



Tribunale di Brindisi

Sezione Civile- SETTORE PROCEDURE CONCURSUALI

ORDINANZA DI RINVIO PREGIUDIZIALE ALLA CORTE DI GIUSTIZIA

IL GE

nell'ambito della P.E.I. n. [REDACTED] R.G.E., attivata

DA

[REDACTED], rappresentata e difesa dall'Avv. [REDACTED], come da procura
in atti

-creditrice procedente

CONTRO

[REDACTED],
rappresentati e difesi dagli Avv. [REDACTED] e [REDACTED], come da procura in atti

Debitori

esecutati

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

letti gli atti ed i documenti di causa;
viste le deduzioni delle parti e sciolta la riserva formulata all'udienza del 30 settembre
2024;

OS S E R V A

Per comodità espositiva si fa precedere al testo dell'ordinanza l'indice seguito nella stesura
della stessa:

Indice

1. Il procedimento principale.

1.1. Esposizione succinta del procedimento nonché della fattispecie concreta

**2. Motivi del rinvio pregiudiziale: la compatibilità del complessivo sistema di
disciplina interno in materia di cessioni in blocco di crediti deteriorati, con la
normativa antiriciclaggio, così come con i generali principi di effettività della tutela,
di trasparenza, di buona fede oggettiva con i suoi corollari in punto di obblighi
informativi, specie, per quanto concerne il periodo anteriore all'approvazione del
decreto attuativo della dir. 2167 del 2021.**

2.1. La rilevanza della questione ai fini della definizione del giudizio

**3. Diritto nazionale. Il quadro della normativa nazionale e della giurisprudenza
anteriore al recepimento della direttiva n. 2127 del 2012.**

3.1. Il dato positivo. La cartolarizzazione e la cessione dei crediti deteriorati

-
- 3.1.1. *Le operazioni di cartolarizzazione ex legge n. 130 del 7 aprile 1999*
 - 3.1.2. *La cessione del credito. La species della cessione dei crediti in blocco*
 - 3.1.3. *La qualificazione giuridica ex lege della cessione dei crediti in blocco*
 - 3.2. *Giurisprudenza nazionale in materia*
 - 3.2.1. *La qualificazione giuridica della cessione dei crediti in blocco da parte del diritto vivente. Inesistenza dell'obbligo di iscrizione per il cessionario.*
 - 3.2.2.1. *La distinta ma correlata questione relativa all'esistenza o meno dell'obbligo di iscrizione nel registro degli intermediari ex art. 106 tub, della mandataria alla riscossione (nonché procuratrice), c.d. special service.*
 - 3.3. *La prova della cessione in blocco*
 - 3.3.1. *L'indirizzo semplificatorio e la compatibilità coi principi generali della materia*
 - 3.3.2. *La soluzione preferibile: la prova documentale diretta*
 - 3.3.3. *La tesi mediana della prova presuntiva o indiretta qualificata*
 - 3.4. *Normativa nazionale in materia di riciclaggio e di obbligo di iscrizione*
 - 4. *Conseguenze della mancata iscrizione: difficoltà interpretative e possibili opzioni ermeneutiche*
 - 4.1. *Irrilevanza giuridica del difetto di iscrizione, in quanto mero illecito amministrativo*
 - 4.2. *Inefficacia per difetto di legittimazione attiva*
 - 4.3. *La ricostruzione in termini di nullità virtuale*
 - 4.4. *Anticomunitarietà del contratto di cessione*
 - 5. *Disposizioni di diritto dell'unione europea*
 - 5.1. *Normativa europea in materia di antiriciclaggio*
 - 5.2. *Normativa europea in materia di cessione dei crediti deteriorati*
 - 5.2.1. *Le definizioni di credito deteriorato e la vigilanza prudenziale della BCE*
 - 5.2.2. *La definizione armonizzata di crediti deteriorati*
 - 5.2.3. *Le linee guida della BCE in materia di gestione dei crediti deteriorati*
 - 5.2.4. *La direttiva (UE) 2021/2167 (c.d. Secondary Market Directive o SMD)*
 - 5.3. *La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di effetti diretti verticali e orizzontali del diritto comunitario*
 - 5.3.1. *L'efficacia orizzontale dei principi generali*
 - 5.4. *Il principio di effettività della tutela*
 - 5.5. *Il principio di trasparenza (e di necessaria consapevolezza del consumatore) e il contesto normativo di riferimento*
 - 6. *Sintesi della questione e quesiti posti al vaglio della Corte di Giustizia*

1. Il procedimento principale.

1.1. Esposizione succinta del procedimento nonché della fattispecie concreta

Con decreto ingiuntivo n. [REDACTED] del [REDACTED] la Pretura Circondariale di Brindisi ingiungeva alla società [REDACTED], in persona del legale rappresentante p.t., nonché ai fideiussori sig.ri [REDACTED], di pagare in solido fra loro, in favore di [REDACTED] la complessiva somma di Lire [REDACTED], oltre interessi e spese d'ingiunzione indicati in decreto.

Sulla base del detto titolo, notificato alle parti debentrici il 28.01.1997 e non opposto e, quindi, dichiarato definitivamente esecutivo il [REDACTED], nonché munito di formula esecutiva il [REDACTED], la cedente in data [REDACTED] iscriveva ipoteca giudiziale presso la Conservatoria dei Registri Immobiliari di Brindisi, formalità rinnovata in data [REDACTED] ai n. [REDACTED] RG - [REDACTED] RP fino alla concorrenza di Euro [REDACTED] sugli immobili descritti nell'atto di pignoramento ai punti a), b), c), d) ed e).

La sig.ra [REDACTED] e la sig.ra [REDACTED] risultano le attuali proprietarie degli immobili di cui ai punti a), b), c) e e) dell'atto di pignoramento.

Stante l'inadempimento dei soggetti ingiunti e sulla base del predetto titolo esecutivo veniva notificato in data 17.7.2023 a [REDACTED] e in data 21.7.2023 e 28.7.2023 ad [REDACTED], atto di precetto per il pagamento della somma di Euro [REDACTED] quale residuo derivante dal decreto ingiuntivo n. [REDACTED] del [REDACTED] emesso dalla Pretura Circondariale di Brindisi, oltre interessi di mora maturati e maturandi ai tassi contrattualmente pattuiti dal giorno [REDACTED] sino al saldo, oltre il 15% sui compensi per spese generali, IVA e CPA, oltre alle spese di notifica e alle successive occorrenze, con intimazione a pagare la suddetta somma entro il termine di dieci giorni.

L'intimazione rimaneva priva di seguito e, pertanto, l'[REDACTED] - asserendo di essere divenuta, frattanto, a seguito di varie cessioni che si sono susseguite nel tempo la titolare del credito - chiedeva l'espropriazione degli immobili di cui al pignoramento, nei confronti delle debentrici signore [REDACTED] e [REDACTED].

Tanto premesso, dalla relazione sulla verifica cessioni in blocco e clausole vessatorie disposta da questo G.E., si evince quanto segue.

Sino all'atto di pignoramento *de quo*, promosso da [REDACTED] nei confronti delle debentrici si sarebbero susseguite una serie di cessioni:

1. in data 25.05.2005 [REDACTED] banca comunitaria, con sede legale in [REDACTED] per il tramite della sua filiale sita in [REDACTED] alla [REDACTED], sarebbe divenuta titolare di un portafoglio di crediti identificabili in blocco ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 58 del decreto legislativo n. 385 in data 1 settembre 1993 (T.U.B.), crediti di cui sarebbero stati originari creditori [REDACTED], [REDACTED] e [REDACTED], come da pubblicazione in Gazzetta ufficiale della Repubblica Italiana n. [REDACTED] del [REDACTED];

2. sempre in data 25.05.2005 [REDACTED], sarebbe divenuta titolare del portafoglio di crediti [REDACTED], ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 58 T.U.B. ed agli artt. 1

e 4 della legge n.130 del 30 aprile 1999 ("legge sulla cartolarizzazione"), come da pubblicazione in Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. ■ del ■ che ■ avrebbe acquistato *pro soluto*, ai sensi dell'art. 58 del D.Lgs. n. 385/1993 ("Testo Unico Bancario"), in forza di un contratto di cessione di crediti pecuniari individuabili in blocco sottoscritto in data ■ con ■ (allegato 2a e 2b);

3. successivamente, con ulteriore contratto di cessione di rapporti giuridici individuabili in blocco, stipulato in data 16.04.2020 ai sensi dell'art. 58 del D. Lgs. n. 385/1993, pubblicato in Gazzetta Ufficiale Repubblica Italiana Foglio Inserzioni n. ■ del ■, la ■ avrebbe ceduto alla ■, con efficacia economica a decorrere dal ■ tutti i crediti di cui la stessa era titolare alla medesima data del ■;

4. ■, in data 01 marzo 2021, avrebbe concluso con la ■ un contratto di cessione di crediti pecuniari, in virtù del quale la Società ■ avrebbe acquistato *pro soluto* dal Cedente un portafoglio di crediti di ■, tra cui quello vantato nei confronti del nominativo in oggetto; detta cessione è stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana del ■, n. ■, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1 e 4 e 7.1 della Legge n. 130 del 30.04.1999 "Legge sulla cartolarizzazione" (all. 4a e 4b);

Successivamente, in forza di un contratto di cessione di crediti pecuniari concluso in data ■ con effetti giuridici dal ■, ai sensi dell'articolo 58 del T.U. Bancario, ■, avrebbe ceduto *pro soluto* a ■, un portafoglio di crediti pecuniari individuabili in blocco ai sensi dell'articolo 58 del T.U. Bancario, ed identificati con quelli che sarebbero stati ceduti a titolo oneroso, *pro soluto* e in blocco da ■ (allegati 5a e 5b).

Ciò premesso, in atti, sono presenti i contratti di cessione con le relative liste di crediti oggetto delle cessioni, in forma scritta ma non in quella dell'atto pubblico né in quella della scrittura privata autenticata e, comunque, sprovviste di data certa.

Gli avvisi di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale sono stati indicati nell'atto di pignoramento.

Dunque, nella fattispecie concreta, perfezionatasi nella vigenza della disciplina interna anteriore al recepimento della dir. 2167 del 2021, si è avuta una pluralità di vicende circolatorie, peraltro tra soggetti, non tutti iscritti nell'albo vigilato dalla Banca D'Italia; l'iscrizione al quale presuppone la dotazione di una specifica organizzazione interna con finalità di prevenzione della disciplina antiriciclaggio.

Dunque, tali vicende giuridiche sono destinate a rimanere «opache» per molteplici aspetti fra cui anche quello relativo all'effettiva traslazione della posizione creditoria azionata.

Nessuna delle cessionarie ha recato con sé la prova documentale e diretta, nelle forme dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata, dell'avvenuta cessione in proprio favore non consentendo al consumatore il controllo della reale titolarità dell'attuale creditore precedente, né vi è certezza della liceità della provenienza della provvista resisi necessaria per tali plurimi acquisti in successione.

A seguito di scioglimento della riserva assunta in data 2 luglio 2024, si richiedeva alle cessionarie la prova documentale nell'avvenuta iscrizione nell'albo ex art. 106 Tub.

Nondimeno, a seguito della produzione documentale delle parti, in occasione dell'odierna udienza del 21.10. 2024, si verificava che non risultavano iscritte né:

1. [REDACTED] dalla cui visura storica emerge, comunque l'attività di riscossione dei crediti ceduti e servizi di cassa e pagamento ai sensi della L. n. 130/1999 in materia di cartolarizzazione dei crediti (doc. 22, in atti);

2. [REDACTED] che ha iniziato l'attività di intermediazione finanziaria dal 20.6.2001 come si evince a pag. 37 della visura CCIAA (doc 23, in atti);

3. [REDACTED] dedita, comunque, all'attività di intermediazione finanziaria come desumibile dalla visura (doc. 25, in atti).

Per contro, risultavano provviste di iscrizione solo:

1. [REDACTED], che ha iniziato l'attività dal 14.11.2022 come da estratto della Banca D'Italia e dalla visura CCIAA aggiornata (doc.23 – link Giava Inquiry (bancaditalia.it));

2. [REDACTED] è iscritta nell'Albo degli intermediari Finanziari dal 14.11.2022, come da estratto dal sito di Banca D'Italia (link Giava Inquiry (bancaditalia.it)).

2. Motivi del rinvio pregiudiziale: la compatibilità del complessivo sistema di disciplina interno in materia di cessioni in blocco di crediti deteriorati, con la normativa antiriciclaggio, così come con i generali principi di effettività della tutela, di trasparenza, di buona fede oggettiva con i suoi corollari in punto di obblighi informativi, specie, per quanto concerne il periodo anteriore all'approvazione del decreto attuativo della dir. 2167 del 2021. La sua rilevanza ai fini della definizione del giudizio

Dunque, a fronte della peculiare articolazione della vicenda circolatoria, vengono in rilievo plurimi contratti di cessione (in blocco) della stessa posizione creditoria e, dunque, diversi negozi traslativi, tra loro concatenati, temporalmente e logicamente, perché costituenti l'uno il presupposto dell'altro.

Per contro, diversamente da quanto si verifica, di norma, in tale ipotesi, non risulta conferito l'incarico della riscossione del credito ad altro soggetto, organizzato in forma societaria¹.

Orbene, la presente fattispecie deve essere vagliata alla luce della disciplina interna che, secondo l'attuale diritto vivente:

1. non prescrive per le società che si rendano cessionarie dei crediti in blocco l'iscrizione nel registro ex art. 106 Tub e, dunque, esonera, di fatto, dal rispetto della normativa antiriciclaggio prescritta per i soggetti iscritti e dall'adozione dei presidi organizzativi interni che preludono alla stessa iscrizione, nonché dalla vigilanza della Banca

¹ Incarico, di norma, assistito da una procura *ad hoc*, dalla portata più o meno generale, ma ricomprensiva del potere di incasso delle somme e preordinato, per l'appunto, alla riscossione (stragiudiziale e, eventualmente, in via esecutiva).

d'Italia. Per come si avrà modo di precisare nel **par. 3.1.3.**, infatti, l'art. 106 Testo unico bancario prevede che *"1. L'esercizio nei confronti del pubblico dell'attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma è riservato agli intermediari finanziari autorizzati, iscritti in un apposito albo tenuto dalla Banca d'Italia"*. E poiché l'attività di cessione non è considerata, dal diritto vivente, quale attività di finanziamento, i protagonisti della cessione non devono essere iscritti nel suddetto albo;

2. non prevede, per i contratti di cessione, alcun obbligo di forma scritta nelle forme dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata, o, comunque, modalità di confezionamento idonee a assicurarne la data certa. Ciò, per quanto esista un orientamento, non maggioritario, della S.C. che sposa, comprensibilmente, la tesi dell'obbligatorietà della prova della forma scritta (non qualificata).

A modesto avviso di questo remittente, tale microsistema di disciplina, pur a fronte delle plurime disposizioni comunitarie e nazionali e delle correlate forme rimediali, rivela la sua inadeguatezza a fronteggiare i fenomeni di riciclaggio del denaro di provenienza illecita.

Deve, infatti, considerarsi l'attuale contesto socio-economico italiano, connotato, non solo da pesanti infiltrazioni criminali nei gangli dell'economia, ma anche da fenomeni di globalizzazione, difficilmente governabili, che vede, spesso, come nella presente fattispecie, il proliferare non solo delle cessioni per le medesime ragioni di credito, ma anche la costituzione di sempre nuovi soggetti, con il conseguente ingenerarsi di un vero e proprio <<ginepraio>> inestricabile.

Ciò, per l'appunto, in assenza della soggezione, di tutte le cessionarie, alle norme conformative dell'organizzazione interna e alle prescrizioni rese in sede di vigilanza dalla Banca d'Italia.

Prescrizioni che operano, allo stato, solo per quanto concerne i soggetti iscritti nell'albo ex art. 106 degli intermediari finanziari.

In particolare, all'interprete interno s'impone la soluzione della questione relativa alla compatibilità del sistema di disciplina interno in materia di cessioni in blocco di crediti deteriorati, con la normativa antiriciclaggio di fonte comunitaria, così come con i generali principi di effettività della tutela, di trasparenza, di buona fede oggettiva con i suoi corollari in punto di obblighi informativi, specie, per quanto concerne il periodo anteriore all'approvazione del decreto attuativo della dir. 2167 del 2021.

A tal riguardo, come precisato nel **par. sub. 3.1.3.**, la normativa secondaria, di fonte ministeriale, non considera attività di intermediazione finanziaria la cessione di crediti che avvenga da parte di soggetti vigilati e, dunque, soggetti all'applicazione della disciplina antiriciclaggio; ciò, però, al ricorrere delle tassative condizioni preiste dalla norma regolamentare.

In tale ipotesi, esorbitando la cessione dall'attività di intermediazione finanziaria, non opera il correlato obbligo di iscrizione.

Il problema si pone, invece, quando la negoziazione avvenga totalmente al di fuori di tali schemi garantistici e, dunque, in difetto dell'ombrello protettivo della Banca d'Italia, ovvero

quando i crediti siano ceduti da un soggetto giuridico ad un altro, entrambi sprovvisti della suddetta iscrizione.

Non è, cioè, tanto il segmento iniziale dalla catena di transazioni economiche a suscitare perplessità, in quanto le società di cartolarizzazione sono, di norma, iscritte nell'albo ex art. 106 Tub (con conseguente operare degli obblighi antiriciclaggio) ma gli anelli successivi della stessa, la cui estensione numerica è, in astratto, incontrollata e, spesso, in concreto, difficilmente governabile.

Controverso risulta, peraltro, il profilo dell'eventuale compatibilità con l'ordinamento eurounitario non solo della disciplina interna, ma anche del suddetto contratto (di cessione) che - se posto in essere fra soggetti non iscritti e, quindi, non vigilati, né conformati a livello organizzativo - risulta porsi in contrasto con la disciplina comunitaria in materia di riciclaggio, neutralizzandone il c.d. effetto utile (**v. parag. 4.4.**).

Peraltro, la problematica *de qua* non può non essere analizzata anche alla luce della soluzione interpretativa prescelta dalla Suprema Corte² che ha ritenuto di escludere l'attività di cessione dei crediti deteriorati dal novero dell'attività finanziaria, con conseguente esenzione dall'obbligo di iscrizione nell'albo ex art. 106 Tub e dai correlati controlli antiriciclaggio, affidati alla Banca D'Italia.

S'intenda bene: questo Giudice non vuole in alcun modo insinuare che le cessioni nella fattispecie concreta celino fenomeni di riciclaggio, ma si vuole evidenziare il reale rischio che ciò possa accadere.

Invero, il timore di un uso abusivo, a fini di riciclaggio, ha trovato l'avallo anche del Ministero dell'interno italiano, quale dicastero, come noto, deputato alla garanzia dell'ordine pubblico e della sicurezza.

Come riportato dalle pagine di alcuni primari quotidiani economici, «la criminalità si inserisce nei mercati di Npl e compra questi crediti deteriorati sia per speculazioni finanziarie ma anche per impossessarsi delle attività economiche. Ci sono patrimoni che costituiscono asset particolarmente appetibili (ad esempio centri commerciali, villaggi turistici) sia per gli operatori economici "normali" che per la criminalità organizzata».

E le azioni di contrasto risultano essere molto difficili. Ciò in quanto «Gli acquisiti sono effettuati soprattutto da fondi stranieri, partecipati a loro volta da altri fondi. Un contesto in cui le organizzazioni criminali possono inserirsi tramite prestanome o società di copertura. La cooperazione internazionale è quindi fondamentale. Per questo abbiamo costituito un gruppo di lavoro europeo (con anche il Regno unito) composto dai vertici delle Forze di polizia».

Da ciò il ragionevole dubbio del conflitto di tale esponenziale fenomeno giuridico con la normativa comunitaria in materia di contrasto delle multiformi prassi volte a occultare la provenienza criminosa dei capitali.

Ciò premesso, laddove l'ill.ma Corte di Giustizia ritenesse che, invece, l'attività di cessione costituisca attività finanziaria con conseguente obbligo di iscrizione di ogni cessionario, si

² V. Cass. 18 marzo 2024, n. 7243; Cass. 17 maggio 2024, resa in sede di rinvio ex art. 363bis c.p.c.

porrebbe la risoluzione della (correlata) questione di diritto relativa alle conseguenze dell'omessa iscrizione del cessionario dei crediti in blocco.

Conseguenze che non possono non essere vagliate alla stregua del principio di effettività della tutela, quale limite dell'autonomia degli Stati nella tutela delle posizioni di rilievo comunitario, con la conseguente necessità di selezionare quella fra le opzioni esegetiche maggiormente idonea ad assicurare tale principio.

La suddetta questione non pare agevole, attesa la difficoltà di rinvenire un'interpretazione univoca, nella giurisprudenza ma anche in dottrina, specie, in relazione all'apparato rimediabile prefigurabile a fronte di una cessione in favore di soggetti non legittimati.

A tal riguardo, la *vexata quaestio* inerisce al rilievo solo amministrativo o anche in termini invalidatori della sostanziale violazione o, meglio, elusione della disciplina antiriciclaggio.

Invero, secondo il predetto decreto della S. C. del maggio dell'anno corrente, l'omessa iscrizione nel medesimo albo potrebbe rilevare sul diverso piano del rapporto con l'autorità di vigilanza o per eventuali profili penalistici.

Esiste, però, anche chi, in via interpretativa, si è espresso in favore di una tutela di tipo <<reale>> e, in particolare, invalidatorio.

Si ricorre al termine elusione, e non violazione, in quanto, a modesto avviso del remittente, un contratto di cessione in blocco che intervenga, specie, fra due soggetti non iscritti nell'albo degli intermediari finanziari iscritti nell'albo ex art. 106 Tub non si pone in diretto contrasto con la normativa antiriciclaggio, in quanto i soggetti non iscritti (ma che dovrebbero esserlo, svolgendo, per le ragioni che si esporranno, attività d'intermediazione finanziaria) non sono tenuti ad adottare i presidi imposti ai fini del contrasto di tale piaga sociale e economica.

Nondimeno, lo stesso negozio traslativo si presta ad assicurarne l'elusione della predetta normativa, consentendo che il flusso di denaro avvenga in difetto di qualunque controllo diretto della Banca d'Italia o indiretto, perché rimesso alle suddette misure organizzative interne, conformative dell'assetto societario dei soggetti iscritti all'albo ex art. 106 Tub.

D'altronde, come evidenziato in premessa, quelli di cessione dei crediti (anche se in blocco) non sono contratti per i quali sia prescritta la prova *ad probationem*, né tanto meno *ad substantiam*. Ciò, per quanto, nell'ambito dell'ordinamento italiano, esistano limiti precisi alla prova indiretta (testimoniale e presuntiva).

Né, a fortiori, per essi, è richiesta la forma dell'atto pubblico che garantirebbe l'applicazione della normativa antiriciclaggio in sede di formazione del rogito notarile.

Peraltro, come evidenziato nel **par. n. 6.1.6**, non è in grado di assicurare un monitoraggio relativo all'osservanza della normativa comunitaria antiriciclaggio neppure la recente istituzione dell'elenco delle società di cartolarizzazione, tenuto dalla Banca d'Italia, perché avente finalità eminentemente statistiche (v. Provvedimento Banca d'Italia 12 dicembre 2023).

Orbene, potrà essere l'Ill. Corte, a tal riguardo, a precisare quale delle forme rimediali, sintetizzate, sia maggiormente conforme al principio di effettività della tutela delle posizioni di rilievo comunitario.

2.1. La rilevanza della questione ai fini della definizione del giudizio

Ciò premesso, sotto il profilo della rilevanza nel caso di specie della questione, sottoposta alla Corte, come già rilevato, è risultato che le società interessate dalle descritte vicende circolatorie non sono, per la maggior parte, iscritte all'albo ex art. 106 Tub, con conseguente non soggezione agli specifici obblighi antiriciclaggio, la cui osservanza, come già evidenziato, costituisce un obbligo da assolvere ai fini dell'iscrizione nell'elenco stesso.

Ove la Corte ritenesse fondata la questione prospettata, ovvero l'anticomunitarietà del complessivo sistema di disciplina, e, dunque, dovesse ritenere che l'attività di cessione dei crediti deteriorati costituisca, ontologicamente, attività finanziaria, con conseguente operatività dell'obbligo di iscrizione per qualunque soggetto coinvolto nella cessione dei crediti di deteriorati, le plurime cessioni, oggetto della fattispecie concreta, potrebbero considerarsi (in tutto o in parte) invalide o, in alternativa, inopponibili.

Dunque, il titolo esecutivo, azionato nel caso di specie, dovrebbe considerarsi *uti non esset* e, dunque, assente con conseguente chiusura, allo stato della documentazione in atti, della procedura esecutiva.

Infatti, l'eventuale invalidità del singolo anello della catena traslativa sarebbe idonea ad incidere, per il principio della c.d. nullità derivata, sulla validità del titolo posto in esecuzione (che, peraltro, è un titolo c.d. complesso, perché derivante dall'originario credito e dalle successive vicende traslative).

Peraltro, non constano dalla documentazione in atti, elementi fattuali idonei a sostenere che gli esecutati che hanno prestato fideiussione in favore di una società, siano stati anche compartecipi della gestione societaria, acquistando la veste di imprenditori. Ciò, fatta eccezione per Rizzo Cosimo, che, peraltro, figura quale socio accomandatario, avendo prestato consenso a che il suo nominativo concorresse alla formazione della sigla sociale.

Dunque, gli stessi devono ritenersi godere dello *status* di consumatori.

3. Diritto nazionale. Il quadro della normativa nazionale e della giurisprudenza anteriori al recepimento della direttiva n. 2127 del 2012.

3.1. Il dato positivo. La cartolarizzazione e la cessione dei crediti deteriorati

La complessità del fenomeno della cartolarizzazione e della cessione dei crediti deteriorati così come la sua tecnicità impongono una succinta ricostruzione del quadro regolatorio del fenomeno della cartolarizzazione.

3.1.1. Le operazioni di cartolarizzazione ex legge n. 130 del 7 aprile 1999

Spesso la cessione dei crediti si innesta nell'ambito di un contesto giuridico più ampio che è quello della cartolarizzazione, dovendosi intendere per tale «la tecnica di tramutare i crediti ceduti in blocco in titoli negoziabili sui mercati mobiliari, i quali attribuiscono ai detentori diritti sul montante di crediti oggetto dell'operazione».

Altre volte, la negoziazione cumulativa dei crediti prescinde dalla connessione con tale fenomeno giuridico, oggetto di normazione puntuale e organica e si svolge autonomamente dallo stesso e, quindi, dalle sue regole speciali così come dalle garanzie ad esse sottese,

dovendosi, in tal caso, confrontare con qualche regola dettata *ad hoc*, come l'art. 41 Tub, così come con il generale quadro sistemico e i suoi principi conformativi.

Ciò, per quanto concerne il quadro normativo anteriore al recepimento della direttiva n. 2127/2021/2167, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 novembre 2021, relativa ai gestori di crediti e agli acquirenti di crediti e che modifica le direttive 2008/48/CE e 2014/17/UE, avvenuta proprio di recente con il DECRETO LEGISLATIVO 30 luglio 2024, n. 116, entrato in vigore il 13-8-2024.

A sommo avviso di questo remittente, tale provvedimento normativo ha dato, in genere, alla fattispecie della cessione in blocco dei crediti deteriorati, una disciplina più completa, fugando (per il futuro, anche se non in modo assoluto) gli esponendi dubbi di anticomunitarietà del sistema ordinamentale.

Dunque, con riguardo alla c.d. cessione (derivante) da cartolarizzazione, la cessione in blocco può essere preceduta o seguita dall'offerta al mercato degli investitori dei titoli di debito emessi da uno specifico società-veicolo, che abbia proceduto all'acquisto di detti crediti.

Le risorse finanziarie, introitate a seguito di tale sollecitazione del mercato, vengono finalizzate al pagamento del corrispettivo dei crediti ceduti³.

Invero, la disciplina interna prefigura un solo modello di cartolarizzazione, quello, cioè, realizzata per il tramite di una cessione di crediti a favore di una società – c.d. veicolo di diritto speciale.

Invero, a fronte di una regolamentazione «minimale», ovvero che investe i soli profili essenziali, deve ritenersi che, in materia, il legislatore abbia voluto riconoscere ampi margini operativi per il libero dispiegarsi dell'autonomia privata.

Per quanto concerne i suddetti profili contenutistici della normativa, costituenti lo «statuto legale» della cartolarizzazione, devono menzionarsi:

- la possibilità che essa si ricolleggi, funzionalmente, alla cessione a titolo oneroso di crediti pecuniari, sia esistenti sia futuri, anche individuabili in blocco;
- la necessità che il cessionario sia una società di cui all'articolo 3, e, quindi, una società il cui oggetto esclusivo sia rappresentato dalla realizzazione di una o più operazioni di cartolarizzazione;
- l'emissione di titoli da parte della cessionaria (o da altra società di cartolarizzazione) prodromici all'acquisizione dei diritti di credito oggetto di cessione;
- l'incarico conferito ad un soggetto specializzato (c.d. *servicer*) dell'attività di materiale riscossione dei crediti e di gestione dei flussi di cassa.

Sul piano degli effetti giuridici, l'esito dell'operazione è rappresentato dal fatto che le somme corrisposte dal debitore o dai debitori ceduti sono destinate, in via esclusiva, dalla società cessionaria, al soddisfacimento dei diritti incorporati nei titoli emessi dalla stessa o da altra società, al fine di finanziare l'acquisto di tali crediti, nonché al pagamento dei costi dell'operazione.

³ Ciò in applicazione della tecnica finanziaria della *securitisation*, che si può attuare secondo diverse modalità alternative tra cui, per l'appunto, la c.d. cartolarizzazione.

Per quanto concerne tale profilo, l'art. 3, comma 2 della legge n. 130 configura il portafoglio dei crediti acquistati dalla società per la cartolarizzazione (Special Purpose Vehicle) quale vero e proprio patrimonio separato sia in relazione a quello proprio della stessa società (SPV) sia a quelli cui abbiano, per ipotesi, dato origine altre e distinte operazioni di cartolarizzazione realizzate dallo stesso veicolo.

Quale conseguenza della condizione di separatezza patrimoniale non sono ammesse azioni ad opera di creditori diversi dai portatori dei titoli emessi per finanziare l'acquisto dei crediti (art. 3, comma 2 della legge n. 130)⁴.

Sotto il profilo della meritevolezza della causa, l'operazione economica *de qua* e' idonea ad assicurare il bisogno di liquidità del cedente, che consegue l'equivalente monetario di un portafoglio crediti, per quanto in una percentuale minore rispetto al valore nominale dei crediti. Differenza destinata ad essere compensata da una apprezzabile contrazione dei tempi di soddisfo.

I soggetti che, mediante l'interposizione della società veicolo, finanziano l'*originator*, accettano, quale garanzia del rimborso e del pagamento degli interessi, i flussi di cassa che derivano dall'incasso dei crediti ricompresi nel portafoglio ceduto.

Oltre alla funzione di finanziamento, la cartolarizzazione risulta caratterizzata dalla destinazione esclusiva, a vantaggio dei portatori dei titoli, delle somme pagate dai debitori ceduti. Tale effetto viene conseguito in virtù della separazione del portafoglio crediti ceduto dal patrimonio del cedente e il ricorso all'emissione dei titoli obbligazionari.

Come evidenziato da autorevole dottrina «la cessione dei crediti e l'emissione dei titoli sono caratterizzate da un collegamento negoziale, che, alla stregua della configurazione normativa dell'operazione di cartolarizzazione, assume un carattere legale».

Tale collegamento fra cessione dei crediti ed emissione di titoli viene assicurato dalla previsione, quale clausola del negozio di cessione, di una condizione di natura sospensiva, se connessa al compimento del collocamento dei titoli, o risolutiva, se connessa al mancato collocamento.

In altri termini, nel primo caso gli effetti della cessione dei crediti si verificheranno solo quando si sarà definitivamente realizzato il buon esito del collocamento di titoli; nel secondo caso i crediti sono trasferiti immediatamente al cessionario, con la possibilità di una caducazione dell'effetto traslativo nell'ipotesi in cui non si perfezioni il collocamento dei titoli.

L'art. 2 L. 130/1999 prevede però che, in presenza di credito cartolarizzato, l'attività di c.d. *servicing*, finalizzata al recupero, debba essere svolta solo dalle società vigilate, iscritte all'albo di cui all'art. 106 TUB, preventivamente indicate nell'avviso di cessione pubblicato in G.U. e corrispondenti quindi alle società indicate nei singoli prospetti informativi afferenti ai titoli collocati sul mercato.

⁴ La separazione patrimoniale in funzione della detta destinazione vincolata dei flussi finanziari è rafforzata dalla disciplina in tema di revocatoria fallimentare, mediante la quale il legislatore ha inteso sottrarre i pagamenti riguardanti i crediti ceduti, ai rischi connessi alle possibili crisi di impresa che possono investire i debitori ceduti.

La legge, quindi, riserva esplicitamente a banche ed intermediari finanziari iscritti all'albo ex art. 106 TUB la riscossione dei crediti ceduti e i servizi di cassa e pagamento (art. 2, comma 3), nonché le verifiche di conformità delle operazioni alla legge e ai prospetti informativi (art. 2, comma 6 bis), con uno sdoppiamento tra il soggetto titolare del credito e quello incaricato del recupero.

Al *servicer* fanno pertanto capo sia compiti di natura operativa, sia funzioni di "garanzia" nei confronti del mercato circa il corretto espletamento delle operazioni di cartolarizzazione nell'interesse dei portatori dei titoli e del mercato.

Il legislatore ha preteso che tali precipui e delicati compiti vengano effettuati da soggetti dotati di determinati requisiti di professionalità, diversi dalla stessa società veicolo.

Gli intermediari finanziari iscritti nell'albo ex art. 106 TUB sono infatti sottoposti ad un regime di vigilanza prudenziale equivalente a quello delle banche, finalizzato a perseguire obiettivi di stabilità finanziaria e di salvaguardia della sana e prudente gestione.

E' notorio come nell'ambito delle operazioni di cartolarizzazione si sia diffusa la prassi di esternalizzare l'attività di recupero a società non vigilate, titolari della licenza prevista dall'art. 115 TULPS, ma non iscritte all'albo di cui all'art. 106 TUB, attraverso una sub-delega del cd. *master servicer* nei confronti dello *special servicer*.

La Banca d'Italia, nella comunicazione "*Servicers in operazioni di cartolarizzazione. Profili di rischio e linee di vigilanza*" ha evidenziato i rischi di tale prassi, ove non sottoposta a stringenti limiti e a forme di controllo da parte del soggetto vigilato, in quanto potenzialmente elusiva dei presidi posti dal legislatore a tutela di interessi pubblici. Tale autorità di vigilanza ha infatti rilevato che "*a fronte di una cornice normativa fondata sulla centralità del servicer quale soggetto sottoposto a vigilanza prudenziale, si sono affermate prassi caratterizzate da una netta distinzione tra il cd. "master servicer", soggetto vigilato responsabile dei soli compiti di garanzia, non delegabili, previsti dalla legge n. 130/99 e lo "special servicer", operatore incaricato delle attività di recupero, titolare di licenza ex art. 115 TULPS ma non vigilato da questo Istituto. L'affidamento allo "special" dell'incarico di recupero avviene sovente mediante schemi contrattuali complessi, che ruotano intorno alla figura dell'investitore (anche nella scelta dello special stesso) e relegano su un piano meramente formale il ruolo del servicer vigilato, con incertezze nell'individuazione del perimetro delle responsabilità, nell'ambito della gestione del portafoglio soprattutto nelle ipotesi di underperformance dei recuperi. Ne è conseguita opacità nella individuazione dei soggetti effettivamente coinvolti nelle attività di recupero dei crediti e limitazioni ai poteri dell'Organo di vigilanza, a fronte di un impianto normativo che invece, attraverso il presidio sull'esternalizzazione di funzioni operative importanti (FOI), mira ad assicurare che i servicers siano in grado di monitorare e gestire i rischi connessi alle attività affidate a soggetti terzi, rimanendone responsabili. Dal punto di vista organizzativo, gli assetti dei servicers vigilati sono risultati non sempre adeguati all'accresciuta complessità operativa, con conseguente esposizione degli intermediari a rischi di natura operativa e reputazionale. Sono state spesso riscontrate carenze nei sistemi di controllo e nel presidio dei rischi operativi, oltre che debolezze nella gestione dei rapporti con gli special servicers, sia in sede di valutazione*

iniziale dei soggetti incaricati, sia nel monitoraggio nel continuo delle relative performance di recupero. (...) Si sottolinea, pertanto, la necessità che i servicers si adoperino fin da subito per assicurare assetti organizzativi e di controllo coerenti con il ruolo assegnatogli dal legislatore, promuovendo un modello di attività che garantisca una partecipazione consapevole e continua a tutte le dinamiche afferenti la gestione dei crediti cartolarizzati, ad esempio attivandosi prontamente nei confronti degli special servicers in presenza di situazioni di anomalia e di andamenti negativi nei flussi di recupero rispetto alle previsioni dei business plan. Gli Organi aziendali del servicer dovranno farsi promotori attivi di una rinnovata e rafforzata percezione del ruolo e delle responsabilità dell'azienda, assicurando un adeguato grado di enforcement a tutti i livelli dell'organizzazione coinvolti nel monitoraggio delle operazioni di cartolarizzazioni gestite e nel presidio dei rischi sottesi".

E', pertanto, incontrovertibile che talune attività possano essere esternalizzate, entro certi limiti, da parte del Master Servicer (iscritto all'albo di cui all'art. 106 TUB) a società non iscritte, ma sempre sotto il controllo del primo.

3.1.2. La cessione del credito. La species della cessione dei crediti in blocco

La cessione dei crediti in blocco rappresenta una species della cessione del credito.

L'art. 1260 c.c. prevede che "il creditore può trasferire a titolo oneroso o gratuito il suo credito, anche senza il consenso del debitore, purché il credito non abbia carattere strettamente personale o il trasferimento non sia vietato dalla legge".

In virtù dell'art. 1264 c. c. "La cessione ha effetto nei confronti del debitore ceduto quando questi l'ha accettata o quando gli è stata notificata".

Orbene, come noto, nell'ordinamento interno, tal ultima è un negozio consensuale a effetti reali, perché idoneo a traslare, immediatamente, la posizione creditoria che ne sia oggetto⁵.

Per contro, guardando allo schema tipico, quale delineato dal Codice del 1942, la notifica al debitore ceduto, il cui onere incombe sul cessionario, assolve alla più limitata finalità di rendere la vicenda traslativa, opponibile al debitore ceduto, disciplinando l'eventuale conflitto tra una pluralità di cessionari.

Nondimeno, proprio in conseguenza dei limiti contraddistintivi della disciplina codicistica, concepita per ovviare ad un <<fenomeno circolatorio di tipo puntiforme>>, il modello operativo della cessione in blocco è, normalmente, quello di cui all'art. 58 Tub.

L'art. 58 del T.u.b., destinato a regolare, in maniera specifica, la cessione in blocco, prevede che "La banca cessionaria dà notizia dell'avvenuta cessione mediante iscrizione nel registro

⁵ Invero, l'ambivalenza delle disposizioni in materia di cessione del credito, ha indotto gli interpreti a oscillare, nell'inquadramento della stessa, tra fatto giuridico ed effetto giuridico, se non proprio a esprimersi in termini di una figura ibrida. Anche l'individuazione della causa dell'ipotetico negozio, per chi predilige tale ricostruzione, ha suscitato difficoltà ricostruttive, venendo prospettata anche la tesi del negozio con causa « non tipicamente determinata » o del negozio astratto, ovvero senza causa in contrasto con il principio generale, secondo cui il nostro ordinamento giuridico, diversamente da quello tedesco, non riconoscerebbe cittadinanza al « nudo atto traslativo del credito per sé considerato », da considerarsi come distinto dal sottostante negozio obbligatorio causale. Parimenti, si è evocata la figura del contratto autonomo caratterizzato da una « causa generica » che rimarrebbe costante — l'interesse al trasferimento del credito — e da una « causa specifica », variabile da caso a caso.

Secondo la teoria effettuale, gli artt. 1260 e ss. c.c. descriverebbero un mero effetto giuridico di tipo reale ovvero il trasferimento del diritto che potrebbero rinvenire la propria giustificazione in un qualunque contratto, tipico o atipico, dotato di una causa propria, idonea a "reggere l'effetto traslativo".

delle imprese e pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana. La Banca d'Italia può stabilire forme integrative di pubblicità”.

In virtù del comma 4 del medesimo articolo “*Nei confronti dei debitori ceduti gli adempimenti pubblicitari previsti dal comma 2 producono gli effetti indicati dall'art. 1264 del codice civile*”.

La ratio della norma deve considerarsi duplice:

a) assoggettare le operazioni di cessione al controllo dell’Autorità di vigilanza da cui le stesse sono rese conoscibili;

b) agevolare le cessioni mediante l’introduzione di una semplificazione degli adempimenti procedurali, soprattutto ai fini dell’opponibilità dell’operazione economica nei riguardi dei debitori ceduti.

. Per contro, guardando allo schema tipico, quale delineato dal Codice del 1942, la notifica al debitore ceduto, il cui onere incombe sul cessionario, assolve alla più limitata finalità di rendere la vicenda traslativa, opponibile al debitore ceduto, regolando l’eventuale conflitto tra una pluralità di cessionari, sulla base del generale criterio logico, prima che giuridico, dell’anteriorità dell’adempimento pubblicitario, a sua volta, ispirato al brocardo *prior in tempore potior in iure*.

Invero, la vocazione originaria della norma speciale di cui all’art. 58 T.u.b. era molto meno ambiziosa e di essa, dunque, si e’ resa necessaria, con il decorso del tempo, una modifica delle modalità operative per consentirne la coerenza e l’adattabilità alle nuove e più complesse fattispecie di cessione che si sono imposte nella prassi, anche per effetto dell’evoluzione delle dinamiche finanziarie.

Essa rinviene il proprio archetipo nella legge bancaria del ‘36 che disciplinavano, essenzialmente, la circolazione del credito nell’ambito delle filiali bancarie.

Con l’entrata in vigore del TUB, la disciplina ha trovato, fin da subito, applicazione, sotto il profilo oggettivo, alle cessioni di rapporti giuridici, anche non di origine creditizia, così come, sotto il distinto aspetto soggettivo a cessioni in blocco, intervenute tra intermediari anche non bancari.

Invece, la legge n. 342 del 1999, ha previsto, ampliando l’operatività della norma speciale, che la disciplina trovi applicazione anche “*alle cessioni in favore dei soggetti, diversi dalle banche, inclusi nell’ambito della vigilanza consolidata ai sensi degli articoli 65 e 109 e in favore degli intermediari finanziari previsti dall’art 106*”.

La norma consente (ma, come si avrà modo di spiegare, secondo taluna dottrina, prescriverebbe) la pubblicazione della cessione in blocco sulla Gazzetta Ufficiale e la contestuale iscrizione della stessa nel Registro delle imprese.

L’innovativa modalità pubblicitaria, con effetti meramente dichiarativi e non costitutivi, ha, come già evidenziato, una chiara finalità semplificatoria delle cessioni in blocco anche se, senz’altro, meno garantistica della procedura *ad hoc*, prefigurata dal modello codicistico, in termini di attuazione del valore della conoscibilità legale dell’atto (alla stregua del canone dell’ordinaria diligenza)

Il legislatore, nel giudizio di bilanciamento di valori contrapposti (efficienza e velocità delle operazioni di cessione, da un lato; conoscibilità dell'atto, dall'altra) ha optato per tutelare il primo, pur nell'ambito di un quadro regolatorio che è rimasto esente da censure di incostituzionalità. Ciò, per l'agevole consultabilità della Gazzetta Ufficiale, alle cui pagine è consegnato l'evento da pubblicizzare.

Tale formalità costituisce adempimento pubblicitario *erga omnes*, eventualmente, succedaneo rispetto alla notifica individuale, prevista dall'art. 1264 c.c..

Ciò, in quanto il ricorso alla stessa è rimesso alla scelta delle parti del contratto di cessione.

Invero, vi è anche qualche autore che ritiene che la suddetta modalità pubblicitaria *erga omnes* sia l'unica fruibile nell'ipotesi di cessione in blocco, con conseguente preclusione delle modalità di pubblicità c.d. individualizzata.

Peraltro, sotto il versante della norma codicistica, costituisce principio interpretativo (interno) consolidato quello per cui la comunicazione della cessione dei crediti, così come della sua eventuale revoca o caducazione, non richiedono particolari oneri pubblicitari, né il ricorso a formule sacramentali, ma siano attuabili con semplici modalità comunicative, idonee a realizzare una funzione di partecipazione conoscitiva.

Da ciò la possibilità che la comunicazione avvenga anche per il tramite di atti tipicamente processuali.

Infatti, la stessa può avvenire anche in sede di notifica di un atto di citazione, introduttivo di un giudizio ordinario o di un decreto ingiuntivo, conseguito in sede monitoria (Cass. civ. n. 1684/2012, secondo cui <<La notificazione della cessione del credito, non identificandosi con quella effettuata ai sensi dell'ordinamento processuale, costituisce un atto a forma libera, non soggetto a particolari discipline o formalità>>, v. anche Cass. civ. 19 febbraio 2019, n. 4713; Cass. civ. 29 settembre 2020, n. 20495; Cass. civ. 17 marzo 2006, n. 5997).

3.1.3. La qualificazione giuridica ex lege della cessione dei crediti in blocco

Sotto il profilo della vigilanza da parte degli organi di controllo del rispetto della normativa antiriciclaggio, ad essa sono sottoposti tutti gli intermediari finanziari, i quali soggiacciono, a tal fine, a un obbligo di iscrizione nell'albo tenuto dalla Banca d'Italia.

L'art. 106 Testo unico bancario prevede che "1. L'esercizio nei confronti del pubblico dell'attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma è riservato agli intermediari finanziari autorizzati, iscritti in un apposito albo tenuto dalla Banca d'Italia".

Ciò premesso, le società veicolo devono essere considerate non mere articolazioni organizzative interne della cedente ma soggetti distinti, organizzati nelle forme della società commerciali a tutti gli effetti.

Orbene, l'art. 3, L. n. 130/1999, all'ultimo comma, prevede che: «Alla società cessionaria e alla società emittente titoli si applicano le disposizioni contenute nel titolo V del testo unico bancario, ad esclusione dell'articolo 106, commi 2 e 3, lettere b) e c), nonché le corrispondenti norme sanzionatorie previste dal titolo VIII dello stesso testo unico».

In relazione al profilo dell'iscrizione nel registro ex art. 106 TUB, l'obbligo di provvedere alla stessa viene desunto dalla circostanza che la previsione normativa, con funzione di esenzione,

fa riferimento solo al secondo e al terzo comma (e non anche al primo comma della disposizione in esame, che sancisce l'obbligo di iscrizione).

Inoltre, si è posto il problema se lo stesso valesse per l'albo ex art. 107 TUB.

È evidente la *ratio* dell'obbligatorietà della prevista iscrizione che è quella di assicurare la conformità della loro attività non solo alla normativa a tutela della stabilità del mercato, ma anche all'articolata disciplina antiriciclaggio.

Da tale obbligo discende, infatti, la loro soggezione alle prescrizioni regolamentari, conformative della loro autonomia organizzatoria, nonché all'attività di vigilanza, posta in essere dalla Banca d'Italia, per gli intermediari finanziari.

Invero, il DECRETO 2 aprile 2015, n. 53, regolamento recante norme in materia di intermediari finanziari in attuazione degli articoli 106, comma 3, 112, comma 3, e 114 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, nonché dell'articolo 7-ter, comma 1-bis, della legge 30 aprile 1999, n. 130, prevede all'art. 2, in materia di "Attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma" prevede che "1. Per attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma si intende la concessione di crediti, ivi compreso il rilascio di garanzie sostitutive del credito e di impegni di firma. Tale attività comprende, tra l'altro, ogni tipo di finanziamento erogato nella forma di:

a) locazione finanziaria;

b) acquisto di crediti a titolo oneroso;

c) credito ai consumatori, così come definito dall'articolo 121, T.u.b.;

d) credito ipotecario;

e) prestito su pegno;

f) rilascio di fideiussioni, avallo, apertura di credito documentaria, accettazione, girata, impegno a concedere credito, nonché ogni altra forma di rilascio di garanzie e di impegni di firma".

Nondimeno, il comma 2 del medesimo articolo, introducendo una deroga al predetto principio, in relazione all'ipotesi di crediti a titolo oneroso, prevede che "non costituisce attività di concessione di finanziamenti, oltre ai casi di esclusione previsti dalla legge:

a) l'acquisto dei crediti di imposta sul valore aggiunto relativi a cessioni di beni e servizi nei casi previsti dalla normativa vigente;

b) l'acquisto, a titolo definitivo, di crediti da parte di società titolari della licenza per l'attività di recupero stragiudiziale di crediti ai sensi dell'articolo 115 del Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza quando ricorrono le seguenti condizioni:
1) i crediti sono acquistati a fini di recupero e sono ceduti da:
i. banche o altri intermediari finanziari sottoposti alla vigilanza della Banca d'Italia, i quali li hanno classificati in sofferenza, ovvero
ii. soggetti diversi da quelli indicati al punto i), purché si tratti di crediti vantati nei confronti di debitori che versano in stato di insolvenza, anche non accertato giudizialmente, o in situazioni sostanzialmente equiparabili, secondo quanto accertato dai competenti organi sociali; non rileva, a tal fine, l'esistenza di garanzie reali o personali;

2) i finanziamenti ricevuti da terzi dalla società acquirente non superano l'ammontare complessivo del patrimonio netto;
3) il recupero dei crediti acquistati avviene senza la stipula di nuovi contratti di finanziamento con i debitori ceduti, la novazione di quelli in essere, la modifica delle condizioni contrattuali; non rilevano a tali fini l'estinzione anticipata e la posticipazione dei termini di pagamento”.

Dunque, l'attività di cessione di crediti deteriorati non costituirebbe attività finanziaria con conseguente esenzione dall'iscrizione nell'albo vigilato dalla Banca d'Italia.

Nondimeno, come evincibile dal dato testuale della norma secondaria, si evince che l'esclusione dal novero dell'intermediazione finanziaria e, dunque, dall'attività “riservata” (e dal correlato dovere di iscrizione) sussiste solo alle condizioni rigorose e tassative di cui al secondo comma.

Tra esse rientra, non solo l'acquisto da parte di soggetti qualificati dal loro *status* di banca o di intermediario finanziario o in favore di società iscritte nell'albo ex art. 115 Tulp, ma anche l'osservanza di speciali limiti quantitativi, ancorati all'entità del patrimonio netto.

Tale deroga, verosimilmente, trova, comunque, la propria ragione giustificativa in una logica di agevolazione dei fenomeni circolatori, assistiti dalle garanzie connesse allo *status* professionale del cedente e del cessionario.

Peraltro, non v'è dubbio che la prova della ricorrenza dei suddetti presupposti, con valenza esimente, incomba sul soggetto che aneli ad esentarsi dal regime vincolistico. Ragione per cui, in difetto di tale dimostrazione, dovrebbe operare l'obbligo di iscrizione.

Dunque, deve ritenersi che, in difetto di tale prova, i cessionari, nell'ambito di un'operazione di cessione dei crediti in blocco, svolgano attività di finanziamento e debbano curare il suddetto adempimento formale (l'iscrizione) coi conseguenti obblighi conformativi dell'organizzazione interna, presupposto della stessa.

In particolare, tale conclusione vale sempre nell'ipotesi di acquisto da parte di soggetto non qualificato dallo *status* di banca o di intermediario finanziario, ma conserva la sua validità anche quando il cedente sia ascrivibile al novero dei predetti soggetti, ma non ricorrano le (speciali e tassative) “condizioni di esenzione”, previste dalla norma secondaria.

Peraltro, è stato sottolineato come quella prevista dalla normativa secondaria sia una *fiction iuris* con finalità di incentivo di quelle negoziazioni <<massive>> dei crediti deteriorati, la cui eliminazione dal portafoglio delle banche ha un'indubbia incidenza positiva sulla stabilità del sistema bancario.

Sotto il profilo ontologico, infatti, non può sottacersi come la cessione di crediti in blocco che avvenga non per spirito di liberalità, né a titolo gratuito, ma dietro la corresponsione di un corrispettivo monetario (spesso di ingente entità), costituisca, di norma, attività di finanziamento, ovvero di procacciamento di liquidità in favore, in primo luogo, del cedente che monetizza le poste attive del proprio patrimonio, ma anche del cessionario che, in una chiave prospettica, è legittimato, a sua volta, a trasferire a terzi i crediti acquistati o a riscuoterli.

Prospettiva che, in considerazione della tendenza a sottostimare e svendere i propri crediti deteriorati da parte di banche e intermediari finanziari, è tutt'altro che remota o di difficile verifica.

Dunque, da tale qualificazione dell'attività sociale svolta come attività d'intermediazione finanziaria, discenderebbe, in assenza della summenzionata norma regolamentare, l'obbligo per il cessionario dell'iscrizione nell'albo ex art. 106 Tub, con la conseguente soggezione alla vigilanza della Banca d'Italia e alle correlate prescrizioni regolamentari dell'assetto organizzativo interno⁶.

Per contro, la maggioranza dei cessionari, come anche nella fattispecie concreta, non risulta iscritta nel registro ex art. 106 Tub, con conseguente sottrazione alla normativa antiriciclaggio e, in particolare, alla vigilanza della Banca d'Italia, quale autorità preposta al suo rispetto.

Dunque, può accadere, come nel caso di specie, che la cessione dei crediti deteriorati avvenga in favore di soggetti privi di qualunque legame organizzativo con il titolare del pacchetto dei crediti e liberamente scelti sul mercato del credito, sprovvisti di iscrizione nell'albo 106 Tub o che le cessioni avvengono fra soggetti entrambi privi di tale requisito.

Peraltro, la problematicità della questione è implementata dalla prassi negoziale di affidare la concreta riscossione del credito a terzi soggetti, anch'essi non iscritti nell'albo ex art. 106 Tub.

Come evidenziato anche Banca d'Italia, con comunicazione dell'11.11.2021, "*a fronte di una cornice normativa fondata sulla centralità del servicer, quale soggetto sottoposto a vigilanza prudenziale, si sono affermate prassi caratterizzate da una netta distinzione tra il cd. master servicer, soggetto vigilato responsabile dei soli compiti di garanzia, non delegabili, previsti dalla legge n. 130/99 e lo special servicer, operatore incaricato delle attività di recupero, titolare di licenza ex art. 115 TULPS ma non vigilato da questo Istituto*".

In questo tipo di organizzazione, "*la medesima attività viene suddivisa tra il master servicer, iscritto all'albo di cui all'art. 106 TUB e responsabile della funzione di garanzia (ossia di*

⁶ A tal riguardo, giova evidenziare come la Circ. 288, tit. I, cap. 3, sez. III della Banca d'Italia - "Disposizioni di vigilanza per gli intermediari finanziari della Banca d'Italia", ⁶ - preveda come gli intermediari finanziari, iscritti all'Albo 106 TUB, possano svolgere attività di natura strumentale o connessa rispetto all'attività principale esercitata, ovvero quella finanziaria.

Orbene, nel novero di tal ultime, deve essere ricompreso anche il recupero dei crediti nei confronti di terzi. La Corte Suprema di Cassazione si è, pertanto, pronunciata in materia di iscrizione all'albo degli intermediari finanziari autorizzati, ex art. 106 TUB, da parte dello *special servicer* che agisce per il recupero di un credito cartolarizzato, in qualità di mandatario del creditore procedente. Nel caso di specie era stato eccepito il difetto di rappresentanza dello *special servicer* resistente, nel giudizio dinanzi alla Corte, con controricorso, in quanto non risultava iscritto all'albo di cui all'art. 106 TUB: in sostanza, non avrebbe avuto la legittimazione a contraddire al ricorso per cassazione in quanto tale attività rilevava proprio quale attività tesa al recupero del credito. Secondo la Corte, il mero riferimento alla rilevanza economica delle attività bancarie non vale di per sé a qualificare in termini imperativi tutta l'indefinita serie di disposizioni contenute nel TUB: tali norme, prive di valenza civilistica, ma attono alla regolamentazione amministrativa del settore bancario e, più in generale, delle attività finanziarie, la cui rilevanza pubblicistica è specificamente tutelata dal sistema dei controlli e dei poteri (anche sanzionatori) facenti capo all'autorità di vigilanza e presidiati anche da norme penali. Conseguentemente, non vi è alcuna valida ragione per trasferire automaticamente sul piano del rapporto negoziale, o sugli atti di riscossione compiuti, le conseguenze delle condotte difformi degli operatori, al fine di provocare il travolgimento di contratti (cessioni di crediti, mandati, ecc.) o di atti processuali di estrinsecazione della tutela del credito, in sede cognitiva o anche esecutiva (precetti, pignoramenti, interventi, ecc.), asseritamente viziati da un'invalidità "derivata".

conformità dell'operazione alle previsioni di legge ed al prospetto informativo di cui all'art. 3, Legge n. 130/1999), e lo special servicer (o sub servicer), titolare di licenza ex art. 115 TULPS e cui spettano le funzioni operative direttamente legate alla riscossione dei crediti ceduti e dei servizi di cassa e di pagamento)".

3.2. Giurisprudenza nazionale in materia

3.2.1. La qualificazione giuridica della cessione dei crediti in blocco da parte del diritto vivente. Inesistenza dell'obbligo di iscrizione per il cessionario.

Il diritto vivente, discostandosi, in parte, dal dato della normazione secondaria, sembra escludere l'attività di cessione dal novero dell'attività finanziaria, con conseguente esenzione dai controlli antiriciclaggio, affidati alla Banca D'Italia.

Tale scarto è ravvisabile nella parte in cui la giurisprudenza di legittimità, nelle occasioni in cui ha avuto modo di pronunciarsi sulla qualificazione giuridica della stessa, sembrerebbe ritenere che la predetta esenzione valga sempre e, comunque, senza alcuna distinzione di sorta.

Invero, di recente, Cass. 17 maggio 2024 ha distinto la semplice operazione di cessione del credito dalla vera e propria prestazione di servizi di finanziamento, solo al cospetto della quale sorge l'obbligo di iscrizione all'albo degli intermediari finanziari.

Ha ribadito, come già affermato dalla Terza Sezione Civile, che, al fine di qualificare la cessione del credito quale attività di finanziamento, soggetta alla disciplina dell'art. 106 TUB, non è sufficiente che il cessionario operi nei confronti di terzi con carattere di professionalità, ma è necessario che la cessione integri erogazione di un finanziamento, ossia che comporti l'anticipazione di denaro o altra utilità.

Si è così affermata la non riconducibilità dell'operazione economica *de qua* all'attività di finanziamento, nel presupposto che il versamento del corrispettivo della cessione sarebbe meramente eventuale in quanto condizionato al buon esito della riscossione del credito ceduto.

Anche nelle ipotesi in cui vi siano plurime cessioni del medesimo credito ipotecario, l'attività di cessione non sarebbe qualificabile quale attività finanziaria perché nessun cessionario elargirebbe alcun servizio di finanziamento in senso stretto, nei confronti dei mutuatari e ciò in quanto ciascuno si limiterebbe ad acquisire la titolarità del credito per procedere al suo incasso, direttamente o a mezzo di una diversa società mandataria.

Come evidenziato dalla S.C. nel decreto del 17 maggio 2024, le decisioni pregresse della S.C. delineano un orientamento univoco e *"forniscono, nel quadro di una nomofilachia circolare, precise indicazioni, utilizzabili dal giudice di merito ai fini della risoluzione del caso sottoposto al suo esame, concernendo, l'una, i presupposti per l'applicazione dell'art. 106 TUB (obbligo di iscrizione nell'albo degli intermediari finanziari), e, l'altra, l'esclusione di tale obbligo per le società incaricate della riscossione, anche coattiva, del credito"*.

Invero, la posticipazione del pagamento del corrispettivo della cessione vale per le cessioni *pro solvendo*, ma tali non sono, di norma, quelle operate in blocco con riguardo ai crediti deteriorati che avvengono *pro soluto*.

In esse, il cedente non risponde della solvenza del debitore e, dunque, il corrispettivo e' pagato subito e comunque. In tale ipotesi, l'inadempimento del debitore è un rischio del quale il cedente si libera addossandolo al cessionario.

Una volta confermata l'esistenza del credito e la mancanza di cause di nullità, annullabilità o altri vizi che possano far venir meno il credito, il cedente perde completamente la titolarità del diritto e si sottrae a ogni responsabilità annessa. In altre parole, il creditore garantisce al cessionario la mera esistenza del credito, senza ulteriori garanzie sull'obbligo del debitore, e cede il suo diritto.

Nella diversa ipotesi della cessione *pro solvendo* (o salvo buon fine) il cedente non viene definitivamente estromesso dal rapporto e dovrà pagare il cessionario in caso di inadempimento del debitore ceduto. In tali ipotesi, spesso, il corrispettivo è condizionato al buon esito della riscossione coattiva del credito. In ogni caso, difettando una prova documentale della cessione in blocco, anche tale profilo è destinato a rimanere «opaco e intrasparente».

Sono cessioni *pro soluto* anche quelle del caso di specie.

Infatti, dai contratti in atti, privi della forma pubblica o anche solo dell'autenticazione della firma e, soprattutto, privi di data certa, consta il pagamento immediato del corrispettivo in favore del cedente, con conseguente incameramento della somma da parte dello stesso.

3.2.2. La distinta ma correlata questione relativa all'esistenza o meno dell'obbligo di iscrizione nel registro degli intermediari ex art. 106 Tub, della mandataria alla riscossione (nonché procuratrice), c.d. special service.

La Suprema Corte ⁷ si è pronunciata anche su una questione distinta ma correlata a quella che, con la presente ordinanza, si pone all'attenzione del Supremo Collegio, ovvero quella delle conseguenze dell'omessa iscrizione, nel registro degli intermediari, della mera mandataria alla riscossione (nonché procuratrice), c.d. *special service*.

A tal riguardo, occorre precisare che l'Italia, con un mercato connotato da un elevato di prestiti non performanti (NPL) o deteriorati, ha optato per la cartolarizzazione degli asset rappresentati dai crediti deteriorati.

Orbene, la già menzionata legge n. 130 del 1999, prevede le attività svolgibili e le connesse responsabilità di enti specializzati, distinguendo la figura dei *master servicer* da quella degli *special servicer*.

Il *master servicing* è deputato della gestione amministrativa dei prestiti, laddove lo *special servicing* cura il recupero dei crediti in sofferenza, attraverso iniziative sia giudiziarie che extragiudiziarie.

Orbene, limitatamente all'ipotesi di riscossione del credito a mezzo di soggetto non abilitato, la S.c. si è espressa in termini di irrilevanza in termini civilistici della violazione del mero obbligo di iscrizione nel suddetto albo.

⁷ V. Cass. 7243 del 18.3.2024.

Ha affermato, in particolare, che *“dall’omessa iscrizione nell’albo ex art. 106 T.U.B. del soggetto concretamente incaricato della riscossione dei crediti non deriva alcuna invalidità, pur potendo tale mancanza assumere rilievo sul diverso piano del rapporto con l’autorità di vigilanza o per eventuali profili penalistici (titolo VIII, capo I, del T.U.B.); in conclusione, non rileva che la SPECIAL SERVICER – rappresentante sostanziale di MASTER SERVICER, a sua volta mandataria della società veicolo SPV, cessionaria di credito bancario – sia iscritta (oppure no) nell’albo degli intermediari finanziari”*.

Invero, il Supremo Collegio non ha avuto modo di pronunciarsi, in quanto estraneo al *thema decidendum*, in relazione al problema della coerenza della soluzione esegetica, poi, prescelta dalla stessa Corte, con la normativa antiriciclaggio nazionale e, soprattutto, di rango comunitario.

Ciò, in quanto, in sede di pronuncia sul rinvio pregiudiziale ex art. 363 bis cpc, il decreto presidenziale n. 13749 del 17.5.2024 ha dichiarato inammissibile la questione per ragioni di rito, ovvero per l’assenza di un effettivo dubbio interpretativo sulla qualificabilità delle cessioni in blocco, come attività finanziaria.

La Cassazione ha ribadito il principio enunciato da Cass. 7243 del 18.3.2024 per il quale nell’ambito delle operazioni di cartolarizzazione ex legge 130/1999, l’attività di recupero del credito da parte di un soggetto non iscritto nell’albo previsto dall’art. 106 T.U.B., non incide sulla legittimità dell’azione esecutiva da quest’ultimo intrapresa alla stregua dell’incarico ricevuto dal titolare del credito.

3.3. La prova della cessione in blocco

Esiste un dibattito interpretativo, particolarmente acceso, in relazione alle modalità con cui deve essere fornita la dimostrazione probatoria della cessione in blocco.

Dall’analisi della giurisprudenza emerge il delinearci di tre diversi orientamenti.

3.3.1. L’indirizzo semplificatorio e la compatibilità coi principi generali della materia

Per un primo approccio esegetico che ha riconosciuto anche l’avallo in seno alla giurisprudenza di legittimità, sarebbe sufficiente ai fini della prova del fatto storico della cessione, la produzione dell’avviso di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale recante l’indicazione per categorie dei rapporti ceduti in blocco, senza che occorra una specifica enumerazione di ciascuno di essi, allorché gli elementi comuni presi in considerazione per la formazione delle singole categorie consentano d’individuare senza incertezze i rapporti oggetto della cessione (v. Cass. civ. n. 21821 del 20 luglio 2023).

Dunque, si inferisce da un dato di fatto, noto e provato, una conseguenza ignota e da provare, secondo il meccanismo proprio della prova presuntiva indiretta.

Anche parte della giurisprudenza di merito pare orientata nel medesimo senso: v. Tribunale Monza sez. III, 08/08/2023, n.1823, secondo cui *«la cessione in blocco dei crediti da parte di una banca ex art. 58 t.u.b. è provata mediante la produzione dell’avviso di pubblicazione dell’operazione sulla Gazzetta Ufficiale recante l’indicazione per categorie dei rapporti ceduti ‘in blocco’, senza che occorra una specifica enumerazione di ciascuno dei rapporti ceduti,*

allorché gli elementi che accomunano le singole categorie consentano di individuarli senza incertezze. E' dunque necessario che l'avviso di cessione si accompagni ad un estratto dettagliato e sufficientemente idoneo a fornire gli elementi diretti a sostanziare l'appartenenza del credito oggetto di causa alla massa di quelli ceduti», v. anche Tribunale Brescia sez. II, 04/11/2022, n.2672, secondo cui «per dimostrare la titolarità del credito in capo al cessionario in caso di cessione in blocco dei crediti da parte di una banca, ai sensi dell'art. 58 del d.lgs. n. 385 del 1993, basta la produzione dell'avviso di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale con l'indicazione per categorie dei rapporti ceduti in blocco, senza che occorra una specifica enumerazione di ciascuno di essi, allorché gli elementi comuni presi in considerazione per la formazione delle singole categorie consentano di individuare senza incertezze i rapporti oggetto della cessione».

Tale posizione interpretativa rinviene la propria ragion d' essere in esigenze di semplificazione probatoria che sarebbero imposte dalla logica dell'istituto, ispirato ad una finalità acceleratoria con l'introduzione di forme di pubblicità impersonali e *erga omnes*,

Nondimeno, tale orientamento perviene a sovrapporre ingiustificatamente il piano della prova della pubblicità *ex lege* per la quale esiste una specifica previsione derogatoria rispetto alla disciplina ordinaria con quello della dimostrazione dell'avvenuto perfezionarsi della traslazione del credito, che, invece, in assenza di una previsione di tal fatta, dovrebbe conformarsi ai principi generali della materia.

D'altronde, una deroga ad un principio presuppone l'esistenza di una specifica espressione derogatoria o, in alternativa, di un altro principio rispetto al quale il primo debba considerarsi, a seguito di un giudizio di bilanciamento che può avvenire anche in sede interpretativa, subvalente.

Peraltro, sotto altro aspetto, non può sottacersi il carattere estremamente generico e impreciso di molti avvisi che si limitano a locuzioni laconiche come "sono ceduti tutti i rapporti giuridici in blocco". Ciò, senza alcuna analitica descrizione dell'oggetto della cessione, ma soprattutto, con l'indicazione di intervalli temporali, spesso, ultradecennali.

Ed, infatti, proprio per ovviare ai limiti di tale prassi, anche tale orientamento più elastico richiede, in omaggio ai principi generali sull'oggetto del contratto, un'adeguata determinabilità se non delle singole posizioni cedute, almeno delle loro categorie di appartenenza.

Si è, infatti, sostenuto che «...in tema di cessione in blocco dei crediti da parte di una banca, ai sensi dell'art. 58 del d.lgs. n. 385 del 1993, è sufficiente a dimostrare la titolarità del credito in capo al cessionario la produzione dell'avviso di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale recante l'indicazione per categorie dei rapporti ceduti in blocco, senza che occorra una specifica enumerazione di ciascuno di essi, allorché gli elementi comuni presi in considerazione per la formazione delle singole categorie consentano di individuare senza incertezze i rapporti oggetto della cessione » (Cass. civ., 29 dicembre 2017, n. 31188); così anche, seppur con affermazione più generica, Cass. civ. n. 22268/2018, per cui «la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale esonera sì la cessionaria dal notificare la cessione al titolare del debito ceduto, ma che se non individua il contenuto del contratto di cessione non prova l'esistenza di quest'ultima. Tale rilievo

è condivisibile, giacché una cosa è l'avviso della cessione – necessario ai fini dell'efficacia della cessione – un'altra la prova della esistenza di un contratto di cessione e del suo specifico contenuto».

Sotto tale profilo, non può sottacersi come le modalità di indicazione non possano non essere non solo complete sotto il profilo descrittivo, ma anche, oggettivamente, perspicue e intelleggibili, cioè, comprensibili da una persona di media conoscenza e esperienza.

Viene, cioè, in rilievo, specie quando il ceduto sia un consumatore, un obbligo o, comunque, un onere di intelleggibilità dell'avviso di cessione, non solo sotto il profilo materiale - grafico, ma anche della comprensibilità sotto il profilo semantico e linguistico.

Lo impone il principio di <<trasparenza>> che informa sia il microsistema della tutela del consumatore, sia la disciplina in materia di attività bancaria e di intermediazione finanziaria, dettata dal Tub che, invero, come noto, non distingue, ai fini della sua applicazione, a seconda che il debitore abbia la qualità o meno di consumatore.

Alla luce di tali coordinate concettuali e giuridiche, desta qualche perplessità la prassi del ricorso a codici interni dell'intermediario finanziario, scelti per esigenze organizzative ai fini di una più veloce identificazione della pratica, da parte dei componenti di tali strutture, variamente denominati "Cod. pratica" o "NDG".

Tali modalità di indicazione risultano di difficile comprensione per il cliente, spesso, non consentendo di verificare con sufficiente certezza la posizione sottesa a quell'indicazione sincopata o numerica e ciò perché del tutto avulsi dagli elementi identificativi del contratto bancario cui si riferiscono.

A titolo esemplificativo, Trib. Catanzaro 22 novembre 2020 ha negato la legittimazione attiva e processuale in capo alla presunta cessionaria avendo accertato che dall'elenco dei crediti ceduti (con indicazione del solo codice anagrafico identificativo di ogni singola posizione e del numero di ogni singolo rapporto bancario), non erano stati riportati il nominativo del debitore ceduto o i dati del contratto, necessari per poter affermare, senza incertezze, che il credito azionato fosse ricompreso nella cessione.

3.3.2. La soluzione preferibile: la prova documentale diretta

La soluzione preferibile, ma non maggioritaria, e' ancorata ai principi tradizionali in materia di prova di un contratto, che rimangono invariati a prescindere se avente efficacia solo obbligatoria o, come nel caso di specie, immediatamente traslativa.

La norma di riferimento è l'art. 2721 c.c. secondo cui *“La prova per testimoni dei contratti non è ammessa quando il valore dell'oggetto eccede euro 2,58 [233 disp. att.; 244 c.p.c. ss.]. Tuttavia l'autorità giudiziaria può consentire la prova oltre il limite anzidetto, tenuto conto della qualità delle parti, della natura del contratto e di ogni altra circostanza”.*

Dunque, la norma sostanziale, con contenuti processuali, vieta il ricorso alla prova testimoniale e si precisa che la stessa è ammessa solo a seguito di valutazione del Giudice *case by case* e, dunque, con caratteri di eccezionalità o, comunque, di non abitudine.

Il principio si considera estendibile alla prova presuntiva o indiretta.

Dunque, il codice del '42 tende a richiedere, seppur indirettamente, la prova documentale.

Non si tratta, infatti, di contratti per i quali sia prescritta, espressamente e direttamente, la prova *ad probationem*, né tanto meno *ad substantiam*, ma esistono limiti precisi alla prova indiretta (testimoniale e presuntiva).

Per essi, diversamente da quanto previsto per i contratti soggetti a forma scritta *ad probationem*, rimarrebbe, pur sempre, ammissibile la prova per interrogatorio formale o per interpello decisorio.

Dunque, non può non aderirsi all'orientamento della Suprema Corte che, in via tendenziale, richiede una prova diretta e documentale della cessione. Peraltro, anche in tale ultima ipotesi non può escludersi l'operatività del rilievo d'ufficio, costituendo la titolarità del credito uno degli elementi costitutivi del diritto azionato.

Ciò, salvo che la circostanza della cessione debba ritenersi provata perché riconosciuta espressamente o tacitamente, in virtù del principio di non contestazione.

Invero, per quanto esistano opinioni difformi, deve ritenersi che solo una dichiarazione di scienza esplicita, con valenza confessoria, quale deve ritenersi l'atto di riconoscimento, possa concorrere alla prova della titolarità attiva del credito e precludere il ricorso al rilievo *ex officio*.

In virtù di tale orientamento più rigoroso orientamento si è affermato che «*la pubblicazione nella Gazzetta può costituire, al più, elemento indicativo dell'esistenza materiale di un fatto di cessione, come intervenuto tra due soggetti in un dato momento e relativo – in termini generici, se non proprio promiscui – ad <<aziende, rami di azienda, beni e rapporti giuridici individuabili in blocco>> (art. 58, comma 1 TUB). Ma di sicuro non dà contezza – in questa sua <<minima>> struttura informativa – degli specifici e precisi contorni dei crediti che vi sono inclusi ovvero esclusi, né tanto meno consente di compulsare la reale validità ed efficacia dell'operazione materialmente posta in essere>> (cfr. così, puntualmente, Cass., 2 marzo 2016, n. 4116).» (Corte Cass., 28 Febbraio 2020, n. 5617).*

D'altronde, la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell'avvenuta cessione in blocco dei crediti esonera il creditore cessionario dalla notifica dell'avvenuta cessione al debitore ceduto. Tuttavia l'adempimento pubblicitario non è sufficiente a dimostrare l'esistenza della cessione, in quanto una cosa è l'avviso ed un'altra cosa è la prova della sua esistenza e del suo contenuto. Pertanto, si può affermare che la pubblicazione in G.U. non prova il perfezionamento della fattispecie traslativa, né produce il relativo effetto, non ha valenza costitutiva e non sana eventuali vizi dell'atto. (così Tribunale Napoli Nord sez. IV, 14 marzo 2023, n.1055).

Per contro, per principio, condivisibile, della giurisprudenza di legittimità «*colui, che <<si afferma successore (a titolo universale o particolare) della parte originaria ai sensi dell'art. 58 TUB, ha l'onere puntuale di fornire la prova documentale della propria legittimazione, con documenti idonei a dimostrare l'incorporazione e l'inclusione del credito oggetto di causa nell'operazione di cessione in blocco>> (cfr. così, puntualmente, Cass. civ., 2 marzo 2016, n. 4116, v. anche Cass. civ., 28 Febbraio 2020, n. 5617).*

In particolare, la Suprema Corte ha evidenziato che colui che agisce in via esecutiva nella qualità di successore a titolo particolare del creditore, sulla base di un'operazione di cessione

in blocco ex art. 58 D. Lgs. n. 385/1993, ha l'onere di dimostrare l'inclusione del credito azionato nella cessione in blocco, fornendo la prova rigorosa e formale della titolarità del credito (vd. Cass. civ. Ord. 24797/20). Ciò, salvo che il debitore ceduto non abbia espressamente o anche implicitamente (ma in modo univoco e concludente) riconosciuto la cessione (sul punto, v. Cass. civ. n. 4116 del 2016).

In tal senso si è espressa anche la prevalente giurisprudenza di merito: così Tribunale, Prato, sez. I, 12 Gennaio 2023, n. 34, Tribunale Firenze, 05 dicembre 2022, n.3401 secondo cui «*Chi agisce affermandosi successore a titolo particolare del creditore originario, in forza di un'operazione di cessione in blocco, deve provare l'inclusione di tale credito in questa operazione, dimostrando documentalmente la propria legittimazione sostanziale, a meno che la controparte non l'abbia riconosciuta in maniera esplicita o implicita*».

In ogni caso, come già evidenziato, la prova, oltre alle condizioni legali per l'opponibilità della cessione, deve inerire necessariamente anche la vicenda traslativa in sé e ciò sotto plurimi profili: – l'effettivo perfezionarsi della cessione; – il suo perfezionarsi prima della richiesta di pagamento formulata nei confronti del debitore ceduto; – l'inclusione nella cessione della specifica pretesa azionata e ciò secondo un criterio di ragionevolezza certezza, sulla base di criteri oggettivi e agevolmente verificabili (eventualmente, anche l'uso di posizioni numeriche purché univocamente riferibili al debitore). E ciò in quanto la pubblicazione in G.U. dell'avviso di cessione dei crediti costituisce adempimento meramente pubblicitario e non ha valenza costitutiva della cessione, non producendo alcun effetto traslativo.

Di recente, l'orientamento più rigoroso è stato ribadito con ricchezza argomentativa: Cassazione civile sez. VI, 20/07/2022, n.22754, secondo cui è escluso che la pubblicazione dell'avviso di cessione sulla Gazzetta Ufficiale prescritto dall'art. 58, comma 2, TUB sia sufficiente a dimostrare la titolarità in capo al cessionario del credito azionato in giudizio.

Inoltre, sotto il profilo della ripartizione dell'onere della prova, è noto come lo stesso possa subire delle alterazioni rispetto agli esiti che conseguirebbero dall'applicazione del criterio distintivo tradizionale tra fatti costitutivi, da un lato, e fatti estintivi/modificativi dall'altra e ciò quando tali esiti si pongano contrasto con il principio della vicinanza alla fonte della prova (v. Cass. civ. Su 2001, n. 13533 che hanno posto la prova dell'esatto adempimento a carico del debitore anche nell'ipotesi di parziale esecuzione della prestazione oltre che di asserito totale inadempimento. E ciò per quanto l'inesatto adempimento, diversamente dal totale inadempimento, si sostanzia in un quid di esteriore e suscettibile di una valutazione in termini quantitativi e qualitativi).

Nondimeno, nella fattispecie della cessione (in blocco), non ci sono ragioni invocabili per non esigerne dal creditore la prova, anche mediante un semplice estratto dell'atto di cessione notarile.

3.3.3. La tesi mediana della prova presuntiva o indiretta qualificata

Ciò premesso, anticipato il carattere dirimente della produzione del contratto di cessione del credito contenente l'elencazione delle posizioni debitorie con le correlate anagrafiche (o anche solo di un suo estratto autentico), di recente, qualche pronuncia che, in contrasto con

il summenzionato orientamento, prefigura il ricorso alla prova presuntiva, richiedendo una pluralità di circostanze convergenti coerentemente con il modello di prova presuntiva delineato dal codice che richiede che le circostanze, poste a fondamento del ragionamento presuntivo, siano qualificate perché gravi precise e concordanti, ovvero tali da non far residuare alcun ragionevole dubbio circa l'effettività della vicenda traslativa.

In particolare, si controverte sull'idoneità probatoria (indiziaria o indiretta) dei seguenti documenti, da considerare non atomisticamente ma nelle loro relazioni e inferenze reciproche:

a) l'avviso di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, contenente la menzione del credito ceduto, diretta o mediata dall'indicazione del correlato «Ndg»;

b) lettere, specie se provenienti dal cedente, volte a informare in modo specifico della avvenuta cessione;

c) le dichiarazioni, della cedente per cui il credito controverso sarebbe ricompreso nella cessione pubblicizzata e per le quali s'invoca una valenza latamente confessionaria.

La stessa è, peraltro, di norma, successiva non solo alla pubblicazione della pretesa cessione ma anche all'introduzione del giudizio oppositorio o di mero accertamento dell'inesistenza della pretesa creditoria.

Invero, la stessa, in quanto di formazione unilaterale, risulta non idonea a surrogare l'eventuale originario difetto di una specifica menzione del rapporto *de quo* fra i crediti oggetto di cessione.

E ciò in quanto la stessa, con valenza meramente dichiarativa e, in particolare, ricognitiva, non produce quell'effetto costitutivo- traslativo che non può non conseguire se non ad una volontà pattizia di tipo bilaterale in conformità al principio del consenso traslativo legalmente manifestato *ex art. 1376 c.c.*

Peraltro, a prescindere dall'unilateralità dell'atto, allo stesso non potrebbe attribuirsi se non valenza di dichiarazione di scienza e non negoziale, peraltro, ascrivibile ad un terzo, estraneo alla controversia.

E ciò consente di revocarne in dubbio anche il valore quale confessione, dimostrando, al più, solo la provenienza della dichiarazione dal sottoscrittore ed essendo liberamente valutabile dal giudice.

Ritiene, al riguardo, questo Giudice che dalla speciale materia in questione debba essere bandita la possibilità di una prova meramente indiziaria, specie, se ricostruita sulla base di condotte o atti provenienti dalle (presunte) parti del negozio di cessione e questo perché parti private, non «disinteressate», anzi portatrici di un interesse confliggente con quello del debitore ceduto. A tal riguardo, giova richiamare Cassazione del 5 novembre 2020, n. 24798, secondo cui nell'ipotesi di contestazione in sede processuale del credito della cessionaria, è necessario «...*dimostrare l'inclusione di quel credito nell'operazione di cessione attraverso prove documentali attestanti la propria legittimazione sostanziale*».

Dunque, senza dubbio, non può essere accolta la tesi secondo cui la prova della notifica a mezzo della Gazzetta Ufficiale sarebbe idonea a costituire, di per sé, prova anche della cessione. Al più potrebbe costituire elemento indiziario ai fini di una valutazione complessiva,

richiesta dalla prova presuntiva e che richiede il raccordo di tale indizio con altre circostanze che convergano univocamente nel dimostrare non solo l'avvenuta cessione, ma anche la ricomprensione in essa della posizione creditoria controversa.

Ciò premesso, il Giudice dell'esecuzione, a meno che non esista un giudicato interno sul punto, non può esimersi dalla verifica d'ufficio dell'effettiva esistenza del titolo o, comunque, di circostanze di fatto, convergenti e univoche, dotate di idonea capacità dimostrativa della circostanza per cui la cessione vi sia effettivamente stata.

3.4. Normativa nazionale in materia di riciclaggio e di obbligo di iscrizione

Il piano interno di disciplina antiriciclaggio è costituito dal decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231, come novellato dal D.lgs. 4 ottobre 2019, n. 125, nonché, a livello di normativa secondaria, dalle relative disposizioni di attuazione adottate dal Ministro dell'economia e delle finanze, dall'Unità di Informazione Finanziaria per l'Italia e dalle Autorità di vigilanza di settore.

Deve menzionarsi anche il Decreto Legislativo del 13 Agosto 2010 n.° 141 che ha novellato, in misura apprezzabile, la disciplina degli Intermediari Finanziari¹ cosiddetti "non bancari", potenziando e inasprendo la vigilanza di settore; intervenendo, in particolare, sulla formulazione dell'art. 106 Tub.

A) Le singole disposizioni

1. L'art. 106 Tub:

L'attuale formulazione dell'art. 106 Tub, in materia di albo degli intermediari finanziari, conseguente alle modifiche introdotte dal Decreto Legislativo del 13 Agosto 2010 n.° 141, prevede che:

"1. L'esercizio nei confronti del pubblico dell'attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma è riservato agli intermediari finanziari autorizzati, iscritti in un apposito albo tenuto dalla Banca d'Italia.

2. Oltre alle attività di cui al comma 1 gli intermediari finanziari possono:

a) emettere moneta elettronica e prestare servizi di pagamento a condizione che siano a ciò autorizzati ai sensi dell'articolo 114-quinquies, comma 4, e iscritti nel relativo albo, oppure prestare solo servizi di pagamento a condizione che siano a ciò autorizzati ai sensi dell'articolo 114-novies, comma 4, e iscritti nel relativo albo;

b) prestare servizi di investimento se autorizzati ai sensi dell'articolo 18, comma 3, del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58;

c) esercitare le altre attività a loro eventualmente consentite dalla legge nonché attività connesse o strumentali, nel rispetto delle disposizioni dettate dalla Banca d'Italia.

3. Il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Banca d'Italia, specifica il contenuto delle attività indicate nel comma 1, nonché in quali circostanze ricorra l'esercizio nei confronti del pubblico".

Fine primario è quello di rafforzare la stabilità del mercato per il tramite di un più rigoroso monitoraggio e di una gestione, in chiave preventiva, del rischio sistemico connotato

all'apertura dei mercati in chiave concorrenziale, anche in considerazione della capillare attività di *funding*, svolta da questi soggetti.

Il legislatore speciale ha tentato di perseguire tale finalità, muovendo dall'individuazione delle attività sottoposte a riserva c.d. gestoria.

In sede di novellazione della norma, ha provveduto a restringere, in una logica maggiormente selettiva, i requisiti necessari per l'iscrizione al nuovo Albo degli Intermediari Finanziari. Ciò ha fatto conformandone la struttura organizzativa interna ed elevandone i requisiti patrimoniali.

Quanto all'individuazione della riserva di attività⁴, la norma introduce un concetto particolarmente ampio di "*esercizio nei confronti del pubblico dell'attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma*", rispetto al quale rimangono estranee solo l'assunzione di partecipazioni e l'intermediazione in cambi⁸.

La *ratio* ispirativa è quella di arginare il rischio sistemico⁹ anche in relazione a fenomeni di riciclaggio. Ciò, ovviandovi, per il tramite di procedure di controllo, più rigorose e attente ai profili di criticità, emersi dai controlli posti in essere dall'Autorità di Vigilanza.

Altra notazione è quella relativa al "progressivo appiattimento" della capacità patrimoniale e della struttura organizzativa di tali intermediari su quella delle società iscritte nell'Elenco Speciale ex Art. 107.

In particolare, si è provveduto all'introduzione di un controllo Interno dei Rischi, così come alla prescrizione di un 'presidio antiriciclaggio'.

Tale ultimo risulta indefettibile per preservare l'intermediario dal rischio che, nello svolgimento della propria attività, sia coinvolto in operazioni di riciclaggio e finanziamento del terrorismo.

In particolare, rispetto alla formulazione originaria della norma, è scomparso qualunque cenno all'attività svolta *non nei confronti del pubblico*. Parimenti, sono venuti meno i previgenti riferimenti al c.d. profilo dimensionale, proprio di ogni intermediario così come alla natura dell'attività esercitata. Tutti caratteri che rilevavano al fine di distinguere le diverse tipologie di intermediario operanti sul mercato.

La modulazione della nuova figura dell'intermediario finanziario si iscrive in un contesto normativo che ha visto l'implementarsi dei piani di intervento del legislatore comunitario, in particolare, sotto il profilo della trasparenza dei Servizi Bancari e Finanziari e, in generale, della tutela della scelta del consumatore.

Ad essere tutelata è la libertà di autodeterminazione con riguardo alla propria sfera negoziale che, come evidenziato da autorevole dottrina, viene presidiata non in sé ma quale

⁸ Per effetto di tale più ampia nozione, in virtù di quanto disposto dall'art. 113 ante D.Lgs. 141/2010, si è avuta la soppressione della sezione speciale dell'Elenco Generale, destinata all'iscrizione dei soggetti che esercitavano le attività di cui all'art. 106 comma 1 "in via prevalente, non nei confronti del pubblico".

⁹ Fine è stato anche quello di tentare di arginare, per il tramite di procedure di controllo, più rigorose, i profili di criticità, emersi dai controlli posti in essere dall'Autorità di Vigilanza, così come di realizzare un "progressivo appiattimento" della struttura patrimoniale ed organizzativa di tali intermediari su quella delle società iscritte nell'Elenco Speciale ex Art. 107. Proprio per tale progressiva assimilazione normativa, non residua apprezzabile "traccia del sistema duale precedente", ingenerandosi uno "scenario abbastanza piatto ed omogeneo".

c.d. bene intermedio e strumentale alla garanzia dell'assetto concorrenziale del mercato, unico in grado di assicurarne l'efficienza allocativa.

2. *L'art. 107 Tub*

L'attuale art. 107 comma primo, prevede espressamente che “*La Banca d'Italia autorizza gli intermediari finanziari ad esercitare la propria attività*” laddove siano soddisfatte alcune condizioni legali, consistenti nel possesso di nuovi requisiti che i soggetti sono chiamati a dimostrare di avere nel momento in cui presentino istanza di iscrizione nel suddetto elenco¹⁰.

È sintomatico dell'irrigidimento del sistema della vigilanza da parte della Banca d'Italia, ingenerato dai nuovi e più stringenti vincoli comunitari, anche la transizione, non solo terminologica, ad un modello di tipo c.d. «autorizzatorio».

Infatti, il legislatore non si esprime più in termini di *iscrizione*, ma di *autorizzazione*.

Né il possesso di tali requisiti abilita, di per sé, a conseguire l'anelata iscrizione, residuando un potere di valutazione discrezionale in capo alla Banca di Italia, che può verificare che esistano i presupposti idonei a garantire “la sana e prudente gestione”¹ e ciò anche con riguardo al “programma concernente l'attività iniziale” così come alla “struttura organizzativa”.

La compressione dell'autonomia organizzativa degli intermediari arriva al punto di investire anche la gestione delle c.d. reti distributive terze e ciò dimostra l'attenzione del legislatore nel prevenire l'adozione di modalità organizzative con finalità elusiva o, comunque, «distoniche» rispetto alla ratio normativa di innalzamento delle soglie di controllo.

Ciò nella premessa che tale «eteroconformazione dell'autonomia negoziale» degli intermediari, nella logica della novella, passa per il tramite della normativa primaria, ma anche di quella secondaria che la stessa autorità di vigilanza è legittimata ad adottare.

Infatti, ogni intermediario che intenda proseguire la propria attività, *sub specie* di concessione di finanziamenti è tenuto ad osservare le regole che la Banca d'Italia afferenti una pluralità di profili: “il governo societario, l'adeguatezza patrimoniale, il contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni, l'organizzazione amministrativa e contabile, i controlli interni ed i sistemi di remunerazione e incentivazione nonché l'informativa da rendere al pubblico sulle predette materie”.

¹⁰ In particolare, il novello articolo 107, in materia di autorizzazione, prevede che “1. *La Banca d'Italia autorizza gli intermediari finanziari ad esercitare la propria attività al ricorrere delle seguenti condizioni:* a) sia adottata la forma di società per azioni, in accomandita per azioni, a responsabilità limitata e cooperativa; b) la sede legale e la direzione generale siano situate nel territorio della Repubblica; c) il capitale versato sia di ammontare non inferiore a quello determinato dalla Banca d'Italia anche in relazione al tipo di operatività; d) venga presentato un programma concernente l'attività iniziale e la struttura organizzativa, unitamente all'atto costitutivo e allo statuto; e) sussistano i presupposti per il rilascio dell'autorizzazione prevista dall'articolo 19 per i titolari delle partecipazioni ivi indicate (1); e-bis) i soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo siano idonei, secondo quanto previsto ai sensi dell'articolo 110 (2); f) non sussistano, tra gli intermediari finanziari o i soggetti del gruppo di appartenenza e altri soggetti, stretti legami che ostacolano l'effettivo esercizio delle funzioni di vigilanza; g) l'oggetto sociale sia limitato alle sole attività di cui ai commi 1 e 2 dell'articolo 106.
2. *La Banca d'Italia nega l'autorizzazione quando dalla verifica delle condizioni indicate nel comma 1 non risulti garantita la sana e prudente gestione.*
3. *La Banca d'Italia disciplina la procedura di autorizzazione, i casi di revoca, nonché di decadenza, quando l'intermediario autorizzato non abbia iniziato l'esercizio dell'attività, e detta disposizioni attuative del presente articolo.*

3. L'art. 108 Tub

Il controllo, esercitato in sede preventiva ovvero di autorizzazione all'iscrizione, si correla e si completa con i poteri di vigilanza ex art. 108¹¹.

D'altronde, la Banca di Italia è legittimata financo ad "ordinare la convocazione degli organi collegiali degli intermediari finanziari, fissandone l'ordine del giorno" e ciò al fine di "proporre l'assunzione di determinate decisioni", così come la stessa può "procedere direttamente alla convocazione degli organi collegiali" nell'ipotesi d'inerzia dell'intermediario.

Peraltro, deve evidenziarsi che il legislatore ha introdotto anche una forma di vigilanza di tipo consolidato¹².

¹¹ L'articolo 108, rubricato come "Vigilanza" prevede che: "1. La Banca d'Italia emana disposizioni di carattere generale aventi a oggetto: il governo societario, l'adeguatezza patrimoniale, il contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni, l'organizzazione amministrativa e contabile, i controlli interni e i sistemi di remunerazione e incentivazione nonché l'informativa da rendere al pubblico sulle predette materie. La Banca d'Italia può adottare, ove la situazione lo richieda, provvedimenti specifici nei confronti di singoli intermediari per le materie in precedenza indicate. Con riferimento a determinati tipi di attività la Banca d'Italia può inoltre dettare disposizioni volte ad assicurare il regolare esercizio.
2. Le disposizioni emanate ai sensi del comma 1 prevedono che gli intermediari finanziari possano utilizzare:
a) le valutazioni del rischio di credito rilasciate da società o enti esterni previsti dall'articolo 53, comma 2-bis, lettera a);
b) sistemi interni di misurazione dei rischi per la determinazione dei requisiti patrimoniali, previa autorizzazione della Banca d'Italia.
3. La Banca d'Italia può:
a) convocare gli amministratori, i sindaci e i dirigenti degli intermediari finanziari per esaminare la situazione degli stessi;
b) ordinare la convocazione degli organi collegiali degli intermediari finanziari, fissandone l'ordine del giorno, e proporre l'assunzione di determinate decisioni;
c) procedere direttamente alla convocazione degli organi collegiali degli intermediari finanziari quando gli organi competenti non abbiano ottemperato a quanto previsto dalla lettera b);
d) adottare per le materie indicate nel comma 1, ove la situazione lo richieda, provvedimenti specifici nei confronti di singoli intermediari finanziari, riguardanti anche: la restrizione delle attività o della struttura territoriale; il divieto di effettuare determinate operazioni, anche di natura societaria, e di distribuire utili o altri elementi del patrimonio, nonché, con riferimento a strumenti finanziari computabili nel patrimonio a fini di vigilanza, il divieto di pagare interessi;
d-bis) disporre, qualora la loro permanenza in carica sia di pregiudizio per la sana e prudente gestione dell'intermediario finanziario, la rimozione dalla carica di uno o più esponenti aziendali; la rimozione non è disposta ove ricorrano gli estremi per pronunciare la decadenza ai sensi dell'articolo 26, salvo che sussista urgenza di provvedere.
3-bis. La Banca d'Italia può altresì convocare gli amministratori, i sindaci, i dirigenti dei soggetti ai quali siano state esternalizzate funzioni aziendali essenziali o importanti (1).
4. Gli intermediari finanziari inviano alla Banca d'Italia, con le modalità e nei termini da essa stabiliti, le segnalazioni periodiche nonché ogni altro dato e documento richiesto. Essi trasmettono anche i bilanci con le modalità e nei termini stabiliti dalla Banca d'Italia.
4-bis. La Banca d'Italia può chiedere informazioni al personale degli intermediari finanziari, anche per il tramite di questi ultimi.
4-ter. Gli obblighi previsti dal comma 4 si applicano anche ai soggetti ai quali gli intermediari finanziari abbiano esternalizzato funzioni aziendali essenziali o importanti e al loro personale (3).
5. La Banca d'Italia può effettuare ispezioni presso gli intermediari finanziari o i soggetti a cui sono esternalizzate funzioni aziendali essenziali o importanti e richiedere a essi l'esibizione di documenti e gli atti che ritenga necessari.
6. Nell'esercizio dei poteri di cui al presente articolo la Banca d'Italia osserva criteri di proporzionalità, avuto riguardo alla complessità operativa, dimensionale e organizzativa degli intermediari, nonché alla natura specifica dell'attività svolta.

¹² L'articolo 109, in materia di vigilanza consolidata, prevede che: "1. La Banca d'Italia emana disposizioni volte a individuare, tra soggetti non sottoposti a vigilanza consolidata ai sensi del capo II, titolo III, ovvero del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, il gruppo finanziario, composto da uno o più intermediari finanziari, dalle banche extracomunitarie e dalle società finanziarie come definite dall'articolo 59, comma 1, lettera b). Società capogruppo è l'intermediario finanziario o la società finanziaria che esercita il controllo diretto o indiretto sugli altri componenti del gruppo. 2. La Banca d'Italia può esercitare la vigilanza su base consolidata, oltre che nei confronti dei soggetti di cui al comma 1 inclusi nel gruppo finanziario, nei confronti di:
a) intermediari finanziari e società bancarie, finanziarie e strumentali partecipate per almeno il venti per cento dalle società appartenenti a un gruppo finanziario o da un intermediario finanziario;
b) intermediari finanziari e società bancarie, finanziarie e strumentali non comprese in un gruppo finanziario, ma controllate dalla persona fisica o giuridica che controlla un gruppo finanziario o un intermediario finanziario;
c) società diverse dagli intermediari finanziari e da quelle bancarie, finanziarie e strumentali quando siano controllate da un intermediario finanziario ovvero quando società appartenenti a un gruppo finanziario detengano, anche congiuntamente, una partecipazione di controllo.
3. Al fine di esercitare la vigilanza ai sensi dei commi 1 e 2, la Banca d'Italia:
a) può impartire alla capogruppo, con provvedimenti di carattere generale o particolare, disposizioni concernenti il gruppo finanziario complessivamente considerato o i suoi componenti, sulle materie indicate nell'articolo 108, comma 1. L'articolo 108 si applica anche al gruppo finanziario. Le disposizioni emanate dalla Banca d'Italia per esercitare la

Unico e significativo limite che deve essere osservato dalla Banca di Italia e' quello connesso all'osservanza del principio generale di proporzionalità, ragione per cui la concreta modulazione dei poteri informativi e ispettivi non potrà non tenere conto di: dimensione, struttura organizzativa, operatività e tipologia di attività dell'intermediario.

Esiste, peraltro, una norma di chiusura che sancisce, formalmente, l'applicabilità agli intermediari di una parte dello statuto tipico delle banche e che rinviene la propria ragion di essere anche nella consapevolezza dell'indubbia omogeneità degli interessi sottesi alla rispettiva attività¹³.

Proprio per tale progressiva assimilazione normativa, non residua apprezzabile "traccia del sistema duale precedente", ingenerandosi uno "scenario abbastanza piatto ed omogeneo".

3.4. Conseguenze della mancata iscrizione del cessionario in blocco: difficoltà interpretative e possibili opzioni ermeneutiche

Premesso che secondo la S. C. la cessione dei crediti, non connessa ad una cartolarizzazione, non darebbe luogo ad attività di intermediazione finanziaria e delineato il quadro regolatorio della prima, deve precisarsi che, come già precisato, per un altro e diverso orientamento interpretativo, specie, dottrinale, la cessione si concretizzerebbe in un'attività di intermediazione finanziaria e, come tale, i soggetti coinvolti - ed, in particolare, l'acquirente del pacchetto - soggiacerebbero a iscrizione nell'albo vigilato ex art. 106 T.u.b.. Da ciò la necessità di individuare nell'ipotesi di omessa iscrizione le conseguenze giuridiche della stessa.

3.4.1. Irrilevanza giuridica del difetto di iscrizione, in quanto mero illecito amministrativo

vigilanza su base consolidata possono tenere conto, anche con riferimento al singolo intermediario finanziario, della situazione dei soggetti indicati nel comma 2, lettere a) e b). La Banca d'Italia può impartire disposizioni anche nei confronti di un solo o di alcuni componenti il gruppo finanziario; b) può richiedere, nei termini e con le modalità dalla medesima determinati, alle società appartenenti al gruppo finanziario la trasmissione, anche periodica, di situazioni e dati, nonché ogni altra informazione utile e ai soggetti indicati nel comma 2, lettera c), nonché alle società che controllano l'intermediario finanziario e non appartengono al gruppo finanziario, le informazioni utili per consentire l'esercizio della vigilanza consolidata; tali soggetti forniscono alla capogruppo ovvero all'intermediario finanziario le situazioni, i dati e le informazioni richieste per consentire l'esercizio

¹³ L'articolo 110 prevede che "1. Agli intermediari finanziari si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni contenute negli articoli 19, 20, 21, 22, 23, 24, 47, 52, 61, commi 4 e 5, 62, 63, 64, 78 e 82. I provvedimenti previsti nell'articolo 19 sono adottati dalla Banca d'Italia. 1-bis. Ai soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso intermediari finanziari si applica l'articolo 26, ad eccezione del comma 3, lettere c) ed e); il decreto di cui all'articolo 26 può prevedere l'applicazione dei criteri di competenza definiti ai sensi del medesimo articolo, comma 3, lettera c), avuto riguardo alla complessità operativa, dimensionale e organizzativa degli intermediari, nonché alla natura specifica dell'attività svolta (6). 1-ter. Ai titolari delle partecipazioni indicate all'articolo 19 in intermediari finanziari si applica l'articolo 25, ad eccezione del comma 2, lettera b); il decreto di cui all'articolo 25 può prevedere l'applicazione dei criteri di competenza definiti ai sensi del medesimo articolo, comma 2, lettera b), avuto riguardo alla complessità operativa, dimensionale e organizzativa degli intermediari, nonché alla natura specifica dell'attività della vigilanza consolidata; c) può effettuare ispezioni e richiedere l'esibizione di documenti e gli atti che ritenga necessari; le ispezioni nei confronti di società diverse da quelle bancarie, finanziarie e strumentali hanno il fine esclusivo di verificare l'esattezza dei dati e delle informazioni forniti per il consolidamento. I poteri previsti dalla presente lettera si applicano anche ai soggetti ai quali siano state esternalizzate funzioni aziendali essenziali o importanti (1). 3-bis. La Banca d'Italia può chiedere informazioni al personale dei soggetti indicati al comma 3, lettera b), anche per il tramite di questi ultimi e per i medesimi fini ivi indicati (2). 3-ter. Gli obblighi e i poteri previsti dal comma 3, lettera b), si applicano anche ai soggetti ai quali siano state esternalizzate funzioni aziendali essenziali o importanti e al loro personale (3).

Secondo la Suprema Corte la mancanza di iscrizione sarebbe priva di rilevanza giuridica per la fattispecie contrattuale. Ciò, in quanto la conclusione del contratto, in difetto d'iscrizione, rilevarebbe in termini di mero illecito amministrativo, sanzionabile dall'autorità competente alla regolazione del mercato, ovvero la Consob o la Banca d'Italia.

In tal senso, non può sottacersi la già evocata ordinanza del Supremo Collegio del 18 marzo 2024, n. 7243 che - seppur in relazione ad una fattispecie distinta da quella di specie - si è pronunciata sulle conseguenze dell'omessa iscrizione sul piano della validità del mandato all'incasso e alla riscossione, sostenendone l'irrilevanza.

Invero, con riguardo all'ipotesi di mandato con procura all'incasso dei crediti ceduti, un'ordinanza della Cassazione del 18 marzo 2024 n. 7243, Sez. III ha stabilito che *«dall'omessa iscrizione nell'albo ex art. 106 TUB del soggetto concretamente incaricato della riscossione dei crediti non deriva alcuna invalidità, pur potendo tale mancanza assumere rilievo sul diverso piano del rapporto con l'autorità di vigilanza o per eventuali profili penalistici (titolo VIII, capo I, del TUB). In conclusione, con specifico riferimento all'eccezione qui avanzata, ai fini della validità del controricorso non rileva che la special servicer – rappresentante sostanziale di master servicer, a sua volta mandataria della società veicolo SPV, cessionaria di credito bancario – sia iscritta (oppure no) nell'albo degli intermediari finanziari»*.

La pronuncia non ha condiviso - in quanto *«artificiosa e destituita di fondamento»* - la diversa tesi secondo cui sarebbe nullo il conferimento dell'incarico di recupero (anche forzoso) dei crediti ad un soggetto non iscritto al predetto Albo degli intermediari finanziari e tale invalidità, che affliggerebbe il mandato, si ripercuoterebbe sugli atti compiuti nell'esercizio dell'attività.

La disciplina di cui agli artt. 2, comma 6, l. n. 130/1999 e 106 TUB, secondo il giudice della nomofilachia, non sarebbe connotata in termini imperativi: *«le succitate norme non hanno alcuna valenza civilistica, ma attengono alla regolamentazione (amministrativa) del settore bancario (e, più in generale, delle attività finanziarie)»*, la cui rilevanza pubblicistica è specificamente tutelata dal sistema dei controlli e dei poteri, anche sanzionatori, facenti capo all'autorità di vigilanza e presidiati da norme penali. Dunque, l'omessa iscrizione nel menzionato albo assumerebbe rilievo sul diverso piano del rapporto con la predetta autorità di vigilanza o per eventuali profili penalistici.

3.4.2. Inefficacia per difetto di legittimazione attiva

Similmente a quanto avviene per l'ipotesi di difetto, in capo al disponente, della proprietà della cosa (o dell'altro diritto di cui lo stesso voglia disporre), in dottrina, si è invocata la ricostruzione in termini d'inefficacia per difetto di legittimazione alla conclusione del contratto. Contratto che rimarrebbe valido, incidendo l'omessa iscrizione non sulla valida formazione del vincolo ma sul momento c.d. effettuale.

3.4.3. La ricostruzione in termini di nullità virtuale

Nondimeno, è stato evidenziato come le suddette ricostruzioni non si attagliano alla natura di norma imperativa - preposta alla tutela di interessi generali - propria della disciplina conformativa dell'attività delle Spv e, in generale, della circolazione del credito, specie, quando

a venire in rilievo sia la disciplina di contrasto del riciclaggio, di fonte non solo nazionale, ma anche comunitaria.

D'altronde, l'ordinamento conosce altre ipotesi in cui il difetto della richiesta d'iscrizione in albi o elenchi, tenuti da organismi di diritto pubblico, quali la Camera di Commercio o gli Ordini professionali, è idonea a ingenerare l'invalidità radicale e genetica del vincolo contrattuale.

A mero titolo esemplificativo, Cassazione civile sez. lav., 09/03/2023, n.7031 ha statuito il principio per cui la mancata iscrizione all'albo dei praticanti comporta la nullità del contratto di lavoro per violazione di legge. Ancora si è affermato che in tema di rapporto di lavoro giornalistico, l'omissione dell'iscrizione all'albo dei praticanti sarebbe idonea a ingenerare la nullità del contratto di lavoro per violazione di legge, che non è sanabile con la successiva retrodatazione dell'iscrizione; tuttavia, poiché detta nullità non deriva da illiceità dell'oggetto e della causa, l'attività svolta conserva giuridica rilevanza ed efficacia ai sensi dell'art. 2126 c.c., sicché, per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, il lavoratore ha diritto al trattamento economico e previdenziale, senza che sorga, però, anche lo specifico obbligo dell'assicurazione presso l'Istituto Nazionale di Previdenza dei Giornalisti Italiani (I.N.P.G.I.), in quanto presupposto dello stesso non è solo la natura giornalistica dell'attività svolta, ma anche l'iscrizione all'Albo.

Proprio la radicalità della sanzione che l'ordinamento, sul piano civile, riconnette al difetto di requisiti abilitanti, ha indotto gli interpreti a circoscriverne l'ambito applicativo, limitandolo agli atti tipici della professione o del mestiere che siano esercitati abusivamente o *sine titolo*.

Si è affermato che, nel caso di lavoratore autonomo (nella specie meccanico), ciò che rileva al fine del riconoscimento del corrispettivo per il lavoro prestato è la conclusione del contratto di lavoro autonomo, in quanto la nullità prevista dall'art. 2231 c.c. ricorre soltanto quando la prestazione espletata dal professionista rientri tra quelle riservate in via esclusiva ad una determinata categoria professionale, il cui esercizio sia subordinato per legge all'iscrizione in apposito albo o ad abilitazione: al di fuori di tali attività, vige, infatti, il principio generale di libertà di lavoro autonomo o di libertà di impresa di servizi, a seconda del contenuto delle prestazioni e della relativa organizzazione. Pertanto, nel caso in esame, trattandosi di opera artigiana, non vi è alcuna norma di legge che subordina il diritto al compenso del meccanico all'iscrizione ad un albo: ne consegue che il lavoratore autonomo ha diritto di richiedere il pagamento per l'opera svolta, anche se privo di partita IVA, in quanto le eventuali violazioni di carattere tributario non incidono sugli aspetti civilistici.

Le medesime conclusioni in termini di radicalità dell'invalidità sono state formulate con riguardo alla sorte del contratto di mediazione nell'ipotesi di mancata iscrizione del mediatore (v. Cassazione civile sez. II, 11/05/2022, n.14971)¹⁴.

¹⁴ E coerentemente con la predetta qualificazione, ne viene modulato anche il regime processuale, affermandosi che l'eccezione di nullità del contratto di mediazione per mancanza di iscrizione del mediatore nel ruolo previsto dalla l.n. 39 del 1989, in quanto la stessa costituisce un'eccezione in senso lato, afferendo a questione rilevabile d'ufficio dal giudice, e, pertanto, non è soggetta, in grado di appello, alle preclusioni di cui all'art. 345 c.p.c. ed al divieto dello "ius novorum" sancito dalla stessa norma. L'eccezione di nullità del c nel ruolo non è soggetta in appello al divieto dello "ius novorum".

D'altronde, che quella della nullità per difetto dei requisiti legittimanti allo svolgimento dell'attività negoziale sia una categoria generale, si rinvia conferma anche nella pronuncia delle Sezioni Unite del 2007, in materia d'intermediazione finanziaria.

La sentenza ha affermato il principio per cui sono da considerarsi imperative e invalidanti, se violate, "le norme che, in assoluto, oppure in presenza o in difetto di determinate condizioni oggettive o soggettive, direttamente o indirettamente, vietano la stipulazione stessa del contratto: come è il caso dei contratti conclusi in assenza di una particolare autorizzazione al riguardo richiesta dalle legge, o in mancanza dell'iscrizione di uno dei contraenti in albi o registri cui la legge eventualmente condiziona la loro legittimazione a stipulare quel genere di contratto, e simili". Orbene, "se il legislatore vieta, in determinate circostanze, di stipulare il contratto e, nondimeno, il contratto viene stipulato, è la sua stessa esistenza a porsi in contrasto con la norma imperativa; e non par dubbio che ne discenda la nullità dell'atto per ragioni - se così può dirsi - ancor più radicali di quelle dipendenti dalla contrarietà a norma imperativa del contenuto dell'atto medesimo".

Il Supremo collegio, nel tentativo di ribadire l'attualità della dicotomia fra, da un lato, regole di validità (conformative della formazione del vincolo contrattuale, idonee a ingenerare, se violate l'invalidità del vincolo) e regole di comportamento (afferenti alla concreta modalità delle trattative prenegoziali o al modo in cui è stata data di volta in volta attuazione agli obblighi contrattuali gravanti su una delle parti), ebbe cura di precisare che le norme prescrittive dell'iscrizione dovevano ritenersi estranee alla seconde. In quanto tali, esse sarebbero idonee a ingenerare l'invalidità genetica del vincolo negoziale.

Si rende, dunque, necessario ricostruire il regime di tale nullità virtuale, individuandone gli elementi distintivi.

Nel senso della nullità virtuale del mandato alla riscossione dei crediti in blocco, si è espresso, di recente, Trib. Firenze, Sez. III, 27 maggio 2024, secondo cui la disposizione di cui all'art. 2 l. n. 130/1999, recante un contenuto precettivo specifico e chiaro, ponendo un determinato requisito in capo a una delle parti del rapporto (ovvero l'iscrizione all'albo *ex art.* 106 TUB), ovvero il soggetto incaricato della riscossione - conterrebbe una norma imperativa.

Ciò, in quanto, in difetto di tale condizione soggettiva (iscrizione all'albo *ex art.* 106 TUB), è vietata la stipula stessa del contratto, ovvero la delega delle attività di riscossione.

Il tribunale fiorentino ha affermato che la riscossione dei crediti, di cui sono titolari le società veicolo, configura un'attività "riservata" ai soli soggetti iscritti all'albo di cui all'art. 106 TUB (salva la facoltà, a certe condizioni, di delega da parte di questi ultimi, di talune attività, ai cc.dd. *subservicer*, i quali operano sotto la vigilanza dei primi).

Si tratterebbe di una condizione che evidentemente il legislatore ritiene necessaria in considerazione degli interessi coinvolti nell'operazione, in particolare, la tutela degli investitori che acquistano titoli dalle società veicolo e l'effettivo dispiegarsi degli obblighi di controllo che la stessa legge pone in capo a tali soggetti (art. 6bis).

Come affermato dalla Banca d'Italia «*La scelta di rimettere a banche e intermediari finanziari i compiti di servicing nelle operazioni di cartolarizzazione dei crediti risponde all'esigenza di assicurare un effettivo presidio di conformità su tali operazioni, mediante il coinvolgimento diretto di soggetti vigilati e specializzati nella gestione dei crediti e dei flussi di pagamento*». L'autorità di vigilanza ha affermato che la «*cornice normativa*» è «*fondata sulla centralità del servicer quale soggetto sottoposto a vigilanza prudenziale*». L'omessa iscrizione consente invece agli operatori di sottrarsi agli obblighi di controllo esercitati dalla Banca d'Italia sui soggetti vigilati e, quindi, impedisce il raggiungimento degli obiettivi dettati dall'art. 2 della legge sulle cartolarizzazioni.

Secondo la pronuncia de qua, non sarebbe, quindi, condivisibile l'affermazione secondo cui «*il mero riferimento alla rilevanza economica (nazionale e generale) delle attività bancarie e finanziarie non vale di per sé a qualificare in termini imperativi tutta l'indefinita serie di disposizioni del cd. "diritto dell'economia", contenute in interi apparati normativi (come il T.U.B. o il T.U.F.)*», né tale principio sembra conforme all'orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità nella materia *de qua*.

D'altronde, ricorda il tribunale fiorentino, come le stesse Sezioni Unite del 2007 (già menzionate) abbiano affermato che le norme previste in materia di intermediazione finanziaria hanno carattere imperativo in quanto «*dettate non solo nell'interesse del singolo contraente di volta in volta implicato ma anche nell'interesse generale all'integrità dei mercati finanziari (come è ora reso esplicito dalla formulazione del D.Lgs n. 58 del 1998, art. 21, lett. a, ma poteva ben ricavarsi in via d'interpretazione sistematica già nel vigore della legislazione precedente), si impongono inderogabilmente alla volontà delle parti contraenti*».

La Cassazione ha, altresì, ritenuto «*interessi di carattere generale*» quelli «*che vanno dalla tutela dei risparmiatori uti singuli, a quella del risparmio pubblico, come elemento di valore della economia nazionale, a quella della stabilità del sistema finanziario...alla esigenza di preservare il mercato da inquinamenti derivanti dall'impiego di risorse provenienti da circuiti illegali, a quella di rendere efficiente il mercato dei valori mobiliari con vantaggi per le imprese e per la economia pubblica, interessi tutti chiaramente prevalenti su quelli del privato, che pure di riflesso ne rimane tutelato, e che attribuiscono alla iscrizione nell'albo, alla autorizzazione, ai successivi controlli una valenza che trascende la formale e ordinata gestione dell'attività ed investe l'atto in cui essa si sostanzia, essendo interesse dell'ordinamento rimuoverlo, per le turbative che crea sul sistema finanziario generale*». Si deve, quindi, concludere che la disposizione che riserva ai servicer iscritti all'albo ex art. 106 TUB l'attività di riscossione dei crediti cartolarizzati ha natura imperativa.

Orbene, il giudice fiorentino evidenzia come il fatto che le disposizioni richiamate non prevedano in maniera espressa la nullità degli atti compiuti in violazione del precetto, non escluda la possibilità di configurare una nullità c.d. virtuale, potendo la stessa derivare dall'applicazione del principio generale sancito dall'art. 1418, comma 1, c.c..

Lo stesso prevede la nullità per contrasto a norme imperative, facendo salvo solo il caso in cui «*la legge disponga diversamente*».

La Cassazione ha richiamato la tradizionale giurisprudenza, secondo cui la diversa disposizione legislativa può essere “*identificata anche implicitamente*”, come per esempio nell’ipotesi in cui il legislatore preveda, espressamente, una forma di invalidità diversa dalla nullità (a titolo esemplificativo, l’annullabilità) o, al contempo, quando la legge assicura l’effettività della norma imperativa con la previsione di rimedi diversi dall’invalidità del contratto (a titolo esemplificativo, la decadenza dai benefici fiscali).

Pur tuttavia, la giurisprudenza di legittimità ha precisato che occorre previamente identificare la ragione del divieto e che «*sono sempre affetti da nullità gli atti contrari a norme imperative dirette a tutelare interessi di carattere generale. E tali sono quelli dei terzi e dei creditori sociali a che le operazioni di assistenza finanziaria, in violazione dell’art. 2358 c.c., non abbiano a depauperare il patrimonio della società; esattamente come lo sono quelli di volta in volta presidiati dalle norme di tutela della regolarità dei mercati o della stabilità del sistema finanziario o bancario, o delle garanzie della scelta dei contraenti per la regolarità dei pubblici appalti (v. Cass. Sez. 1 n. 367210, Cass. Sez. 1 n. 23025-11); e così via, secondo una casistica certo variabile ma pur sempre basata sull’evoluzione dei livelli di importanza attribuita al rango degli interessi presidiati nei diversi settori dell’ordinamento*».

Nel caso di specie, la norma imperativa che richiede l’iscrizione all’albo degli intermediari ex art. 106 TUB è diretta a tutelare, sotto il profilo degli interessi individuali, gli investitori e, per quanto concerne il livello pubblicistico di tutela, gli interessi generali del mercato, di rilievo costituzionale (art. 47 Cost.).

La mancanza di una norma che commini la nullità non è sufficiente a ritenere che le sanzioni amministrative ed eventualmente penali esauriscano la risposta dall’ordinamento contro l’esercizio dell’attività vietata, ben potendo le sanzioni essere cumulabili tra loro.

Orbene, secondo il Tribunale di Firenze, non può ritenersi che l’effettività della norma imperativa sia adeguatamente tutelata attraverso la vigilanza della Banca d’Italia e l’apparato sanzionatorio previsto dal TUB.

Invero, ciò può valere nell’ipotesi in cui i soggetti vigilati eludano i controlli previsti dalla Banca d’Italia o pongano in essere talune violazioni delle disposizioni previste dal TUB e della normativa.

Diversa è l’ipotesi in cui sia incaricato della riscossione direttamente un soggetto non iscritto all’albo previsto dall’art. 106 TUB, in quanto in tale ipotesi risulta evidentemente assente un requisito soggettivo richiesto per l’estrinsecarsi della potestà di controllo e sanzionatoria della Banca d’Italia.

Le stesse considerazioni sono vevolevoli, *mutata mutandis*, per l’ipotesi di un contratto di cessione in blocco fra soggetti non iscritti e, dunque, non vigilati.

In tali casi, il rimedio della nullità sembra prefigurarsi come quello che meglio assicura l’effettività della norma in quanto sono i debitori gli unici soggetti che hanno un interesse, occasionalmente coincidente con quello dell’ordinamento, a far valere eventuali violazioni, esercitando, quindi, un potere di impulso rispetto ad un controllo di legalità.

Controllo cui non sarebbero spronati a dare impulso qualora da tale violazione non vi fosse alcuna conseguenza sul piano civilistico.

In queste ipotesi, infatti, la Banca d'Italia difficilmente potrebbe intervenire non svolgendo un'attività di vigilanza diretta sui soggetti non iscritti e, quindi, potendo venire solo indirettamente a conoscenza di eventuali violazioni. Né, tantomeno, tale impulso può essere esercitato dagli investitori che, essendo meri titolari di titoli finanziari, possono solo fare affidamento su quanto riportato nel prospetto informativo ma non hanno alcuna cognizione dell'effettiva attività di recupero di quei crediti.

La sanzione civilistica della nullità è pertanto quella che sembrerebbe assicurare, in maniera migliore, l'effettività della norma imperativa posta a presidio di interessi pubblici.

Dunque, secondo il tribunale fiorentino, il mandato con cui la società veicolo conferisce direttamente la procura per la riscossione dei propri crediti ad una società non iscritta all'albo *ex art. 106 TUB* sarebbe nullo per violazione di norme imperativa e la società procuratrice risulta priva del potere di rappresentanza sostanziale non potendo riscuotere i crediti in nome e per conto di quest'ultima. Tale nullità si riverbererebbe sul potere di rappresentanza processuale della società incaricata *ex art. 77 c.p.c.* Parimenti, ciò sarebbe predicabile in relazione al contratto di cessione.

4.4. Anticomunitarietà del contratto di cessione

Si potrebbe profilare, peraltro, per quanto operazione qualificatoria ardua, un'anticomunitarietà del contratto da valutarsi alla stregua dell'ambito materiale di riferimento che è il mercato del credito cui sono sottesi gli interessi alla stabilità e sicurezza dei traffici giuridici.

Si tratta di un settore di certo interesse transfrontaliero nel quale viene in rilievo l'esercizio di poteri tipici (e espressi) da parte delle istituzioni comunitarie, ma anche di quelli impliciti, connessi alla tutela della concorrenza, quale materia di natura «trasversale», perché in grado di intersecare molti dei tradizionali ambiti di esercizio della sovranità statale.

Dunque, spostandosi sul piano negoziale, è possibile invocare anche la c.d. anticomunitarietà del contratto di cessione che intervenga, violando (o meglio eludendo) le regole comunitarie.

D'altronde, è noto come, nella logica del sistema di tutela delle posizioni di rilevanza comunitaria, acquisti valenza primaria la tutela in forma specifica, ovvero idonea ad assicurare il conseguimento del bene della vita agognato o di un'utilità, succedanea dello stesso.

Per contro, il ristoro meramente monetario o per equivalente costituisce forma di tutela del tutto residuale e ammissibile solo quando la prima non sia garantibile.

Tale principio affermato, specie, in materia di tutela della proprietà così come di responsabilità derivante dalla violazione della normativa a tutela degli appalti, costituisce espressione di una regola di carattere generale, valevole per ogni ipotesi in cui l'ordinamento nazionale si ponga in contrasto con quello sovranazionale.

Nulla vieta di mutuare tale principio in relazione alla regola negoziale, ma ciò, come si avrà modo di specificare, può avvenire ove alla norma comunitaria si attribuisca efficacia diretta di tipo, non meramente verticale, ma orizzontale.

A modesto avviso di questo remittente, se nell'ipotesi specifica dell'esecuzione di un appalto vi possono essere ipotesi, come l'integrale esecuzione della commessa in cui la tutela in forma specifica diviene oggettivamente impossibile, lasciando residuare la sola tutela per equivalente, nella diversa ipotesi – quale è la presente – in cui il bene della vita, *sub specie* della piena attuazione degli obblighi comunitari, sia, invece, conseguibile, allora tra le diverse ipotizzabili forme rimediali dovrebbe propendersi per quella maggiormente idonea (oppure idonea in via esclusiva) a massimizzare il risultato in termini di effettività della tutela.

Orbene, e' evidente come l'interpretazione volta ad assicurare all'obbligo di iscrizione e ai connessi controlli una valenza meramente amministrativa, ovvero limitata ai rapporti fra operatore economico e pubblica amministrazione competente, sia inidonea ad assicurare l'effettività della tutela delle situazioni giuridiche di rilievo comunitario.

Ciò, in quanto la materia delle cessioni dei crediti deteriorati, non solo, come già evidenziato, è di sicuro interesse transfrontaliero per l'attitudine delle cessioni in blocco a investire qualunque ragione di credito, presente nel portafoglio delle banche e degli intermediari finanziari, ma è anche presidiata dalla sanzione penale.

Muovendo da tale assioma logico, non appare in armonia né con la normativa antiriciclaggio, né con il principio di trasparenza, la tesi secondo cui la norma sull'iscrizione tutelerebbe un generico interesse pubblico e sarebbe inidonea, ove trasgredita, a cagionare l'invalidità del vincolo contrattuale che la violi.

D'altronde, la categoria del c.d. «contratto anticomunitario» non è estranea alla riflessione giuridica e muove dal presupposto che esiste un fitto reticolo di regole comunitarie - soprattutto, inserite in regolamenti o nei trattati o anche veicolate dai principi generali -, idonee a porsi quale parametro di legittimità non solo degli atti delle autorità degli stati membri, ma anche delle regole negoziali che rinvengano la propria fonte nell'autonomia negoziale.

Ciò, in quanto le regole sovranazionali sono, come noto, non solo direttamente applicabili ma anche preminenti nella gerarchia delle fonti rispetto alle regole di provenienza nazionale¹⁵.

Invero, autorevole dottrina italiana ha sperimentato, da tempo, una lettura, in termini direttamente precettivi, financo dei principi generali dell'ordinamento eurounitario, come quello di trasparenza (*v. infra*), e ciò non solo nei rapporti fra Unione e Stati membri, ma anche nelle relazioni negoziali di tipo orizzontale, fra consociati.

5. Disposizioni di diritto dell'unione europea

5.1. Normativa europea in materia di antiriciclaggio

¹⁵ E tale ordine di considerazioni prescinde dalla ricostruzione della relazione fra ordinamento interno e comunitario che si voglia accreditare.

Come noto, la Corte Costituzionale al riguardo continua a sostenere la tesi per cui si sarebbe in presenza di due ordinamenti separati e non integrati l'uno nell'altro, ma collegati.

Invero, l'ordinamento eurounitario ha progressivamente mutuato i principi internazionali, in materia di prevenzione e contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo allo scopo di conseguire la finalità della massima armonizzazione fra le normative degli Stati membri. Tra questi vanno annoverati quelli contenuti nelle raccomandazioni del GAFI ovvero gli *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation*, elaborati dal GAFI¹⁶ e compendiate in quaranta Raccomandazioni.

Essi rappresentano i principi fondamentali in materia di prevenzione e contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo che i paesi sono chiamati a recepire nel contesto dei rispettivi ordinamenti giuridici, amministrativi e finanziari.

L'attenzione per l'esigenza di contrasto del riciclaggio viene sviluppata già dall'inizio degli anni '90, originando, peraltro, una pluralità di Direttive.

La quinta Direttiva UE/2018/843, ancora vigente, e' intervenuta a integrare le previsioni di cui alla quarta Direttiva UE/2015/849, potenziando il principio di prevenzione del rischio (*risk-based approach*), in armonia con le direttive delle Raccomandazioni del GAFI del 2012.

La quarta Direttiva rafforza i poteri delle *Financial Intelligence Unit* (FIU) e ciò anche in relazione ai reati presupposto del riciclaggio, definendone anche le funzioni in termini di legittimazione passiva alla ricezione di segnalazioni di operazioni idonee a ingenerare il sospetto che venga in rilievo un'attività tesa al riciclaggio.

Anche La disciplina relativa alla collaborazione internazionale e' stata oggetto di revisione, prevedendosi che il riscontro alle richieste di FIU estere avvenga esercitando i medesimi poteri disponibili per l'analisi domestica. Ciò, a prescindere da eventuali differenze nelle legislazioni degli Stati membri e nella definizione dei reati presupposto.

La quarta Direttiva, inoltre, prevede l'obbligo a carico degli operatori del sistema di vigilanza e, quindi, delle FIU di "scambio automatico" di ogni segnalazione, inerente a operazioni sospette c.d. "*cross-border*" che possano coinvolgere interessi sovranazionali, perché di natura transfrontaliera.

La quarta Direttiva introduce un sistema di prevenzione e contrasto integrato, poiché fondato sull'interazione di una pluralità di livelli, ovvero quello nazionale e quello eurounitario che ruota intorno alla Commissione europea, così da monitorare i rischi connessi a situazioni che, coinvolgendo una pluralità di Stati membri, potrebbero sfuggire all'attenzione delle istituzioni del singolo stato.

La prima relazione della Commissione, contenente una valutazione dei rischi sistematica e a livello eurounitario, risale al 2017. Essa esplicita i rischi connessi a ciascun ambito materiale nonché elenca le principali metodologie di riciclaggio.

La stessa ha impartito anche delle Raccomandazioni agli Stati membri, additando, alle autorità nazionali, le misure necessarie per il contenimento da intraprendere dei rischi.

¹⁶ il Gruppo d'azione finanziaria Internazionale (Gafi) Financial Action Task Force (Fatf) è un organismo intergovernativo che ha per scopo l'elaborazione e lo sviluppo di strategie di lotta al riciclaggio dei capitali di origine illecita e, dal 2001, anche di prevenzione del finanziamento al terrorismo. Nel 2008, il mandato del Gafi è stato esteso anche al contrasto del finanziamento della proliferazione di armi di distruzione di massa.

La quinta Direttiva antiriciclaggio estende l'ambito applicativo agli operatori che trattino di valute virtuali; occupandosi, peraltro, anche dei rischi insiti nell'utilizzo di carte prepagate.

Al fine di assicurare la trasparenza della titolarità sostanziale di società, anche con finalità fiduciaria e dei patrimoni segregati o separati quale il trust, prescrive l'istituzione di registri nazionali di agevole consultabilità.

La Commissione europea viene investita del potere di istituire un "Meccanismo di coordinamento e supporto".

Il quadro eurounitario ricomprende anche il Regolamento UE/2018/1672 che potenzia le misure preordinate al monitoraggio del traffico giuridico transfrontaliero, soprattutto sub specie dei contratti di trasporto, connotato dall'uso del denaro contante.

Vi è ancora il regolamento delegato (UE) 2018/1108 della Commissione europea, recante le norme tecniche di regolamentazione sui criteri per la nomina dei punti di contatto centrali per gli emittenti di moneta elettronica e i prestatori di servizi di pagamento e sulle relative funzioni.

In virtù della nuova disciplina le autorità competenti (di regola le Dogane) sono tenute a trasmettere alla FIU del rispettivo paese con cadenza quindicinale le dichiarazioni relative al trasporto di valori di importo pari o superiore a 10.000 euro; la dichiarazione riguarda sia il contante tradizionale sia strumenti ulteriori quali carte di pagamento e altri mezzi idonei a incorporare valore liquido. Oltre alle dichiarazioni, vanno trasmesse alla FIU le informazioni relative a casi di sospetto di riciclaggio o finanziamento del terrorismo riscontrati dalle autorità doganali, senza limiti di soglia, nonché a ipotesi di violazione dell'obbligo di dichiarazione emerse nel corso dei controlli.

La Direttiva UE/2019/1153 disciplina, invece, gli scambi informativi tra le FIU, Organi investigativi nazionali e Europol, prevedendo che le FIU mettano a disposizione i dati conoscitivi in proprio possesso nei confronti degli organi investigativi, competenti secondo ciascun ordinamento nazionale e, al contempo, possano accedere a quelli nella disponibilità degli organi di polizia.

Le modifiche, apportate al regolamento UE/2010/1093, in materia di European Banking Authority (EBA), pur ribadendo la competenza delle singole autorità nazionali quanto all'attività di contrasto dei fenomeni di riciclaggio, attribuiscono all'EBA nuovi poteri di vigilanza sulle singole autorità di vigilanza degli Stati membri; prevedendo, al contempo, una competenza di tipo sussidiario e di natura sostitutiva, nell'ipotesi di inerzia delle autorità nazionali.

Vengono, inoltre, in rilievo gli orientamenti delle Autorità di Vigilanza Europee, adottati ai sensi dell'articolo 25 del Regolamento (UE) 2015/847, sulle misure che i prestatori di servizi di pagamento adottano per individuare dati informativi mancanti o incompleti relativi all'ordinante o al beneficiario nonché sulle procedure da porre in essere per gestire un trasferimento di fondi non accompagnato dai dati informativi richiesti.

Orbene, in applicazione della disciplina eurounitaria, la Banca d'Italia, quale autorità di settore, con poteri regolamentari, ha imposto le seguenti prescrizioni che si riportano

integralmente:

“Sezione II. Approccio basato sul rischio

In applicazione dell’approccio basato sul rischio (cd. risk based approach), i destinatari si dotano di un assetto organizzativo, di procedure operative e di controllo, nonché di sistemi informativi idonei a garantire l’osservanza delle norme di legge e regolamentari in materia antiriciclaggio, tenendo conto della natura, della dimensione e della complessità dell’attività svolta nonché della tipologia e della gamma dei servizi prestati. A tal fine, i destinatari:

a. definiscono una policy motivata che indichi le scelte che essi in concreto intendono compiere sui vari profili rilevanti in materia di assetti organizzativi, procedure e controlli interni (es. assetto della funzione antiriciclaggio nei gruppi; eventuale attribuzione della delega per il responsabile delle segnalazioni sospette), di adeguata verifica (es. misure da adottare in concreto per l’adeguata verifica rafforzata o semplificata) e di conservazione dei dati (cd. policy antiriciclaggio);

b. svolgono una valutazione complessiva, periodicamente aggiornata, della propria esposizione al rischio di riciclaggio (cd. autovalutazione dell’esposizione al rischio di riciclaggio), secondo quanto previsto dalla Parte Settima;

c. adottano le misure ritenute più idonee a prevenire il rischio di riciclaggio, coerenti rispetto alla propria esposizione al rischio di riciclaggio¹⁷.

Ancora alla Sezione III, in materia di Presidi organizzativi minimi, si prevede che “Fermo l’obbligo di calibrare gli assetti organizzativi antiriciclaggio secondo il principio di proporzionalità e di approccio in base al rischio, i destinatari adottano almeno i seguenti presidi organizzativi minimi:

a) attribuiscono a una funzione di controllo aziendale la responsabilità di assicurare l’adeguatezza, la funzionalità e l’affidabilità dei presidi antiriciclaggio, secondo quanto previsto nella Parte Terza, Sezione I (funzione antiriciclaggio);

b) formalizzano l’attribuzione della responsabilità per la segnalazione delle operazioni sospette secondo quanto previsto nella Parte Terza, Sezione II (responsabile della segnalazione delle operazioni sospette);

c) attribuiscono a una funzione di controllo aziendale il compito di verificare in modo continuativo il grado di adeguatezza dell’assetto organizzativo antiriciclaggio e la sua conformità rispetto alla disciplina, secondo quanto previsto nella Parte Terza, Sezione III (funzione di revisione interna).

I confidi possono, in ogni caso, attribuire i compiti di cui alle lettere a) e c) a un amministratore, purché sia destinatario di specifiche deleghe in materia di controlli e non sia destinatario di altre deleghe che ne pregiudichino l’autonomia, salvo il caso di amministratore unico”.

5.2. Normativa europea in materia di cessione dei crediti deteriorati

5.2.1. Le definizioni di credito deteriorato e la vigilanza prudenziale della BCE

La normativa europea in materia ha, come noto, una precisa genesi storica.

La crisi economica che ha investito ciclicamente il sistema economico europeo, specie nell'intervallo temporale 2008-2012, ha evidenziato l'inadeguatezza della disciplina in materia di vigilanza sui mercati finanziari dell'Eurozona, sollecitando la ridefinizione dello stesso apparato istituzionale. Ciò ha portato l'istituzione di nuovi organismi comunitari, a competenza generale, tra cui le Autorità Europee di Vigilanza (AEV), cui sono state affidate funzioni normative in ambito finanziario anche ai fini dell'armonizzazione delle prassi di vigilanza, in uso presso i diversi contesti nazionali.

Al contempo, la BCE, nell'ambito del Meccanismo di Vigilanza Unica (MVU), ha visto ampliarsi le proprie funzioni in materia di vigilanza prudenziale¹⁸.

A ciò deve ricondursi l'innalzarsi del livello di attenzione nei riguardi del consistente stock di crediti deteriorati, ricompresi nei bilanci di taluni istituti bancari, specie del Sud Europa, additato quale causa primaria del diminuito accesso al credito da parte delle imprese, circostanza tal ultima, come agevolmente intuibile, ostativa alla riuscita dei tentativi di ripresa economica.

Ecco perché il Consiglio Europeo ha elaborato un piano preordinato a incoraggiare un rapido smaltimento dei c.d. crediti *non performing*.

5.2.2. La definizione armonizzata di crediti deteriorati

Come noto, l'affidabilità dei dati relativi alla qualità degli attivi è di fondamentale importanza ai fini dell'individuazione dello stato di salute di una banca e di eventuali criticità degli stessi e ciò nella logica di un eventuale intervento tempestivo delle Autorità di vigilanza.

Inoltre, è evidente che l'efficiente svolgimento dell'attività di vigilanza dipenda dall'uniformità e omogeneità qualitativa dei dati informativi raccolti dalle diverse Autorità di Vigilanza dei diversi Paesi, membri dell'Unione.

Per quanto concerne la possibilità di comparazione dei bilanci secondo i canoni contabili, deve essere evidenziato che la normativa comunitaria, *sub specie* del Regolamento (CE) n. 1606/2002, in materia di principi contabili internazionali, ha riconosciuto agli Stati membri notevoli margini di discrezionalità nell'individuazione delle categorie di intermediari cui prescrivere la redazione del bilancio secondo i suddetti principi. Ne è conseguita la coesistenza, nell'ambito di uno stesso ordinamento, di bilanci redatti nel rispetto dei principi contabili internazionali e di quelli nazionali.

Invero, l'art. 178 del Regolamento (UE) n. 575/2013 (cd. *Capital Requirements Regulation* o CRR) contempla dei parametri specifici per definire un debitore come "in stato di default" e poterne stimare il rischio¹⁹.

¹⁸ L'operatività del MVU è seguita ad una preventiva disamina della composizione degli attivi di bilancio (*asset quality review*, AQR) degli istituti di credito più grandi (*significant*), ovvero il cui attivo superava i 30 mld, soggetti alla vigilanza prudenziale della BCE e sottoposti ai cd. *stress test* (verifica del livello di stabilità patrimoniale degli istituti, valutato non con riguardo al loro funzionamento fisiologico, bensì in rapporto a scenari ipotetici di difficoltà macroeconomiche).

¹⁹ Ciò in virtù del metodo dei rating interni di calcolo degli attivi ponderati per il rischio (Risk Weighted Assets, RWA).

Un debitore deve essere considerato “in stato di default” quando: a) l’adempimento delle obbligazioni è giudicato improbabile senza il ricorso all’escussione delle garanzie; b) il debitore è in ritardo nei pagamenti per oltre 90 giorni (innalzabili a 180 in presenza di particolari situazioni).

La qualificazione dell’esposizione viene affidata all’organo cui e’ affidata la gestione dei modelli interni di *rating*.

La sofferenza sopravvenuta di una certa posizione implica logicamente l’innalzamento del rischio di perdita sulla stessa con conseguente necessità dell’innalzamento del capitale fino al raggiungimento della soglia minima stabilita dalla normativa di vigilanza.

Le differenze fra i vari ordinamenti dei criteri, utilizzati ai fini della definizione della qualità degli attivi, hanno impedito o, comunque, reso difficoltoso la comparazione fra i diversi sistemi bancari.

Da ciò l’emanazione da parte dell’ABE, in virtù di quanto disposto dall’art. 99, par. 4, CRR, degli *Implementing Technical Standards* (ITS) sulla definizione delle *non performing exposures* (NPE) con l’introduzione di una definizione armonizzata.

La definizione EBA, mutuata a livello normativo dal Regolamento di esecuzione (UE) n. 680/2014 della Commissione Europea è accostabile a quella stabilita dall’art. 178 del Regolamento CRR.

Un’esposizione può essere qualificata come *non performing* ogniqualvolta le obbligazioni di pagamento siano scadute da oltre 90 giorni (criterio del *past due*) oppure nell’ipotesi in cui l’intermediario, sulla base di una valutazione della capacità di rimborso del debitore, ritenga necessario procedere all’escussione delle garanzie (criterio dell’*unlikely to pay*).

Si tratta di due condizioni che non devono necessariamente coesistere, ma possono legittimare, alternativamente, la suddetta qualificazione.

Quale formula di chiusura si prevede che debbano in ogni caso qualificarsi quali *non performing* tutte quelle esposizioni catalogate come *impaired* ai fini contabili oppure come “in stato di default” in virtù dell’art. 178 del CRR²⁰.

5.2.3. Le linee guida della BCE in materia di gestione dei crediti deteriorati

Nel 2017, la BCE ha provveduto a emanare delle linee guida indirizzate alle banche *significant* che vanno nel senso di un veloce smaltimento degli NPLs.

²⁰ . Per quanto concerne l’ordinamento italiano, la definizione armonizzata dell’EBA è stata mutuata con l’aggiornamento n. 7 (20 gennaio 2015) della Circolare 272 del 30 luglio 2008 (“Matrice dei conti”), che, per quanto osservante delle prescrizioni della normativa europea, ha conservato qualche profilo della vecchia definizione.

Prima della predetta novella, i crediti deteriorati erano ripartiti in quattro distinte categorie, connotate da un ideale innalzamento del tasso di gravità: le esposizioni scadute e/o sconfinanti; le esposizioni ristrutturate; gli incagli e le sofferenze.

Se la definizione EBA prevede una sola categoria di esposizioni *non performing*, la Circolare 272 prevede che “*le esposizioni creditizie deteriorate sono ripartite nelle categorie delle sofferenze, inadempienze probabili, esposizioni scadute e/o sconfinanti deteriorate*”, facendo intendere che le categorie, a differenza della definizione EBA, sono tre (in luogo delle quattro della definizione italiana precedente).

La ragione di ciò è quella di conservare una distinzione, a meri fini statistici, tra le situazioni di deterioramento del credito connesse eziologicamente all’insolvenza del debitore e, come tali, tendenzialmente, permanenti e quelle ingenerate da mere difficoltà temporanee, e, in quanto tali, reversibili.

Infine, le esposizioni oggetto di modifiche contrattuali di “sollevio” per il debitore non costituiscono più una categoria autonoma (come le “esposizioni ristrutturate” della vecchia definizione) ma rientrano nella categoria *performing* o *non performing* in base ai criteri stabiliti dalla definizione ABE.

La circolare contiene rilevanti prescrizioni ai fini degli accantonamenti prudenziali stimolando, al contempo, gli intermediari a introdurre, nel loro assetto organizzativo, processi decisionali efficienti affidati a unità operative specializzate a ciò finalizzate e con competenza specifica nella gestione delle diverse fasi del c.d. ciclo di vita degli NPLs (ritardi nei pagamenti, posizioni ristrutturata, recupero giudiziale, ecc.).

Tale specifica modalità operativa dovrebbe soggiacere alla vigilanza di specifici organi di controllo.

Invero, il sistema bancario italiano appare connotato da una certa inadeguatezza nella gestione delle proprie esposizioni *non performing*.

Ciò anche in conseguenze del ritardo con cui i diversi gruppi bancari si sono dotati di strutture specializzate nella gestione degli NPLs i cui costi, peraltro, non sono di poco conto e hanno una forte capacità d'incidenza sugli esborsi complessivamente considerati.

Da ciò la prassi, sempre più diffusa, del ricorso alla cessione in blocco, spesso, associata alla scelta, da parte del cessionario, di affidarne l'incasso a società di recupero del credito.

Ciò, soprattutto, dopo l'entrata in vigore della (già menzionata) Legge 130/1999 in materia di cartolarizzazione.

Peraltro, la conservazione della posizione a sofferenza in bilancio consentirebbe all'intermediario di procedere alla svalutazione del credito, per quanto la discrezionalità, al riguardo, degli istituti di credito sia andata, progressivamente, restringendosi e ciò proprio per effetto dell'*addendum* alle Linee Guida pubblicato nel marzo 2018, con cui la BCE ha stabilito livelli di accantonamenti prudenziali minimi da parte dalle banche vigilate.

Peraltro, nell'ambito dei cd. poteri del II pilastro, l'Autorità di vigilanza è legittimata a verificare l'adeguatezza (e, quindi, l'efficienza) delle politiche di accantonamento adottate dalle banche e, qualora accerti un eventuale *deficit* dei criteri contabili, concretamente, scelti dalla banca per costituire gli accantonamenti, può impartire prescrizioni vincolanti agli intermediari²¹.

È evidente come tale politica bancaria, a livello unionale, abbia determinato un'implementazione apprezzabile degli accantonamenti prudenziali, con correlata riduzione dei fondi propri, disponibili per il credito al consumo e alle imprese.

In questo contesto normativo che disincentiva il mantenimento nei bilanci delle banche degli NPLs, la cessione dei crediti ad intermediari e investitori rappresenta la soluzione ottimale per le banche.

Ne consegue che soggetti diversi dalle prime si vengono a trovare nella situazione di dover gestire posizioni *non performing* alla ricerca delle modalità per far fruttare il proprio investimento.

²¹ Con l'*Addendum* del marzo 2018, l'Autorità di Francoforte (seguita poco dopo dalla Banca d'Italia) ha stabilito che, per le esposizioni classificate come deteriorated al 1° aprile 2018, le banche devono costituire (gradualmente) accantonamenti prudenziali a copertura del 100% delle stesse entro due anni dall'ingresso dell'esposizione nel *non performing*, nel caso di esposizioni *unsecured* e sette anni per le esposizioni *secured*[51]; eventuali discostamenti da tale calendario andranno motivati.

Ciò ha indotto, per forza di cose, delle apprezzabili modifiche dei principi cardine dell'ordinamento finanziario interno (come, a titolo esemplificativo, la riserva dell'attività di erogazione del credito), con conseguente l'estensione delle tradizionali regole operative delle banche a soggetti diversi (fondi comuni, società veicolo di cartolarizzazione, società ex art. 115, T.u.l.p.s.).

5.2.4. La direttiva (UE) 2021/2167 (c.d. Secondary Market Directive o SMD) La direttiva (UE) 2021/2167 (c.d. Secondary Market Directive o SMD)

La direttiva (UE) 2021/2167 (c.d. Secondary Market Directive o SMD), in materia di gestori e di acquirenti di crediti deteriorati, è in vigore dal 28/12/2021.

Come noto, la normativa è volta ad incoraggiare lo sviluppo di mercati secondari (cioè mercati in cui avviene lo scambio di titoli già in circolazione) dei crediti deteriorati e a rafforzare le tutele dei debitori ceduti.

In particolare, la direttiva:

- mira alla liberalizzazione della cessione dei crediti deteriorati ad opera degli enti creditizi in favore dei c.d. "acquirenti di crediti" (persone fisiche e giuridiche che esercitano l'attività di acquisto su base professionale);
- implementa le garanzie in favore ai debitori ceduti, nel contesto dei mercati dei crediti;
- la previsione di un regime autorizzativo e di vigilanza minimo applicabile ai "gestori di crediti";
- la disciplina dei rapporti tra acquirente, gestore dei crediti e, se del caso, i fornitori di servizi di gestione dei crediti;
- una disciplina specifica di tutela dei debitori (obblighi informativi, regole di condotta, costituzione di un nuovo albo di vigilanza, reclami).

La direttiva prevede che, in via transitoria, i soggetti che al 31 dicembre 2023 già svolgevano attività di gestione dei crediti deteriorati possano continuare a svolgere la propria attività fino all'ottenimento dell'autorizzazione e, comunque, fino al 29 giugno 2024.

La normativa comunitaria è preordinata a stimolare l'implementazione dei mercati secondari (ovvero i mercati in cui si negoziano avviene titoli, già oggetto di vicende circolatorie di varia natura) dei crediti deteriorati, ma soprattutto a innalzare il livello di tutela di cui devono essere destinatari i debitori ceduti, anche quando non ascrivibili al novero dei consumatori.

In particolare, la direttiva, da un lato, rimuove alcuni ostacoli alla cessione dei crediti deteriorati da parte degli enti creditizi ai c.d. "acquirenti di crediti" (persone fisiche e giuridiche che esercitano l'attività di acquisto su base professionale), dall'altro, quale forma <<compensativa>> di quest'allentamento dei vincoli normativi, introduce nuove forme di tutela per i debitori ceduti, mediante:

- i) l'imposizione di un regime autorizzativo allo svolgimento di tale peculiare attività imprenditoriale così come di nuove forme di vigilanza che deve investire la nuova figura dei "gestori di crediti";

- ii) la regolamentazione *ad hoc* dei rapporti tra acquirente, gestore dei crediti e, eventualmente, anche con i fornitori di servizi di gestione dei crediti;
- iii) una disciplina puntuale di tutela dei debitori che prevede:
 - a) la facoltà di rivolgere reclami all'autorità competente;
 - b) l'imposizione di obblighi informativi, nonché di generali regole di condotta ai cessionari;
 - c) la costituzione di un nuovo albo di vigilanza,

Peraltro, la direttiva detta anche un regime transitorio, facultando i soggetti che al 31 dicembre 2023 già erano dediti ad attività di gestione dei crediti deteriorati a continuare a svolgere la medesima attività fino al conseguimento dell'autorizzazione e, in ogni caso, fino al 29 giugno 2024.

In particolare, l'Art. 10, in materia di "Rapporti con i debitori, comunicazione del trasferimento e comunicazioni successive", prevede che:

1. Gli Stati membri esigono che gli acquirenti di crediti e i gestori di crediti, nei loro rapporti con i debitori:

- a) agiscano in buona fede, in modo equo e professionale;*
- b) forniscano ai debitori informazioni che non siano fuorvianti, poco chiare o false;*
- c) rispettino e tutelino le informazioni personali e la riservatezza dei debitori;*
- d) comunichino con i debitori in un modo che non costituisca molestia, coercizione o indebito condizionamento.*

2. Gli Stati membri provvedono affinché, dopo qualsiasi trasferimento dei diritti del creditore derivanti da un contratto di credito deteriorato, o del contratto di credito deteriorato stesso, a un acquirente di crediti, e sempre rispetto all'avvio del recupero dei crediti, ma anche ogniqualvolta richiesto dal debitore, l'acquirente di crediti o, se nominata per svolgere attività di gestione dei crediti, l'entità di cui all'articolo 2, paragrafo 5, lettera a), punto i) o iii), o il gestore di crediti, invii al debitore una comunicazione, su supporto cartaceo o su altro supporto durevole, che comprenda almeno quanto segue:

- a) informazioni in merito al fatto che il trasferimento avuto luogo, compresa la data del trasferimento;*
- b) i dati d'identificazione e di contatto dell'acquirente di crediti;*
- c) ove nominato, i dati d'identificazione e di contatto del gestore di crediti o dell'entità di cui all'articolo 2, paragrafo 5, lettera a), punto i) o iii);*
- d) ove nominato, le prove relative all'autorizzazione del gestore di crediti concessa a norma dell'articolo 7;*
- e) ove pertinente, i dati d'identificazione e i dati di contatto del fornitore di servizi di gestione dei crediti;*
- f) presentato in modo evidente, un punto di contatto presso l'acquirente di crediti o, se nominata per svolgere attività di gestione dei crediti, presso l'entità di cui all'articolo 2, paragrafo 5, lettera a), punto i) o iii), o presso il gestore di crediti e, se del caso, presso il fornitore di servizi di gestione dei crediti, da cui ricevere informazioni se necessario;*

g) informazioni sugli importi dovuti dal debitore al momento della comunicazione, specificando quanto dovuto sotto forma di capitale, interessi, commissioni e altri oneri consentiti;

h) una dichiarazione attestante che tutto il pertinente diritto dell'Unione e nazionale riguardante in particolare l'esecuzione dei contratti, la tutela dei consumatori, i diritti del debitore e il diritto penale continua ad applicarsi;

i) il nome, l'indirizzo e i dati di contatto delle autorità competenti dello Stato membro in cui il debitore è domiciliato o nel quale è situata la sua sede legale oppure, qualora a norma del suo diritto nazionale non abbia una sede legale, lo Stato membro nel quale è situata la sua sede principale e alle quali il debitore può presentare un reclamo. La comunicazione di cui al primo comma è redatta in un linguaggio chiaro e comprensibile per il pubblico.

3. Gli Stati membri provvedono affinché, in tutte le successive comunicazioni con il debitore, l'acquirente di crediti o, se nominata per svolgere attività di gestione dei crediti, l'entità di cui all'articolo 2, paragrafo 5, lettera a), punto i) o iii), o il gestore di crediti, si includano le informazioni di cui al paragrafo 2, lettera f), del presente articolo, tranne nel caso in cui si tratti della prima comunicazione successiva alla nomina di un nuovo gestore di crediti, nel qual caso sono incluse anche le informazioni di cui al paragrafo 2, lettere c) e d), del presente articolo.

4. I paragrafi 2 e 3 lasciano impregiudicati eventuali requisiti aggiuntivi in materia di comunicazioni previsti da altre normative dell'Unione o nazionali applicabili".

La norma appare puntuale, specifica e dettagliata e non pare riconoscere agli stati membri margini anche minimi di discrezionalità nel dare attuazione al comando normativo comunitario.

Dunque, deve ritenersi che, essendo scaduto il termine per la sua attuazione, la stessa abbia acquistato efficacia diretta verticale.

A prescindere da ciò, pare utile chiedersi se prima ancora dell'entrata in vigore della direttiva, le predette disposizioni, contenute nei trattati, abbiano avuto l'effetto di prescrivere al o ai cessionari un'informazione qualificata delle vicende circolatorie.

Ciò, se non nei termini puntuali e dettagliati di cui alla direttiva, almeno sotto il profilo degli elementi essenziali delle medesime vicende, in particolare, per quanto concerne la data dei singoli passaggi e la prova dell'effettività degli stessi, così come i dati d'identificazione e di contatto dell'acquirente di crediti.

Invero, il diritto all'informazione è menzionato in molte delle disposizioni enunciate.

D'altronde, l'obbligo di informazione si riconnette al più generale principio di buona fede oggettiva di cui, a ben vedere, costituisce logica declinazione; buona fede che non si discute essere comune al diritto privato europeo dei contratti.

D'altronde, la direttiva n. 2176 del 2021 contiene un espresso richiamo alla suddetta clausola generale.

Varie sono le ragioni di politica giuridica, così come le motivazioni tecnico-giuridiche che hanno ingenerato il ricorso alla categoria della buona fede in alcuni testi normativi europei e nei progetti di armonizzazione europea.

Ciò, per quanto è altrettanto indubbio che parte della dottrina, in particolare, di *common law*, continui ad avversare l'utilizzo della buona fede oggettiva così come che taluni giuristi, di *civil law*, perseverino nel diffidare della ragionevolezza²².

Orbene, l'obbligo di buona fede oggettiva, quale clausola generale in grado di riempirsi dei più svariati contenuti in relazione alle caratteristiche del caso di specie, non può non ricomprendere anche quello di informare la controparte ceduta dell'eventuale vicenda traslativa, mettendo a disposizione della stessa, gli eventuali specifici contatti dei cessionari intermedi, così come, se richiesto, l'atto documentale in cui la stessa cessione sia stata consacrata con funzione di attestazione dell'effettività di tal ultima.

5.3. La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di effetti diretti verticali e orizzontali del diritto comunitario

L'eventuale anticomunitarietà del contratto presuppone la disamina della controversa questione, relativa all'idoneità di una regola comunitaria a porsi quale fondamento di liceità di un regolamento negoziale.

La tematica degli effetti diretti del diritto comunitario, ovvero producentisi a prescindere dalla mediazione della norma nazionale, risulta particolarmente complessa, anche per il suo (non sempre lineare) percorso evolutivo.

Gli esiti di tale dibattito possono riassumersi nell'affermazione per cui, di norma, sono idonee a produrre effetti diretti quelle norme che, al di là della sede formale, appaiono chiare precise e incondizionate e, dunque, non bisognose dell'intervento attuativo del legislatore nazionale.

Come noto, l'efficacia diretta ha due aspetti ovvero verticale e orizzontale:

a) la prima che inerisce ai rapporti tra i singoli stati membri e i propri cittadini che possono invocare una disposizione del diritto dell'Unione nei confronti dello Stato, azionando nei suoi confronti i diritti che vengano loro attribuiti.

b) la seconda investe i rapporti privatistici di diritto comune, compresi, dunque, quelli che coinvolgano una Pa che agisca *iure privatorum* e, dunque, al di fuori dell'esercizio di un potere pubblicistico. Ciò significa che una persona fisica può invocare una disposizione del diritto dell'Unione nei confronti di un'altra persona fisica.

Orbene, se, al darsi delle predette condizioni di precisione e autosufficienza, appare incontrovertibile la produzione di effetti sul piano verticale dei rapporti fra Unione e stati membri, maggiormente problematico appare il profilo relativo all'eventuale direzione degli effetti «in senso orizzontale», ovvero nei rapporti negoziali tra privati.

Infatti, da un lato, fin dall'inizio, non si è revocato in dubbio l'efficacia di tipo verticale, dall'altra, progressivamente si sono venuti consolidando, in via interpretativa, gli effetti di tipo orizzontale.

²² Premessa il radicamento delle due categorie si pone il problema di individuare il contenuto delle stesse che sia conforme alle esigenze di tutela che pone il quadro europeo e sia tale da non germinare una sovrapposizione tra i due concetti, contribuendo all'incertezza del diritto.

Tale estensione delle norme comunitarie, in funzione di regolamentazione dei rapporti negoziali, costituisce, come già evidenziato, l'approdo di un percorso interpretativo che ha conosciuto la sua genesi con riguardo alle disposizioni puntuali, contenute nei regolamenti, così come nelle direttive c.d. *self executing*²³. Disposizioni, per definizione, differenti dai c.d. principi generali, connotati, per loro natura, da una fattispecie «aperta» e, dunque, da una portata elastica e flessibile.

Le medesime considerazioni sono valide per alcune disposizioni dei trattati, specie, a tutela dei diritti della Persona²⁴, nonché per la stessa Carta dei diritti fondamentali.

Il principio dell'efficacia diretta può riguardare anche gli atti di diritto derivato, ossia adottati dalle istituzioni dell'Unione, quali regolamenti, direttive e decisioni, che si fondano sui principi e sono funzionali agli obiettivi stabiliti nei trattati.

In particolare, a seconda del tipo di atto in questione, la Corte di Giustizia ha riconosciuto un'efficacia diretta piena (orizzontale e verticale) o un'efficacia diretta parziale (solo verticale) e, in particolare:

1. le direttive sono atti rivolti agli Stati membri che devono essere recepiti nei singoli ordinamenti nazionali. Nondimeno, in alcuni casi, la Corte ha riconosciuto alla direttiva un'efficacia diretta al fine di tutelare i diritti delle persone fisiche. Nella sentenza *Van Duyn contro Home Office* si è precisato che tale condizione ricorrerebbe quando:

a) le sue disposizioni risultino essere incondizionate, oltre che sufficientemente chiare e precise;

b) lo Stato membro non abbia recepito la direttiva entro il termine fissato. Tuttavia, l'efficacia diretta può avere, di norma, soltanto carattere verticale: gli Stati membri sono tenuti ad attuare le direttive, ma esse potrebbero non essere fatte valere da uno Stato membro nei confronti di una persona fisica (si veda la sentenza *Ratti*);

2. i regolamenti hanno applicabilità immediata negli Stati membri, come specificato nell'articolo 288 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, e hanno quindi efficacia diretta. Tuttavia, come già evidenziato, in linea con i principi generali, ciò si applica solo a condizione che le norme siano sufficientemente chiare, precise e pertinenti alla situazione del

²³ Ciò, per quanto per tal ultime continui a prevalere la tesi per cui le stesse non avrebbero effetti orizzontali. Invero, già dopo la sentenza *Marshall*, gli interpreti evidenziavano il pericolo che la teoria degli effetti diretti delle direttive potesse ingenerare una discriminazione, nell'ambito di situazioni omogenee.

Si pensi all'ipotesi di lavoratori alle dipendenze, rispettivamente, di un datore - ente pubblico e di un'impresa privata.

In tale ipotesi, gli effetti diretti delle direttive sarebbero stati invocati solo nel primo caso e non nel secondo.

D'altra parte, riconoscere gli effetti orizzontali delle direttive sarebbe stato in contraddizione logica con il presupposto concettuale per cui le stesse avrebbero potuto produrre direttamente solo i vantaggi per gli individui privati.

Ammettendo un'efficacia in senso orizzontale solamente uno dei due soggetti avrebbe beneficiato dalla diretta efficacia della direttiva, laddove l'altro avrebbe dovuto soggiacere alle conseguenze negative di una tipologia di atto che sarebbe stato concepito dall'ordinamento comunitario per produrre obblighi solo per gli Stati membri.

Dopo aver dato la stura al risarcimento del danno, la giurisprudenza di legittimità si è orientata per escludere che le direttive potessero produrre effetti orizzontali, ovvero fossero invocabili nei rapporti fra privati.

²⁴ Questa logica, secondo taluni autori, potrebbe essere valevole non solo per le norme dei trattati o della Carta dei diritti fondamentali (coincidenti, contenutisticamente, a diritti e tutelati, da i singoli stati, a livello costituzionale, ma anche alle norme di diritto derivato che abbiano la funzione di attuare tali diritti. (v. sentenza Corte

Costituzionale n. 20 del 2019, par. 2.1, così come precisata dalle sentenze nn. 63 del 2019, par. 4.3 e 112 del 2019, par. 7 e le ordinanze nn. 117 del 2019, par. 2 e 182 del 2020, par. 3.1).

singolo contendente (efficacia diretta sancita dalla sentenza *Politi contro Ministero delle finanze* della Corte)²⁵;

3. le decisioni possono avere efficacia diretta quando designano uno Stato membro come destinatario. La Corte, pertanto, riconosce un'efficacia diretta solo verticale (sentenza *Hansa Fleisch contro Landrat des Kreises Schleswig-Flensburg*). Gli effetti diretti sono, però, espressamente esclusi dai trattati per quanto concerne le decisioni quadro, anche per il loro carattere essenzialmente programmatico e meramente propulsivo;

3. gli accordi internazionali: nella sentenza *Meryem Demirel contro Comune di Schwäbisch Gmünd*, la Corte ha riconosciuto l'efficacia diretta di taluni accordi in base agli stessi criteri stabiliti nel caso *Van Gend en Loos*;

4. i principi generali di diritto comunitario, quali il divieto di discriminazione, quelli di imparzialità, di effettività della tutela, di trasparenza, di precauzione, specie in materia ambientale o in settori, cui siano sottesi interessi sensibili. Dunque, l'efficacia orizzontale è stata affermata in relazione ad alcuni principi generali, codificati dai Trattati, sufficientemente definiti nei loro contenuti, nella necessaria premessa della fisiologica natura <<aperta>> delle disposizioni che li consacrano;

5. alcune disposizioni dei Trattati, così come della Carta dei diritti fondamentali. Per quanto riguarda il diritto c.d. primario, posto dai trattati, se non tutte le disposizioni dei Trattati hanno efficacia diretta, nondimeno, talune di esse possono arrivare a produrre effetti anche nelle relazioni orizzontali. A titolo esemplificativo, il giudice comunitario ha enunciato il principio per cui hanno efficacia c.d. orizzontale le disposizioni in materia di abolizione dei dazi doganali.

Ciò nella doverosa premessa che l'approccio del giudice comunitario ha carattere di tipo sostanziale e, dunque, rifuggendo la qualificazione nominale, guarda al contenuto precettivo effettivamente assunto dall'atto al fine di vagliarne il carattere o meno circostanziato.

Sotto il profilo dell'evoluzione interpretativa, e, quindi, della successione delle pronunce della Corte, nella sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, *van Gend & Loos contro Amministrazione olandese delle imposte*, è stato sancito il principio fondamentale della (possibile) efficacia diretta del diritto dell'Unione europea, specie se contenuto nei trattati.

Ciò, in quanto il medesimo non solo impone obblighi agli Stati membri dell'Unione, ma attribuisce anche diritti ai privati che possono avvalersene e invocarne l'osservanza dinanzi ai tribunali nazionali ed europei, a prescindere dall'esistenza o meno di una loro attuazione e recezione da parte della normativa nazionale.

²⁵ Per taluni autori, non ci si potrebbe esprimere in termini di effetti diretti in relazione ai regolamenti, in quanto, per espressa previsione testuale ex art 288 TFUE, dotati di diretta applicabilità.

Nonostante la tendenza ad assimilare i due fenomeni, la seconda si differenzerebbe dai primi per la sua idoneità ad estrinsecarsi nella produzione non solo di posizioni giuridiche attive, ma anche passive ovvero di obblighi, per tutti i consociati partecipi dell'ordinamento comunitario e, dunque, con piena efficacia orizzontale.

nelle relazioni fra questi ultimi, e, dall'altro, esso implica che gli Stati non devono adottare alcuna misura di attuazione [48]. La diretta applicabilità dei regolamenti pone questi ultimi al riparo della maggior parte dei problemi teorici che circondano, soprattutto per quel che concerne le direttive, la teoria degli effetti diretti.

[8/4, 08:56] Antonio

Come condivisibilmente, evidenziato “si trattava, all’epoca, di un’affermazione non solo inattesa, ma anche iconoclasta, in quanto i trattati, secondo il diritto internazionale, creano, in assenza di previsioni specifiche in senso opposto, diritti ed obblighi solo per gli Stati”.

Da ciò la necessità di ricorrere alla teorica della Comunità economica (oggi l’Unione) europea quale ordinamento di nuovo genere nel panorama del diritto internazionale”, idoneo a creare un insieme di obblighi non solo per gli stati membri ma anche di diritti per gli individui nei confronti degli Stati; diritti che le norme di tali ultimi, benché cronologicamente posteriori a quelle dell’Unione, non avrebbero potuto derogare.

Orbene, la pronuncia ha posto, *ex novo*, quale principio, la già ricordata condizione per cui gli obblighi devono essere precisi, chiari e incondizionati senza richiedere misure complementari di carattere nazionale o europeo.

Nella pronuncia *Gassmayr*, la Corte ha avuto modo di esplicitare il contenuto dei due requisiti, affermando che: “una disposizione del diritto dell’Unione è incondizionata se sancisce un obbligo non soggetto ad alcuna condizione né subordinato, per quanto riguarda la sua osservanza o i suoi effetti, all’emanazione di alcun atto da parte delle istituzioni dell’Unione o degli Stati membri. Essa è sufficientemente precisa per poter essere invocata da un singolo ed applicata dal giudice se sancisce un obbligo in termini non equivoci”.

Per quanto concerne l’eventuale rilevanza dei c.d. margini di apprezzamento lasciati agli stati membri²⁶, in occasione della sentenza *Becker*, la Corte ha negato l’efficacia diretta qualora i paesi membri conservino, per effetto della concreta conformazione della norma comunitaria, un seppur minimo margine discrezionale nell’attuazione della disposizione interessata. Nella sentenza *Kaefer e Procacci contro Stato francese*, il giudice comunitario, ribadendo i principi già espressi, ha confermato che la disposizione, sottoposta al suo esame, aveva carattere incondizionato poiché non lasciava alcuna discrezionalità agli Stati membri e aveva quindi efficacia diretta.

5.3.1. L’efficacia orizzontale dei principi generali

Tornando ai c.d. principi generali del diritto comunitario, essi vengono declinati da autorevole dottrina come le regole giuridiche di secondo grado create mediante procedimento logico induttivo come l’abuso del diritto, il principio di effettività nel diritto comunitario⁶, quello di eguaglianza nei rapporti contrattuali e di *non-discriminazione*, collegato con il principio di *dignità* della persona, così come quello di precauzione. Proprio il caso della dignità umana denota come i diritti fondamentali siano parte integrante dei principi generali del diritto dei quali i giudici comunitari devono garantire l’osservanza.

Ancora si pensi al principio di proporzionalità o a quello di sussidiarietà, che sono connaturati ad ogni ordinamento sovrastatale “in cui si pong(a)no questioni di coordinamento e relazione con i sistemi giuridici nazionali”.

D’altronde, proprio la generalità della categoria concettuale dei principi e i suoi ampi confini, così come la loro stretta connessione genetica con la tutela dei diritti fondamentali,

²⁶ Terminologia, invero, propria del distinto livello di normazione sovranazionale, introdotto dalla Cedu, ma mutuabile, per analogia delle fattispecie, anche in relazione al rapporto fra Stati membri e Unione Europea.

consentono di ritenere, come pure sancito dalla Carta di Nizza, che i diritti previsti dalla Cedu, pur in assenza della comunitarizzazione della stessa, rilevino nell'ordinamento sovranazionale eurounitario, indirettamente quali contenuto volto a sostanziare i suddetti principi generali.

Inoltre, costituiscono una categoria in continua evoluzione.

D'altronde, è indubbio che "non esiste una accezione unitaria del termine «principio generale», non esiste né mai potrebbe esistere un catalogo o un elenco definitivo di «principi generali».

Essi, nell'ambito della giurisprudenza della Corte di Giustizia, vengono a svolgere una funzione distinta da quella tradizionale di criterio esegetico delle norme puntuali, che è quella "di ricomposizione sistematica delle regole vigenti in un ordinamento statale e di interpretazione e applicazione di una regola giuridica a casi non specificamente disciplinati". Funzione attraverso cui si attua quella funzione di armonizzazione degli ordinamenti interni dei singoli stati membri.

Orbene, i principi oltre ad una funzione normativa di ipotesi non espressamente disciplinate sono venuti assumendo il ruolo di parametri cui commisurare il valido estrinsecarsi dell'autonomia negoziale.

A titolo esemplificativo, giova richiamare il caso *OmegaSpielhallen* in occasione del quale sono stati considerati vietati i giochi che utilizzavano figure umane quali bersagli fisici, con conseguente compressione del valore fondamentale della dignità umana²⁷.

Inoltre, in materia di contratti di assicurazione, la CGUE ha statuito che l'articolo 5 n. 2 della direttiva 2004/113/CE sul principio di eguaglianza tra uomini e donne contiene una regola immediatamente operativa e, quindi, le clausole delle polizze assicurative che prevedono un trattamento discriminatorio per le donne, per età, rispetto agli uomini, sono da considerarsi invalide perché affette da nullità.

Orbene, se una regola comunitaria, anche *sub specie* della forma del principio, è abilitata a produrre effetti diretti anche orizzontali, laddove sia sufficientemente circostanziata o, comunque, si presenti come autosufficiente, non è peregrino ritenere che, ogni qualvolta ricorra tale condizione, la suddetta possa, se violata, ingenerare l'invalidità del rapporto contrattuale.

5.4. Il principio di trasparenza (e di necessaria consapevolezza del consumatore) e il contesto normativo di riferimento

A sommo avviso di questo giudice remittente, è evidente come la disciplina antiriciclaggio sia, per la massima parte delle sue disposizioni - specie quelle contenute nei regolamenti che si sono succeduti in materia - provvista di quelle caratteristiche di immediatezza, concretezza e precisione cui è subordinata la produzione di effetti diretti e come tale è idonea a ergersi a regola di validità del contratto di cessione.

²⁷In tale occasione, la Corte di Giustizia è stata chiamata a bilanciare due diritti fondamentali: da un lato, la dignità; dall'altro, la libertà di prestazione di servizi e la libera circolazione delle merci della quale, nonostante la sua centralità nella costruzione comunitaria, è stata ritenuta ammissibile una compressione al fine di consentire la tutela della prima.

In particolare, come già evidenziato, non è dato dubitare del carattere di diretta applicabilità - o, secondo la teorica degli effetti diretti, dell'efficacia anche tra i consociati - delle norme regolamentari, già menzionate, ma lo stesso è valevole per il principio di trasparenza da intendersi, nell'attuale stadio interpretativo, quale diritto, da parte di qualunque cittadino comunitario ed, in particolare, di chi rivesta la qualità di consumatore, alla conoscenza delle vicende giuridiche che investano la propria sfera giuridica.

Tal ultimo - che, nella sua declinazione originaria, è stato inteso come conoscibilità da parte dei consociati delle decisioni delle istituzioni comunitarie e delle loro ragioni fondative al fine di poterne assicurare la controllabilità e l'eventuale sindacato giurisdizionale²⁸ - ha assunto, gradualmente, una dimensione più ampia, dilatando la sua operatività dall'azione dei pubblici poteri alle dinamiche negoziali che investano la propria sfera giuridica, con effetti, a volte, dirompenti, come nel caso, quale è quello di specie, della richiesta del pagamento di somme di denaro apprezzabili o dell'assoggettamento dell'immobile del debitore all'azione esecutiva.

La trasparenza, specie a seguito dell'introduzione della disciplina consumeristica²⁹ (*infra*), ha assunto la più generale valenza di conoscibilità e comprensibilità della regola negoziale alla cui stesura e formazione materiale l'utente non ha, spesso, contribuito.

Ciò implica non solo che siano forniti allo stesso tutte le informazioni necessarie ai fini della valutazione di profili tecnici della prestazione o del bene di consumo acquistato, ma anche che la stessa informazione sia resa secondo modalità intellegibili sia graficamente, sia sotto il profilo della comprensione razionale e strettamente intellettuale.

La completezza e la comprensibilità dell'informazione resa si impongono al fine di una scelta consapevole e, dunque, libera (a protezione, in via ultima, dello stesso assetto concorrenziale del mercato).

Tali principi non possono non considerarsi estensibili anche alle vicende circolatorie del credito vantato nei confronti dei consumatori.

Per quanto concerne l'interferenza di tale (inadeguato) quadro normativo interno con il generale principio di trasparenza, giova ricordare il contesto normativo in cui si inserisce tale principio ed, in particolare, la disciplina consumeristica che ha finalità proconcorrenziale.

²⁸ Il riferimento è, in particolare, alla pubblicazione e alla motivazione degli atti.

La prima da adempimento rilevante ai soli fini dell'integrazione dell'efficacia degli atti, ha assunto una chiara vocazione informativa del pubblico.

Per contro, la seconda è preordinata, ovviamente, alla conoscenza dei motivi, in fatto e in diritto, sottesi all'assunzione degli atti.

La trasparenza, nella logica comunitaria, si attua anche tramite il riconoscimento del diritto di accesso ai fascicoli amministrativi, ai fini dell'esercizio del diritto di azione e di difesa, tal ultimo *sub specie*, in particolare, del diritto al contraddittorio endoprocedimentale o anche esoprocedimentale, quando l'accesso avvenga a procedimento definito, nella prospettiva dell'instaurazione di un giudizio o nel corso dello stesso.

Previsto, in origine, solo in seno ai procedimenti in materia di intese e di sfruttamento abusivo di posizione dominante, il diritto di accesso ha assunto la portata di principio generale, che il Trattato di Amsterdam ha provveduto a "costituzionalizzare" mediante l'inserimento nel Trattato CE di un'apposita norma (art. 255).

Tra le c.d. modalità di attuazione, in chiave attiva, della trasparenza deve menzionarsi anche la progressiva emersione del principio di partecipazione dei gruppi di interesse alla formazione degli atti, che trova riscontro specifico nel Libro Bianco della Commissione in materia di governance europea.

²⁹ V. artt. 33 e ss. del Codice del Consumo.

Infatti, un modello di tutela dei consumatori efficiente garantisce il buon funzionamento del mercato unico ovvero che lo stesso tenda all'inveramento di una conformazione di tipo concorrenziale. E ciò anche perché il primo è in grado di ingenerare maggiore fiducia nelle dinamiche del secondo.

Tale approccio rimediale costituisce un esempio paradigmatico della virtuosa contaminazione fra diritto pubblico e privato, che, inaugurata dalle direttive comunitarie, si fonda sul c.d. *private enforcement*.

A fondamento della stessa vi è, cioè, la scelta di politica normativa, di anticipare la tutela dell'assetto concorrenziale del mercato mediante un'anticipazione (o un'estensione) della soglia di tutela, allo ultimo segmento del processo produttivo ovvero il singolo atto di consumo che viene contornato di particolari cautele³⁰.

Nel caso della disciplina dedicata al Consumatore ad essere tutelato è, dunque, l'interesse pubblico, euronitario, alla concorrenzialità del mercato, quale unica condizione in grado di preservarne l'efficienza allocativa.

La tutela dello stesso si fonda, innovativamente, (anche) sul ricorso a strumenti di diritto comune, innestati nell'ambito delle misure pubblicistiche a tutela della concorrenza³¹. Ciò premesso, la disciplina consumeristica ha conosciuto un processo di continua stratificazione così che la tutela del consumatore è divenuta, al pari di altri beni come, ad esempio, l'ambiente, una sorta di macrovalore trasversale ad ogni ambito di disciplina e di operatività delle istituzioni comunitarie.

La base giuridica della tutela consumeristica è rappresentata dall'articolo 4, paragrafo 2, lettera f), nonché dagli articoli 12, 114 e 169 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE); in ultimo, dall'articolo 38 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

In particolare, l'art. 12 (ex articolo 153, paragrafo 2, del TCE), prescrive espressamente che *"nella definizione e nell'attuazione di altre politiche o attività dell'Unione sono prese in considerazione le esigenze inerenti alla protezione dei consumatori"*.

Così l'articolo 169 (ex articolo 153 del TCE), prevede che *"1. Al fine di promuovere gli interessi dei consumatori ed assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori, l'Unione contribuisce a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori nonché a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi"*.

³⁰ Ciò, perché sia effettivamente libero e espressione di autonomia negoziale. Si pensi, a titolo esemplificativo, ai seguenti istituti di ispirazione comunitaria:

1. la necessaria trasparenza delle clausole contrattuali inerenti al prezzo o all'oggetto del contratto,
2. la necessità di una specifica negoziazione di talune clausole contrattuali, investite da una presunzione di vessatorietà;
3. la sanzione irreversibile di vessatorietà (e, quindi, di nullità) per altre tipologie di clausole considerate particolarmente invasive.

³¹ In ogni caso, è indubbia la commistione di elementi eterogenei e piegati a finalità diverse o nuove rispetto a quelle cui sono normalmente preordinati. Ad essere inverato è quel principio di neutralità delle forme giuridiche che nega che gli strumenti giuridici abbiano finalità rigide e precostituite, ammettendone la rivitalizzazione per il perseguimento di fini nuovi, specie, nella logica di un'interpretazione di tipo evolutivo e attenta al mutamento delle esigenze di tutela rivendicate dal corpo sociale.

L'art. 114, comma 3, prevede che *“la Commissione, nelle sue proposte di cui al paragrafo 1 in materia di sanità, sicurezza, protezione dell'ambiente e protezione dei consumatori, si basa su un livello di protezione elevato, tenuto conto, in particolare, degli eventuali nuovi sviluppi fondati su riscontri scientifici. Anche il Parlamento europeo ed il Consiglio, nell'ambito delle rispettive competenze, cercheranno di conseguire tale obiettivo”*³².

L'Unione è chiamata anche a garantire il diritto dei consumatori all'informazione e all'educazione al fine di consentire un consapevole esercizio della propria libertà negoziale così come delle loro prerogative anche processuali, nonché il diritto di organizzarsi al fine di salvaguardare i loro interessi.

Innumerevoli sono le direttive e le iniziative istituzionali, in materia consumeristica, che si riconnettono e presuppongono logicamente il principio di trasparenza.

In particolare, in materia di credito al consumo e credito ipotecario, la direttiva 2008/48/CE è destinata a armonizzare le discipline nazionali in materia di credito concesso ai consumatori al fine di rendere possibile gli acquisti di beni e servizi.

Vengono in rilievo obblighi informativi precedenti e prodromici alla stipula del contratto, obblighi che devono ricomprendere tutte le informazioni pertinenti, inclusi i costi del credito e il tasso annuo effettivo globale. Ai consumatori è riconosciuta la facoltà di recedere dal contratto di credito, senza alcuna necessità di esternarne il motivo, entro 14 giorni dalla sua conclusione, nonché di rimborsare il debito anticipatamente in qualsiasi momento, mentre il creditore può richiedere un indennizzo equo e obiettivamente giustificato.

Il 30 giugno 2021 la Commissione europea ha proposto una revisione di tale direttiva prevedendosi che le informazioni connesse ai crediti debbano essere fornite in maniera chiara e adeguata ai dispositivi digitali.

La nuova disciplina detta nuove regole anche per quanto concerne la valutazione del merito creditizio, da intendersi come la capacità di un consumatore di rimborsare il credito ottenuto e ciò al fine di evitare il problema dell'indebitamento eccessivo.

Prescrive agli Stati membri di promuovere la c.d. educazione finanziaria, garantendo la messa a disposizione dei consumatori di una consulenza in materia di debito.

Sotto il profilo operativo, il programma d'azione, congeniato dall'UE, nell'ambito della politica dei consumatori, si fonda sulla nuova agenda dei consumatori, approvata il 13 novembre 2020, in stretta connessione con l'esigenza di tranquillizzare i timori ingenerati dall'emergere della pandemia di COVID-19³³.

L'agenda inerisce a cinque diversi settori fondamentali:

- la c.d. transizione verde. Il fine è quello di assicurare scelte di vita e di consumo sostenibili alla luce dell'esigenza di preservare le risorse con caratteristiche di scarsità e esauribilità, così

³² È evidente la consapevolezza del legislatore comunitario dei rischi potenziali connessi all'evoluzione tecnologica e scientifica (come l'automazione dei processi produttivi o la recente implementazione del ricorso all'AI).

³³ L'agenda rivela una concezione moderna della politica dei consumatori dell'UE dal 2020 al 2025, tra i cui obiettivi vi è quello di "rafforzare la resilienza dei consumatori per una ripresa sostenibile".

da rendere tali ultime accessibili a tutti, indipendentemente da circostanze contingenti quali il luogo di residenza o il reddito;

- la trasformazione digitale. L'obiettivo è quello di assicurare uno spazio digitale che offra condizioni di migliore sicurezza per i consumatori e in cui i loro diritti siano tutelati secondo una logica di uguaglianza e di assicurazione di standard "minimi" e universali di tutela;

- i mezzi di tutela dei diritti dei consumatori. Ciò, anche in considerazione delle criticità emerse a seguito del diffondersi della pandemia e connesse sia alle dichiarazioni "verdi", suscettibili di trarre in inganno il pubblico dei consumatori sia alle pratiche commerciali scorrette, registrate in relazione ai servizi erogati in via digitale. Per quanto la tutela dei diritti dei consumatori rientri, primariamente, nella competenza delle autorità nazionali, come sancito dal regolamento sulla cooperazione in materia di tutela dei consumatori, all'UE compete un fondamentale ruolo di coordinamento e di supporto. Peraltro, viene considerato imperativo categorico quello di ovviare alle esigenze di tutela, manifestate dai consumatori, quando gli stessi vengano a trovarsi in condizioni di maggiore vulnerabilità, con la conseguente necessità di garanzie aggiuntive e ciò in considerazione di peculiari circostanze sociali così come di particolari caratteristiche di singoli consumatori o di gruppi di consumatori;

- la protezione dei consumatori dalle pratiche commerciali sleali degli operatori non UE attraverso la previsione di forme di vigilanza del mercato più incisive e l'introduzione di una più stretta cooperazione con le competenti autorità dei paesi partner dell'UE.

Le istituzioni dell'UE ricorrono al c.d. quadro di valutazione delle condizioni dei consumatori al fine di monitorare la politica dei consumatori e verificare le condizioni dei consumatori nell'ambito dei singoli ordinamenti nazionali in relazione a profili di approfondimento, quali: conoscenza, fiducia, osservanza e applicazione della normativa.

Il quadro di valutazione si interessa anche del livello d'integrazione del mercato c.d. al dettaglio dell'UE per il mezzo delle transazioni transfrontaliere, così come del commercio elettronico.

L'indagine riguarda gli acquirenti recenti e mira a valutare le prestazioni di oltre 40 mercati sulla base di indicatori quali la fiducia, la comparabilità, la scelta e la soddisfazione dei consumatori.

Inoltre, il 28 aprile 2021 è stato avviato il programma per il mercato unico al fine di sostenere tal ultimo e alimentare la ripresa dell'Europa a seguito dell'impatto devastante del COVID-19.

Orbene, è evidente che, al di là delle singole disposizioni, immediatamente precettive o anche solo con valenza programmatica – le quali costituiscono "puntiforme emersione" del principio di trasparenza - lo stesso costituisca l'essenza di tutta la disciplina consumeristica e, dunque, componente imprescindibile dell'impianto normativo.

Inoltre, se il principio di trasparenza impone la comprensibilità (grafica e logica) delle clausole del regolamento contrattuale maggiormente insidiose per il consumatore perché naturalmente in grado di squilibrare il rapporto contrattuale, *a fortiori* deve ritenersi per

quanto concerne l'effettiva titolarità della pretesa azionata nei propri confronti, nonché, in generale, l'identità della propria controparte contrattuale.

Ciò, anche in considerazione della maggiore o minore affidabilità della stessa, ai fini dell'eventuale recupero delle somme richieste, ove le stesse risultino (in tutto o in parte) indebite; così come in termini di, eventuale, disponibilità della controparte a rinegoziare le condizioni dell'originario rapporto contrattuale.

5.5. Il principio di effettività della tutela

A fronte dei rischi posti dalla circolazione incontrollabile del credito, nonché delle carenze dell'attuale disciplina nazionale delle cessioni in blocco, si deve ritenere che sia invocabile il principio di effettività della tutela.

Tal ultimo, ribadito, da ultimo, da CGUE 17 maggio 2022, impone, al pari del generale principio di trasparenza, che il consumatore abbia notizia specifica della vicenda traslativa del credito, cui sia correlata la propria posizione debitoria e possa conoscere i contatti specifici del cessionario, da intendersi, secondo un'interpretazione di tipo funzionale, come non limitati all'indirizzo fisico, ma ricomprensivi di ogni *informazione* utile per consentire al consumatore-ceduto, un'effettiva interlocuzione.

Ciò non solo per poter rinegoziare il proprio credito o estinguere la propria posizione debitoria, ma anche al fine di esercitare il proprio diritto di reazione processuale

A tal riguardo, si può ragionevolmente affermare che il diritto ad un'informazione qualificata costituisca presupposto logico necessario per il valido esercizio - stragiudiziale e giudiziale - dei propri diritti.

Lo stesso viene, pertanto, a godere di una copertura costituzionale e comunitaria indiretta.

Esiste, dunque, una dimensione << sostanziale >> del principio di effettività della tutela che inerisce ai presupposti per il suo pieno dispiegarsi in sede processuale, tra cui rientra il possesso di un'informazione adeguata.

Tale dimensione si aggiunge a quella più nota di carattere processuale.

Costituisce, infatti, principio interpretativo consolidato della giurisprudenza comunitaria quello per cui l'obbligo degli Stati membri di garantire l'effettività dei diritti previsti dall'ordinamento euronunitario, vale, in particolare, per le modalità procedurali delle azioni basate su siffatti diritti (v., in tal senso, sentenze del 17 luglio 2014, Sánchez Morcillo e Abril García, C-169/14, EU:C:2014:2099, punto 35, e del 31 maggio 2018, Sziber, C-483/16, EU:C:2018:367, punto 49; da ultimo: CGUE, Prima Sezione, 22 aprile 2021, C-485/19, secondo cui *“il principio di effettività deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale in applicazione della quale un'azione proposta da un consumatore ai fini della restituzione di somme indebitamente versate nell'ambito dell'esecuzione di un contratto di credito, sul fondamento di clausole abusive ai sensi della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, o di clausole contrarie ai requisiti di cui alla direttiva 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2008, relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la*

direttiva 87/102/CEE del Consiglio, è soggetta a un termine di prescrizione di tre anni che decorre dal giorno in cui l'arricchimento ingiustificato ha avuto luogo").

In particolare, la Corte di Giustizia, con la sentenza del 10 giugno 2021, si è pronunciata su una domanda pregiudiziale proposta da un Tribunale francese, in relazione all'interpretazione degli artt. 3 e 4 della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, in materia di clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori.

La pronuncia e' intervenuta, peraltro, nel settore dei rapporti tra consumatori e operatori del settore finanziario, affermando che le clausole abusive previste da un contratto stipulato con un consumatore non vincolano il secondo e devono considerarsi *tamquam non essent*, con la conseguenza che sono inidonee a produrre effetti in relazione alla sua sfera giuridica.

Ne consegue che, secondo la Corte, la domanda preordinata all'accertamento del carattere abusivo di una clausola di tal fatta non sarebbe suscettibile di incorrere in una estinzione per prescrizione.

6.Sintesi della questione e quesiti posti al vaglio della Suprema Corte

A) Il limite della normativa antiriciclaggio

Orbene, alla luce dell'articolata normativa di fonte euronitaria, evolutasi nel tempo per fronteggiare anche le nuove insidie poste dal fenomeno del riciclaggio, è evidente la volontà dell'ordinamento comunitario di imporre agli Stati ogni misura che si renda necessaria e, al contempo, proporzionata al fine di contrastare sia tale modalità di operare della criminalità organizzata.

Ciò sia con prescrizioni di scopo, contenute nelle direttive, invero, in parte dotate di immediata operatività per il loro carattere chiaro e incondizionato; sia con norme puntuali e immediatamente operative, quali sono, di norma, quelle regolamentari.

Anche per quanto concerne le direttive in materia, è evidente che gli Stati membri, per quanto dotati di una certa discrezionalità nella scelta dei mezzi, non possano prescindere, nella loro azione politica, dal raggiungimento delle finalità imperative, prescritte dalla disciplina comunitaria.

Peraltro, la prospettiva di una violazione (*rectius* di una elusione) della disciplina unionale appare aggravato dall'assenza, in materia di cessioni in blocco, della previsione, da parte dell'ordinamento interno, di un obbligo di forma scritta, anche solo *ad probationem* (nelle forme della scrittura provata autenticata), né tanto meno del ricorso al rogito notarile, tal ultimo, presidiato dalle garanzie che contornano l'atto pubblico, in particolare, sotto il profilo dei controlli antiriciclaggio.

Dunque, il quadro regolatorio è fitto e si va arricchendo di regole sempre più rigide che cercano di assecondare il passo di un'incessante evoluzione delle forme giuridiche e delle tecniche elaborate per eludere la normativa antiriciclaggio.

Accettando tali premesse, la normativa italiana sarebbe disapplicabile se interpretata in senso anticomunitario, ovvero se intesa come inidonea ad assicurare un effettivo e sostanziale contrasto del fenomeno del riciclaggio nell'ipotesi della cessione fra soggetti non iscritti nell'albo vigilato dalla Banca d'Italia.

Dunque, devono ritenersi in contrasto con l'ordinamento eurounitario non solo l'esegesi delle norme nazionali che pervenga a ritenere che alla cessione in blocco siano legittimate anche le società prive di iscrizione nell'albo ex art. 108 tub, così come dei requisiti legittimanti alla stessa, ma anche lo stesso contratto di cessione in blocco fra soggetti non iscritti.

Contrasto da ritenersi, più esattamente, non diretto, ma mediato, data la finalità dell'operazione economica, sostanzialmente e oggettivamente elusiva.

Dunque, l'articolato e crescente apparato rimediabile in materia di contrasto del riciclaggio, specie di provenienza sovranazionale, pone anche il problema della sorte del contratto di cessione di grandi quantità di crediti a fronte di corrispettivi di particolare entità, specie, quando intervenga fra due soggetti entrambi non iscritti nell'albo ex art. 106 tub e, dunque, non qualificati, né vigilati, né conformati nel proprio assetto organizzativo.

Nel caso di specie, si tratta, dunque, di chiarire quali conseguenze giuridiche discendano in relazione alle cessioni in blocco dal predetto quadro regolatorio, ogniqualvolta le stesse, per effetto dei soggetti partecipanti ai negozi traslativi, violino o, meglio, eludano le predette norme antiriciclaggio.

A sommo avviso di questo remittente, il principio di effettività del diritto comunitario dovrebbe imporre la più radicale delle sanzioni, ovvero la nullità o, comunque, la neutralizzazione degli effetti del contratto, mediante l'istituto della disapplicazione degli effetti prodotti dallo stesso.

Diversamente, l'effetto utile del diritto unionale, che si estrinseca in materia anche tramite regolamenti e principi generali (come quello di trasparenza), sarebbe totalmente frustrato.

D'altronde, è noto come, nella logica del sistema di tutela delle posizioni di rilevanza comunitaria, acquisti valenza primaria la tutela in forma specifica, ovvero idonea ad assicurare il conseguimento del bene della vita agognato o di un'utilità, succedanea.

Per contro, il ristoro per equivalente costituisce forma di tutela del tutto residuale e ammissibile solo quando la prima non sia garantibile.

Come già evidenziato, l'esegesi - che fa discendere dalla violazione dell'obbligo di iscrizione e della connessa vigilanza conseguenze sul solo piano amministrativo - è inadeguata ad assicurare il principio di effettività della tutela in una materia di sicuro rilievo sovranazionale e comunitario, anche in considerazione dei noti fenomeni di globalizzazione.

D'altronde, ritenere che un così articolato apparato normativo, fondato su una pluralità di livelli di intervento, in costante evoluzione, possa essere aggirato da una mera operazione economica volta alla traslazione dei crediti deteriorati fra soggetti non qualificati e non vigilati, rappresenterebbe una evidente e macroscopica contraddizione in termini.

A sommo avviso di questo remittente, l'interesse tutelato deve, invece, individuarsi, nell'arco della plurioggettività della fattispecie, proprio nell'esigenza, di indubbio rilievo comunitario, di contrastare il riciclaggio del denaro di provenienza illecita, oltre che nelle già evidenziate ragioni di garanzia della stabilità dei mercati finanziari.

Come noto, infatti, gli intermediari, iscritti nell'albo ex art. 106 Tub, sono soggetti alla predisposizione di una serie di misure, tra cui l'adozione di sistemi di vigilanza interna,

preordinati a impedire che le attività, da essi poste in essere, possano essere piegate a fini di riciclaggio.

Deve, invece, ritenersi che i superiori obblighi comunitari possano essere soddisfatti solo dalla «neutralizzazione» degli effetti delle transazioni economiche cui sia sotteso il rischio di riciclaggio; rischio che può essere oggettivamente contenuto solo se si riserva la negoziazione in blocco dei crediti ai soggetti iscritti e se si presidia, con la sanzione della nullità, gli atti in contrasto con i predetti obblighi.

B) Il limite della normativa consumeristica, nonché dei principi di effettività della tutela, di buona fede oggettiva con i suoi corollari in punto di obblighi informativi.

Altrettanto evidente è la volontà del legislatore comunitario di apprestare un'adeguata tutela in favore del consumatore, quale soggetto debole sotto il profilo della sua forza contrattuale e del suo bagaglio informativo e, come tale, bisognevole, di una particolare protezione.

Tale tutela non può attuarsi senza la neutralizzazione di ogni forma di opacità dei meccanismi negoziali in danno della figura del consumatore, così come degli stessi fenomeni di circolazione del credito che avvengano con modalità non trasparenti.

Ciò, può avvenire mediante l'apprestamento di adeguati obblighi informativi, in capo agli attori delle descritte vicende circolatorie, trovanti fondamento nei generali principi di buona fede e di effettività della tutela.

Peraltro, poiché i cessionari, nel contesto previgente al recepimento della direttiva 2167 del 2021, non soggiacevano all'obbligo d'iscrizione in alcun elenco, tenuto dall'autorità di vigilanza di settore, e al correlato monitoraggio, gli stessi non erano sanzionabili e, dunque, doveva ritenersi violato il principio di una tutela effettiva, in via sanzionatoria, degli interessi di rilievo anche comunitario.

Per quanto concerne la normativa interna di fonte secondaria, deve ritenersi un evidente *vulnus* rispetto ai superiori dettami comunitari nella parte in cui sottrae alla nozione di attività di finanziaria, seppur alle richiamate condizioni, la fattispecie della cessione in blocco.

Dunque, il dubbio di conformità all'ordinamento euronitario non è limitato alla singola norma ma si estende all'intero microsistema normativo delle cessioni in blocco dei crediti deteriorati, il quale, allo stato, può divenire agevole strumento di concretizzazione della finalità della criminalità organizzata di celare la provenienza del denaro investito.

A sommo giudizio di questo remittente, è la combinazione della disefficienza delle singole scelte di disciplina nazionali che ineriscono a profili diversi (cessione dei crediti, inesistenza dell'obbligo d'iscrizione ecc.) ma correlati allo stesso fenomeno, a ingenerare il predetto contrasto, concorrendo a delineare un quadro di anticomunitarietà per così dire «sistemica», in quanto affliggente non tanto le singole norme, ma il micro-sistema nel suo complesso.

Sembra, dunque, prefigurabile un vizio di legittimità c.d. di sistema, specie, per quanto concerne il periodo anteriore all'approvazione del decreto attuativo della dir. 2167 del 2021.

E ciò rende, a sommosso avviso di questo remittente, ancora più stringente la necessità di un intervento nomofilattico del giudice sovranazionale.

L'approccio sistemico appare utile anche sotto altro e diverso profilo, essendo evidente che l'anticomunitarietà della disciplina nazionale nasce, a sua volta, dal raffronto con l'insieme delle norme comunitarie, sia in termini di disposizioni puntuali sia di principi.

Ed è indubbio che potrebbe profilarsi un'ipotesi di sopravvenuta anticomunitarietà della disciplina non solo per il carattere postumo del parametro comunitario, e per l'introduzione di regole sempre più stringenti (anche in virtù del passaggio dallo strumento della direttiva a quello del regolamento), ma anche perché è stato il mutare del quadro fattuale ed, in particolare, il proliferare delle cessioni anche in favore di soggetti non iscritti, a porre il problema della eurocompatibilità di tale statuto normativo.

A modesto parere del remittente, potrebbe essere un esito comunitariamente imposto quello di vietare la cessione fra soggetti non iscritti e di presidiare tale violazione con la sanzione della nullità o altra idonea forma rimediabile.

Sorge il dubbio a questo remittente, se fra le suesposte plurime opzioni esegetiche, debba ritenersi che l'unica comunitariamente conforme, perché idonea ad assicurare il rispetto del principio di trasparenza sia quella rigorosa della radicale nullità della cessione, almeno quando a venire in rilievo sia la cessione di un contratto al consumatore.

Per quanto concerne la forma dei contratti di cessione, verrebbe un'ipotesi di forma scritta imposta, non da una norma interna, bensì dal generale principio euronitario di trasparenza, inteso come conoscibilità delle vicende giuridiche e degli effetti che ineriscono alla propria sfera giuridica e ciò al fine di approntare i rimedi giurisdizionali o anche stragiudiziali in maniera consapevole e, dunque, effettiva.

Dunque, il contrasto dell'ordinamento italiano parrebbe sussistere anche rispetto al principio di effettività della tutela, di buona fede oggettiva con i suoi corollari in punto di obblighi informativi.

P.Q.M.

Il Tribunale così provvedendo, rimette all'ill.ma Corte di Giustizia dell'Unione europea le seguenti questioni pregiudiziali:

A) *"Se e a quali condizioni il diritto unionale ed, in particolare, la normativa antiriciclaggio, così come i generali principi di effettività della tutela, di trasparenza, di buona fede oggettiva con i suoi corollari in punto di obblighi informativi, debbano considerarsi o meno ostativi ad una normativa interna in materia di cessioni in blocco (o cumulative) dei crediti deteriorati – quella applicabile alla fattispecie concreta e anteriore all'approvazione del DECRETO LEGISLATIVO 30 luglio 2024, n. 116, entrato in vigore il 13-8-2024, attuativo della dir. UE 2167 del 2021 – che presenta le seguenti caratteristiche:*

a) *non prevede una forma scritta ad substantiam o ad probationem, in particolare nelle forme dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata o,*

comunque, modalità di confezionamento idonee a assicurarne la data certa. Ciò, in particolare, quando il contraente ceduto sia un consumatore;

b) non contemplava, fino all'entrata in vigore del predetto decreto, alcun obbligo di iscrizione in albi vigilati per soggetti che svolgono attività di cessione in blocco, in quanto non svolgenti attività finanziaria, come stabilito dalla Suprema Corte e che, dunque, sono automaticamente sottratti anche, per via dell'assenza di un obbligo di atto pubblico, alle regole in materia di antiriciclaggio;

B) Laddove la Corte ravvisi l'evidenziato contrasto, se la normativa unionale, così come descritta, imponga o meno, a tutela dell'effettività degli interessi comunitari, la radicale sanzione della nullità:

a) delle cessioni perfezionatisi nella vigenza del quadro anteriore all'approvazione del decreto attuativo della dir. 2167 del 2021”;

b) delle procure all'incasso rilasciate a soggetti non iscritti ad un albo vigilato dall'autorità indipendente di settore e incaricate della verifica dell'osservanza della normativa di contrasto del riciclaggio;

2. sospende il procedimento sino alla restituzione degli atti da parte della Corte di Giustizia, successivamente alla definizione della questione;

3. manda alla Cancelleria per l'immediata trasmissione della presente ordinanza e degli atti del fascicolo processuale alla Corte di Giustizia, per le comunicazioni alle parti e per gli ulteriori consequenziali adempimenti.

Così deciso in Brindisi, il 22 ottobre 2024.