipate dalla stessa impresa assicurativa;

8. *mutatis mutandis*, si potrebbe dunque ritenere, così come in definitiva è stato ritenuto dal tribunale, che il rilascio da parte di un confidi di primo livello di una singola fidejussione in favore di un soggetto privato, ma a garanzia di un'obbligazione assunta da un proprio associato, si configuri quale atto comunque strumentale al finanziamento di quest'ultimo che, non rientrando fra le attività tipicamente riservate alle banche o agli intermediari finanziari, non esula dall'oggetto sociale del garante e non contravviene ad alcuno specifico divieto;

9. qualora, invece, si aderisca senz'altro alla tesi, sostenuta dal Procuratore Generale nella requisitoria depositata, che ai confidi minori, non iscritti nell'albo speciale di cui all'art. 107 T.U.B., è vietato di prestare garanzie diverse da quella collettiva dei fidi, e in particolare, garanzie nei confronti di terzi privati, la questione abbraccia gli effetti di simile attività contrattuale non autorizzata e ciononostante espletata, e dunque, a valle, la disputa di validità del singolo negozio, concluso almeno da un soggetto in violazione di una norma di divieto;

10. un primo interrogativo riguarda la natura della norma violata, se cioè avente o meno portata imperativa; la risposta appare condizionata dalla natura pubblicistica della intera regolazione della materia degli intermediari finanziari, tanto più netta ove sia prescritta per i confidi, in modo assimilato, la iscrizione ad un albo speciale per le prestazioni di garanzie e i soggetti debbano dotarsi di requisiti patrimoniali e a loro volta finanziari e di gestione conformi a standard fissati da un'autorità pubblica; ma, se è vero che lo svolgimento di

attività di finanziamento verso il pubblico, con requisiti di complessiva idoneità stabiliti dalla vigilanza prudenziale, tutela la stabilità e la sicurezza finanziaria, e in ultima analisi la integrità del mercato, alla constatazione non segue un'immediata ricognizione del rapporto tra violazione della norma e reazione ordinamentale sulla sola condotta dell'agente ovvero anche, ed a ogni latitudine soggettiva, sulla sorte di validità del contratto concluso a valle, posto che, come si è già detto, il rilascio di una fidejussione è attività di per se stessa lecita e non riservata alle banche e agli altri intermediari finanziari autorizzati: è pertanto quantomeno dubbio che ci si trovi nel campo delle c.d. nullità virtuali del contratto (per mancanza di autorizzazioni o mancanza di requisiti soggettivi- qual è l'iscrizione all'albo- richiesti dalla legge), come sarebbe nel caso in cui il Consorzio fallito avesse esercitato attività vietatagli dall'art. 106 TUB, e il fatto che la garanzia sia stata emessa a favore di un soggetto diverso da quelli cui avrebbe potuto essere rilasciata in via esclusiva potrebbe, più semplicemente, integrare la fattispecie di cui all'art. 2384 cod.civ., dell'atto eccedente l'oggetto sociale, che dà luogo a responsabilità degli organi che hanno deliberato l'assunzione dell'obbligazione ma non è opponibile ai terzi, a meno che si provi che questi hanno intenzionalmente agito a danno della società;

11. costituisce ulteriore oggetto di dibattito l'insegnamento con cui le Sezioni Unite di questa Corte (nelle sentenze 26724 e 26725 del 2007) hanno circoscritto la invalidità del contratto, nei casi di nullità virtuale per contrarietà a norme imperative in mancanza di una espressa previsione, alle sole vicende di violazione di norme inderogabili esattamente concernenti siffatta validità, senza che la medesima violazione, per quanto di norme imperative, ove riferita alla condotta dei contraenti, conduca al medesimo esito, ben potendo inerire a fonte di responsabilità; così, in tema di intermediazione

finanziaria, «la violazione dei doveri di informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di investimento finanziario (nella specie, in base all'art. 6 della legge n. 1 del 1991) può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguenze risarcitorie, ove dette violazioni avvengano nella fase antecedente o coincidente con la stipulazione del contratto di intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti (cd. "contratto quadro", il quale, per taluni aspetti, può essere accostato alla figura del mandato); può dar luogo, invece, a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del contratto suddetto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni di investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del "contratto quadro"; in ogni caso, deve escludersi che, mancando una esplicita previsione normativa, la violazione dei menzionati doveri di comportamento possa determinare, a norma dell'art. 1418, primo comma, cod. civ., la nullità del cosiddetto "contratto quadro" o dei singoli atti negoziali posti in essere in base ad esso»;

12. si tratta di indirizzo ripreso allorché si è puntualizzato che «la nullità... va, pertanto, esclusa sia quando risulta prevista una diversa forma di invalidità (es. annullabilità), sia quando la legge assicura l'effettività della norma imperativa con la previsione di rimedi diversi» (Cass. 25222/2010, 525/2020);

13. la maggiore assimilazione alla vicenda di causa si coglie comunque laddove la legge, come per i confidi, prescriva in materia di intermediazione finanziaria una speciale capacità di una delle parti, assecondata entro un sistema autorizzatorio pubblicistico che ne condiziona gli stessi requisiti soggettivi dell'agire, finendo con il mettere in relazione il divieto normativo di procedere all'attività contrattuale con la sanzione, questa volta più diretta, della nullità del

negozio concluso, ai sensi dell'art.1418 co.1 c.c.; così, Cass. 4760/2018, ha sviluppato i principi di Cass. S.U. nn. 26724 e 26725/2007 cit. riconoscendo la *«rilevanza del requisito soggettivo nella struttura dei contratti bancari, nei quali una delle parti è individuata indefettibilmente in una banca, e degli interessi pubblici sottesi alla riserva dell'attività bancaria alle imprese autorizzate, la cui tutela non può restare affidata esclusivamente alle sanzioni penali di cui agli artt. 130 e 131 del citato decreto»* ma aggiungendo che *«tale nullità per carenza di un requisito della fattispecie legale non osta tuttavia, in linea di principio, alla conversione ex art. 1424 c.c. ove il negozio sia idoneo a produrre gli effetti di altra fattispecie e previo accertamento, riservato in via esclusiva al giudice di merito, della volontà delle parti»*;

14. si tratta di canone in tesi condivisibile, anche se la clausola di salvaguardia da ultimo enunciata non appare immediatamente applicabile alla fattispecie ora in esame non essendo agevole una declinazione conservativa del contratto con riguardo a fidejussione di cui, rispettivamente, una parte rivendichi comunque l'efficacia ed altra neghi ogni portata, anche solo sul piano del credito concorsuale; tanto più che la contrapposizione tra gli interessi delle due parti, nella sede dell'accertamento del passivo, è fuori contesto rispetto ad un eventuale scrutinio dell'interesse dello stipulante originario, la società ^(omissis), che aveva versato un corrispettivo proprio per poter essere garantita quanto ai debiti insorti dal contratto estimatorio concluso con ^(omissis), ora fallita ma qui nella veste di creditore insoddisfatto;

15. la parzialità di tale conclusione, inoltre, risulta scossa in almeno altre due direzioni; come emerso in pronunce successive al precedente di Cass. 4760/2018, imperniato su un difetto di autorizzazione ad operare del soggetto professionale (in un caso di stipula di deposito a risparmio, dichiarato nullo, ma con l'ammesso

transito del contratto vietato in altro di conversione, permesso dal catalogo dei contratti tipici e nominati), si è ancora deciso (per un mutuo fondiario con erogazione di finanzia oltre il limite legale) che non poteva essere accolta la tesi escludente *«la nullità del contratto di mutuo fondiario»*, non costituendo essa *«una semplice indicazione comportamentale dalla legge rivolta alle banche mutuanti...del tutto estranea al livello negoziale della fattispecie»*, in quanto la figura *«gode ... di importanti vantaggi riflessi sul piano del negozio e della sua esecuzione»*, mentre *«il limite di finanziabilità...si pone, per contro, come elemento interno, strutturale della fattispecie rappresentata dal mutuo fondiario»* perché l'art.38 T.U.B. non solo impone un preciso *«comportamento della banca»*, ma, stabilendo il *quantum* del finanziamento, regola e incide sulla fattispecie, cioè *«sul versante dell'oggetto del finanziamento fondiario eccessivo»* (Cass. 11201/2018);

16. in sostanza, se la prescrizione pubblicistica di una condotta dell'operatore professionale regolato interviene anche a disciplinare la vicenda contrattuale nel suo contenuto, la nullità non apparirebbe più eludibile, anche nel contesto delle nullità virtuali di cui all'art.1418 co.1 c.c.; e tuttavia, permettendolo il catalogo dei negozi succedanei e riflettenti un esito rappresentabile nella volontà delle parti (da riaccertare), il descritto indirizzo potrebbe confermare il ricorso al principio conservativo di cui all'art.1424 c.c., per cui è ammessa la conversione del negozio nullo, la quale non realizzerebbe affatto l'elusione della norma imperativa violata, né *«consentirebbe al creditore di soddisfare comunque l'interesse tipico del fondiario»*, ben potendo l'uso, benché improprio, dello strumento del fondiario condurre ad un esito con effetti diversi da quelli del negozio nullo, compendiati in quelli di un mutuo ipotecario ordinario; e, in ogni caso, *«l'accertata nullità del titolo negoziale manifesta la mancanza di*

giustificazione causale della permanenza delle somme erogate nel patrimonio del mutuatario, con connessa applicabilità della norma dell'art. 2033 cod. civ.»; tant'è che, proprio nelle fattispecie trattate, a quelle condizioni, l'ammissione al passivo della banca è stata giudicata dovuta;

17. una recezione integrale dell'orientamento appena riassunto appare tuttavia (e come detto) problematica ove, come per la fidejussione, per un verso faccia difetto la possibilità di qualificare simile contratto tra quelli bancari (avendo riguardo a quello specifico comparto di diritto dell'economia, più organicamente disciplinato anche per le ricadute delle nullità sui contratti con i consumatori) e, per altro, nemmeno possano configurarsi fattispecie negoziali pianamente idonee a dare sostanza all'applicato principio di conservazione di cui all'art.1424 c.c., com'è stato possibile per il deposito bancario e il mutuo ipotecario; manca cioè in apparenza, per la fidejussione, un contratto di garanzia in cui trasferire conservativamente la volontà delle parti con analoghi effetti sul piano della cristallizzazione in credito verso il fidejubente inadempiente;

18. altro elemento di frizione rispetto alla *ratio* conservativa appena esemplificata è peraltro costituito, come anticipato, proprio dalla diversa figura della controparte contrattuale nel complesso rapporto di finanziamento con garanzia: nell'attuale procedimento non si controverte del rapporto fra Consorzio e ^(omissis), cioè l'impresa che direttamente ha indotto la concessione della fidejussione da parte della cooperativa fallita, con quell'atto garantendo l'accesso al contratto estimatorio e dunque i propri debiti con ^(omissis), ma del rapporto tra la beneficiaria finale della fidejussione (^(omissis)) e la garante confidi; la domanda di credito di ^(omissis), direttamente declinata come di accertamento della fidejussione in proprio favore, nonché dei suoi presupposti di esigibilità, è infatti la domanda di un

credito diretto, per aver conseguito dalla controparte-^(omissis) la garanzia del terzo-confidi;

19. la circostanza induce ad una successiva duplice indagine, per verificare: a) quale sia la gittata di protezione della norma (specie se imperativa) che impone l'iscrizione all'albo speciale per la concessione della garanzia di un consorzio confidi; b) se vi sia spazio per l'affidamento di un terzo che, nell'intento di fruire di siffatta garanzia, se ne senta opporre i limiti legali di prestazione e, dunque, la nullità;

20. la prima questione potrebbe apparire direttamente risolta, per un immediato piano fattuale, dall'accertamento del giudice di merito, ove si valorizzi un punto, non contestato, per il quale non vi sarebbe stata alcuna partecipazione di ^(omissis) alla vicenda stipulatoria della fidejussione, rilasciata dal Consorzio e procurata a proprio favore da ^(omissis); si potrebbe allora sostenere che ^(omissis) era esattamente il contraente che non ha concorso alla produzione della violazione della norma violata, a volere separare in tal modo il crinale della invalidità; la seconda questione interroga l'ulteriore congruenza del rimedio della potenziale nullità rispetto all'agire contrattuale del terzo di buona fede, situazione soggettiva che potrebbe anch'essa, ipoteticamente nella specie e ancora in capo a ^(omissis), per un verso presumersi (per difetto di accertamento negativo) senza, per altro verso, restare condizionata da un riscontro storico solo apparente, formulato dal giudice delegato, non specificamente impugnato (perché assorbito da argomenti pregiudiziali favorevoli all'opponente) ed invero riferito ad un'affermazione del tutto astratta, ovverosia la doverosità del conoscere il difetto delle autorizzazioni, per la sola esistenza del relativo regime legale;

21. ritiene il Collegio che l'intreccio delle appena descritte risposte, ove anche fornite sul versante della fattispecie, per la loro problematicità, non possa in realtà divenire la premessa per il quadro

decisorio da assumere; in difetto di una specifica previsione di nullità dei contratti a valle e in ogni direzione soggettiva, cioè per ogni effetto, a fronte dell'interesse di un terzo che, provatamente non avendo dato causa alla invalidità, invochi invece l'esecuzione del contratto ciononostante concluso da altri (in suo favore), sorge infatti l'interrogativo circa il ricorso ai principi di tutela della buona fede, secondo sviluppi maturati con riguardo alle nullità di protezione;

22. in effetti, in materia di intermediazione finanziaria, le Sezioni Unite di questa Corte hanno delimitato in due direzioni la nullità (nel caso, per difetto di forma scritta ex art.23 co.2 d.lgs. n. 58 del 1998) e cioè, da un lato, riconoscendo che *«essa può essere fatta valere esclusivamente dall'investitore, con la conseguenza che gli effetti processuali e sostanziali dell'accertamento operano soltanto a suo vantaggio»* (Cass. s.u. 28314/2019); dall'altro lato, attribuendo all'intermediario l'eccezione di buona fede, allorché l'investitore abbia diretto la domanda a *«colpire soltanto alcuni ordini di acquisto ... se la selezione della nullità determini un ingiustificato sacrificio economico a suo danno alla luce della complessiva esecuzione degli ordini conseguiti alla conclusione del contratto quadro»*; al punto che, per evitare un uso oggettivamente distorsivo delle regole di legittimazione in tema di nullità protettive, cioè *«al solo fine di paralizzare, in tutto o in parte, gli effetti restitutori conseguenti all'esperimento selettivo dell'azione di nullità da parte del cliente investitore, nei limiti della complessiva utilitas economica ritratta da quest'ultimo grazie all'esecuzione del contratto quadro affetto dalla nullità dal medesimo fatta valere»*, Cass. 10505/2020 ha aggiunto che *«le cedole medio tempore rimosse dall'investitore non vengono in considerazione né come oggetto dell'indebito, né quali frutti civili ex art.820 e 2033 c.c., ma rilevano solo come limite quantitativo all'efficace esperimento della domanda di indebito esperita*

dall'investitore»; così come la conferma della legittimazione a far valere l'azione di nullità esclusivamente da parte del soggetto nel cui interesse la norma è posta si rinviene – nella giurisprudenza di questa Corte - nel parallelo principio per cui «la prescrizione dell'azione dell'intermediario volta alla restituzione dei titoli acquistati conseguente all'accertamento della nullità del contratto di investimento finanziario decorre ex art. 2935 c.c. da quando la nullità, quale azione di parte, o l'omologo rilievo officioso siano intervenuti, pur se ciò determina che la domanda di ripetizione assuma portata dipendente dal giudizio promosso dall'investitore»(Cass.23448/2020);

23. proprio applicando tali linee direttrici diventa allora dubitabile, per un verso, che l'invalidità della fidejussione, *sub specie* di astratta nullità (per possibile contrarietà a norme imperative), possa essere azionata dal Consorzio, ove si riconosca che si tratta proprio del soggetto che vi aveva dato causa, ma, altresì, che una nozione di nullità protettiva, almeno nei termini di un impiego selettivo dell'azione, appartenga al presente giudizio; in esso, infatti, non solo la nullità non è invocata da parte del soggetto (^(omissis)) che aveva negoziato la fidejussione, procurandosi tale garanzia del confidi Consorzio dietro corrispettivo, ma nemmeno se ne predica una selettiva forma di nullità, quanto agli effetti, dato che il terzo-^(omissis) (e per esso il fallimento) prospetta, all'opposto, la piena efficacia nei propri confronti della fidejussione stessa;

24. va in secondo luogo constatato che la violazione delle norme, per il confidi non autorizzato ed estraneo all'albo speciale degli artt.106-107 T.U.B., implica un quadro sanzionatorio connesso al problematico limite legale dell'attività esercitata fuori dal perimetro delle garanzie collettive dei fidi di cui all'art.13 d.l. n. 269 del 2003 e 155 co.4 T.U.B., senza però che – nella specie – sia possibile

indagare sulle effettive conseguenze che ne sono derivate sull'attività o sul patrimonio o sull'assetto organizzativo, né tanto meno sulla entità, in termini di consistenza, dell'abusivo rilascio di fidejussioni che operi, ove indiscriminato o anche isolatamente, quale presupposto di quelle sanzioni; non solo infatti simile seconda circostanza non è entrata nell'accertamento giudiziale di merito, ma essa appare aggirata, quanto a rilevanza, poiché la nullità del contratto a valle è stata invocata per la mera violazione in sé della norma prescrivente ai confidi minori di iscriversi all'albo per la citata prestazione; ne consegue che, facendo altresì difetto una disposizione espressa che, a fronte della accertata violazione, comunque ne faccia derivare la nullità dei contratti ciononostante conclusi, si pone l'interrogativo del possibile o meno adattamento, per quanto detto, al sistema delle nullità virtuali (ex art.1418 co.1 c.c.) di un'ipotesi di potenziale violazione di norma imperativa (tale essendo quella che pone requisiti di operatività a monte dell'esercizio di un'attività finanziaria regolata e vigilata pubblicisticamente), ma senza indulgere in una costruzione giurisprudenziale del tutto discrezionale ove l'ordinamento già non contenga esemplificazioni positive dei rimedi negoziali;

25. in terzo luogo, anche in sviluppo della prospettazione ospitata nella requisitoria del Procuratore Generale ed anticipata nell'ordinanza interlocutoria n. 23611/2019, appare doveroso l'ulteriore interrogativo circa il praticabile ricorso all'*analogia legis*, ove si dia rilievo all'art.167 d.lgs. 7 settembre 2005, n.209; nel codice delle assicurazioni, il legislatore ha infatti sancito che è "nullo il contratto di assicurazione stipulato con un'impresa non autorizzata o con un'impresa alla quale sia fatto divieto di assumere nuovi affari", mentre siffatta "nullità può essere fatta valere solo dal contraente o dall'assicurato. La pronuncia di nullità obbliga alla restituzione dei



premi pagati. In ogni caso non sono ripetibili gli indennizzi e le somme eventualmente corrisposte o dovute dall'impresa agli assicurati ed agli altri aventi diritto a prestazioni assicurative"; in tema, è stato osservato che anche siffatta disposizione, al pari delle altre disciplinanti il contratto, appare diretta a proteggere due distinti interessi fondamentali dell'assicurato, e cioè il consenso consapevole ed informato, vale a dire la conoscenza piena dei suoi diritti ed obblighi e, più ampiamente, i vantaggi e gli svantaggi derivanti dal contratto, nonché quello alla sana e prudente gestione dell'impresa e, quindi, alla solvibilità e solidità finanziaria della medesima;

26. va allora notato che, per la descritta nullità di protezione del contratto assicurativo, il difetto dei requisiti di operatività dell'impresa che fornisce il servizio può essere invocato solo dal contraente ovvero dall'assicurato, laddove il limite all'attività negoziale, per quanto esterno al singolo contratto, si bilancia in una controprestazione che può esaurire pienamente l'interesse della parte che non ha dato causa alla predetta nullità, dunque abilitata a non servirsene; nelle ipotesi di nullità virtuale, ove fosse condivisibile la comune appartenenza altresì dell'ipotetica nullità della fidejussione rilasciata da un confidi minore estraneo all'albo speciale, la differenza di statuto appare al Collegio data dal difetto in essa di una invalidità nominata; e tuttavia appare necessario indagare se la *ratio* di tutela sia ciononostante identica, e dunque con la stessa possibilità di superare l'apparente limite di corrispondente nominatività altresì dell'art.1421 c.c., sebbene il beneficiario della garanzia invochi non la nullità, bensì la piena attuazione degli effetti del contratto, nel rispetto dunque del principio per cui si replicherebbe anche in essa «*la strutturale vocazione delle nullità protettive ad un uso selettivo, ancorché non arbitrario, in quanto correlato alla operatività a vantaggio esclusivo di uno dei contraenti*» (Cass. s.u. 28314/2019); con l'ulteriore, duplice,

peculiarità che, nella specie, ^(omissis) reclama la piena e non selettiva attuazione del contratto e di tutti i suoi effetti e si tratterebbe, come per l'assicurato del cit. art.167 cod. ass., a darne risposta positiva, del soggetto nel cui interesse la discussa nullità selettiva risulterebbe configurata; tanto più che, a tale soggetto, per la pertinenza del richiamo alla menzionata giurisprudenza di legittimità in tema di limiti dell'azione di nullità quanto agli ordini d'investimento, non sembra essere stata opposta in giudizio da parte del Consorzio alcuna mancanza di buona fede o abuso selettivo nella domanda di credito;

27. il rinvenimento nell'art.167 cod. ass. di una norma positiva che protegge il solo contraente o assicurato dagli effetti altrimenti generali della nullità del contratto stipulato con impresa non autorizzata o agente *ultra vires*, nell'interrogativo che si intende devolvere alle Sezioni Unite, rifletterebbe pertanto un principio generale idoneo alla regolazione del caso, non altrimenti disciplinato, della violazione di parallela norma autorizzatoria da parte di fidejubente confidi, ma senza che il divieto degli artt. 13 d.l. n. 269 del 2003 e 155 co.4 T.U.B *ratione temporis* vigenti – pur posto all'altezza di un comando imperativo - sia testualmente sanzionato con la nullità (o anche solo, con altrettale chiarezza, da altra sanzione gestionale o amministrativa), sempre che se ne possa predicare la portata di nullità virtuale civilistica ex art.1418 co.1 c.c. e la *ratio* analogamente protettiva del contraente o parte beneficiaria, ammessa alla stessa scelta di agire o meno per farla valere a proprio vantaggio;

28. aggiunge il Collegio che in effetti da Cass. S.U. 28314/2019 si evince, più ampiamente, che va *«escluso ... che il possibile conflitto tra la specifica istanza di solidarietà costituita dal regime peculiare delle nullità di protezione e quella che scaturisce dal principio di affidamento, possa trovare una soluzione, stabilendo un criterio di*

