

Il (difficile) recupero del credito cartolarizzato

Conseguenze della mancata iscrizione del soggetto procedente nell'albo ex art. 106

TUB

di Emanuela Musi (magistrato Trib. Torre Annunziata).

Sommario: 1. Inquadramento della tematica - 2. Quadro normativo di riferimento - 3. I soggetti “necessari” - 4. Interesse protetto e conseguenze della violazione - 5. Fasi del processo esecutivo e rilievo della questione - 6. La figura del sub servicer nella riscossione coattiva - 7. Un possibile diverso approccio - 8. L’ordinanza della S.C. n. 7243/2024.

1. Inquadramento della tematica.

1. La diffusione del fenomeno della cd. cartolarizzazione dei crediti *ex lege* n. 130/1999, già terreno di un dibattito giurisprudenziale tuttora aperto in punto di prova della cessione (che non sarà oggetto della presente indagine), ha, di recente, portato all’attenzione dei Tribunali una nuova questione in sede di recupero coattivo dei crediti. Per vero, anche in questo caso al centro dell’indagine si pone la tematica della “legittimazione attiva” del creditore procedente, seppur declinata in relazione ad un profilo differente: quello, cioè, delle conseguenze, sull’azione esecutiva intrapresa dal “mandatario” della società di cartolarizzazione, della relativa mancata iscrizione all’albo di cui all’art. 106 T.U.B.

Come evidenziato dalla Banca d’Italia¹, «*la crescita dei crediti deteriorati nei bilanci bancari e le iniziative di derisking dell’attivo avviate dagli intermediari, anche su impulso della Vigilanza, hanno accresciuto negli ultimi anni le opportunità di business per le imprese operanti nel mercato della gestione e del recupero di crediti non performing [...] Ne è conseguito un aumento del numero e dell’ammontare complessivo delle operazioni di cartolarizzazione; queste ultime hanno avuto ad oggetto anche attivi diversi da quelli bancari (crediti commerciali, sanitari, ecc.), concorrendo allo sviluppo di un mercato diversificato che coinvolge molteplici attori sottoposti a diversi regimi regolamentari (gli originators, gli investitori e gli operatori a vario titoli coinvolti nell’attività di recupero)*».

In particolare, è proprio l’attività di taluni dei soggetti operanti nella “catena” del complesso fenomeno della cartolarizzazione o, meglio, l’abilitazione allo svolgimento di tale attività – concetto approcciato in modo variegato da parte dei legali dei debitori esecutati ed altrettanto variamente inteso nelle soluzioni dei giudici – a destare molteplici problemi interpretativi. Sovente accade che, nel corso delle procedure esecutive immobiliari, il debitore esecutato tenti di paralizzare la prosecuzione dell’*iter* espropriativo lamentando, talora anche tardivamente (sul punto, *infra* paragrafo 5), la carenza di legittimazione attiva del procedente ovvero del

¹ Comunicazione della Banca d’Italia dell’11 novembre 2021.

suo mandatario, a cagione della mancata iscrizione di questi nell'elenco previsto dall'art. 106 T.U.B., per il tramite di un incidente di cognizione ai sensi dell'art. 615, comma 2, c.p.c., o del sollecito all'esercizio del potere di rilievo officioso del G.E.

2. Quadro normativo di riferimento.

2. Prima di addentrarci nella disamina della casistica e dei precedenti allo stato editi, giova ripercorrere i passaggi della normativa di riferimento che, peraltro, come spesso accade, nella sua (insoddisfacente) essenzialità, appare estremamente lineare.

La legge 30 aprile 1999, n. 130, volta a disciplinare «*le operazioni di cartolarizzazione realizzate mediante cessione a titolo oneroso di crediti pecuniari*» (art. 1, comma 1), stabilisce al sesto comma dell'art. 2 che, a valle dell'emissione di titoli da parte della c.d. società – veicolo (Special Purpose Vehicle, o S.P.V., che può essere un attore a sé nella complessa operazione di cartolarizzazione o, al contempo, la medesima società acquirente dei crediti in blocco, come specificato dal comma 2), le attività di riscossione dei crediti ceduti ed i servizi di cassa e di pagamento indicati, cumulativamente, alla lettera c) del terzo comma, possono essere svolti da banche o da intermediari finanziari che risultino iscritti nell'albo previsto dall'articolo 106 TUB; è prevista la possibilità di affidamento di tali servizi anche ad «*altri soggetti*», previa richiesta «*di iscrizione nel predetto albo previsto dall'articolo 106 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, anche qualora non esercitino le attività elencate nel comma 1 del medesimo articolo purché possiedano i relativi requisiti*».

Nella fase “terminale” dell'operazione di cartolarizzazione, pertanto, risulta di fondamentale rilievo l'iscrizione al sistema di vigilanza e controllo tenuto dalla Banca d'Italia dei soggetti incaricati (sintagma non scelto a caso, in quanto specificamente usato dal comma terzo, lett. c dell'articolo in questione) delle attività di gestione e riscossione dei crediti, al fine di ripagare gli investitori dei titoli previamente emessi dalla società-veicolo. La *ratio* della centralità di tale prescrizione si coglie già dalla lettera del primo comma dell'art. 106 T.U.B., a mente del quale «*l'esercizio nei confronti del pubblico dell'attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma è riservato agli intermediari finanziari autorizzati*»: secondo la prevalente letteratura sul tema, la norma evidenzerebbe come gli interessi tutelati dal legislatore non si limitino ad essere quelli connessi alla correttezza ed alla legalità dell'operato degli intermediari finanziari, ma siano anche e soprattutto quelli degli “investitori” in senso lato, ossia la platea di risparmiatori che intenda investire nei titoli emessi a seguito dell'operazione di cartolarizzazione. La tutela dei privati investitori, portatori di un “interesse pubblico” da tutelare *ex art. 47* della Costituzione, verrebbe, dunque, posta al centro della normativa in esame, giustificando la riserva dell'attività esclusivamente in favore di soggetti “autorizzati” alla concessione di finanziamenti presso il pubblico di risparmiatori-investitori. Pertanto, il richiamo operato dall'art. 2, comma, 6 della legge sulla cartolarizzazione alle previsioni di cui all'art. 106 T.U.B. rispecchia l'esigenza che anche gli intermediari finanziari che si occupino delle attività di riscossione dei crediti cartolarizzati siano sottoposti al sistema di vigilanza ivi previsto, vista la collocazione presso il pubblico di privati investitori dei suddetti crediti cartolarizzati, sotto forma di titoli, a garanzia degli interessi sensibili, di rilievo anche costituzionale, che vengono in risalto.

In tale contesto, il *servicer*, come le Disposizioni di Vigilanza ribadiscono², è il soggetto al quale, ai sensi della legge n. 130/99, la società veicolo di cartolarizzazione affida la riscossione dei crediti ceduti e i servizi di cassa e pagamento. Tale soggetto svolge, dunque, sia funzioni di natura operativa inerenti alla gestione del portafoglio di attivi cartolarizzati, sia funzioni di garanzia relativi alla correttezza dell'operazione, tanto nell'interesse dei sottoscrittori dei titoli quanto, più in generale, del mercato (Banca d'Italia, in particolare, specifica che tali compiti vanno considerati in modo unitario).

Peraltro, come evidenziato dalla circolare sopracitata, va altresì considerato che, nella prassi di mercato, la concreta realizzazione di un'operazione di cartolarizzazione è un procedimento complesso che può richiedere il coinvolgimento di un numero elevato di soggetti, anche diversi da quelli esplicitamente contemplati dalla legge n. 130/99. In detta ottica, non è infrequente che il *servicer* possa avvalersi di soggetti terzi, proprio per lo svolgimento delle attività di cui all'art. 2, comma 3, lett. c), e degli altri compiti affidati in base al contratto o al prospetto informativo. A livello di c.d. *soft law*, tuttavia, si precisa che non può essere delegato a terzi il controllo di conformità alla legge e al prospetto informativo delle operazioni, previsto all'art. 2, comma 6-bis, mentre è consentita l'esternalizzazione di specifiche attività operative nell'ambito dei citati compiti di controllo, in particolare se finalizzata alla prevenzione di possibili conflitti d'interesse. Pertanto, pure in caso di esternalizzazione, il *servicer* resta abilitato ad effettuare periodiche verifiche sui soggetti incaricati volte a riscontrare l'accuratezza delle loro segnalazioni, a individuare eventuali carenze operative o frodi e ad accertare la qualità ed efficacia delle procedure di incasso. Con note di chiarimenti alla sopracitata circolare, la stessa Banca d'Italia ha puntualizzato che detti soggetti terzi (c.d. *subservicers* o *special servicers*) possono anche essere soggetti diversi da banche e intermediari finanziari iscritti nell'albo ex art. 106 T.U.B., a condizione che il potere di verifica e la responsabilità delle operazioni (e dunque, le finalità statistico-pubblicistiche su cui riposa la ratio dell'obbligatorietà dell'iscrizione all'Albo) restino saldamente ancorati in capo al c.d. *master servicer*.

3. I soggetti “necessari” della cartolarizzazione.

Tanto premesso, appare opportuno chiedersi se il *servicer* sia o meno un soggetto “necessario” nel complesso *iter* dell'operazione di cartolarizzazione ampiamente intesa.

Sul punto, in verità, la formulazione normativa è ambigua, prevedendo che i servizi d'interesse «*possono essere svolti da banche o da intermediari finanziari iscritti*». Al riguardo, la Banca d'Italia espressamente «*fa presente che il servicer in operazioni di cartolarizzazione è il soggetto al quale, ai sensi dell'art. 2, comma 3, lett. c) della legge 30 aprile 1999, n. 130, la società veicolo di cartolarizzazione (SPV) affida la riscossione dei crediti ceduti e i servizi di cassa e pagamento [...] l'obbligo di ricorrere ad una banca o ad un intermediario finanziario previsto dalla legge n.130/1999 opera limitatamente alle attività di riscossione dei crediti ceduti nell'ambito di un'operazione di cartolarizzazione*»³. Ne consegue che: - le attività di gestione/riscossione dei crediti dovrebbero necessariamente essere affidate a tali soggetti, proprio in quanto tenuti all'iscrizione al sistema di vigilanza; - la SPV, cessionaria di detti crediti e snodo fondamentale della cartolarizzazione in sé,

² Circolare della Banca d'Italia del 3 aprile 2015 n. 288 recante «*Disposizioni di vigilanza per gli intermediari finanziari*», Titolo III, Capitolo 1.

³ Banca d'Italia, nota di chiarimenti del 24 luglio 2023.

non sarebbe poi altrettanto legittimata a svolgere tali operazioni successive in proprio; essa, invero, ai sensi dell'art. 3, comma 1, della legge n. 130/99 *«ha per oggetto esclusivo la realizzazione di una o più operazioni di cartolarizzazione dei crediti»* e, soprattutto, a rimarcare la compartimentalizzazione delle funzioni, non è tenuta all'iscrizione all'albo ex 106 T.U.B., che si pone quale *condicio sine qua non* per attendere alle funzioni di cui all'art. 2, comma 3, lett. c).

Tale necessario punto di partenza, sebbene non di scontata interpretazione, pare essere generalmente condiviso nella giurisprudenza di merito. In tal senso, si veda il Tribunale di Monza, per il quale *«quand'anche si volesse condividere l'orientamento giurisprudenziale in forza del quale il citato art. 106 T.U.B. si configura quale norma imperativa [...] il vizio che interessa il rapporto di servicing non fa venire meno la legittimità della cessione intervenuta a favore dell'SPV. Quest'ultimo [...] non è altrettanto tenuto all'iscrizione nell'albo ex art. 106 T.U.B., poiché non esercita né attività di concessione di finanziamenti, né – direttamente – di riscossione di crediti. In altri termini, se è vero che il soggetto che agisce in giudizio per il recupero di un credito cartolarizzato, qualora non corrisponda al soggetto indicato nell'avviso di cessione e non sia una società iscritta nell'albo ex art. 106 T.U.B., non deve ritenersi legittimato all'attività di recupero, è altresì vero che il cessionario-mandante può esercitare legittimamente le proprie pretese, purché rappresentato da soggetto idoneo»*⁴; ma anche il Tribunale di Livorno⁵, per cui la SPV *«per procedere al recupero del credito di cui si è resa cessionaria si deve avvalere di uno dei soggetti previsti dall'art. 2 comma 6 della L. 130/99»*⁶. Nella generalità dei casi, dunque, la SPV – che è e resta la legittima titolare, in forza della cessione, dei crediti poi cartolarizzati – agisce esecutivamente per la riscossione coattiva di tali crediti a mezzo di un mandatario, il *servicer* (o, a seconda dei casi, avvalendosi di uno *special servicer*).

Se questa premessa può sembrare pacifica, è tuttavia possibile rinvenire nei passaggi sopracitati, come si vedrà, alcuni dei principali nodi critici della tematica.

4. Interesse protetto dalla norma e conseguenze della violazione.

Preliminare ad ogni altra è la questione relativa alla natura dell'obbligo di iscrizione al sistema di vigilanza, ritenuto – oltre che dai commentatori della normativa – da certa parte della giurisprudenza di merito una *«necessaria garanzia del sistema a tutela di superiori interessi in gioco della correttezza, affidabilità e stabilità di chi opera sul mercato in contatto diretto con il pubblico»*⁷.

All'art. 2, comma 6, della legge n. 130/99 viene, invero, da molti riconosciuto il rango di norma imperativa, categoria che concernerebbe non solo le norme che si riferiscono alla struttura o al contenuto del regolamento negoziale, *«bensì anche quelle che, in assoluto, oppure in presenza o in difetto di determinate condizioni soggettive e oggettive, direttamente o indirettamente, vietano la stipula stessa del contratto, ponendo la sua esistenza in contrasto con la norma imperativa»*⁸, di talché la riscossione dei crediti di cui sono titolari le

⁴ Trib. Monza, ord. 13 novembre 2023, est. Caliari.

⁵ Trib. Livorno, ord. coll. 18 dicembre 2023, rel. Magliacani.

⁶ Nello stesso senso, si sono espressi sempre il Tribunale di Monza (ord. 22 gennaio 2024, est. Ambrosio) ed il Tribunale di Arezzo (Trib. Arezzo, ord. 24 gennaio 2024, est. Rodinò di Miglione).

⁷ Così Trib. Viterbo, ord. 27 maggio 2023; nello stesso senso, Trib. Livorno, ord. coll. 18 dicembre 2023, rel. Magliacani.

⁸ Trib. Monza, ord. 22 gennaio 2024, est. Ambrosio.

società-veicolo configura un'attività in tal senso ed a tali effetti "riservata" ai soli soggetti iscritti all'albo ex art. 106 T.U.B. (in tal senso, cfr. il Tribunale di Napoli⁹, che definisce la norma della legge sulla cartolarizzazione come «*previsione avente contenuto specifico, preciso ed individuato* - richiamando sul punto la pronuncia delle SS.UU. della Cassazione, sent. 15 marzo 2022, n. 8472 - *tesa a preservare l'interesse pubblico al corretto funzionamento del mercato alla luce del quale si giustifica la riserva normativa*»). Così ricostruita la natura della norma, conseguenza obbligata sarebbe la nullità civilistica del contratto di affidamento stipulato in violazione della stessa - che non potrebbe ritenersi esclusa soltanto per la presenza di diverse sanzioni proprie dell'ordinamento bancario, *in thesi* inidonee a tutelare l'interesse protetto¹⁰: così, ancora, si è espresso il Tribunale di Monza; sul punto, invero nodale, le più forti oscillazioni interpretative, come evidenzia la pronuncia del medesimo Tribunale¹¹, che esprime più di un dubbio circa la possibilità di riconoscere all'art. 2, comma 6, natura di norma imperativa, rilevando peraltro come l'ordinamento non detti una precisa sanzione in ambito civilistico, ma solo un'ipotesi di responsabilità penale ex art. 132 T.U.B. per l'attività di concessione di finanziamenti svolta senza autorizzazione.

Il diverso approccio dei Tribunali in ordine alla natura della norma violata si riverbera, necessariamente, sulle conseguenze applicative del rilievo, in concreto, del difetto d'iscrizione da parte dell'impresa mandataria che agisca *in executivis* per la realizzazione del credito.

In taluni casi è stato evidenziato come tale "inadempimento", privando il *servicer*-mandatario dei requisiti richiesti per poter promuovere le azioni tese al recupero del credito, dia luogo ad un «*insanabile difetto di capacità processuale*»¹², con conseguente inevitabilità dell'accoglimento della richiesta, formulata dal debitore esecutato, di sospensione dell'esecuzione¹³. Il vizio che inficerebbe il negozio di "affidamento" dell'incarico al *servicer* – conferito nelle forme di un non meglio precisato "mandato", per cui potrebbe effettivamente porsi un problema di legittimazione del *servicer*, ma anche in quella della mera "procura", al cospetto della quale dovrebbe concludersi nel senso che il *servicer* agisca per nome e per conto della mandataria, ripetendone la legittimazione (eppure, come sopra si è evidenziato, un punto fermo nella ricostruzione della tematica pare essere che l'SPV non necessiti di alcuna iscrizione all'albo ex art. 106 T.U.B) – è stato altre volte declinato in termini di mero difetto di rappresentanza. La cessionaria-mandante SPV, avvalendosi di un soggetto non debitamente autorizzato a svolgere l'attività di recupero promossa in via esecutiva, scontrerebbe il vizio di capacità rappresentativa di questa: da ciò deriverebbe, secondo alcune prospettazioni, l'applicabilità del meccanismo di sanatoria di cui all'art. 182 c.p.c., con conseguente possibilità per il creditore "sostanziale" di procedere alla regolarizzazione della propria costituzione in giudizio, mediante conferimento del potere di rappresentanza – sia sostanziale che processuale – ad un soggetto debitamente iscritto all'albo ex art. 106 T.U.B., e dunque dotato di capacità rappresentativa¹⁴.

⁹ Trib. Napoli, ord. 23 febbraio 2024, est. Fiengo.

¹⁰ Trib. Monza, ord. 22 gennaio 2024, est. Ambrosio.

¹¹ Trib. Monza, ord. del 13 novembre 2023, est. Caliarì.

¹² Trib. Napoli, ord. 22 febbraio 2024, est. Pisciotta.

¹³ Così anche Trib. Treviso, ord. 11 settembre 2023, est. Casciarri, e Trib. Livorno, ord. coll. 18 dicembre 2023, rel. Magliacani, ove si parla di un insuperabile "difetto di legittimazione" del precedente, *rectius* del mandatario del precedente.

¹⁴ Cfr. Trib. Viterbo, ord. del 27 maggio 2023; Trib. Monza, ord. 13 novembre 2023, est. Caliarì.

Dalla diversa qualificazione discende la conseguenza che non avrebbe a parlarsi di sospensione (dell'efficacia esecutiva del titolo ovvero) dell'esecuzione ma "unicamente" della concessione, da parte del giudice, di un termine per regolarizzare la posizione processuale del procedente; d'altro canto, come argomentano i Tribunali di Arezzo¹⁵ e di Napoli Nord¹⁶, una soluzione in tal senso sarebbe imposta dal fatto che l'ordinamento non prevede una sanzione in ambito civilistico – o, più in generale, forme di tutela ritenute "soddisfacenti" – in merito alle sorti del contratto di *servicing* compiuta in assenza dell'autorizzazione richiesta, argomentando secondo la logica del brocardo *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*.

Si è inoltre, più approfonditamente, argomentato che la violazione dell'obbligo di iscrizione importi una radicale nullità del negozio di affidamento, derivandone per il presunto *servicer* l'assenza di un legittimo potere rappresentativo sostanziale, con conseguenze sul potere di rappresentanza processuale che, *ex art 77 c.p.c.*, può essere conferita solo ad un soggetto altresì dotato della prima¹⁷, nondimeno passibile di regolarizzazione *ex art. 182 c.p.c.* Peraltro, nell'alveo dell'orientamento appena esposto è possibile rinvenire profili di parziale differenziazione: ad esempio, il Tribunale di Napoli¹⁸ ha ritenuto di non poter applicare la norma citata per la sanatoria del difetto di rappresentanza, costituendo il difetto di legittimazione processuale motivo di opposizione.

5. Fasi del processo esecutivo e rilievo della questione

Gli argomenti di cui ai provvedimenti da ultimo citati offrono l'occasione di accennare ad altro tema "collaterale" (ma di estremo interesse pratico), che vede connessi i profili della c.d. preclusione di fase (di cui all'art. 615, capoverso, c.p.c.) e quello della (difficile) coesistenza tra rimedi oppositivi e poteri di rilievo officioso del giudice.

Accade, invero, di frequente che la questione del difetto di iscrizione del *servicer*-mandatario del creditore procedente venga portata all'attenzione del G.E. con un'opposizione endoesecutiva proposta dopo che sia stata disposta la vendita o l'assegnazione. Ciononostante, la giurisprudenza di merito prevalente affida il rilievo del vizio derivante dalla mancata iscrizione del *servicer* al potere officioso del giudice (per il tramite della sollecitazione del debitore esecutato).

In tal senso, argomenta approfonditamente il Tribunale di Napoli Nord¹⁹, secondo il quale *«deve ritenersi che, per quanto l'occasione per la verifica della sussistenza delle condizioni dell'azione esecutiva, ovvero per il riscontro di eventuali vizi insanabili degli atti esecutivi ovvero della loro inefficacia, possa essere la proposizione di una opposizione esecutiva da parte dei debitori, resta fermo il potere del G.E. – che dirige il processo esecutivo – di scrutinare la sussistenza (che può anche sopravvenire alla instaurazione del processo) delle suddette condizioni, tra cui rientra senz'altro la legittimazione attiva di chi intraprende l'azione medesima [...] in senso contrario, non pare potersi richiamare alcuna "preclusione di fase" (legata nel caso*

¹⁵ Trib. Arezzo, ord. 24 gennaio 2024, est. Rodinò di Miglione.

¹⁶ Trib. Napoli Nord, ord. 15 febbraio 2024, est. Auletta.

¹⁷ Cfr. Trib. Monza, ord. 22 gennaio 2024, est. Ambrosio.

¹⁸ Trib. Napoli, ord. 23 febbraio 2024, est. Fiengo.

¹⁹ Trib. Napoli Nord, ord. 15 febbraio 2024, est. Auletta.

*specifico all'essere stata autorizzata la vendita del compendio pignorato, con delega delle relative operazioni) siccome, se si vuole assumere (come pare necessario) che l'avvio di una azione esecutiva sottenda pur sempre una domanda giudiziale (diretta nella specie ad ottenere la "tutela esecutiva") allora deve ritenersi che i poteri di cui sopra competano al G.E. in ogni fase del processo e fino alla sua definizione» (nel caso di specie, peraltro, lo stesso debitore aveva qualificato esplicitamente la propria doglianza in termini di istanza di sollecitazione dei poteri officiosi del Giudice). A simili conclusioni, operando tuttavia una riqualificazione della domanda del debitore, proposta sub specie di opposizione, giunge il Tribunale di Arezzo²⁰, che «quanto alla questione preliminare eccepita in punto di tardività dell'opposizione perché promossa oltre il termine di cui all'art. 615, comma 2 c.p.c. [...] devono ritenersi ricompresi nell'ambito dei poteri officiosi del giudice gli accertamenti concernenti la titolarità del credito azionato in via esecutiva, nonché l'effettiva esistenza dei poteri di rappresentanza in capo al soggetto incaricato della riscossione pertanto la presente opposizione, inammissibile in quanto tale perché tardiva, debba essere riqualificata [...] quale sollecitazione all'esercizio dei poteri officiosi»²¹. Una lettura parzialmente differente – pur giungendo alle medesime conclusioni – la offre il Tribunale di Monza²², che, ricordando la distinzione tra «condizioni dell'azione esecutiva e presupposti processuali dell'esecuzione forzata» (accomunate dalla soggezione al rilievo officioso del giudice), inquadra il vizio di iscrizione del *servicer* ex art. 106 T.U.B. alla stregua di un presupposto processuale, ovvero sia in termini di difetto «del potere di rappresentanza processuale in capo alla mandataria», attenendo invece la legittimazione attiva del creditore al diverso tema delle condizioni dell'azione esecutiva (insieme alla legittimazione passiva del debitore ed all'esistenza di un titolo esecutivo).*

Non mancano, d'altronde, sul punto decisioni di segno contrario. Secondo il Tribunale di Torre Annunziata²³, «non si verte, in realtà, in tema di "legittimazione" (da intendersi come un predicato del diritto di azione, spettante a chiunque faccia valere in giudizio un diritto assumendo di esserne titolare, la cui carenza, pertanto, per consolidata ed univoca interpretazione giurisprudenziale potrà essere eccepita in ogni stato e grado del giudizio e può essere rilevata d'ufficio dal giudice)», essendo titolare del credito e procedente in senso sostanziale esclusivamente la SPV: «la censura sollevata dalla debitrice esecutata, attenendo più correttamente alla (presunta) insussistenza delle condizioni legali previste dalla normativa del TUB [...] investe il merito stesso dell'azione esecutiva. Invero, sebbene secondo le Sezioni Unite del 2016 tale riferimento non implichi che la questione sia, per ciò solo, automaticamente e necessariamente sottratta al potere di rilievo officioso da parte del giudice, dovendosi più propriamente distinguere tra le mere difese, volte a contestare la prospettazione attorea, e le "eccezioni in senso stretto", le uniche sottratte sempre e comunque al rilievo d'ufficio [...] occorre tuttavia considerare le peculiarità del processo esecutivo, e rapportare tali principi, sviluppati su un piano "generale", al caso specifico dell'estensione dei poteri di verifica anche ufficiosa da parte del giudice dell'esecuzione delle condizioni dell'azione esecutiva e relativi presupposti

²⁰ Trib. Arezzo, ord. 24 gennaio 2024, est. Rodinò di Miglione.

²¹ Così anche Trib. Monza, ord. 24 novembre 2023, est. Caliani; Trib. Siena, ord. 12 febbraio 2024, est. Ciofetti; Trib. Napoli Nord, ord. 15 febbraio 2024, est. Auletta.

²² Trib. Monza, ord. 22 gennaio 2024, est. Ambrosio.

²³ Trib. Torre Annunziata, ord. 24 gennaio 2024, est. Musi.

processuali indispensabili al raggiungimento del risultato della stessa [...] la proposizione di questioni attinenti alla “titolarità” del diritto vantato, nell’ampio senso di cui si è precedentemente discusso (ossia, il vasto recipiente che costituisce “merito” della pretesa), stante la peculiarità del rapporto tra processo esecutivo e relativa opposizione, debba sempre avvenire per via di azione ad opera di parte opponente, e cioè del debitore, cui dunque spetterebbe in via esclusiva allegarla in via diretta ed esplicita».

6. La figura del sub servicer nella riscossione coattiva

D’altro canto, come evidenziato all’inizio, il fenomeno delle operazioni di cartolarizzazione e le propaggini applicative di questa si presenta variegato e complicato dalla contemporanea presenza di molteplici attori.

Non infrequente, nella pratica, l’esercizio dell’azione esecutiva a cura di uno *special servicer*, quale sub-mandatario della SPV. Sebbene anche in relazione a tale soggetto vengano spesso proposte questioni di “legittimazione” simili a quelle esaminate, la giurisprudenza di merito sembrerebbe uniforme nel rimarcare le sostanziali differenze rispetto alla condizione del *servicer*. Ed invero, siffatte sub-deleghe non avrebbero carattere di per sé elusivo dell’art. 2, comma 6, legge n. 130/1999, nella misura in cui il *master servicer* resta responsabile dell’attività di riscossione nel suo complesso, delegata solo nei suoi aspetti più pratici agli *special servicers*, su cui dovrà esercitare i compiti di controllo e vigilanza che gli sono propri, anche in quanto delegante: pertanto, non si rinverrebbe in tali situazioni la sussistenza della medesima esigenza di tutela che impone l’iscrizione del (*master*) *servicer* all’albo *ex art* 106 T.U.B.²⁴, ben potendo lo *special servicer* essere dotato della sola licenza *ex art*. 115 T.U.L.P.S. (prevista ad altri fini e che, pertanto, non potrebbe essere di converso sufficiente *ex se* per un *servicer* “diretto”).

Il criterio-guida della *ratio* della previsione normativa deve orientare la decisione nella congerie di “incastrati” societari del caso concreto, onde individuare compiutamente i casi di diretto affidamento del servizio di riscossione ad un soggetto munito della sola licenza T.U.L.P.S., o comunque sprovvisti di iscrizione all’albo *ex art*. 106 T.U.B.²⁵. Seguendo una tale logica, non rileva, ai fini della concreta procedura esecutiva, se la società mandataria della SPV procedente faccia parte di un gruppo (magari originato dalla scissione di un’originaria società di *servicing*, e come tale iscritta all’albo *ex art*. 106 T.U.B) in cui, per divisione “interna” di funzioni, sono presenti sia soggetti delegati istituzionalmente a svolgere compiti di *master servicers* (dunque, con iscrizione) ed altri con attribuzioni meramente operative come *special servicers* (e privi di iscrizione in quanto tali): qualora la SPV procedesse a conferire direttamente il mandato alla società senza iscrizione (perché, istituzionalmente, deputata a compiti di *special servicing*), ai fini di tale rapporto essa ricoprirebbe comunque una posizione sostanziale di *servicer* diretto, e pagherebbe lo scotto di non essere iscritta all’albo di cui all’art. 106 T.U.B.²⁶. All’inverso (ma confermando la logica di cui sopra), in caso di fusione per incorporazione di una società provvista di iscrizione in una che ne fosse antecedentemente priva,

²⁴ Cfr. Trib. Monza, ord. 22 gennaio 2024; est. Ambrosio Trib. Nola, ord. 08 febbraio 2024, est. Guardasole; Trib. Santa Maria Capua Vetere, ord. 22 febbraio 2024, est. Mercurio.

²⁵ Cfr. Trib. Napoli, ord. 23 febbraio 2024, est. Fiengo, che nel caso concreto, pur riconoscendo la non necessità dell’iscrizione al sistema di vigilanza di Banca d’Italia anche dello *special servicer*, individuava nel creditore precedente-mandatario un *servicer* “diretto”.

²⁶ In tal senso, Trib. Monza, ord. 22 gennaio 2024, est. Ambrosio.

qualora l'atto di fusione menzionasse esplicitamente il subentro della società incorporante nella specifica qualità di soggetto iscritto (o, anche in maniera più generale, in tutte le concessioni, autorizzazioni e licenze) dell'incorporata, non si porrebbe alcun problema di rispetto del dato normativo²⁷.

Come sempre, tuttavia, anche su tali profili è possibile rinvenire ricostruzioni in senso contrario: secondo il Tribunale di Siena²⁸, l'attività di recupero del credito ceduto potrebbe essere svolta solo da una società sottoposta alla vigilanza *ex art.* 106 T.U.B., e che sia anche quella che risulta dalla pubblicazione dell'operazione e del prospetto informativo nella G.U., essendo tali qualità ritenute dal legislatore come una necessaria garanzia del sistema.

7. Un possibile diverso approccio.

Più in generale, l'impianto motivazionale (sostanzialmente omogeneo nelle linee essenziali) complessivamente esposto è stato messo in discussione, da talune pronunce, sin dalle sue premesse sistematiche.

Il Tribunale di Palermo²⁹, ad esempio, con un *obiter dictum* – posto che, nel caso di specie, era stata regolarmente fornita prova dell'iscrizione della mandataria al sistema di vigilanza – pone in dubbio che la mancanza dell'iscrizione all'albo di cui all'art. 106 T.U.B., nei casi e per i soggetti per cui si appalesi come necessaria, possa incidere sulla legittimazione processuale del soggetto attivo dell'azione esecutiva e sulla perseguibilità dell'esecuzione immobiliare nonché, più in generale, che abbia conseguenza alcuna al di fuori del sistema bancario e del suo ordinamento interno.

Sul fronte critico della ricostruzione maggioritaria si sono poste anche le pronunce del Tribunale di Civitavecchia³⁰ e di Torre Annunziata³¹, che similmente giungono a ritenere che la questione dell'iscrizione del *servicer* all'albo *ex art.* 106 T.U.B. «*non interferisca affatto con lo svolgimento del processo esecutivo in generale*» (Trib. Torre Annunziata). Infatti, «*esaminando la ratio della previsione di cui all'art. 106 T.U.B. [...] il punto da valutare è se in questo ambito [vale a dire, le attività di gestione e riscossione dei crediti di cui all'art. 2, comma 3 lett. c della L. 130/99] anche l'attività di recupero forzoso del credito [...] si può certamente ritenere che l'esercizio dell'azione esecutiva possa essere ritenuta come una attività diversa dalla riscossione ordinaria dei crediti, in quanto il mandatario deve limitarsi ad esercitare l'azione giudiziaria per recuperare coattivamente il credito non riscosso, senza poter espletare la tipologia di attività sopra riportata e riservata agli intermediari finanziari autorizzati*» (Trib. Civitavecchia, che, nel caso specifico, ha accolto l'opposizione *ex art.* 615, comma 1, c.p.c., avuto riguardo, da un lato, alla natura stragiudiziale dell'atto di precetto, e dall'altro alla riconducibilità di quest'ultimo all'attività di riscossione ordinaria che deve svolgere il soggetto iscritto - ritenendola «*l'ultima occasione di intimare il pagamento del credito*» - piuttosto che a quella coattiva). In definitiva, la natura squisitamente processuale e non sostanziale dell'attività svolta *in executivis*

²⁷ Cfr. Trib. Torre Annunziata., ord. 29 febbraio 2024, est. Musi.

²⁸ Trib. Siena, ord. 12 febbraio 2024, est. Ciofetti.

²⁹ Trib. Palermo, ord. 26 febbraio 2024, est. Minutoli.

³⁰ Trib. Civitavecchia, sentenza 27 dicembre 2023, n. 1516/2023, est. Vigorito.

³¹ Trib. Torre Annunziata, ord. 24 gennaio 2024, est. Musi.

dovrebbe indurre, secondo l'impostazione di tali pronunce di merito, a ritenere che questa «*si ponga al di fuori del campo d'elezione della normativa sulla cartolarizzazione, quanto alla necessaria sussistenza della previa iscrizione del soggetto agente nell'Albo ex art. 106 T.U.B.*» (Trib. Torre Annunziata).

Proseguendo lungo un'ideale "scala inversa" di decostruzione dell'orientamento numericamente maggioritario, va citato il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere³², che ha valorizzato una diversa chiave di lettura teleologico-funzionale della *ratio legis*: a fronte di un'opposizione volta a contestare il profilo della legittimazione attiva per carenza d'iscrizione, si è «*ritenuto che la predetta doglianza sia priva di fumus boni juris, atteso che in materia di recupero di crediti cartolarizzati, appare quanto meno dubbio che il debitore sia legittimato ad eccepire il supposto vizio relativo alla legittimazione alla riscossione, poiché la normativa in questione (art. 2 comma 6 bis l. 130/1999; art. 106 TUB), ed in particolare le prescrizioni relative ai requisiti che devono possedere le società che effettuano operazioni di cartolarizzazione, sono finalizzate alla protezione degli investitori, che acquistano i titoli obbligazionari emessi per effetto della cartolarizzazione (le somme incassate dai debitori ceduti vengono poi destinate, in via esclusiva, ai portatori dei titoli emessi per finanziare l'acquisto dei crediti ceduti), venendo quindi in rilievo profili di tutela del mercato finanziario rispetto ai quali il debitore è del tutto estraneo*»; pertanto, «*anche se il vizio di autorizzazione in capo allo special servicer dovesse rilevare a pena di nullità, si tratterebbe di nullità virtuale, che potrebbe essere fatta valere solo dai soggetti a favore dei quali essa è prevista (nel caso di specie gli investitori che acquistano le partecipazioni azionarie emesse a seguito di cartolarizzazione)*».

8. L'ordinanza della S.C. n. 7243/2024.

Da ultimo, come *supra* anticipato, è intervenuta la Terza Sezione Civile della Corte di Cassazione³³, che ha sublimato, per così dire, la confutazione della base ideologica di gran parte della produzione dottrinale e giurisprudenziale circa il valore effettivo della normativa di cui al combinato disposto art. 2, comma 6, legge n. 130/99 e art. 106 T.U.B. al di fuori dell'ordinamento bancario. A fronte della censura, ad opera della ricorrente, del vizio di rappresentanza del *servicer* non iscritto, da cui far derivare la nullità del conferimento dell'incarico di recupero, anche forzoso, la Corte ha ritenuto, con una presa di posizione che parrebbe lasciare ben poco margine di manovra per le letture future, che «*la tesi, infatti, ravvisa nelle citate disposizioni norme imperative inderogabili, in quanto poste a presidio di interessi pubblicistici, con la conseguente nullità, sotto il profilo civilistico, dei negozi intersoggettivi [...] in proposito si osserva che, in relazione all'interesse tutelato, qualsiasi disposizione di legge, in quanto generale e astratta, presenta profili di interesse pubblico, ma ciò non basta a connotarla in termini imperativi, dovendo pur sempre trattarsi di "preminenti interessi generali della collettività" o "valori giuridici fondamentali"*; 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.) [...] ad avviso del Collegio, le succitate norme non hanno alcuna valenza civilistica,

³² Trib. Santa Maria Capua Vetere, ord. 22 febbraio 2024 est. Mercurio.

³³ Corte di Cassazione, III Sezione Civile, ord. n. 7243/2024, rel. Fanticini.

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 (cioè, alla Banca d'Italia) e presidiati anche da norme penali; conseguentemente, non vi è alcuna valida ragione per trasferire automaticamente sul piano del rapporto negoziale (o persino 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».

La chiosa “tombale” della Cassazione, per cui «*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*», sembrerebbe ridisegnare completamente i confini ermeneutici della questione, partendo dalla sua stessa rilevanza, e, dunque, dalla sua ragion d'essere di porsi come strumento “ostruzionistico” del regolare proseguimento delle procedure esecutive.