

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

**Rivista**  
**di Diritto Bancario**

dottrina  
e giurisprudenza  
commentata

SUPPLEMENTO

APRILE/GIUGNO

2023

[rivista.dirittobancario.it](http://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, ALESSANDRA  
CAMEDDA, GABRIELLA CAZZETTA, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO  
GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SECRETARIO DI REDAZIONE),  
PAOLA LUCANTONI, EUGENIA MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA,  
ALBERTO MACER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO,  
FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, CHIARA PRESCIANI,  
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 PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

**Rivista** | dottrina  
di Diritto Bancario | e giurisprudenza  
commentata

**SEDE DELLA REDAZIONE**

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



## **Contratti "non autorizzati" e nullità: il problema del giusto rimedio.**

**SOMMARIO:** 1. Contratto "non autorizzato" invalido/valido: il problema, a partire da due casi. - 2. Il deposito del banchiere di fatto è nullo. - 3. La fideiussione del confidi minore è valida. - 4. Norma imperativa, nullità, giusto rimedio.

### *1. Contratto «non autorizzato» invalido/valido: il problema, a partire da due casi.*

La scelta del rimedio<sup>1</sup> proporzionato e coerente con gli interessi protetti è, se si guarda al diritto attuale dei contratti, il problema più frequentemente posto dall'interazione tra la parte generale (con le sue storiche categorie) e il variegato mondo dei diritti secondi (o speciali, o asimmetrici, a seconda dell'approccio che si preferisca)<sup>2</sup>. Due recenti decisioni ripropongono all'attenzione dell'interprete la questione della sorte del contratto non autorizzato, problema noto che si può affrontare, in declinazione moderna, solo muovendo da alcune considerazioni di ordine generale.

Non può, anzitutto, essere trascurato il dato, comunemente accettato, della trasformazione (nel senso della frammentazione / destrutturazione<sup>3</sup>) della categoria della nullità, in ragione, soprattutto,

---

<sup>1</sup> V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, 682 ss.; i rimedi contrattuali «implicano la ponderazione comparativa di interessi in conflitto, che conduce a sacrificarne alcuni per privilegiarne altri».

<sup>2</sup> Sulla prospettiva rimediabile vd. A. DI MAIO, voce *Rimedi contrattuali*, in *Enc. dir., I tematici, Contratto*, I, Milano, 2021, 1031, «[c]on il linguaggio dei "rimedi" anziché di quello dei "diritti" non si intende sovvertire il vocabolario giuridico ma soltanto meglio evidenziare come la funzione storica dell'ordinamento giuridico non è solo quella di dare ordine e sistemazione alle relazioni sociali, ma fornire risposte in positivo ove violazioni siano realizzate». Vd. anche S. MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, 585 ss., in partic. 588-589: «[l]'idea che va maturando è che quella rimediabile sia una prospettiva che può essere adottata tanto dal legislatore in sede di normazione, quanto dalla dottrina in sede di ricostruzione del sistema».

<sup>3</sup> Sulla nuova configurazione della nullità contrattuale vd. tra i tanti C. SCOGNAMIGLIO, *Per una lettura in chiave funzionale del "sistema" delle invalidità*,

dell'ampliamento verso l'Europa del catalogo delle fonti, con l'emersione delle nullità di protezione, divergenti, in misura non trascurabile, dal modello tradizionale di nullità<sup>4</sup>.

Va poi considerata la crescente importanza, nel contesto delle invalidità contrattuali, della prospettiva (non dell'atto ma) dell'attività, nella misura in cui, nella realtà attuale, la nullità può essere giustificata «da ragioni del tutto estrinseche all'atto di autonomia privata cioè provenienti dall'esterno, dai “dintorni” del contratto, dal “contesto” in cui lo scambio è inserito (...)»<sup>5</sup>; prospettiva che interferisce, da una parte, con la storica demarcazione tra illiceità e illegalità del contratto, oggi forse destinata a un suo graduale superamento<sup>6</sup>, e, dall'altra, con l'utilizzo normativo della nullità per la protezione di interessi legati al mercato<sup>7</sup>; ciò che ha determinato, con passaggi inesorabili, seppur gradualmente, il moltiplicarsi non solo di norme di condotta, ma anche di regole incidenti sull'organizzazione di una delle parti<sup>8</sup> (in genere, il professionista/imprenditore) o di sistemi di controllo sull'esercizio di una determinata attività, con nuove fonti (sovrnazionali/nazionale; primarie/secondarie) e nuovi soggetti abilitati a verificare, in funzioni di controllo (Banca d'Italia, *Authorities*) l'applicazione delle regole di conformazione dei contratti agli obiettivi di politica economica.

Il tutto accompagnato da un largo ricorso alle nullità virtuali, quando il legislatore, come spesso accaduto specialmente in relazione alla disciplina di derivazione europea, non commina alcuna sanzione contrattuale (di nullità) per la violazione di un certo precetto imperativo, ma l'interprete – autorizzato dall'art. 1418, comma 1, c.c.

---

in *La funzione delle norme generali sui contratti e sugli atti di autonomia privata*, E. NAVARRETTA (a cura di), Torino, 2021, 217 ss., in partic. 222-224.

<sup>4</sup> Sulle nullità di protezione va fatto rinvio alla recente ricostruzione di M. GIROLAMI, voce *Nullità di protezione*, in *Enc. dir., I tematici, Contratto*, I, diretto da G. D'AMICO, Milano, 2021, 701 ss.

<sup>5</sup> Così scrive A. PLAIA, *Patologie del contratto*, Torino, 2022, 4.

<sup>6</sup> Su cui ancora A. PLAIA, *op. cit.*, 18-20.

<sup>7</sup> Nella prospettiva del mercato, la nullità subisce un mutamento radicale: «[...] le discipline sopravvenute si incentrano, piuttosto che sui caratteri dell'atto, sulla condotta dei soggetti del contratto, considerati quali attori del mercato e disciplinati con riguardo all'attività negoziale in esso svolta»: così F. DI MARZIO, *Contratto illecito e disciplina del mercato*, Napoli, 2011, 10.

<sup>8</sup> Anche mediante norme identificate come «ordinative»: A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, 210-212.



– avverte, non senza valutazioni altamente discrezionali e, per questo, non sempre convergenti, che è la nullità (virtuale) il rimedio proporzionato<sup>9</sup>. Perché sa che, diversamente, il divieto rimarrebbe sostanzialmente inefficace, con sacrificio dell'interesse del quale è presidio.

Tracciato questo quadro generalissimo, con riserva di ulteriormente riprenderne i fili più avanti, il problema (riaperto da due recenti casi<sup>10</sup>) del trattamento del contratto concluso in carenza di un'autorizzazione normativamente prescritta o fuori dai confini di un'attività legislativamente identificata può sollecitare una riflessione sia sui criteri di scelta del rimedio più adeguato/proporzionato (alla protezione dell'interesse alla cui realizzazione mira la previsione di un'autorizzazione) sia sulla *ratio* da attribuire a previsioni per le quali, nel mutato contesto delle invalidità negoziali, la ricerca delle sanzioni proporzionate per la loro violazione è rimessa, sostanzialmente, alla solitudine dell'interprete<sup>11</sup>.

I casi sono due.

- i. la raccolta non autorizzata del risparmio, realizzata attraverso contratti di deposito dei quali si è statuita la nullità per violazione di

---

<sup>9</sup> Sulle nullità virtuali nel nuovo diritto dei contratti si può rinviare a G. D'AMICO, *Nullità virtuale – nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in *Le forme della nullità*, S. PAGLIANTINI (a cura di), Torino, 2009, 1 ss.; già a partire dai gli anni ottanta, il moltiplicarsi di norme imperative aveva inciso sul modello tradizionale di nullità, nel senso di una sua «soggettivizzazione» (vd., su questo, E. ROPPO, *Il controllo sugli atti di autonomia privata*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1985, 485 ss., in partic. 489).

<sup>10</sup> Va notato che la questione del trattamento del contratto concluso in assenza di un'autorizzazione (prevista dalla legge per l'attività di uno dei contraenti) sembra trascurata dal dibattito recente in materia di nullità, specie di protezione; eppure si tratta di un terreno nel quale si possono sperimentare agevolmente tutti i problemi delle nuove nullità, in rapporto sia al tema del controllo dell'ordinamento sull'autonomia privata sia a quello della legittimazione ad agire.

<sup>11</sup> Proprio le recenti vicende della nullità (specialmente di quella virtuale) testimoniano l'importanza del diritto giurisprudenziale, quasi che la categoria (della nullità) fosse non un postulato bensì un risultato di un procedimento ricostruttivo di matrice esclusivamente interpretativa: così osserva N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 185-187. A ben vedere, per le nullità virtuali i giudici si fanno legislatori, ma in forza di una "delega" loro conferita dall'art. 1418, comma 1, c.c.

norma imperativa (quella che prescrive l'autorizzazione in capo al soggetto che svolga attività bancaria)<sup>12</sup>;

ii. la fideiussione rilasciata dal confidi minore, per la cui validità si è pronunciata la Cassazione a Sezioni Unite nel marzo 2022<sup>13</sup>.

I due casi segnano una latitudine sufficientemente ampia per chiedersi se per i contratti posti in essere al di fuori dei confini normativamente prescritti per il tramite del meccanismo autorizzatorio sia possibile una sistemazione unitaria sul piano rimediabile: se sia possibile identificare, cioè, un unico rimedio idoneo a reagire a ogni forma di contratto non autorizzato.

La giustificazione per questo rinnovato interesse sta nella varietà del livello di deviazione rispetto al modello conformato: nel contratto di deposito concluso dal soggetto privo di autorizzazione si manifesta il vizio classico della carenza di un requisito normativamente prescritto in capo al contraente: si tratta del contratto del soggetto che non poteva esercitare quel tipo di attività (bancaria); nella fideiussione del Confidi

---

<sup>12</sup> Cass., sez. I, 28 febbraio 2018, n. 4760: «È nullo per contrasto con norme imperative di legge, ai sensi dell'art. 1418 del codice civile (cd. nullità "virtuale"), il contratto di deposito a risparmio concluso con soggetto professionalmente dedito all'attività di raccolta del risparmio tra il pubblico, ma privo dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria prescritta dall'art. 14 del d.lgs. n. 385 del 1993, stante 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; 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».

<sup>13</sup> Cass., Sez. Un., 15 marzo 2022, n. 8472, in *Foro It.*, 2022, I, 1650, con nota di S. PAGLIANTINI, *La fideiussione al pubblico di un confidi minore: perché non una nullità virtuale di protezione?*. Eccone le massime: «È valida la fideiussione prestata da un confidi minore verso un proprio associato a garanzia di un credito derivante da contratto non bancario, dal momento che la legge non contempla espressamente la sanzione della nullità né quest'ultima può indirettamente ricavarci dalla disposizione per la quale il confidi minore svolge esclusivamente attività di garanzia collettiva dei fidi, quale società cooperativa a responsabilità limitata, il cui oggetto sociale prevede la possibilità di prestare garanzie personali e reali, anche verso terzi non soci» e «Non può considerarsi nulla, per violazione di norma imperativa, la fideiussione prestata da un c.d. "confidi minore", nell'interesse di un proprio associato a garanzia di un credito derivante da un contratto non bancario».

la deviazione (dal modello legislativo) è altra: il contratto è concluso al di fuori del perimetro segnato dal legislatore come unica area di contrattazione possibile per quel soggetto. Due situazioni (apparentemente) differenti, ma accomunate dalla violazione di un parametro legislativamente stabilito sull'attività di uno dei contraenti.

Le soluzioni offerte dalla Cassazione sono opposte: nullo per violazione di norma imperativa il primo, valido il secondo.

Si giustifica questa difformità? Se sì, è comunque possibile fare ordine nella sotto area delle nullità virtuali da contratti non autorizzati? Sulla base di quali parametri interpretativi?

A questi interrogativi sono dedicati i paragrafi seguenti, a partire da una ricognizione – essenziale – degli argomenti offerti dalle due decisioni della Cassazione per sostenere le menzionate soluzioni.

## *2. Il deposito del banchiere di fatto è nullo.*

Per la raccolta non autorizzata del risparmio, la fattispecie conformata è quella di cui all'art 14 t.u.b.: l'attività bancaria si può svolgere se si ha la prescritta autorizzazione, rilasciata dalla Banca d'Italia. In quel caso l'autorizzazione non c'era.

La decisione appare lineare: il contratto di deposito è concluso da un soggetto che difetta di un requisito soggettivo indicato da una norma imperativa.

Siamo nell'area del difetto strutturale nella fattispecie (specie sotto il profilo causale)? o nell'area della nullità virtuale per contrasto con norma imperativa?

Si può speculare, ma sul piano dell'operatività del rimedio non c'è molto margine: c'è nullità.

In questo caso la Cassazione procede all'indagine sull'imperatività della disposizione centrandola sull'interesse pubblico perseguito attraverso il requisito dell'autorizzazione: alla quale si associano controlli stringenti che non proteggono solo i terzi che con l'impresa entrano in contatto, ma anche interessi quali la tutela del risparmio e il governo dell'economia e del controllo della circolazione monetaria. Tuttavia, la qualifica soggettiva ha un valore anche per l'assetto d'interessi programmato dalle parti: rafforza la garanzia di restituzione delle somme depositate, mentre l'adesione del depositario al fondo interbancario assicura una piena tutela dei risparmiatori.

In questo quadro, così valutata la norma che impone il requisito soggettivo, non può non essere comminata la maggiore reazione possibile che, sul piano civilistico, è la cancellazione del contratto che cristallizza l'attività svolta senza il presidio della autorizzazione.

E, quanto al regime, deve trattarsi di nullità *tout court*, a legittimazione allargata, perché non si tratta solo di proteggere i risparmiatori, ma anche il mercato nella sua dimensione più ampia. Non bastano allora le sanzioni penali o amministrative (che soddisfano, semmai, un'esigenza punitivo-preventiva); è necessario che il contratto sia cancellato, in ragione della necessità di proteggere l'interesse del terzo contraente.

I giudici di legittimità sono molto sicuri nel concludere per «la natura non meramente individuale e privata degli interessi tutelati dal divieto, la cui protezione non può restare affidata esclusivamente alle sanzioni previste dal Testo unico bancario, tutto sommato modeste, in relazione anche alla natura ed alle dimensioni economiche dei soggetti operanti nel settore»<sup>14</sup>; conseguentemente, nel curarsi di distinguere il difetto di autorizzazione – incisivo sulla legittimazione a contrarre, dunque su un requisito soggettivo del contratto, in ragione dell'assenza del sistema di controlli posti a presidio di interessi generali – dalla mera inosservanza di regole di condotta, «che, come più volte ribadito dalla giurisprudenza di legittimità, non determina la nullità del contratto, potendo al più costituire fonte di responsabilità precontrattuale o contrattuale, e quindi dar luogo rispettivamente al risarcimento del danno o alla risoluzione del contratto»<sup>15</sup>.

Non manca una via d'uscita (più teorica che pratica<sup>16</sup>): la conversione del contratto, laddove il giudice (di merito) ne accerti tutti i presupposti soggettivi e oggettivi<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> Così in motivazione di Cass., 28 febbraio 2018, n. 4760, cit.

<sup>15</sup> Ancora in motivazione di Cass., 28 febbraio 2018, n. 4760.

<sup>16</sup> Se manca l'autorizzazione, il contratto nullo dovrebbe convertirsi, comunque, in altro contratto per il quale non deve essere necessaria analoga autorizzazione, circostanza che, probabilmente, segna la sostanziale impraticabilità della conversione in casi come questi (giacché si voleva concludere, comunque, un contratto nell'esercizio di un'attività, ad es. bancaria, che a una delle parti non era consentita e che non potrebbe trovare, proprio per il persistente difetto di autorizzazione, una figura contrattuale in grado di produrre i medesimi effetti).

<sup>17</sup> Scrivono i giudici di legittimità: «non si può escludere in linea di principio, la possibilità che negozi incontestabilmente ricondotti ad una determinata fattispecie

### 3. *La fideiussione del confidi minore è valida.*

In Cass., Sez. Un., n. 8472/2022 – in tema di fideiussione rilasciata dal confidi minore nell’interesse di un proprio associato – l’approccio sembra essere, almeno a un primo sguardo, significativamente diverso.

Consorzi fidi sono consorzi, cooperative o società di capitali che per espressa prescrizione, se di primo livello o minori, svolgono per legge esclusivamente attività di garanzia nell’interesse dei propri associati con banche o intermediari finanziari. Se di secondo livello, iscritti all’albo intermediari *ex art. 106 t.u.b.*, in via residuale possono anche svolgere attività di intermediazione<sup>18</sup>.

Il disallineamento rispetto alla fattispecie conformata non è, nel caso specifico, la mancanza di autorizzazione: e infatti il confidi non ha svolto, in difetto di autorizzazione, un’attività che richiedesse un’iscrizione o autorizzazione, ma ha agito (concluso un contratto) fuori dall’area delle attività consentite. Un contratto sì di garanzia, sì nell’interesse di un associato, ma con un terzo estraneo, e per di più non per coprire il debito sorto da un contratto bancario, bensì per garantire un’obbligazione originata da un negozio estimatorio.

La rimessione alle Sezioni Unite (con ord. n. 24016/2021) muove(va) proprio dalla sentenza n. 4760/2018 (vd. par. precedente) – in cui era stata percorsa la via della nullità del contratto, con possibilità di una molto improbabile conversione – per porre il problema della congruità del rimedio (radicale), specie in rapporto alla posizione del terzo in buona fede, e in ragione di dubbi sulla natura imperativa della prescrizione legislativa violata.

---

legale, e ritenuti nulli per mancanza di taluno dei requisiti prescritti, siano reputati, ai sensi dell’art. 1424 c.c., idonei a produrre gli effetti di altre fattispecie, in quanto dotati dei relativi requisiti: mentre la qualificazione del contratto consiste nell’individuazione del tipo legale corrispondente, cui si procede attraverso la ricostruzione del comune intento perseguito dalle parti attraverso la stipulazione, la conversione comporta infatti una trasformazione-riduzione di quanto pattuito, volta al conseguimento di un risultato più limitato di quello originariamente avuto di mira dalle parti, ma conforme all’ipotetica volontà delle stesse» (ancora in Cass., 28 febbraio 2018, n. 4760).

<sup>18</sup> Per un’analisi, anche storica, della disciplina sui confidi si richiama G.B. BARILLA, *I consorzi fidi tra diritto dell’impresa e regole di vigilanza*, in *Giur. Comm.*, 2018, 83 ss.

Nell'ordinanza di rimessione, che, peraltro, segue una prima ordinanza di rinvio alla discussione in pubblica udienza da parte della sezione filtro<sup>19</sup>, si legge che «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»<sup>20</sup>; per altro verso, però, «[...] 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 il rilascio di una fidejussione è attività di per se stessa lecita e non riservata alle banche e agli altri intermediari finanziari autorizzati»<sup>21</sup>.

La soluzione offerta dalle Sezioni Unite può essere così sintetizzata: sebbene esistano norme limitative delle attività dei confidi, «tuttavia le previsioni limitative delle attività dei confidi non fanno perdere la capacità di agire che gli è propria quale società cooperativa e, dunque, la capacità di rilasciare garanzie non dirette a favorire il finanziamento da parte delle banche e degli altri operatori finanziari»<sup>22</sup>; e, ancora, se esistono disposizioni in forza delle quali «i cd. “confidi minori” svolgono “esclusivamente” l'attività di garanzia collettiva dei fidi, al fine di favorire l'accesso al credito bancario delle piccole e medie imprese associate, non è possibile desumere implicitamente un divieto assoluto di svolgere attività diverse»<sup>23</sup>. A questo si aggiunge una valutazione generale sulla natura del rimedio della nullità, il cui riscontro deve essere affidato a criteri specifici, certi, proprio in ragione

---

<sup>19</sup> Cass., 23 settembre 2019, n. 23611, rel. Dolmetta, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 2001-2003 [«Nei casi in cui si lamenti che un contratto sia concluso in violazione di norme imperative, vi è l'esigenza di verificare che il rimedio negoziale della nullità risulti effettivamente coerente con la finalità di interesse pubblico che la norma imperativa, che venga presa in apposita considerazione, intende specificatamente perseguire»]: una soluzione prudente ed equilibrata.

<sup>20</sup> In motivazione di Cass., 6 settembre 2021, n. 24016.

<sup>21</sup> Ancora da Cass., 6 settembre 2021, n. 24016.

<sup>22</sup> Cass., Sez. Un., 15 marzo 2022, n. 8472, cit.

<sup>23</sup> Cass., Sez. Un., 15 marzo 2022, n. 8472, cit.

della sua gravità<sup>24</sup> (comportando la cancellazione del rapporto contrattuale), criteri che, nel caso dei confidi, non sembrano potersi riscontrare.

La soluzione non persuade.

Bisogna muovere anzitutto da una constatazione: gli artt. 13, commi 3 e 4, e 32 d.l. n. 269/2003 (convertito con l. n. 326/2003) prescrivono, per i confidi minori iscritti all'apposito albo, l'esclusività dell'attività di garanzia collettiva dei fidi a favore dei consorziati, identificata nel suo oggetto come «la prestazione mutualistica e imprenditoriale di garanzie volte a favorirne il finanziamento da parte delle banche e degli altri soggetti operanti nel settore finanziario». Dunque la disposizione limita con chiarezza e forza prescrittiva l'attività espletabile dai confidi, sebbene non sia accompagnata da una previsione testuale di nullità degli atti che stiano fuori dalle attività consentite; ma la *ratio* della limitazione sta proprio nell'evitare la distrazione del patrimonio (o l'indebolimento della garanzia patrimoniale che fa da presidio generico alla totalità dei rischi assunti) che, così decidendo, rischia di rimanere del tutto sprovvista di conseguenze; in altre parole, l'identificazione delle attività consentite (prevalenti, residuali, connesse, strumentali) è funzionale sia alla salvaguardia degli scopi di interesse generale cui i confidi assolvono nel sistema economico che alla più agevole realizzazione dei controlli sulla loro attività da parte degli organi di vigilanza.

L'assenza di una specifica previsione di nullità (per i contratti non compresi tra le attività consentite) è fortemente valorizzata dalle Sezioni Unite, soprattutto in un senso per così dire comparativo: e infatti, richiamando precedenti decisioni in materia di sorte degli atti estranei all'oggetto sociale delle società di assicurazione in forza del

---

<sup>24</sup> Scrivono a questo proposito i giudici di legittimità nella decisione appena citata: «La nullità negoziale deve dunque discendere dalla violazione di norme (tendenzialmente, seppur non necessariamente, proibitive) aventi contenuti sufficientemente specifici, precisi e individuati, non potendosi, in mancanza di tali caratteri, applicare una sanzione, seppur di natura civilistica, tanto grave quale la nullità del rapporto negoziale, neppure evocando astrattamente valori o interessi di ordine generale (come, nella specie, la stabilità e integrità dei mercati), cui possono contrapporsi altri valori e interessi di rango costituzionale, tra i quali quelli alla libertà negoziale e al diritto di iniziativa economica (tutelati anche nella Carta dei diritti fondamentale della UE, art. 16) con i limiti indicati nella Costituzione (articoli 41, commi 1 e 2)».

quale sono validi i singoli atti non assicurativi compiuti<sup>25</sup>, i giudici di legittimità fanno sostanzialmente applicazione del brocardo *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit* sostenendo che quando il legislatore ha voluto sanzionare di nullità il contratto concluso con soggetto non autorizzato lo ha fatto (ad es. con l'art. 167 c. ass.<sup>26</sup>); non avendolo previsto nel caso dell'attività dei confidi, la nullità non può essere comminata. A differenza di quanto deciso, in Cass. n. 384/2018<sup>27</sup>, per l'impresa assicuratrice, nel caso dei confidi non si sostiene che l'atto, per essere valido, debba qualificarsi come strumentale, né che non integri un'attività sistematica, ma sia solo un atto isolato<sup>28</sup>; l'atto è valido e basta perché il ragionamento muove dalla capacità del consorzio (ma è un confidi!) che non sarebbe limitata secondo il diritto comune<sup>29</sup>, trascurando che i confidi, sono, appunto, consorzi speciali,

---

<sup>25</sup> Cass., 10 gennaio 2018, n. 384 [le imprese assicuratrici possono emettere lettere di *patronage* purché gli atti non aventi natura assicurativa non siano sistematici e implicanti l'assunzione di un rischio imprenditoriale indipendente ed estremo rispetto a quello tipico dell'assicuratore].

<sup>26</sup> Art. 167 c. ass.: «1. 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. 2. La 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».

<sup>27</sup> Oltre alla decisione citata nel testo, v. anche Cass., 7 ottobre 2015, n. 20107, per cui «[i]l divieto imposto alle società assicuratrici di limitare il proprio oggetto sociale all'attività assicurativa ed a quelle connesse in base all'art. 5 della l. n. 295 del 1978 (applicabile "ratione temporis") non osta al compimento di singoli atti non aventi natura assicurativa, purché ciò non si traduca in un'attività sistematica implicante l'assunzione di un rischio imprenditoriale indipendente ed estremo rispetto a quello tipico dell'assicuratore, sicché non incorre nel suddetto divieto la prestazione di garanzia da parte di una società assicuratrice in favore di una società controllata, non assicuratrice, trattandosi di atto strumentale alla conservazione del valore della partecipazione azionaria di cui la garante è titolare e, come tale, volto a salvaguardare l'interesse del gruppo societario nel suo insieme».

<sup>28</sup> Le Sezioni Unite si limitano a constatare la «conformità» della propria decisione coi precedenti in materia di imprese assicuratrici, ma senza reiterare, a proposito dell'atto eccedente le attività consentite ai confidi, quei riferimenti al suo carattere isolato e non sistematico pure presenti nella richiamata giurisprudenza a proposito delle imprese assicuratrici.

<sup>29</sup> Scrivono le Sezioni Unite: «[...] tuttavia, tali previsioni limitative delle attività dei confidi non fanno perdere al consorzio la capacità di agire che gli è propria quale società cooperativa e, dunque, la capacità di rilasciare garanzie non dirette a favorire



in relazione ai quali il legislatore ha appunto ritenuto di introdurre specifici limiti di attività, a protezione di interessi generali.

Il che innesca un'ulteriore stortura: l'impresa che svolge, senza autorizzazione, un'attività per cui l'autorizzazione è prevista, compie atti nulli (ma le Sezioni unite, a differenza di quanto accadeva in passato, sembrano comunque ritenere necessaria una nullità testuale anche in questo caso<sup>30</sup>); se si limita, invece, a compiere atti fuori dal novero delle attività consentite dalla legge, l'atto finisce col salvarsi da nullità, laddove isolato e non sistematico (come deciso per le imprese assicuratrici) o sempre e comunque (come parrebbe decidersi per il caso dei confidi). Anche volendo ammettere che, per essere valido, l'atto fuori oggetto debba essere isolato e non sistematico, come si stabilirebbe questo carattere di sporadicità dell'atto non consentito? Si assume un limite numerico, la prima garanzia sempre valida, la seconda anche, e la terza? Sì, no? Che ruolo ha il delta temporale tra i vari atti?

Insomma, grande discrezionalità dell'interprete e grande confusione sotto il cielo, all'insegna di un «è valido se, è valido purché» che quanto a certezza stride parecchio; l'argomento, poi, dell'assenza di una norma che sanzioni espressamente di nullità il contratto concluso<sup>31</sup> dal confidi fuori dall'elenco delle attività appare una vera e propria fuga dell'interprete dalle sue responsabilità, non solo e non tanto perché, comunque, confidi e assicurazioni hanno ruoli e importanza non sovrapponibili, quanto perché, così ragionando, la nullità virtuale *ex art.* 1418, comma 1, c.c. finirebbe con l'essere cancellata, traendo il suo senso, nel disegno del legislatore, proprio dall'assenza di una espressa previsione di nullità (e, anzi, semmai sarebbe stato meglio capire se ci fosse un'affinità di *ratio* tra l'art. 167 c. ass., con la sua nullità testuale, e le disposizioni sulle attività dei confidi, prive di analoga previsione).

Il punto è che manca, nell'argomentare delle Sezioni Unite, un compiuto ragionamento sulla natura degli interessi protetti dalla norma limitatrice o ordinativa dell'attività, interessi che, naturalmente,

---

il finanziamento da parte delle banche e degli altri operatori finanziari; né rileva – ai fini della valutazione della liceità dell'attività negoziale compiuta – che lo stesso Consorzio abbia agito spendendo la propria qualità di confidi».

<sup>30</sup> V. ad es. Cass., 6 aprile 2001, n. 5114, in *Corr. Giur.*, 2001, 1062 ss., sulla nullità del contratto di *swap* concluso da un intermediario non iscritto all'albo previsto dalla legge n. 1/1991.

<sup>31</sup> Cass., Sez. Un., n. 8872/2022 (in partic. par. 6.3, 2° cpv.).

possono atteggiarsi in maniera diversa per ciascuna norma imperativa o proibitiva; individuato l'interesse, occorre capire se la sua protezione sia affidata a rimedi diversi dalla nullità («salvo che la legge disponga altrimenti») o se, invece, sia necessaria (*rectius* proporzionata) proprio la nullità, per quanto non disposta dalla fonte normativa, per garantirne un'adeguata protezione.

Se deve esserci nullità, l'interprete la può modulare in modo da ottenere risultati coerenti con gli interessi protetti dalla norma (nel caso dei confidi, con una legittimazione ristretta, a protezione del contraente incolpevole: nullità virtuale relativa, si può fare<sup>32</sup>!); ma negare in radice la stessa possibilità di una nullità significa, semmai, tradire l'interesse per il quale quel limite è stato previsto, lasciandolo sostanzialmente privo di adeguata, e proporzionata, protezione giuridica (quasi che, in un caso come questo, ci si trovi di fronte a una sorta di contratto illegale ma valido perché o il precetto non è imperativo o, se lo è, è sprovvisto di sanzione per la sua violazione).

Come si è autorevolmente notato, «le sezioni unite peccano di un eccesso di riduzionismo»<sup>33</sup> volendo sostanzialmente «mettere in archivio»<sup>34</sup> la nullità virtuale, anche quando, ragionando diversamente, essa si poteva rivelare come il giusto rimedio; se la preoccupazione era proteggere l'interesse dei terzi in buona fede (e il loro affidamento sulla validità della garanzia prestata dal confidi, se pur eccedente l'attività consentita), la soluzione, come si è notato<sup>35</sup>, era restringerne la legittimazione al solo creditore (e non al confidi<sup>36</sup>) secondo lo schema delle nullità relative di protezione (via percorsa, intelligentemente, dall'ABF<sup>37</sup>), non limitarsi alla sola strada della validità *tout court*.

---

<sup>32</sup> Una strada percorsa dall'ABF (vd. oltre nel testo e nt. 37)

<sup>33</sup> S. PAGLIANTINI, *La fideiussione al pubblico di un confidi minore: perché non una nullità virtuale di protezione?*, cit., 1659.

<sup>34</sup> Ancora S. PAGLIANTINI, *La fideiussione al pubblico di un confidi minore: perché non una nullità virtuale di protezione?*, cit., 1659.

<sup>35</sup> Nuovamente S. PAGLIANTINI, *La fideiussione al pubblico di un confidi minore: perché non una nullità virtuale di protezione?*, cit., 1660.

<sup>36</sup> Nel caso specifico, infatti, fu proprio il fallimento del confidi minore a eccipire la nullità della fideiussione prestata allo scopo di respingere l'istanza di ammissione al passivo del creditore (a suo dire invalidamente) garantito.

<sup>37</sup> In una decisione del Collegio di coordinamento (21 luglio 2016, n. 6683) si sceglie la via della nullità di protezione, argomentando per analogia con l'art. 167, comma 2, c. ass.. Nella decisione si legge, tra l'altro, che: «[...] a una tutela dotata di

#### 4. *Norma imperativa, nullità, giusto rimedio.*

Volendo ipotizzare un esito alternativo, occorre muovere da una corretta valutazione dell'imperatività di una norma; scartati i parametri (i) della natura pubblica o privata dell'interesse<sup>38</sup> e (ii) della inderogabilità o derogabilità della disposizione, occorre ragionare sul valore assiologico dell'interesse protetto (e sulla sua conseguente indisponibilità) e sul modo con cui l'ordinamento decide di accordargli protezione<sup>39</sup>.

Ora, appare del tutto scontato che la formula dell'art. 1418, comma 1, c.c. possa aprire a valutazioni disomogenee, proprio perché il giudice è tenuto a capire se l'assenza di una nullità testuale possa dare luogo, comunque, a una nullità virtuale o, viceversa, la norma imperativa sia

---

maggior grado di effettività può invece giungersi facendo ricorso al canone applicativo della analogia iuris. Non è infatti estranea al nostro ordinamento giuridico l'esistenza di un principio, ormai reputabile come generale, disciplinante la nullità contrattuale, che ne limita l'accertamento ai casi in cui da quest'ultimo non riverberino conseguenze pregiudizievoli nella sfera giuridica del contraente che a quella nullità non ha dato causa. Tale esigenza di particolare tutela ha ispirato l'introduzione nel nostro sistema, a partire dagli novanta dello scorso secolo, delle così dette nullità di protezione [...]. Il rimedio della nullità, infatti, comporta l'accertamento della inefficacia *ab origine* dell'atto viziato, il quale si considera come se non fosse mai stato stipulato, con conseguenze, quali la ripetibilità dei pagamenti eseguiti o l'inesigibilità delle prestazioni pattuite dalle parti, spesso pregiudizievoli per uno dei contraenti, che avrebbe interesse di gran lunga maggiore all'esecuzione del contratto piuttosto che all'accertamento della sua inefficacia *ab origine*». Sulla stessa linea anche ABF, Collegio di Coordinamento, 16 settembre 2016, n. 7958.

<sup>38</sup> Essendo improprio (se non peggio, esprimendo una concezione autoritaristica dello Stato) ritenere che l'interesse pubblico meriti maggiore protezione, anche in termini di nullità, dell'interesse privato: v., su questo, G. PERLINGIERI, *Negozio illecito e negozio illegale. Una incerta distinzione sul piano degli effetti*, Napoli, 2003, 16-18: «Un interesse della collettività o generale o pubblico non prevale su quello individuale semplicemente perché più ampio: più ampio non significa più importante per il diritto, ma soltanto più generale, più astratto [...]».

<sup>39</sup> Scrive M. MANTOVANI, *Fondamento e cause di nullità del contratto*, nel *Trattato sul Contratto*, V. ROPPO (diretto da), *Rimedi*, 1, A. GENTILI (a cura di) Milano, 200642-43: «[p]roprio alla luce delle nullità “nuove” può dirsi allora che non è tanto l'inderogabilità della norma, quanto piuttosto l'indisponibilità dell'interesse da quella protetto, e della relativa tutela, che costituisce indice sicuro della sua imperatività».

presidiata da altri rimedi, diversi dalla nullità<sup>40</sup>; ma senza una giusta ponderazione dell'interesse che la norma mira a proteggere, nella sua dimensione valoriale, la discrezionalità del giudice rischia di sfumare nell'irragionevolezza, specialmente quando tradisce quella finalità sanzionatoria cui pure la nullità è orientata<sup>41</sup>. Non si può sindacare l'«opportunità» della nullità (come sembrano voler fare le Sezioni Unite n. 8472/2022), quando l'interesse protetto fa emergere «elementi di indisponibilità» che chiamano, per così dire, la sanzione invalidante<sup>42</sup>.

Tornando ai due casi da cui si sono prese le mosse, se la legge prescrive un'autorizzazione per l'esercizio di una certa attività o individua un elenco di contratti che un determinato soggetto può concludere, occorre domandarsi se il precetto, per la violazione del quale non è disposta una nullità testuale, è assistito da un rimedio alternativo (alla nullità), nell'ottica assunta dal noto inciso codicistico: «salvo che la legge disponga diversamente» (art. 1418, comma 1, c.c.)<sup>43</sup>; e anche quando si accerti la previsione di un rimedio alternativo, dovrebbe potersi verificare, l'adeguatezza a proteggere l'interesse tutelato dalla norma violata: un compito affidato all'interprete.

Se correttamente la Suprema Corte riconosce (in Cass. 4760/2018) la nullità del contratto stipulato dal banchiere non autorizzato, nel caso del confidi le Sezioni Unite liquidano sbrigativamente il profilo della ricerca di una sanzione alternativa, ritenendo, semplicemente, che

---

<sup>40</sup> Sul punto basta vedere lo studio di G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993 (ivi 58 ss., con riferimento proprio alla violazione di norme autorizzatorie).

<sup>41</sup> Scrive N. IRTI, *La nullità come sanzione civile*, in *Contr. Impr.*, 1987, 541 ss., 544: «[I]a nullità è la tecnica più raffinata e perfetta di controllo sociale».

<sup>42</sup> A. ALBANESE, *op.cit.*, 97: «[...] la imperatività deve essere accertata esclusivamente sulla base di un'indagine di stretto diritto positivo volta a ricercare, nella disciplina dell'interesse tutelato, precisi elementi di indisponibilità, frutto di una scelta certamente discrezionale, ma che in ogni caso è compiuta già dal legislatore. Né è consentito all'interprete alcun sindacato sulla opportunità della nullità nel caso di volta in volta considerato, posto che questa, ai sensi dell'art. 1418, co. 1, c.c., dipende dalla violazione di una norma, che possa dirsi imperativa nel senso appena indicato, indipendentemente da qualsiasi valutazione di adeguatezza della stessa rispetto alle esigenze di tutela dell'interesse leso».

<sup>43</sup> V. su questo M. RABITTI, sub *art. 1418*, in *Dei contratti in generale*, E. NAVARRETTA, A. ORESTANO (a cura di), nel *Commentario del codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, Torino, 2012, 521 ss., in partic. 545-546.

l'attività fosse consentita al confidi minore in quanto consorzio e che, dunque, non vi fosse da ricercare alcun rimedio alternativo (si può fare e basta<sup>44</sup>); ma si tratta di un errore prospettico, perché il confidi è, appunto, un consorzio peculiare, la cui attività è regolata dall'ordinamento diversamente dagli altri consorzi, proprio in ragione della specificità delle sue attività (e della loro valenza di interesse generale) limitate, per questo, a un elenco predeterminato dal legislatore.

Rimane così la sensazione che la norma violata finisca sostanzialmente nell'area dell'irrelevanza, mentre la previsione di una riserva di attività consentite al confidi mira a salvaguardare gli interessi dei creditori e dei garantiti, costruendo una rete di solidarietà per le p.m.i. e offrendo al mercato dei fidi quella stabilità e affidabilità che l'aggregazione può veicolare; non solo, ma proprio l'esistenza di un «sistema di controlli» fa emergere un elemento ulteriore a conferma dell'indisponibilità dell'interesse sotteso al divieto<sup>45</sup>, la cui importanza è, appunto, testimoniata anche dalla predisposizione di un sistema non giudiziale di verifiche.

L'interesse sotteso al divieto, dunque, non è attinente alla «funzione» (per la cui protezione basterebbero sanzioni amministrative delle autorità di vigilanza, che, però, per il confidi minore gode di poteri meno intensi di quelli esercitabili dalla Banca d'Italia sui confidi maggiori), ma riguarda interessi «toccati dal contratto»<sup>46</sup>, in cui è precisamente la nullità il rimedio proporzionato, non esistendone, sostanzialmente, altri.

Sintetizzando, la sopravvivenza del contratto (concluso fuori dall'elenco degli atti consentiti al confidi minore) «confligge con lo

---

<sup>44</sup> Scrivono le Sezioni Unite: «[s]e non vi è nullità del contratto, non serve interrogarsi su quali siano i meccanismi idonei a realizzare gli effetti voluti dal precetto che impropriamente si assume violato e su quali siano i rimedi».

<sup>45</sup> Scrive, a proposito della sorte dei contratti stipulati in difetto di autorizzazione, A. ALBANESE, *op.cit.*, 145 che proprio l'esistenza «di un sistema di controlli e sanzioni svincolati dall'iniziativa delle parti contraenti» conferma il carattere imperativo delle norme che impongono l'autorizzazione per la stipula di determinati contratti.

<sup>46</sup> V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 702 ammette si possa dichiarare la nullità nel caso di «norma che vieta il contratto a chi svolge una certa funzione, ma per salvaguardare interessi toccati dal contratto e non già interessi implicati dalla funzione: qui la nullità è il rimedio proporzionato».

scopo del precetto»<sup>47</sup> al punto da doversi fare ricorso, anche in assenza di previsione testuale, alla nullità virtuale; la nullità qui è «conseguenza dell'effetto che dall'atto discende [...] con una valutazione *a posteriori*, possibile solo quando dell'atto siano stati apprezzati gli effetti su un dato ordine giuridico o economico di mercato»<sup>48</sup>.

Nel caso del confidi minore, la sopravvivenza del contratto, se concluso in violazione dell'elenco di attività consentite, attenta al disegno regolatore dell'ordinamento e all'ordine economico del mercato di riferimento, perché consente un'elusione di regole (di ordine pubblico economico<sup>49</sup>) poste a presidio di un interesse settoriale sì, ma assunto come generale da norme di rango primario e secondario. E infatti le disposizioni attuative della disciplina legislativa sui confidi confermano l'impressione che l'elenco delle attività consentite esprima un vero e proprio divieto (di esercitarne altre) posto a presidio della peculiare natura dei consorzi-confidi di garanzia collettiva, volendosi «realizzare una struttura in grado di dare un concreto apporto al sistema economico, con una corretta allocazione delle risorse a questi destinate»<sup>50</sup>; il D.M. n. 53/2015 conferma (art. 5) che i confidi (minori) iscritti all'elenco «esercitano in via esclusiva l'attività di garanzia collettiva dei fidi e i servizi a essa connessi o strumentali nel rispetto delle riserve di attività previste dalla legge [...]»<sup>51</sup>, formula che, d'altra parte, riproduce, soprattutto nell'avverbio «esclusivamente», il disposto

---

<sup>47</sup> Vd. in tal senso A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, 157-160.

<sup>48</sup> Come scrive A. ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020, 123.

<sup>49</sup> Sul rapporto tra illiceità del contratto e norme di ordine pubblico economico vd. F. DI MARZIO, *op.cit.*, 81 ss. e 166 ss.; l'ordine pubblico, declinato con riferimento al mercato, funziona come «clausola generale fornita di un preciso significato normativo ripetuto dalle scelte fondamentali dell'ordinamento» (ivi, 177).

<sup>50</sup> G.B. BARILLÀ, *op.cit.*, 89.

<sup>51</sup> Con successiva e precisa identificazione dei servizi connessi e strumentali (art. 5, commi 2 e 3, D.M. cit.).

dell'art. 112, comma 1, t.u.b.<sup>52</sup>; una Circolare della Banca d'Italia<sup>53</sup> provvede a individuare, con precisione, attività e contratti consentiti o vietati ai confidi, a salvaguardia della loro funzione di garanti e al fine di orientare l'attività di controllo degli organi di vigilanza.

Probabilmente, in questo caso, il divieto (di realizzazione di attività contrattuali diverse da quelle autorizzate dalla legge e dalle fonti attuative) può ascriversi, aderendo a una classificazione proposta in letteratura<sup>54</sup>, alle ipotesi in cui il contratto, generalmente ammesso, non può essere stipulato da un determinato soggetto, con la conseguenza che la sua stipula, in violazione del divieto, non può che generare nullità (se non, come si è autorevolmente sostenuto, una «impossibilità giuridica dell'oggetto»<sup>55</sup>). Se si fosse colto questo aspetto, il richiamo all'art. 167 c. ass. (che, invece, sanziona di nullità testuale relativa il

---

<sup>52</sup> La formulazione dell'art. 112, comma 1, t.u.b. non lascia adito a dubbi: «I confidi, anche di secondo grado, sono iscritti in un elenco tenuto dall'Organismo previsto dall'articolo 112-bis ed esercitano in via esclusiva l'attività di garanzia collettiva dei fidi e i servizi a essa connessi o strumentali, nel rispetto delle disposizioni dettate dal Ministro dell'economia e delle finanze e delle riserve di attività previste dalla legge». La disposizione contiene un «ordine» imperativo dell'attività dei confidi, basato sulla «esclusività» e sulla «riserva di attività», la cui attuazione è rimessa, ma con previsione di fonte primaria, alla disciplina secondaria di attuazione.

<sup>53</sup> Circolare Banca d'Italia, 3 aprile 2015, n. 288 (ad es. Titolo I, Capitolo 3: (...) i confidi possono assumere partecipazioni in: a) banche, società finanziarie e assicurative in misura non superiore al 20% del capitale della società partecipata; è preclusa la detenzione, anche indiretta di partecipazioni di controllo in tali soggetti; b) società strumentali; c) piccole e medie imprese socie (PMI) nel limite dell'1% dei fondi propri del partecipante o del 3% nel caso di partecipazioni in organismi di categoria. Ai confidi è comunque vietata l'attività di rilascio di garanzie volte alla copertura del rischio d'impresa a favore di persone fisiche o giuridiche che assumano partecipazioni in PMI socie, nonché la stipula di contratti derivati o il possesso di strumenti finanziari che, realizzando la dissociazione tra titolarità formale e proprietà sostanziale di azioni o quote di capitale, comportino per i confidi l'assunzione del rischio economico proprio di un'interessenza partecipativa in PMI socie. Infine, i confidi non utilizzano strumenti finanziari derivati per assumere posizioni speculative (...)). Si può notare una forte connotazione proibitiva, a ulteriore testimonianza che l'attività dei confidi, nell'ottica del controllore, non è libera come quella di qualunque consorzio, come pure sostengono le Sezioni Unite.

<sup>54</sup> G. VILLA, *op.cit.*, 228.

<sup>55</sup> L'idea è di S. PAGLIANTINI, *La fideiussione al pubblico di un confidi minore: perché non una nullità virtuale di protezione?*, cit., 1662-1663 (se l'attività è vietata, il contratto che la realizza è nullo per impossibilità giuridica dell'oggetto).

contratto stipulato dall'assicurazione non autorizzata) poteva giustificare una conclusione diversa considerata l'affinità di *ratio* delle due fattispecie<sup>56</sup> che, contrariamente a quanto ritengono i giudici di legittimità, ne avrebbe potuto giustificare un affiancamento analogico, a ulteriore sostegno dell'invalidità virtuale dell'atto del confidi estraneo alle attività consentite.

Appare poi inconsistente il richiamo, in Cass. n. 8472/2022<sup>57</sup>, alla protezione costituzionale della libertà contrattuale, a sostegno della lettura minimalista dei limiti legislativi alle attività «esclusive» consentite ai confidi: invero la libertà contrattuale, se esercitata fuori dai confini “ordinatori”, definiti dall'ordinamento con precetti prescrittivi, rischia di sconfinare nell'abuso, senz'altro immeritevole, volendo celiare, di protezione costituzionale! Oltre a questo, il senso delle norme imperative è proprio quello di conformare la libertà economica dei privati, enunciando «limiti invalicabili attraverso l'autonomia negoziale»<sup>58</sup>; dunque invocare la libertà per escludere il controllo porterebbe paradossalmente a negare sempre l'operatività della nullità virtuale, con un risultato evidentemente paradossale e logicamente inaccettabile.

Il tramonto delle nullità virtuali (almeno volendo così leggere i segnali di certa recente giurisprudenza, ad es. in materia di mutuo

---

<sup>56</sup> Affinità colta dall'ABF, Collegio di coordinamento, 16 settembre 2016, n. 7958, cit.: si legge, in motivazione, che « (...) pur nella consapevolezza della diversità dello strumento tecnico normativo con cui, nelle due ipotesi (servizi bancari e finanziari, assicurazioni), si giunge alla pronuncia invalidante, trattandosi di nullità virtuale nel primo caso, testuale nel secondo, non sembra potersi negligenza l'identità di *ratio* che, sotto il profilo dell'interesse ad agire, accomuna le due ipotesi, attesa l'esigenza imprescindibile di assicurare una tutela effettiva al contraente, il quale alla nullità non ha dato causa, rispetto alla sua controparte, autrice della violazione della norma imperativa invalidante il negozio concluso».

<sup>57</sup> Nella cui motivazione si legge, a sostegno dell'esclusione della nullità dei contratti conclusi fuori dall'elenco delle attività consentite, che l'invalidità, se riconosciuta, finirebbe con il ledere «altri valori e interessi di rango costituzionale, tra i quali quelli alla libertà negoziale e al diritto di iniziativa economica (tutelati anche nella Carta dei diritti fondamentale della UE, art. 16) con i limiti indicati nella Costituzione (articoli 41, commi 1 e 2)»: Cass., Sez. Un., 15 marzo 2022, n. 8472, cit., par. 6.4.

<sup>58</sup> Così G. BERTI DE MARINIS, *Contratti dei mercati regolamentati: norme imperative e conformazione*, Napoli, 2019, 23 (e, sul più ampio problema delle norme conformative, specie nel contesto economico, ivi, 85 ss.).



fondario<sup>59</sup> o di contratto bancario monofirma<sup>60</sup>) sembra alterare il rapporto tra legislatore e interprete, perché rischia di invertire i rispettivi ruoli: al primo tocca identificare l'interesse protetto o perseguito e al secondo soppesare, nel silenzio della norma<sup>61</sup>, quale sia il rimedio coerente all'interesse, perché proporzionato alla sua intensità o, se si vuole, al suo valore assiologico; ciò in nome di una ripartizione di competenze che vede valorizzato (dall'art. 1418, comma 1, c.c.) il ruolo di un interprete meglio (del legislatore) in grado di cogliere, nell'atto di autonomia, i sintomi di una sua contrarietà a un divieto imperativo, tale da giustificarne la cancellazione per la via della nullità virtuale.

Per conseguire questo risultato, è indispensabile un approccio molto concreto, lontano, se possibile, dai dogmatismi; le Sezioni Unite, nella decisione sui confidi minori, sono incorse nella «scorciatoia del

---

<sup>59</sup> Molto significativa la coeva decisione in materia di superamento del limite di finanziabilità nel mutuo fondiario; anche in quel caso, le Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 16 novembre 2022, n. 33719) escludono la nullità del mutuo concluso in violazione del limite: «[...] il limite di finanziabilità [...] non è elemento essenziale del contenuto del contratto, non trattandosi di norma determinativa del contenuto del contratto o posta a presidio della validità dello stesso, ma di un elemento meramente specificativo o integrativo dell'oggetto del contratto; non integra norma imperativa la disposizione – qual è quella con la quale il legislatore ha demandato all'Autorità di vigilanza sul sistema bancario di fissare il limite di finanziabilità nell'ambito della “vigilanza prudenziale” la cui violazione, se posta a fondamento della nullità (e del travolgimento) del contratto (nella specie, del mutuo ormai erogato cui dovrebbe conseguire anche il venir meno della connessa garanzia ipotecaria), potrebbe condurre al risultato di pregiudicare proprio l'interesse che la norma intendeva proteggere, che è quello alla stabilità patrimoniale della banca e al contenimento dei rischi nella concessione del credito».

<sup>60</sup> Risolta da Cass., Sez. Un., 16 gennaio 2018, n. 898, in *Foro It.*, 2018, I, 928 proprio nel senso della validità del contratto sottoscritto dal solo investitore (e non dalla banca) in ragione della natura funzionale (e relativa) e non strutturale (e assoluta) della nullità prevista per il difetto di forma.

<sup>61</sup> Le decisioni delle Sezioni Unite (sia quella sui confidi sia quella, appena richiamata, sul limite di finanziabilità nel mutuo fondiario), sul piano per così dire sociologico, sembrano esprimere un certo disagio dei giudici che, nel silenzio del legislatore sulla sanzione di nullità, sembrano non avere più la forza, o la voglia, di utilizzare la nullità virtuale; eppure il silenzio del legislatore aveva ed ha proprio il senso di attribuire ai giudici la scelta del giusto rimedio, ragionando sull'interesse protetto e sul caso specifico in modo certamente migliore (o proporzionato o ragionevole) di quanto possa fare il legislatore con norme generali e astratte.

rimedialismo»<sup>62</sup>, escludendo il giusto rimedio (la nullità) in modo irragionevole (e certamente non proporzionato a un divieto sulla cui imperatività non si possono avere dubbi)<sup>63</sup>.

Se il quadro delle nullità virtuali è frammentato, allora, nemmeno quello, più contenuto, del rimedio per le attività non autorizzate pare ancora del tutto razionale.

---

<sup>62</sup> S. PAGLIANTINI, *Sulle nullità. Itinerari di uno studio*, Napoli, 2020, 47.

<sup>63</sup> Può essere curioso notare come, nella decisione delle Sezioni Unite, si sia ribaltata la consueta prospettiva della ragionevolezza, che conduce a suggerire la disapplicazione della nullità quando «tale sanzione risulti sproporzionata e irragionevole rispetto alla *ratio* del divieto» (G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, 86); ribaltare nel senso di disapplicare la nullità nonostante la *ratio* del divieto ne richiedesse l'applicazione! Ne deriva un effetto perverso: la sopravvivenza di un contratto in contrasto con un divieto legislativo chiaramente imperativo.