



RG 282 del 2016

TRIBUNALE DI BRINDISI
SETTORE PROCEDURE CONCORSUALI
ORDINANZA DI REMISSIONE EX ART. 363 BIS CPC

Deve premettersi che la complessità della questione e, soprattutto, la sua specialità hanno reso opportuna una trattazione *ex fundito* della disciplina interna e unionale in materia.

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

Indice

1.La fattispecie concreta

2.La questione in diritto: le conseguenze dell'omessa iscrizione non della mandataria, incaricata della riscossione ma della stessa cessionaria in blocco. Conseguenze dell'omessa iscrizione sul contratto di cessione in termini di compatibilità comunitaria di quest'ultimo

3. Presupposti per l'ammissibilità del rinvio ex art. 363 bis cpc.

3.1. Rilevanza ai fini del caso di specie e la novità della questione per la mancanza di una precedente pronuncia della Suprema Corte. La specificità della sentenza del 18 marzo 2024, n. 7243

3.1.1. La compatibilità della soluzione sposata dalla Suprema Corte con il diritto unionale.

3.2.La questione dell'omessa iscrizione del cessionario è suscettibile di porsi in numerosi giudizi.

3.3. Conseguenze della mancata iscrizione delle cessionarie: difficoltà interpretative e possibili opzioni ermeneutiche

4.Inefficacia per difetto di legittimazione attiva

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

6.La ricostruzione in termini di nullità virtuale

6.1. Inquadramento normativo delle società' per la cartolarizzazione dei crediti

6.1.1 requisiti delle SPV

6.1.2. I privilegi del patrimonio separato

6.1.3. Sulla distinzione tra società emittente i titoli e società cessionaria

6.1.4. Il problema della natura ancillare o autonoma delle spv

6.1.5. Rapporti tra SPV e normativa del TUB: iscrizione negli elenchi e vigilanza

6.1.6 Provvedimento Banca d'Italia del 12 dicembre 2023 in materia di obblighi informativi e statistici delle società veicolo coinvolte in operazioni di cartolarizzazione.

6.2. Brevi cenni sulla categoria della nullità virtuale**6.3. Nullità di tipo virtuale: da ipotesi singolare a rimedio generale****7. Anticomunitarietà del contratto di cessione****7.1. Normativa europea****7.2. Le raccomandazioni del GAFI****7.3. Normativa nazionale****8. Il caso della società incaricata della riscossione, per il tramite di procura****9. Sintesi della questione e quesiti posti al vaglio della Suprema Corte****1. La fattispecie concreta**

Nel caso di specie, il titolo esecutivo azionato da Unicredit S.p.a., è rappresentato dal contratto di mutuo ipotecario del 18.04.2008, concesso ai sensi dell'art. 38 e seguenti del D.Lgs. n.385/1993, repertorio n. 1.421 e raccolta n. 1.087, a rogito del Dott. Gianandrea Corrado, Notaio in Brindisi (BR), registrato all'Ufficio delle Entrate di Brindisi il 18.04.2008 al n. 3380 serie 1T.

Entrambi i debitori esecutati, sono mutuatari. Il credito è assistito dall'ipoteca reg. generale 8263, reg. particolare 1221, presentazione 14 del 21.4.2008, per un totale di € 167.000,00 di cui € 167.000,00 per sorte capitale ed € 83.500,00 per interessi.

Ad intervenire in giudizio era in origine Unicredit S.p.A., Banca iscritta all'Albo delle Banche e Capogruppo del Gruppo Bancario UniCredit - Albo dei Gruppi Bancari cod. 02008.1 – cod. ABI 02008.1, iscrizione al Registro delle Imprese di Roma - e per essa DoBank S.p.A. quale mandataria, giusta procura 30.10.2015 per Notaio Carlo Marchetti da Milano di cui ai nn. 12541 rep. e 6.530 racc. registrata all'Agenzia delle Entrate di Milano 1 in data 13.11.2015.

Con atto del 30.1.2023, la società Maui S.p.v. s.r.l, interveniva nella procedura esecutiva per il tramite della procuratrice speciale Bayview Italia 106 S.p.a.

In data 4.4.2024, ha spiegato intervento ex art. 111 c.p.c., la società Marte Spv e per essa, quale procuratrice e servicer, la BANCA FINANZIARIA INTERNAZIONALE S.p.a. (breviter "BANCA FININT S.p.a.") che a sua volta ha agito per il tramite della mandataria con rappresentanza e sub-servicer, HOIST ITALIA S.r.l.

Dal contenuto del suddetto atto di intervento, emerge che il credito della Unicredit è stato oggetto di tre differenti cessioni (**v. relazione del delegato del 15 marzo e del 7 aprile**). In particolare:

a. Prima cessione.

In virtù del contratto di Cessione dei Crediti individuabili in blocco ex Legge 30 aprile 1999 n. 130, stipulato in data 11 ottobre 2019, Unicredit S.p.A. - con sede legale in Milano (Italia) in Piazza Gae Aulenti 3 - Torre A, codice fiscale e numero di iscrizione al Registro delle Imprese di Milano- Monza-Brianza-Lodi 00348170101, capitale sociale pari a Euro

20.940.398.466,81 interamente versato, iscritto al n. 2008.1 all'Albo dei Gruppi bancari tenuto dalla Banca d'Italia ai sensi dell'articolo 64 del D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385 - ha ceduto pro soluto in favore di Prisma Spv S.r.l., un portafoglio di crediti identificabile secondo i criteri indicati nell'avviso pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana Parte Seconda n. 121 del 15 ottobre 2019 ai sensi e per gli effetti dell'art. 58 del Decreto legislativo n. 385/1993 (Testo Unico Bancario) e degli artt. 1 e 4 della legge 130/1999 (Legge sulla cartolarizzazione).

b. Seconda cessione.

Successivamente in virtù di contratto stipulato in data 30 marzo 2021 Prisma Spv S.r.l. ha ceduto a Silver Spv S.r.l. un portafoglio di crediti identificabile in blocco secondo i criteri indicati nell'avviso pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, Parte Seconda n. 42 dell'8 aprile 2021 ai sensi e per gli effetti dell'art. 58 del Decreto legislativo n. 385/1993 (Testo Unico Bancario) come successivamente modificato e integrato ed informativa ai debitori ceduti sul trattamento dei dati personali, ai sensi degli articoli 13 e 14 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 (il "GDPR"), nonché degli artt. 1 e 4 della legge 130/1999 (Legge sulla cartolarizzazione).

c. Terza cessione

Successivamente, in virtù di contratto stipulato in data 16 dicembre 2021 Silver Spv Srl ha ceduto a MAUI SPV S.r.l. un portafoglio di crediti identificabile in blocco secondo i criteri indicati nell'avviso pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, Parte Seconda n. 152 del 23 dicembre 2021 ai sensi e per gli effetti dell'art. 58 del Decreto legislativo n. 385/1993 (Testo Unico Bancario) come successivamente modificato e integrato ed informativa ai debitori ceduti sul trattamento dei dati personali, ai sensi degli articoli 13 e 14 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 (il "GDPR"), nonché degli artt. 1 e 4 della legge 130/1999 (Legge sulla cartolarizzazione).

Invero, a procedura esecutiva già avanzata, si addiveniva ad una quarta cessione, da Maui SPV s.r.l. a Marte SPV s.r.l., intervenuta dopo che la prima, ai sensi e per gli effetti dell'art. 41 Tub, percepiva la somma di € 40.000,00 ricavati dal prezzo di vendita del bene staggito.

Nessuna delle cessionarie risulta iscritta nell'Albo ex art. 106 Tub.

2. La questione in diritto: le conseguenze dell'omessa iscrizione non della mandataria, incaricata della riscossione ma della stessa cessionaria in blocco. Conseguenze dell'omessa iscrizione sul contratto di cessione in termini di compatibilità comunitaria di quest'ultimo

Dunque, a fronte della complessità del fatto storico, caratterizzato da plurime cessioni della stessa posizione creditoria, vengono in rilievo due ipotesi distinte riconducibili, rispettivamente:

1. al contratto di cessione (in blocco). Nel caso di specie, vi sono state, infatti, quattro diversi negozi traslativi;

2. all'incarico alla riscossione conferito dalla società che, di volta in volta, e' risultata titolare della posizione creditrice, ad altro soggetto, organizzato in forma societaria.

Incarico 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). Nella fattispecie concreta, la Unicredit agiva per il tramite della Dobank e la Maui per mezzo della procuratrice speciale Bayview Italia 106 S.p.a..

Entrambe le fattispecie devono essere vagliate alla luce della disciplina che prescrive per le società che riscuotano i crediti in blocco l'iscrizione nel registro ex art. 106 Tub.

Ciò, in un contesto socio- economico, connotato 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 che - 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 - ben può prestarsi a fenomeni di riciclaggio del denaro di provenienza illecita.

S'intenda bene: questo Giudice non vuole in alcun modo insinuare che ciò sia accaduto anche nel caso di specie, ma si vuole evidenziare il reale rischio che ciò possa accadere.

Invero, tale preoccupazione non e' frutto di un atteggiamento catastrofico o di una, non precisata, condizione di ipersensibilità giuridica, ma ha trovato l'avallo anche del Ministero dell'interno, 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 sono 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». Domani ci sarà in primo incontro in presenza a Roma.

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

In particolare, all'interprete s'impone la soluzione della questione relativa alle conseguenze della conclusione di una cessione in blocco di pregresse posizioni creditorie da parte di soggetti, ex latere adquirentis, non iscritti nel predetto albo ad altri soggetti, parimenti non iscritti.

A tal riguardo, come precisato **nel par. sub. 3.1.**, 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 preste 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:

1. da parte di soggetti vigilati, ma senza che ricorrano i presupposti vincolanti, individuati in sede di normazione secondaria;
2. 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 della catena di transazioni economiche a suscitare perplessità, ma gli anelli successivi della stessa, la cui estensione numerica è, in astratto, incontrollata e, spesso, in concreto, difficilmente governabile.

Controverso risulta, in particolare, il profilo dell'eventuale compatibilità con l'ordinamento eurounitario del suddetto contratto che risulta porsi in contrasto con la disciplina comunitaria in materia di riciclaggio, neutralizzandone il c.d. effetto utile (**v. par. 7**).

Peraltro, la problematica de qua non può non essere analizzata anche alla luce della soluzione prescelta, di recente, dalla Suprema Corte¹ che si è pronunciata 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 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 di tali asset. In particolare, la legge n. 130 del 1999, prevede le attività svolgibili e le connesse responsabilità di enti specializzati quali i *master servicer* e gli *special servicer*.

¹ V. Cass. 18 marzo 2024, n. 7243.

Il *master servicing* e' 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 suddetta pronuncia si e' espressa in termini di irrilevanza in termini civilistici della violazione del mero obbligo di iscrizione.

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, anche in relazione alla suddetta fattispecie, al Supremo Collegio non e' stato sottoposto anche il problema della coerenza della soluzione esegetica, poi, prescelta dalla stessa Corte con la normativa antiriciclaggio nazionale e, soprattutto, di rango comunitario.

La risoluzione della distinta questione di diritto relativa alle conseguenze dell'omessa iscrizione del cessionario dei crediti in blocco non pare agevole, attesa la difficoltà di rinvenire un'interpretazione univoca, nella giurisprudenza di merito ma anche in dottrina, specie, in relazione all'apparato rimediale 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.

Tal ultimo profilo risulta del tutto inesplorato.

Si ricorre deliberatamente al termine elusione 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'abo 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 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, 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.

D'altronde, 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 esistano limiti precisi alla prova indiretta (testimoniale e presuntiva).

Né, a fortiori, per essi, e' 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 Bmca d'Italia, perché avente finalità eminentemente statistiche (v. Provvedimento Banca d'Italia 12 dicembre 2023).

3.1 presupposti per l'ammissibilità del rinvio ex art. 363 bis cpc.

3.1. Rilevanza ai fini del caso di specie e la novità della questione per la mancanza di una precedente pronuncia della Suprema Corte. La specificità della sentenza del 18 marzo 2024, n. 7243

Premessa la rilevanza d'ufficio di questa questione - già posta all'attenzione delle parti, prima a seguito dell'ordinanza di delega al Pd, poi, successivamente, in seno all'odierna udienza - è evidente come della stessa, nel caso di specie, s'imponga la decisione.

Infatti, dalla stessa dipende la verifica della titolarità attiva e della correlata legittimazione processuale all'azione esecutiva (così come alla partecipazione alla fisiologica attività distributiva), della Maui srl, quale ultimo anello della catena delle plurime cessioni del credito azionato.

A sommo avviso di questo Giudice, non osta al disponendo rinvio, la già menzionata ordinanza del Supremo Collegio del 18 marzo 2024, n. 7243 che, come già evidenziato al punto 1.1., si è pronunciata sulla fattispecie distinta inerente alle conseguenze dell'omessa iscrizione della società incaricata della riscossione dei crediti ceduti e che agisce quale mera procuratrice all'incasso (*cd. special service*).

La pronuncia della Corte - secondo taluni commentatori relegata ad un mero inciso espresso *incidenter tantum* - si è pronunciata sulla validità del mandato con procura, concesso ad una società terza e senza che alla stessa fosse posto anche il problema della coerenza della soluzione, poi, prescelta con la normativa antiriciclaggio nazionale e, soprattutto, di rango comunitario.

Dunque, la fattispecie ineriva alla legittimazione del soggetto, incaricato della riscossione e, dunque, del materiale incameramento del credito, non anche, dunque, del cessionario (in blocco) e dunque, non attiniva alla validità della cessione quale vicenda traslativa del credito.

Ne consegue che la suddetta sentenza non esaurisce l'interesse ad un pronunciamento della S.C. in relazione a parametri rimasti inesplorati e, dunque, a *quaestiones iuris* diverse da quelle sottoposte al suo vaglio.

In particolare, la Suprema Corte si è pronunciata in relazione all'eccezione con cui il ricorrente aveva lamentato quanto segue: lo «*SPECIAL SERVICER che ha ricevuto la procura per il materiale recupero del credito non è iscritta all'albo di cui all'art. 106 TUB per cui non può procedere alle attività di recupero [...] Da un esame approfondito della normativa emerge che l'attività di recupero dei crediti cartolarizzati è riservata esclusivamente (ex art. 2 comma 6 legge n.130/1999) in via diretta ai soggetti iscritti all'albo di cui all'art. 106 TUB [...] Tale eccezione è da inquadrarsi nel difetto di rappresentanza, che non è suscettibile di sanatoria*

e può essere rilevata di ufficio in ogni grado e stato del procedimento, per cui la detta società non può contraddire al presente ricorso per cassazione trattandosi di attività tesa al recupero del credito».

A tal riguardo, i giudici di legittimità hanno affermato che: *“all’omessa iscrizione nell’albo ex art. 106 T.U.B. del soggetto concretamente incaricato della riscossione dei crediti non deriverebbe 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, 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”.*

- *“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.)”;*

- *“in particolare, ad avviso del Collegio, 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 (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 (precetti, pignoramenti, interventi, ecc.), asseritamente viziati da un’invalidità “derivata”.*

Per tali ragioni, conclude la Suprema Corte, dall’omessa iscrizione nell’albo ex art. 106 T.U.B. del soggetto concretamente incaricato della riscossione dei crediti non deriva alcuna invalidità, non ravvisandosi alcun difetto di rappresentanza.

Invero, la Suprema Corte si è espressa sulla questione relativa alle conseguenze della mancata iscrizione ex art. 106 TUB della *special servicing*.

Come già evidenziato, secondo taluni Autori, ciò sarebbe avvenuto nella logica del mero "obiter dictum", non essendo la questione dell’iscrizione dedotta quale specifico motivo di ricorso.

A tal riguardo, ritiene questo Giudice che quella della Corte, in rapporto alla complessiva economia della motivazione, sia, comunque, un'enunciazione non residuale, ma fondativa della decisione assunta.

Ciò premesso, volendo ricostruire il dato normativo, l'art. 2, IV comma 1. 130/1999 (Disposizioni sulla cartolarizzazione dei crediti) prescrive espressamente ai soggetti diversi da banche o intermediari finanziari l'iscrizione all'albo ex art. 106 TUB per l'esercizio dei servizi di riscossione (da ritenersi giudiziale) di crediti ceduti e dei servizi di cassa e pagamento di cui all'art. 2, co. 3 lett. c)

L'art. 2 comma 6 dispone, infatti, che: *"I servizi indicati nel comma 3, lettera c), possono essere svolti da banche o da intermediari finanziari iscritti nell'albo previsto dall'articolo 106 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385. Gli altri soggetti che intendono prestare i servizi indicati nel comma 3, lettera c), chiedono l'iscrizione nell'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."*

I servizi indicati nel III comma lett. c) sono i seguenti: *"[...] riscossione dei crediti ceduti e dei servizi di cassa e di pagamento"*.

Le pronunce di merito che, fino alla suddetta ordinanza, avevano preso in esame la suddetta questione, avevano ritenuto che tali norme fossero imperative, argomentando, oltre che dal dato normativo, anche dalla circolare 388 del 30.4.2015 (come successivamente modificata) di Banca d'Italia, in cui si precisa che *"l'SPV può delegare la gestione del portafoglio cartolarizzato e i poteri di cui all'art. 4, comm 4-ter della legge n. 130/1999 esclusivamente a banche e intermediari iscritti nell'albo di cui all'art. 106 TUB"* (pag. 176/424 circ. nota 14).

Vi è poi l'art. 5 della medesima circolare per il quale il servicer:

- *Monitora le scadenze degli attivi cartolarizzati; cura la tempestiva messa in mora dei debitori; avvia e segue lo svolgimento delle procedure esecutive; dispone, ove consentito, il riscadenzamento dei prestiti e cura la cessione di crediti inclusi nel portafoglio, singolarmente o in blocco;*
- *controlla il complessivo andamento degli incassi, anche al fine di verificare l'eventuale raggiungimento dei "trigger event" definiti dal prospetto dell'operazione e monitora il rispetto del business plan dell'operazione;*
- *monitora le scadenze dei pagamenti sulle ABS, assicurandone l'adempimento secondo l'ordine di priorità stabilito nel prospetto informativo (c.d. "cascata dei pagamenti"), utilizzando, ove necessario e nel rispetto delle relative condizioni, le linee di liquidità di cui la cartolarizzazione eventualmente beneficia [...]*

In particolare, Trib. Siena, 26 gennaio 2024 ha affermato che l'art. 106 TUB impone ai fini dell'esercizio dell'attività di concessione di finanziamenti nei confronti del pubblico l'iscrizione da parte degli intermediari finanziari nello speciale albo tenuto da Banca d'Italia. Orbene, la predetta disposizione, che si applica anche in caso di recupero di un credito ceduto e cartolarizzato ex l. n. 130/1999, ha la funzione preminente di tutelare

i risparmiatori e il mercato tramite un controllo rigoroso di quei soggetti che, in quanto autorizzati, svolgono professionalmente attività di prestito di denaro sì che il legislatore ha introdotto un rigido controllo di tutte le società finanziarie non bancarie per garantire c.d. vigilanza equivalente tra istituti finanziari bancari e non e soprattutto al mirato scopo di assoggettarne a verifica costante la sufficiente patrimonializzazione, funzionale alla tutela dei risparmiatori. La dinamica di tali attività prevede spesso la delega del delegato a un terzo: il delegato (c.d. *master servicer*) delega un terzo (c.d. *special servicer*) del proprio incarico, in altre parole da un rapporto di procura (cessionario-*master servicer*) si passa ad un rapporto di sub-procura (*master servicer-special servicer*).

Secondo la suddetta pronuncia, in presenza di credito cartolarizzato ex l. n. 130/99, l'attività di recupero credito può e deve essere svolta solo dalla società vigilata (iscritta all'albo ex art 106 TUB), preventivamente indicata nell'avviso di cessione pubblicato in Gazzetta Ufficiale. L'indicazione del soggetto incaricato della riscossione dei crediti deve essere soggetto iscritto all'albo ex art 106 TUB e, a riprova di ciò, negli avvisi di cessione di tali crediti -come pubblicati in Gazzetta Ufficiale- viene sempre indicato tale incarico. La particolare qualità di tali società -in quanto iscritte all'Albo ex art 106 TUB- è evidentemente ritenuta dal legislatore una necessaria garanzia del sistema (tanto da dover essere pubblicata in GU ed inserita nei prospetti informativi) a tutela dei superiori interessi in gioco e della «correttezza, affidabilità e stabilità di chi opera sul mercato, in contatto diretto col pubblico».

Ancora Trib.Cagliari, Sez. Es. Imm., 31 gennaio 2024 ha affermato che «la violazione del disposto dell'art. 2 co. 6 della L. 130/1999 costituisce una violazione di una norma imperativa, volta a tutelare l'interesse pubblico che la riscossione dei crediti venga effettuata da soggetti dotati di determinati requisiti di professionalità».

Inoltre, secondo la suddetta pronuncia «*la previsione di diverse sanzioni da parte dell'art. 132 TUB non sia sufficiente a tutelare l'interesse protetto, posto che occorre evitare che, nello specifico, soggetti non iscritti all'elenco di cui all'art. 106 cit. agiscano per la riscossione dei crediti di cui sono titolari le società veicolo*».

Di conseguenza, «*l'atto con cui la società veicolo conferisce la procura per la riscossione dei propri crediti ad una società non iscritta all'albo di cui all'art. 106 TUB*» è «*nullo per violazione di norma imperativa ai sensi dell'art. 1418 co. 1 c.c., con la conseguenza che la società non iscritta all'albo risulta priva del potere di rappresentanza sostanziale e processuale della società veicolo*».

Pertanto, secondo il giudice sardo, è «*necessario verificare se la sia iscritta al predetto albo e, in caso di esito negativo, assegnare al creditore un termine perentorio per la sanatoria ex art. 182 c.p.c. mediante il conferimento del potere di rappresentanza – sia sostanziale che processuale – a un soggetto iscritto all'albo degli intermediari finanziari*»

E, per questo motivo, ha ritenuto «*necessario sospendere le attività delegate in attesa della dimostrazione della sussistenza dell'iscrizione all'elenco di cui all'art. 106*»

tub; (...) invitando il creditore a prendere posizione sulla contestazione riguardante l'iscrizione al citato elenco».

Sia consentito a questo Giudice di evidenziare come la suddetta pronuncia, che ha affrontato la questione solo incidenter tantum, non abbia considerato – verosimilmente proprio per la sua natura incidentale – come il contratto di mandato o il negozio unilaterale di procura, sottesi a tale fattispecie, potrebbero avere la finalità di eludere i controlli amministrativi e penali, specie in materia di contrasto alle operazioni di riciclaggio.

Dunque, in applicazione della teorica della causa in concreto, quale sintesi degli interessi perseguiti dalle parti, a mezzo dell'operazione economica nel suo complesso, l'uno o l'altro dovrebbero considerarsi affetti da nullità. Seguendo tale traiettoria teorica, tale nullità si rifletterebbe anche sulla nomina del difensore.

Peraltro, come già correttamente evidenziato, l'esclusione della nullità potrebbe ingenerare l'effetto di aggravare il carico delle procure, cui alcuni giudici di merito hanno già iniziato a inviare gli atti (cfr. Trib. Modena, Sez. III, 26 marzo 2024: "*ritenuto doveroso procedere con la segnalazione alla Autorità di Vigilanza, per l'eventuale accertamento e repressione di condotte vietate, il Tribunale modenese non accoglie la formulata istanza di sospensione della procedura esecutiva, disponendone la prosecuzione e chiede trasmissione degli atti a Banca d'Italia e alla Procura della Repubblica*").

Dunque, nel caso sottoposto al vaglio del giudice di legittimità, veniva in rilievo un'ipotesi di riscossione che avveniva da parte della società con funzioni di Special Servicer, mandataria e dotata di procura da parte della società veicolo.

Nella fattispecie concreta, al vaglio di questo Giudice, invece, si pone il problema dell'obbligo di iscrizione per la società veicolo e per le successive cessionarie.

Dunque, la novità della questione risiede nella diversità della fattispecie concreta e ciò in quanto il problema dell'iscrizione si pone, in tal caso, in relazione non solo alla *master servicer*, ma alla stessa società che abbia acquistato il credito, a seguito di una successiva vicenda circolatoria.

3.1.1. La compatibilità della soluzione sposata dalla Suprema Corte con il diritto unionale.

Inoltre, la non accostabilità delle due fattispecie consta anche dalla diversità dei parametri normativi invocati.

Infatti, la questione è stata posta e risolta alla luce della sola disciplina nazionale, senza che, in alcun modo, si ponesse il problema di quale tra le soluzioni ventilabili fosse in linea con la superiore e prevalente disciplina comunitaria.

Orbene, non v'è dubbio che - alla luce dei rapporti fra giudice nazionale e C.g.e., le cui pronunce, rese in sede di rinvio pregiudiziale, hanno valenza integrativa della norme interpretate, assumendo valenza cogente *erga omnes* - l'interpretazione delle norme nazionali compete al primo, essendo riservata alla seconda l'esatta enucleazione delle sole regole traibili dall'ordinamento comunitario.

Nel caso di specie, si pone un problema che involge il primo profilo, ma il Supremo Collegio potrebbe ritenere di dover preliminarmente definire l'esatta portata della disciplina comunitaria in materia.

In tal caso, si potrebbe prospettare l'opportunità di un rinvio pregiudiziale alla Cge.

3.2. La questione dell'omessa iscrizione del cessionario è suscettibile di porsi in numerosi giudizi.

La particolare diffusione del fenomeno della cartolarizzazione e delle correlate vicende circolatorie, anche per l'attitudine delle stesse a consentire un'agevole e pronta liquidazione, ha fatto sì che la questione si sia posta in molteplici vicende esecutive.

D'altronde, ciò trova conferma nella pluralità di pronunce di merito, di vario tenore, anche con riguardo a quali debbano essere le conseguenze dell'accertato difetto della prova in atti dell'avvenuta iscrizione.

Accanto alle pronunce che, in relazione alla società *master servicing*, hanno ritenuto che non fosse necessaria alcuna iscrizione; altre hanno concluso per la sua doverosità e per la conseguente nullità del titolo esecutivo con estinzione del giudizio; altre, invece, hanno optato per la concessione di un termine per la documentazione del possesso del requisito dell'iscrizione.

3.3. Conseguenze della mancata iscrizione delle cessionarie: difficoltà interpretative e possibili opzioni ermeneutiche

La complessità del fenomeno e la sua tecnicità impongono una succinta ricostruzione del quadro regolatorio del fenomeno della cartolarizzazione.

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

Se ne desume che la cessione di crediti che avvenga non per spirito di liberalità, né a titolo gratuito, ma dietro la corresponsione di un corrispettivo, costituisce, 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, e' 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, e' tutt'altro che remota o di difficile verifica.

Da tale qualificazione dell'attività sociale svolta come attività d'intermediazione finanziaria, discende l'obbligo 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 interno².

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”.

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.

² 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”,²⁻ 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.

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

Ciò verosimilmente 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, opererà l'obbligo di iscrizione.

Dunque, deve ritenersi che, di norma, 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).

In particolare, tale considerazione vale sempre nell'ipotesi di acquisto da 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.

Delineato il quadro regolatorio, deve precisarsi che la legge speciale non specifica quali debbano essere le conseguenze giuridiche della conclusione del contratto di cessione in blocco in difetto della richiesta iscrizione.

4. 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.

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

Ancora, si è tentato di sostenere che la mancanza di iscrizione fosse 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'irrelevanza.

6. La ricostruzione in termini di nullità virtuale

Nondimeno, deve ritenersi che 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.

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, e' 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 e' 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 titulo.

Si e' 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)³.

³ 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 soggetto 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 rinviene conferma anche nella pronuncia delle Sezioni Unite del 2007, in materia d'intermediazione finanziaria.

La sentenza ebbe modo di precisare come 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, individuandone gli elementi distintivi.

L'approccio alla predetta problematica richiede, però, una ricostruzione della disciplina speciale regolativa della materia, che, invero, si interseca anche con la normativa antiriciclaggio, essendo indubbia la movimentazione – nell'ambito del portafoglio di banche e intermediari finanziari - di capitali che è richiesta da qualunque operazione di acquisto massivo dei crediti,

Al fine di un migliore inquadramento della problematica si rende opportuno, in primo luogo, soffermarsi sulla disciplina prevista per la c.d. società veicolo, ovvero destinataria della cessione, che è soggetto diverso da quello incaricato della riscossione.

6.1. Inquadramento normativo delle società per la cartolarizzazione dei crediti

6.1.1. I requisiti delle SPV

La cartolarizzazione dei crediti è un istituto, appartenente alla discipline economica e finanziaria, in virtù del quale un soggetto, chiamato “originator”, attua la cessione di propri crediti, con finalità di finanziamento, ad un terzo soggetto (*Special Purpose Vehicle*) il quale, volendo procacciarsi la correlata provvista, emette titoli rappresentativi dei medesimi diritti di credito.

In virtù dell'art. 1 della L. n. 130/1999, il soggetto cessionario dei crediti cartolarizzati non è qualunque possibile interessato, bensì deve possedere una speciale qualificazione, oggetto di puntuale predeterminazione in via normativa.

Peraltro, la stessa disciplina non prevede sostanziali deroghe e ciò, unitamente alle esplicitande finalità della stessa, ne fa ritenere la riconducibilità alle norme di diritto pubblico dell'economia, dotate di assoluta imperatività.

L'aspirante cessionario deve appartenere al novero delle società di capitali (c.d. «società veicolo», SPV) e deve avere, quale oggetto esclusivo, la realizzazione di operazioni di cartolarizzazione dei crediti.

Per quanto concerne la tipologia societaria valgono, dunque, le soglie di capitale minimo previsto per ogni altra società di capitali, escludendo, per contro, il legislatore speciale il ricorso ad altri tipi meno garantistici per il mercato come le srl o le s.a.a..

Quale profilo di deviazione voluto dallo schema codicistico, l'art. 5.2 della L. n. 130/1999 ha previsto che le SPV potessero non osservare i limiti di cui al previgente art. 2410 c.c. per cui una società non può emettere obbligazioni per una somma superiore al capitale versato ed esistente secondo l'ultimo bilancio approvato.

La suddetta norma prevedeva, infatti, che *«alle emissioni dei titoli non si applicano (...) i limiti quantitativi alla raccolta prescritti dalla normativa vigente; non trovano altresì applicazione gli articoli da a 2420 del codice civile»*.

La riforma del diritto societario, di cui al D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, in attuazione della L. n. 366/2001, ha innovato la disciplina codicistica, il cui articolato ha fatto confluire nella nuova formulazione dell'art. 2412 c.c., secondo cui le società possono emettere obbligazioni al portatore o nominative per somme non eccedenti il doppio del capitale sociale, della riserva legale e delle riserve disponibili risultanti dall'ultimo bilancio approvato.

Sotto il distinto profilo finalistico, l'atto istitutivo e/o lo statuto della società veicolo devono necessariamente sancire la preordinazione della società alla cartolarizzazione.

Il predetto microsistema normativo prescrive che la società preveda la separazione tra il proprio patrimonio e quello costituito dai crediti acquistati (v. art. 3, L. n. 130/1999).

Si tratta di una categoria non sconosciuta al legislatore italiano, né recante profili di eversività.

Basti pensare all'introduzione da parte della riforma del diritto societario dei «patrimoni destinati ad uno specifico affare» di cui agli artt. 2447 bis - 2447 decies c.c..

Essi sono prefigurati non quale eccezione rispetto alle possibili scelte organizzative delle società, ma quale ordinario modulo rimesso all'autonomia societaria.

Come noto, tale figura è caratterizzata da un'autonoma dignità giuridica rispetto al c.d. patrimonio autonomo e ciò in quanto il primo - pur comportando la soggezione "a regole speciali, prevalentemente di garanzia rispetto ai terzi", di determinate posizioni soggettive, "che continuano ad appartenere ad un soggetto" - rappresenta una sorta di sottoinsieme di un ambito più ampio (il patrimonio del soggetto) del quale continua a far parte.

Per contro, il secondo “non è di proprietà del soggetto (si parla infatti di patrimonio senza soggetto) e, quindi, vi è totale incomunicabilità tra il patrimonio autonomo medesimo e quello personale del soggetto”.

Invero, il patrimonio separato e' stato accostato al trust, ricostruendosi l'SPV quale ipotetico trustee con funzione di gestione del patrimonio separato e ciò non per uno scopo generico ma in favore di beneficiari, determinati o, comunque, determinabili coincidenti con gli acquirenti dei titoli emessi dall'SPV.

L'effetto segregativo investe anche il profilo contabile, dovendo l'SPV evitare di ricomprendere la posta attiva dei crediti acquistati nell'ambito del proprio conto economico e dello stato patrimoniale.

Come prescritto dal Provvedimento di Banca d'Italia del 29 marzo 2000, i dati, relativi a ciascuna operazione di cartolarizzazione, devono essere evidenziati in specifici allegati alla nota integrativa.

Peraltro, ciò deve avvenire con modalità idonee a garantire una completa e trasparente informazione di ciascuna operazione.

D'altronde, la soggezione a tali prescrizioni, riconducibili alla categoria delle circolari interne con valore normativo, ovvero conformativo dell'assetto regolatorio delle spa, non e' revocabile in dubbio.

6.1.2. I privilegi del patrimonio separato

Dalla natura di patrimonio separato discende, in applicazione dei principi generali, la non assoggettabilità alle azioni esecutive proposte da creditori distinti dagli investitori acquirenti dei titoli.

Al fine di rafforzare la separazione del portafoglio crediti, la normativa speciale ha escluso che possano essere esperite revocatorie fallimentari (art. 4.3 della legge) in relazione ai pagamenti effettuati dai debitori ceduti alla società cessionaria. Previsione rilevante nell'ipotesi di fallimento del debitore ceduto che abbia pagato, estinguendo la propria debitoria.

Il beneficio riguarda anche la possibilità che la cessionaria sia chiamata in causa per il tramite della revocatoria ordinaria ex art. 2901 c.c.⁴.

Ne consegue una peculiare limitazione operativa dell'art. 2740 c.c., che prevede appunto che il debitore risponda dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri.

Per effetto della L. n. 130/1999, infatti, così come dell'effetto segregativo da essa imposto, la garanzia dei titoli emessi deve ritenersi costituita dagli stessi crediti ceduti per il tramite della operazione di cartolarizzazione.

Come evidenziato da autorevole dottrina, “si costituisce, insomma, una garanzia, svincolata dai soggetti coinvolti e basata solo sull'oggetto della operazione, cioè il monte crediti ceduto” oltre che sul connesso flusso finanziario c.d. cash flow.

⁴ «Non è soggetto a revoca l'adempimento di un debito scaduto».

Per contro gli acquirenti dei titoli - nel caso di insolvenza da parte del patrimonio separato - non hanno azione anche contro i beni dell'SPV.

6.1.3. Sulla distinzione tra società emittente i titoli e società cessionaria

Peraltro, può accadere che la società che abbia provveduto all'emissione dei titoli sia diversa dalla cessionaria dei crediti (v. art. 1, lett. b)).

Quando cio' si verifica, gli investitori *“acquistando i titoli emessi, instaurino un duplice ordine di rapporti: uno..... «di credito» (per quanto senza possibilità di azione) nei confronti della società emittente i titoli ed un altro..... «di garanzia» o «di azione» nei confronti del blocco dei crediti di cui è titolare la società cessionaria”*.

Si pone, pertanto, il problema interpretativo se le due società debbano possedere i requisiti previsti dall'art. 3 per le società veicolo (ovvero l'essere società di capitali e l'avere quale esclusivo oggetto sociale la cartolarizzazione dei crediti) oppure, in alternativa, tali prescrizioni valgano solo in relazione all'ultima cessionaria emittente i titoli.

Invero, si conviene con chi ritiene che debba accedersi alla tesi estensiva, in quanto rispondente alla ratio di preservare in relazione ad ogni segmento temporale della complessa vicenda circolatoria, l'integrità delle garanzie patrimoniali a presidio dei crediti ceduti.

Per quanto concerne la qualificazione giuridica del rapporto, intercorrente tra la emittente i titoli e la cessionaria, sono state abbozzate interessanti ipotesi ricostruttive.

E' stato evocato, a tal riguardo, “lo schema del Credit Default Swap, ove le due figure in gioco sono quelle del Protection seller, cioè dell'emittente, e del Protection Buyer, cioè del cessionario: in questo quadro l'emittente assume il rischio di credito relativo al portafoglio ceduto”.

In via alternativa, si e' richiamata la c.d. subparticipation di cui, peraltro, è la stessa L. n. 130/1999 a portare un esempio laddove all'art. 7, lett. a) si prevede l'applicazione del regime delle cartolarizzazioni anche alle operazioni realizzate mediante l'erogazione di un finanziamento al soggetto cedente da parte della società per la cartolarizzazione dei crediti emittente i titoli: peraltro in questo particolare caso la cessione dei crediti risulta estranea allo schema della operazione.

6.1.4. Il problema della natura ancillare o autonoma delle spv

Il dibattito interpretativo inerisce anche alla esatta natura giuridica della SPV oppure se la stessa abbia una valenza meramente strumentale e, dunque, sia priva di autonomia oppure se la stessa costituisca autonomo soggetto imprenditoriale.

Problematica la cui soluzione e' rilevante anche ai fini della valutazione dell'ambito operativo del c.d. obbligo di iscrizione nell'albo ex art. 106 tub.

Invero, per le ragioni che si vanno ad esporre, non si può dubitare della bontà, in via esclusiva, della seconda opzione esegetica, anche perché l'unica coerente con quell'approccio formalistico imposto dalla teoria dei soggetti di diritto personificati.

Infatti, la Spv, in quanto società di capitali, ha una propria personalità giuridica cui si riconnettono autonomi poteri gestionali, nonché la titolarità, come già evidenziato, di un proprio patrimonio.

In favore di tale soluzione, depongono anche le seguenti ragioni:

1) l'astratta idoneità dell'SPV a essere centro di imputazione di rapporti (obbligatori) così come a produrre utile;

2) l'assenza di esplicita deroga all'art. 2247 c.c.

Sotto il primo profilo, l'SPV è parte del contratto di cessione e, dunque, è titolare delle situazioni giuridiche attive o passive che discendono dalla stessa, così come di quelle connesse all'emissione dei titoli.

È, inoltre, legittimato a conferire mandato alla riscossione al *servicer*.

Peraltro, proprio l'aver una propria soggettività nella forma più incisiva che discende dall'acquisto della personalità in forza dell'iscrizione del registro delle imprese, rende prefigurabili il compimento di una serie di attività ulteriori, anche di natura processuale, come la proposizione delle azioni a tutela della predette poste attive del patrimonio.

Per quanto concerne il secondo aspetto, muovendo dalla disamina del dato normativo, l'art. 1, lett. b), prevede che *«le somme corrisposte dal debitore o dai debitori ceduti siano destinate in via esclusiva, dalla società cessionaria, al soddisfacimento dei diritti incorporati nei titoli emessi, dalla stessa o da altra società, per finanziare l'acquisto di tali crediti, nonché al pagamento dei costi dell'operazione»*.

In considerazione del suddetto profilo funzionale, laddove, nell'esercizio della propria attività, residuasse un'eccedenza rispetto a quanto necessario per il «soddisfacimento» dei diritti incorporati nei titoli emessi, sarebbe configurabile un utile di esercizio.

Il soggetto, nel cui patrimonio tale *utilitas* è destinata ad allocarsi, dipende da quanto pattuito fra le parti, nell'esercizio della propria autonomia negoziale, potendo le stesse disporre liberamente dello stesso in favore dell'una o dell'altra.

Da ciò l'astratta idoneità a produrre utili (cd. scopo di lucro oggettivo), così come l'attitudine a coprire i costi coi ricavi; profilo che deve essere considerato unitariamente al fatto che il legislatore speciale ha ommesso di derogare espressamente all'art. 2247 c.c.. Invero, ha previsto alcune deviazioni normative dal modello tipico, ma non in relazione a tale profilo.

Ragione per cui, in applicazione del criterio di specialità, per cui in presenza della configurazione di una relazione *genus - species*, alla seconda trovano applicazione tutte le regole della prima, non espressamente escluse, alla società deve conseguire l'applicazione del relativo regime applicativo.

D'altronde, lo stesso art. 2, n. 3, lett. h), nel prevedere che nel contesto del prospetto informativo, debbano essere indicati «gli utili previsti dalla operazione ed il percettore», presuppone logicamente che un utile possa essere prodotto.

La stessa circolare n. 8/E emessa dall'Agenzia delle Entrate in data 6 febbraio 2003, avente ad oggetto il «Trattamento fiscale del patrimonio separato delle società costituite per

la cartolarizzazione dei crediti», prevede che: «Una volta pagati tutti i portatori dei titoli e salvaguardata la posizione dei garanti della operazione, potrebbero residuare, dopo queste destinazioni di somme, importi ulteriori, costituiti da eventuali eccedenze fra quanto ottenuto dalla società veicolo nella attività di incasso dei crediti e quanto conferito agli investitori a titolo di interessi e rimborso capitale. Tali importi andrebbero a formare un utile dell'operazione che, qualora non risulti assorbito dagli stessi titoli o da apposite obbligazioni c.d. «partecipative» (per lo più sottoscritte dallo stesso originator), potrebbe essere acquisito dalla stessa società veicolo, ipotesi quest'ultima non esclusa dalla legge».

La stessa dispone che «Solo a conclusione dell'operazione, una volta soddisfatti tutti i creditori del patrimonio stesso, l'eventuale eccedenza residua potrà entrare nella disponibilità dell'SPV, se così stabilito negozialmente».

A prescindere dal c.d. «residuo» dell'operazione, in ogni caso, tali società ricevono un corrispettivo, *sub specie* di commissione, a fronte del servizio prestato in occasione della cartolarizzazione.

Corrispettivo che confluisce nel patrimonio c.d. non segregato dell'SPV, distinto dal patrimonio del monte crediti e che concorre alla formazione di un utile da ripartirsi fra gli azionisti dell'SPV.

6.1.5. Rapporti tra SPV e normativa del TUB: iscrizione negli elenchi e vigilanza

Dunque, 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.

D'altronde, 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 esentante vale solo per il secondo e il terzo comma (e non anche per il primo comma della disposizione in esame).

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

E' 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 dell'articolata disciplina antiriciclaggio.

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

Orbene, delineate le coordinate normative della questione, 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 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*” (Tribunale di Termini Imerese, 10.11.2023).

O ancora può accadere che la cessione avvenga in favore di soggetti privi di qualunque legame organizzativo con il titolare del pacchetto dei crediti e liberamente scelti sul mercato del credito.

Dunque, come accaduto anche nel caso di specie, nonostante la disciplina imponga l’iscrizione nell’albo ex art. 106 di chi compia attività di cessione dei crediti, in quanto configurante intermediazione finanziaria, le cessioni avvengono fra soggetti sprovvisti di tale requisito.

6.1.6. Provvedimento Banca d’Italia del 12 dicembre 2023 in materia di obblighi informativi e statistici delle società veicolo coinvolte in operazioni di cartolarizzazione.

Di recente, la Banca d’Italia ha adottato il Provvedimento del 12 dicembre 2023, entrato in vigore il 30 dicembre del medesimo anno, contenente una regolamentazione secondaria degli obblighi informativi e statistici delle società veicolo partecipate di operazioni di cartolarizzazione

Si definisce società veicolo di cartolarizzazione l’impresa:

- con sede legale in Italia,
- che sia società di capitale, pubblica o privata, costituita in forma legale fiduciaria o ogni altra tipologia analoga, conformemente al diritto nazionale o comunitario
- che si avvale di un servicer ai sensi dell’art. 2, comma 6, della legge del 30 aprile 1999, n. 130 sulla cartolarizzazione, la cui attività principale è rivolta:
 - ad effettuare, o effettua, uno o più operazioni di cartolarizzazione ed è isolata dal rischio di fallimento o di ogni altro genere di insolvenza che possa riguardare il cedente;
 - ad emettere, o è rivolta ad emettere, obbligazioni, partecipazioni di fondi di cartolarizzazione, altri strumenti di debito e/o strumenti finanziari derivati, e/o possiede o potrebbe possedere, in termini giuridici o economici, attività sottostanti l’emissione di obbligazioni, di partecipazioni di fondi di cartolarizzazione, di altri titoli di debito e/o di strumenti finanziari derivati che sono offerti in vendita al pubblico o venduti sulla base di collocamenti diretti.

Con il suddetto Provvedimento è stato istituito presso la Banca d’Italia l’elenco delle società veicolo di cartolarizzazione preordinato all’assolvimento di finalità eminentemente statistiche, ovvero di raccolta di dati e informazioni, come il bilancio, i flussi inerenti alle

operazioni di cartolarizzazione e le (eventuali) cancellazioni totali o parziali delle attività cartolarizzate.

Nell'esercizio della sua funzione di vigilanza, infatti, l'autorità di vigilanza Banca d'Italia raccoglie tali dati al fine di offrire alla BCE un quadro complessivo e statistico dell'attività, svolte dalle società veicolo.

Inoltre, i dati a connessi alle operazioni di cartolarizzazione sono raccolti, avvalendosi di un codice identificativo di ciascuna distinta operazione di cartolarizzazione.

6.2. Brevi cenni sulla categoria della nullità virtuale

In via generale, giova evidenziare, come, al fine di assicurare un ampliamento delle potenzialità operative della previsione di cui all'art. 1418 c.c., in via interpretativa, sia stata elaborata la tesi della nullità virtuale. Secondo la dottrina prevalente, l'art. 1418, comma 1, nel prevedere la nullità quale reazione dell'ordinamento positivo alla violazione di una norma di carattere imperativo, avrebbe positivizzato la suddetta categoria che ben si presta a "sistemare la superoperatività dei divieti" di fonte legale.

Si è osservato, però, come questa onnicomprensività del divieto legale sarebbe contraddetta, in primo luogo, dal carattere tassativo che le previsioni di invalidità hanno storicamente assunto fin nel contesto del codice del 1865. Inoltre, contro una generalizzazione della categoria della nullità, potrebbe essere utilmente invocata la stessa formulazione dei commi 2 e 3 dell'art. 1418 c.c. con cui il legislatore "sembra abbandonare l'idea delle nullità virtuali" scegliendo di enucleare una serie di ipotesi tipiche e determinate e, rinviando per il completamento del sistema, agli altri casi stabiliti dalla legge. Formulazione che, per taluna dottrina, lascerebbe presupporre l'esistenza di ulteriori ipotesi di nullità. Ciò, però, sempre condizionatamente all'espressa scelta qualificatoria da parte del legislatore. Secondo tale logica ricostruttiva, si tratterebbe, cioè, pu sempre, di ipotesi tipiche e tassative.

Dunque, specie in passato, pur non disconoscendosi la novità del Codice del 1942, volto a dettare *ex novo* un disciplina generale della fase genetica del contratto, non si riconosceva alcuno spazio operativo per nullità non qualificate come tali dalla legge.

Si potrebbe obiettare che l'espressione "altri casi stabiliti dalla legge", in primo luogo, acquisti un autonomo significato precettivo laddove si consideri che essa non vuol dire necessariamente che la legge debba prevedere, in via espressa, la sanzione della nullità, essendo compatibile con la formulazione testuale anche un'interpretazione più elastica: più semplicemente, e' il legislatore che deve stabilire le condizioni alle quali il contratto è nullo, come la semplice natura imperativa della norma.

Al riguardo, si può sottolineare come non sia risolutiva neppure la tesi che fa dipendere l'ammissibilità della sanzione della nullità dal solo carattere inderogabile del precetto violato: come appare riduttivo considerare quello delle nullità come un sistema conformato dal principio di stretta legalità, sarebbe viziata da formalismo la tesi per la quale la natura inderogabile della norma violata rappresenterebbe condizione non solo necessaria ma anche sufficiente al fine di affermare la nullità.

La problematica relativa alla tassatività o meno delle ipotesi di nullità può trarre argomenti di chiarificazione anche dalla stessa relazione al codice civile nell'ambito della quale si legge che la previsione - quale causa di nullità della violazione di norme imperative - assume un'autonoma valenza precettiva perché consente di sanzionare con la nullità anche le ipotesi in cui non sia ravvisabile l'illiceità della causa.

In secondo luogo - ed é questo il profilo di maggiore interesse per l'attività di ricostruzione dogmatica - la previsione in questione consente di dirimere la controversia relativa all'ammissibilità della nullità virtuale.

Essa ha carattere necessariamente residuale e di ciò si trova conferma nello stesso dettato della norma che fa salva l'esistenza di una diversa previsione di legge che consenta di sostenere una diversa qualificazione della fattispecie: "salvo che la legge disponga diversamente".

Si discute se la locuzione normativa, introducendo una clausola di sussidiarietà, richieda un'espressa previsione normativa o sia sufficiente che l'alterità del rimedio rispetto alla nullità, possa scaturire anche da una rigorosa interpretazione sistematica.

Deve ritenersi che la singola previsione di norma imperativa non possa considerarsi disgiuntamente dal sistema (o anche dal microsistema) normativo in cui si inserisce.

Ne consegue che sarà possibile ricorrere alla qualifica in termini di nullità solo in assenza di una diversa soluzione qualificatoria espressa o anche solo imposta, con caratteri di rigida consequenzialità logica, da un'interpretazione sistematica.

Si rende necessario chiarire, secondo un criterio comune a tutte le ipotesi di sanzioni di carattere residuale, se il carattere della residualità debba essere valutato in astratto o in concreto.

Dalla soluzione a tale problematica discendono conseguenze di non poco rilievo, come la soluzione circa il problema dell'ammissibilità dell'azione di nullità nell'ipotesi di impossibilità di esperire il rimedio originariamente previsto dal legislatore oppure di inutile ricorso al medesimo. Prevale - in un'ottica formalistica che non distingue a seconda che l'utilità connessa al rimedio, alternativamente previsto, non sia stata conseguita per ragioni imputabili o meno al soggetto da tutelare - l'opzione ricostruttiva per la quale la nullità non sarebbe dichiarabile o esperibile ogni qualvolta il legislatore abbia previsto un rimedio di natura diversa idoneo al raggiungimento dell'obiettivo di tutela sotteso alla fattispecie concreta. Ciò, a prescindere dalla concreta attivazione del rimedio *de quo*.

Si pensi all'ipotesi della violazione del diritto di prelazione ex artt. 8 della l. n. 590/1965 e 7 della l. n. 817/1971; violazione, cui l'ordinamento ricollega l'esperibilità del diritto al riscatto con conseguente esclusione della nullità, a prescindere dall'impossibilità di azionare la medesima in conseguenza dell'intervenuta decadenza. Ancora, si prenda in considerazione l'art. 1471, che prevede l'annullabilità o la nullità a seconda della qualità dei soggetti partecipi della pattuizione illecita e in conseguenza della maggiore o minore gravità della violazione. Si pensi anche all'art. 2094, che prevede l'annullabilità del

contratto di lavoro stipulato in violazione della disposizione medesima e che fa salva l'applicazione della sanzione penale. Inoltre, si consideri l'art. 602 in materia testamentaria che, con particolare riguardo al testamento cosiddetto olografo, prevede la nullità o l'annullabilità a seconda della tipologia di vizio che inficia la manifestazione di volontà testamentaria.

Il problema della qualificazione della sanzione da ricollegare alla violazione di una norma di carattere imperativo diviene più arduo nell'ipotesi in cui il legislatore abbia ommesso di prevedere una diversa sanzione e sia assente un indice più o meno univoco della volontà legislativa.

Si comprende perché, in via interpretativa, si ricorra al criterio teleologico, fondato sulla considerazione della *ratio* giustificativa del divieto; quanto al FONo orientativo di tale procedimento ermeneutico, si fa riferimento alla natura dell'interesse sotteso alla fattispecie all'esame del giudice.

Solo la rilevanza pubblicistica dell'interesse sotteso alla fattispecie - ovvero il suo carattere trascendente rispetto alle finalità perseguite dai privati - consente di argomentare l'applicabilità della nullità in luogo di una diversa sanzione; sanzione che, tra l'altro, sarebbe anch'essa virtuale perché priva di un'apposita base testuale.

Ciò, nella necessaria premessa che, per orientamento consolidato, rimedi come l'annullabilità o la rescindibilità non possono prescindere da un'apposita previsione normativa.

Ed è sicuramente ascrivibile alla categoria degli interessi pubblici quello allo svolgimento della professione sanitaria o notarile secondo alcuna modalità predefinite in via normativa.

Così deve ritenersi per lo svolgimento dell'attività finanziaria e di erogazione del credito (quale deve ritenersi la cessione in blocco) da parte di soggetti qualificati dai requisiti soggettivi, nonché dagli assetti organizzativi interni, ma anche sottoposti all'attività di vigilanza della Banca di Italia.

Quanto alla natura del divieto posto dalla norma, la necessità della sua imperatività e inderogabilità abbisogna di qualche precisazione. Inderogabile è il divieto che si imponga al rispetto dei consociati senza che i medesimi possano disporre in contrasto con esso, ma a ciò, in via interpretativa, è stata aggiunta un'altra condizione. Deve, infatti, trattarsi di un divieto la cui assolutezza sia tale per il legislatore stesso, per cui non può applicarsi la sanzione della nullità quando lo stesso legislatore, in via generale e astratta, prevede delle deroghe, esentando dal rispetto del divieto determinate categorie di soggetti.

Al riguardo potrebbe obiettarsi che l'imperatività è frutto di un giudizio normativo riservato al legislatore, ragione per cui la medesima dovrebbe essere argomentata a partire dal precetto legale, a prescindere dall'estensione che il legislatore abbia voluto attribuire allo stesso sotto il profilo soggettivo e, dunque, dalla previsione di eventuali deroghe.

A contrario, come rilevato da autorevole dottrina, sostenere che una norma non sia imperativa in presenza di una previsione derogatoria valevole per alcuni dei destinatari della norma, significherebbe presupporre un concetto di imperatività di carattere pregiuridico, e, dunque, svincolato dal dettato normativo e, comunque, preesistente allo stesso.

Inoltre, il comando, al di là dell'ampiezza del giudizio di assolutezza, dev'essere posto da una fonte legislativa o ad essa assimilabile (decreto legge, decreto legislativo ecc) e in tale categoria non sono ricomprendibili le fonti secondarie come le delibere provenienti dalla Banca d'Italia o dalla Consob.

Le stesse, si afferma in dottrina, potrebbero rilevare su un diverso piano, consentendo al più la risoluzione del vincolo, previamente assunto, per impossibilità o eccessiva onerosità sopravvenuta.

Non può obliterarsi come il criterio della natura dell'interesse sotteso alla fattispecie concreta sia stato posto in crisi dalla constatazione - da parte della dottrina - della presenza, nell'ambito dell'ordinamento, di ipotesi di violazione di norme imperative che non sottendevano un interesse di tipo pubblicistico o nelle quali la presenza del medesimo poteva dirsi quanto mai dubbia. Infatti, a titolo esemplificativo, non potrebbe, fondatamente sostenersi la natura pubblica dell'interesse sotteso alla previsione normativa relativa al divieto di patti successori, così come al divieto di patto di quota lite (2233 c.c.).

Se ne desume l'arbitrarietà del criterio fondato sulla natura dell'interesse leso che non consente di rinvenire un'adeguata giustificazione giuridica della comminatoria di nullità in relazione alle ipotesi in cui la più radicale delle sanzioni risulta essere preordinata alla protezione di uno dei contraenti, senza che in relazione alle medesime si possa individuare un concorrente interesse pubblico.

Orbene, a meno che non si voglia ritenere che l'interesse privatistico, nelle ipotesi in questione, sia elevato a rango pubblicistico, è evidente come sia criticabile - perché riduttivo - ogni tentativo di riconduzione del sistema delle invalidità al binomio interesse pubblico-interesse privato.

D'altra parte, anche il sostenere che nelle predette ipotesi esista una convergenza dell'interesse privatistico e di quello pubblico - e ciò secondo una logica comune all'iniziale ricostruzione dell'interesse legittimo come interesse occasionalmente protetto - appare peccare, inevitabilmente, di un certo astrattismo concettuale.

Quanto alle ipotesi espressive di un uso della nullità in funzione protettiva di un interesse egoistico-individuale, si ricorda: l'art. 122 della legge sul diritto di autore, che prevede la comminatoria della nullità del contratto di edizione a termine per l'ipotesi di mancata indicazione del numero minimo degli esemplari per edizione. La medesima si connota anche per la sua natura relativa proprio perché eccepibile o, più in generale, spendibile dalla sola parte nel cui interesse è prevista la sanzione della nullità. D'altra parte, una diversa soluzione interpretativa, che non ponesse limiti sotto il profilo della

legittimazione processuale, avrebbe avuto quale conseguenza quella di pregiudicare il soggetto di cui si imponeva la tutela, non più arbitro esclusivo dell'attivazione del giudizio di nullità.

È ascrivibile alla categoria della nullità protettiva anche quella prevista dall'art. 10 del d.lgs. n. 50/1992 (in attuazione della Dir. Cee 1987/577 sui contratti negoziati fuori dei locali commerciali) che prevede l'indisponibilità del diritto di recesso e la nullità delle pattuizioni che violino tale disposizione.

Ancora, non può sottacersi l'art. 15 della l. n. 10 del 1977 sugli atti con valenza dispositiva di immobili, costruiti senza concessione; norma che prevede la nullità di tali ultimi, a meno che non risulti la consapevolezza dell'acquirente in relazione all'assenza del provvedimento abilitativo.

Così può invocarsi anche la l. n. 1 del 1991 - contenente la disciplina dell'attività di intermediazione mobiliare e disposizioni sull'organizzazione dei mercati mobiliari - che prevede la nullità dell'eventuale clausola di richiamo alle condizioni di uso e prevede l'ammissibilità di negoziazioni fuori dai mercati regolamentati solo in caso di ordine o di preventiva autorizzazione del cliente e sempre che ciò consenta la realizzazione del miglior prezzo per l'acquirente.

È stato condivisibilmente osservato come la legislazione speciale abbia moltiplicato gli adempimenti di tipo formale in una sorta di rinascita del formalismo, non più quale strumento di tutela di un interesse pubblicistico o, comunque, di entrambi i contraenti, ma come garanzia di uno di essi e, quindi, con una valenza unilateralmente protettiva, divenendo il medesimo "veicolo di notizie e di contenuti contrattuali".

Si è detto, infatti, che non si è in presenza di "una forma sacramentale ..." o di una "forma documentale che si riverbera nella tutela dell'interesse generale o di entrambi i contraenti o dei terzi, come nel diritto comune, quanto (o soprattutto)" di "una forma come strumento o veicolo di informazione in cui all'essenziale carattere di protezione si mescola quello pedagogico rispetto ad uno dei contraenti ritenuto più debole".

E accanto alla non necessaria corrispondenza fra carattere pubblico dell'interesse sotteso e natura imperativa della norma, giova sottolineare la non assolutezza dello stesso criterio fondato sulla natura imperativa della norma.

L'analisi del quadro normativo dimostra la ricorrenza di norme di carattere imperativo cui l'ordinamento ricollega una sanzione diversa dalla nullità. D'altra parte, la ricorrenza di tale evenienza non deve sorprendere in quanto desumibile dallo stesso dato testuale dell'art. 1418 c.c. che, come già evidenziato, riconnette alla violazione di una norma imperativa la sanzione della nullità salvo che la legge non disponga diversamente.

Peraltro, ciò premesso, ci si è interrogati se essa si traduca in un'illiceità dell'oggetto o della causa, in tal ultimo caso, dovendosi fare applicazione della teorica della causa in concreto, quale sintesi degli interessi concretamente perseguiti dalle parti e alla stregua del cui prisma dovrebbe verificarsi l'assetto regolatorio avuto di mira dalle parti.

Orbene, dall'ammissione della suddetta categoria della nullità virtuale discende, sotto il distinto ma correlato profilo processuale, un inevitabile ampliamento dei poteri del giudice. Dando luogo la qualificazione dell'interesse sotteso alla fattispecie sostanziale ad un'operazione del tutto discrezionale, si assiste a quel "brutale trasferimento del potere di comminatoria della nullità dal legislatore al giudice" che nel nostro ordinamento conosce ben pochi fenomeni assimilabili. Non ultimo, per la sua significatività, si rammenti la c.d. declaratoria giudiziale di inesistenza di una determinata fattispecie, perché prova dei requisiti minimi per la riconduzione al modello legale.

L'assenza di una disciplina di tale categoria concettuale (la nullità virtuale) garantisce, infatti, ai giudici "la più ampia libertà di azione, consentendogli, mediante esercizi d'interpretazione creativa, di impedire il verificarsi degli effetti di atti, altrimenti consolidati alla stregua del diritto positivo".

La predetta impetuosa evoluzione e dilatazione dell'ambito operativo della nullità virtuale, ne fa, allo stato una categoria di carattere generale, idonea a svolgere una funzione di chiusura del sistema.

Proprio tale ordine di considerazioni, sotto il profilo dell'inquadramento tipologico, consente di affermare che la nullità per difetto d'iscrizione, quale deve ritenersi quella di specie, non sia ricostruibile quale ipotesi ulteriore e distinta da quelle tradizionali di cui al combinato disposto degli artt. 1418 c.c. e 1425 c.c.

D'altronde, è evidente come l'invalidità del contratto conseguente al difetto di iscrizione di una delle parti fosse immanente al sistema codicistico, per così come prefigurato nel '42.

Sistema che, per quanto frutto, in via residuale, anche di una ideologia liberista, conosceva già il fenomeno in questione, perché strettamente collegato ad una visione autoritativa dei rapporti fra Stato e cittadino.

Dunque, neanche sarebbe possibile sostenere che l'art. 1418 c.c. non prevede la suddetta ipotesi perché emersa solo in via successiva, venendo a "deformare" la rigidità del modello tradizionale delle nullità⁵.

D'altronde, non si può, logicamente, prevedere e disciplinare un fenomeno che non esista, ma è possibile che, per l'innestarsi di norme sopravvenute, assumano rilievo giuridico, ipotesi estranee all'ordito originario del sistema di disciplina.

Peraltro, potrebbe porsi il problema se la violazione dell'obbligo di iscrizione in questione debba intendersi in senso immediato (rispetto alla previsione che sanziona l'omessa iscrizione nell'elenco), oppure debba sostenersi un contrasto solo mediato con essa.

Ratio sistema nullità', impianto originario e evoluzione, poliedricità di nullità'

6.3. Nullità di tipo virtuale: da ipotesi singolare a rimedio generale

Nel caso di specie, a venire in rilievo è una nullità di tipo virtuale.

⁵ Ciò, secondo un percorso evolutivo analogo a quello conosciuto dalle nullità di provenienza comunitaria, quali ipotesi di invalidità poste a tutela non solo di interesse del singolo (consumatore) ma anche di un interesse generale coincidente con la tutela dell'ordine pubblico di protezione di derivazione comunitaria. Dunque, l'interesse del singolo viene protetto nella prospettiva di interesse al corretto funzionamento del contratto.

Invero, la Suprema Corte con la già menzionata avrebbe escluso tale prospettiva qualificatoria, ma limitatamente all'attività di riscossione e non anche con riguardo alla cessione in se'.

Dunque, lo ha fatto, come già menzionato, in relazione ad una fattispecie diversa da quella di specie e alla stregua di un inquadramento normativo cui sono rimaste estranee le regole nazionali e comunitarie in materia di riciclaggio.

E' stato, infatti, evidenziato che "in un tale schema operativo" – quello della cessione in blocco con delega per quanto concerne la riscossione – "(anche) le esigenze di prevenzione di fenomeni di riciclaggio presidiate dalla norma penale, risultano essere già efficacemente garantite (proprio) dall'intervento – a valle, sul mercato– di un soggetto vigilato (una bancaautorizzata a operare in Italia) che sia garante del rispetto dei canoni di correttezza e legalità che la norma persegue, affinché possa dunque escludersi che vengano immessinel mercato capitali illeciti".

Intervento che, invece, per come si dirà poi, consentendo la cessione in favore di soggetti terzi, non iscritti nell'abo ex art. 106 tub, verrebbe precluso.

Né, sotto altro aspetto, data la preordinazione della norma speciale alla protezione di un interesse pubblico non settoriale (quale potrebbe essere quello fiscale⁶) si potrebbe ragionevolmente dubitare della natura imperativa della stessa.

D'altronde, spesso il difetto del requisito abilitante, e' presidiato dal legislatore tramite il ricorso, anche, alla sanzione penale. Si pensi all'abusivo esercizio del credito.

7. Anticomunitarieta' del contratto di cessione

Si potrebbe profilare, peraltro, un'anticomunitarieta' del contratto da valutarsi alla stregua dell'ambito materiale di riferimento che e' il mercato del credito cui sono sottesi gli interessi alla stabilita' e sicurezza dei traffici giuridici.

Si tratta di un settore di certo interesse transfrontaliero nel quale viene in rilievo l'esercizio di poteri tipici da parte delle istituzioni comunitarie, ma anche di quelli impliciti,

⁶ Ed, infatti, fino ad un recente presente, in via interpretativa, si affermava che l'inosservanza di una norma di rilievo fiscale non avrebbe determinato la nullità del contratto o dell'atto negoziale con essa in contrasto, proprio per la specialità della ragione fiscale. Da ultimo, però, la questione si e' posta con riguardo alla norma di cui all'art. 53, che e' stata ritenuta "imperativa", e, dunque, rivolta "anche ai comportamenti dei privati", ma, al contempo, posta a tutela di un interesse generale e, dunque, potenzialmente, idonea a ingenerare l'invalidità dei patti – nel caso di specie, inseriti in un contratto di locazione - di traslazione dell'imposta. Peraltro, la Sezione rimettente ha sottolineato come la liceità del patto di traslazione dell'imposta involga in termini più generali la problematica se l'obbligo costituzionalmente rilevante di concorrere alle spese pubbliche in ragione della rispettiva capacità contributiva abbia un significato anche soggettivo (nel senso che il relativo adempimento debba non solo essere compiuto oggettivamente in modo completo, ma altresì esclusivamente dal soggetto che per legge ne ha l'obbligo, con impossibilità pertanto di trasferire il debito tributario a soggetto diverso) ovvero esclusivamente oggettivo (nel senso di obbligo da assolvere in quanto giustificato da espressione di capacità contributiva).

A tal riguardo, le Sezioni Unite, Sentenza 08/03/2019 n° 6882, hanno, però, ritenuto che "La clausola di un contratto di locazione (nella specie, ad uso diverso), che attribuisca al conduttore l'obbligo di farsi carico di ogni tassa, imposta ed onere relativo ai beni locati ed al contratto, manlevando conseguentemente il locatore, non è affetta da nullità per contrasto con l'art. 53 Cost. - configurabile quando l'imposta non venga corrisposta al fisco dal percettore del reddito ma da un soggetto diverso, obbligatosi a pagarla in vece e conto del primo - qualora essa sia stata prevista dalle parti come componente integrante la misura del canone locativo complessivamente dovuto dal conduttore e non implichi che il tributo debba essere pagato da un soggetto diverso dal contribuente, trattandosi in tal caso di pattuizione da ritenersi in via generale consentita in mancanza di una specifica diversa disposizione di legge". Lo stesso principio, nel 2022, e' stato ribadito dal Supremo Consesso (Sentenza 20 settembre 2022 n. 27474).

V. in materia di traslazione dell'imposta nei contratti di mutuo, anche la nota sentenza della Suprema Corte, Sez. Un., n. 6445/1985, con la quale era stato sovvertito l'opposto orientamento espresso dalla stessa Suprema Corte con la sentenza n. 5/1985, che aveva dichiarato la nullità, per contrasto con l'art. 53 Cost., della clausola del contratto di mutuo che poneva a carico del mutuatario l'obbligo di rimborsare al mutuante un importo pari alle imposte sul reddito del mutuante afferenti gli interessi convenuti.

connessi alla tutela della concorrenza, quale materia di natura trasversale, perché in grado di intersecare molti dei tradizionali ambiti di esercizio della sovranità statale.

In particolare, il contrasto delle cessioni in blocco, stipulate tra soggetti non iscritti nell'albo ex art. 106 Tub e legittimati alla loro riscossione, appare sussistere rispetto alla normativa internazionale e comunitaria in materia di riciclaggio.

Il quadro regolatorio sovranazionale in materia di antiriciclaggio è rappresentata da una pluralità di livelli di disciplina, costituita da *standard* internazionali, norme europee e convenzioni internazionali.

7.1. Normativa europea

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.

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.

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.

Nella 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 richiesto.

Orbene, in applicazione della disciplina euronitaria, 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 riciclaggio⁷.

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”.

7.2. Le raccomandazioni del GAFI

Gli *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation*, elaborati dal GAFI⁸ e compendati in quaranta Raccomandazioni, 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.

Le Raccomandazioni, interamente riviste nel 2012 e regolarmente aggiornate, sono accompagnate da "Note Interpretative" e da un "Glossario" di definizioni che ne formano parte integrante. Le Raccomandazioni definiscono un quadro globale e coerente di misure per combattere il riciclaggio e il finanziamento del terrorismo. Esse tengono altresì conto dell'esperienza maturata nell'applicazione degli *standard* nel corso degli anni, delle criticità riscontrate nelle valutazioni dei sistemi antiriciclaggio nazionali e dell'evoluzione dei rischi. In particolare, nelle Raccomandazioni viene adottato un approccio basato sul rischio (*risk-based approach*): la considerazione del rischio informa infatti l'assetto regolamentare, l'azione delle Autorità, la *compliance* dei soggetti obbligati. Fondamento di tale approccio è lo svolgimento di una accurata valutazione del rischio (*risk assessment*) nazionale su base periodica. Tra gli elementi degni di nota introdotti con la revisione del 2012 rilevano anche l'ampliamento dell'ambito dei reati-presupposto del riciclaggio, che include anche le violazioni fiscali, e l'affinamento degli obblighi preventivi di adeguata verifica della clientela, volto a chiarirne le modalità di adattamento alle caratteristiche del rischio e a rafforzarne l'intensità nei casi di maggiore esposizione.

Nel corpo delle Raccomandazioni sono compendati anche gli *standard* per il contrasto al finanziamento del terrorismo, introdotti nel 2001, oltre a misure specifiche per fronteggiare il finanziamento della proliferazione delle armi di distruzione di massa, in conformità alle Risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite.

Tra i temi fondamentali delle Raccomandazioni figura anche il ruolo delle *Financial Intelligence Unit* (FIU) a livello nazionale e l'importanza dei meccanismi della collaborazione internazionale tra queste. Le regole, ispirate agli *standard* del Gruppo Egmont, e alla definizione di (FIU) elaborata in tale ambito, precisano alcuni aspetti dell'attività di analisi finanziaria e del perimetro delle informazioni ("finanziarie", "amministrative" e "investigative") che devono essere disponibili. Viene previsto, tra l'altro, un obbligo generale per le FIU di prestare la più ampia collaborazione possibile nei confronti delle controparti estere, limitando la possibilità di rifiuto a pochi casi tassativi. Vengono precisati i requisiti delle richieste e le modalità possibili per l'utilizzo delle informazioni scambiate, subordinando al previo consenso della controparte ogni eventuale uso ulteriore.

⁸ 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.

E', successivamente, intervenuto il regolamento delegato 2019/758 che completa il quadro regolatorio dettato dalla direttiva 2015/849 per quanto concerne la normativa tecnica in materia di azione minima così come di misure supplementari che gli enti creditizi e gli intermediari finanziari hanno l'obbligo di attivare al fine di contenere il rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo in alcuni Paesi terzi.

I «Considerando» introduttivi fissano gli obiettivi, sottolineando l'esigenza di politiche e procedure supplementari di gestione del rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo, nei casi in cui esista un gruppo e dello stesso facciano parte succursali o filiazioni controllate a maggioranza in un Paese terzo, nell'ambito del quale viga un ordinamento che preveda delle limitazioni alla capacità del gruppo di avere conoscenza delle informazioni sui clienti delle succursali o delle filiali stesse, creando ostacoli al trattamento e allo scambio delle stesse informazioni.

In tale ipotesi, gli enti e gli istituti finanziari sono tenuti ad adottare una valutazione del rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo cui è esposto l'intero gruppo di tipo non atomistico, ma complessivo e unitario, elaborando politiche e procedure di contrasto del riciclaggio e di lotta al finanziamento del terrorismo, idonee rispetto alla situazione di pluriarticolazione e complessità dell'attività sociale, sottesa al gruppo stesso.

Laddove ricorrano le suddette limitazioni, le stesse entro 28 giorni dovranno essere comunicate all'autorità di vigilanza del loro Paese di origine.

Le politiche e procedure, auspiccate dal regolamento, possono prevedere il ricorso al consenso del cliente quale strumento per ovviare alle restrizioni o ai divieti che l'ordinamento del Paese terzo ponga all'accesso di informazioni rilevanti ai fini antiriciclaggio e antiterrorismo.

Quale rimedio sussidiario rispetto all'acquisizione della concorde volontà dell'interessato, gli enti creditizi e gli istituti finanziari, sono tenuti ad adottare oltre alle ordinarie precauzioni imposte dalla legge antiriciclaggio, verifiche rafforzate che devono ricomprendere, laddove proporzionali e, dunque, giustificate dal livello di rischio rilevato, quelle espletate in loco o audit indipendenti.

Ciò, al fine di accertare che la succursale o filiazione controllata a maggioranza individui, valuti e gestisca efficacemente i rischi di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo.

Il regolamento prefigura anche altre tipologie di misure supplementari come, ad esempio, la limitazione dei prodotti e servizi finanziari offerti dalle succursali o dalle filiazioni controllate a maggioranza stabilite nel paese terzo solamente a quelli che, per loro natura o tipologia di appartenenza, siano connotati da un basso rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo. Nell'ipotesi in cui politiche e procedure supplementari non consentano un'efficace gestione del rischio, l'ente creditizio o l'istituto finanziario e' previsto il divieto di portare avanti l'operazione a rischio di riciclaggio. Infatti, esse devono provvedere a che la succursale o controllata facciano cessare, anche unilateralmente, il rapporto d'affari o non compiano l'operazione occasionale, fino a prefigurarare anche la

cessazione in modo parziale o totale dell'operatività delle succursali e filiazioni controllate nel paese terzo.

Di recente, a dimostrazione della sempre maggiore attrazione nell'orbita comunitaria delle regole di contrasto al riciclaggio, e' stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea n. L150, il regolamento (UE) 2023/1113 del Parlamento e del Consiglio del 31 maggio 2023, riguardante i dati informativi che accompagnano i trasferimenti di fondi e determinate cripto-attività, rappresenta un passo significativo verso la regolamentazione delle cripto-attività e dei trasferimenti di fondi all'interno dell'Unione Europea.

Da ultimo, il Consiglio e il Parlamento hanno posto in essere un accordo provvisorio su alcune parti del pacchetto del nuovo sistema antiriciclaggio dell'UE antiriciclaggio, proposto dalla Commissione, proprio in considerazione dell'emergenza connessa a tale tipo di rischio, che e' preordinata a proteggere i cittadini e il sistema finanziario dell'UE dal riciclaggio e dal finanziamento del terrorismo.

L'obiettivo e' un sensibile miglioramento delle modalità di organizzazione e cooperazione dei singoli sistemi nazionali di lotta al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo, precludendo agli autori di frodi, alla criminalità organizzata e ai terroristi di legittimare i

loro proventi attraverso il sistema finanziario.

Con il nuovo pacchetto, le norme applicabili ai rapporti di diritto comune, ovvero *iure provatorum*, saranno ospitate in un nuovo regolamento, direttamente applicabile.

Per contro, la direttiva investirà la conformazione dei singoli sistemi nazionali antiriciclaggio e di lotta al finanziamento del terrorismo (AML/CFT) a livello nazionale negli Stati membri.

Sotto il primo profilo, dunque, si raggiungerà il massimo livello di armonizzazione, non residuando spazio per regole nazionali difformi. E ciò anche nella logica di un innalzamento dei livelli di efficienza del sistema di tutela, destinato a divenire più capillare.

Come noto, allo stato dell'attuale normativa, i soggetti obbligati, come enti finanziari, banche, agenzie immobiliari, i servizi di gestione patrimoniale, le case da gioco e i commercianti, vengono ad espletare un ruolo chiave nel quadro AML/CTF e ciò in considerazione della posizione privilegiata di cui godono, nell'ambito del tessuto economico, ai fini dell'individuazione delle attività sospette.

Orbene, l'accordo provvisorio amplia il novero dei soggetti obbligati, ricomprendo nuove figure soggettive come quelle coinvolte nel settore delle cripto-attività, nell'ambito del quale tutti i prestatori di servizi dovranno effettuare un'adeguata verifica della loro clientela, al fine di segnalare le attività sospette⁹.

⁹ In virtù dell'accordo, i prestatori di servizi per le cripto-attività soggiaceranno all'obbligo di misure di adeguata verifica della clientela ogniquale volta eseguano operazioni d'importo pari o superiore a 1 000 EUR.

I medesimi obblighi graveranno su soggetti che sono dediti al commercio di beni di lusso , nonché su gioiellieri, orologiai e orafi, nonché sui venditori di beni culturali (come le opere d'arte)¹⁰.

La regolamentazione e' capillare ed e' funzionale all'azzeramento, o comunque, al contenimento del rischio di riciclaggio, correlato alle nuove manifestazioni e sfumature della c.d. economia globale.

L'accordo provvisorio incide anche sulle norme sulla titolarità effettiva, prevedendone un più elevato livello di armonizzazione e trasparenza.

Con tale locuzione, si fa riferimento alle persone che detengono il controllo effettivo della titolarità di un soggetto giuridico (qualunque veste giuridica lo caratterizzi e, dunque, indifferentemente se costituito in forma società, fondazione o anche trust), sebbene, formalmente, la proprietà sia in capo ad altro soggetto.

L'accordo specifica che la titolarità effettiva dipende dalla ravvisabilità di due diversi profili, quello della proprietà e quello del controllo che devono essere entrambi investigati al fine di individuare i titolari effettivi di ogni soggetto giuridico, compresi i soggetti non UE, allorquando concludano affari o acquistino beni immobili nell'UE.

Peraltro, l'accordo individua la soglia della titolarità effettiva al 25%¹¹.

In ultimo, i soggetti obbligati dovranno adottare misure rafforzate di adeguata verifica alle operazioni occasionali e ai rapporti d'affari che implicino il coinvolgimento di paesi terzi c.d. ad alto rischio, le cui carenze regolatorie in materia di antiriciclaggio e antiterrorismo rendano gli stessi una minaccia per l'integrità del mercato interno dell'UE¹².

Per quanto concerne la nuova Direttiva antiriciclaggio, l'accordo provvisorio prevede che le informazioni trasmesse al registro centrale debbano essere verificate, mediante il concreto esercizio di quel potere ispettivo che la direttiva stessa riconosce possa avere ad oggetto anche i locali dei soggetti giuridici registrati.

Peraltro, ai registri potranno accedere, oltre alle autorità pubbliche, con funzione di vigilanza, anche i meri portatori di un interesse legittimo, come gli appartenenti alla stampa e alla società civile.

Invero, ciascuno Stato membro ha già provveduto all'istituzione di un'unità di informazione finanziaria (FIU) per prevenire, segnalare e combattere il riciclaggio e il finanziamento del terrorismo, con finalità di ricezione e di analisi delle informazioni

¹⁰ L'accordo provvisorio, invero, considera, a rischio elevato, anche il settore del calcio, prevedendo l'estensione dell'elenco dei soggetti obbligati alle società e agli agenti nel settore del calcio professionistico. Nondimeno, essendo il rischio sotteso a tale settore soggetto, nel tempo, a ampie variazioni, si prevede che gli Stati membri dispongano di una certa discrezionalità, così da optare per la loro esclusione dall'elenco laddove rechino un rischio basso. Le norme si applicheranno dopo un periodo di transizione più lungo, cinque anni dopo l'entrata in vigore, anziché tre anni dopo come per gli altri soggetti obbligati.

¹¹ Sono dettate anche norme con riferimento alle strutture di proprietà e controllo c.d. complesse e a più livelli e ciò al fine di assicurare l'emersione del vero detentore del dominiunum, al di là degli schemi formali utilizzati.

¹² E' previsto che la Commissione formuli una valutazione del rischio in virtù degli elenchi del Gruppo di azione finanziaria internazionale (GAFI, l'ente di normazione internazionale in materia di antiriciclaggio). Peraltro, l'eventuale elevato livello di rischio consentirà l'applicazione di specifiche contromisure dell'UE o nazionali supplementari, a livello sia dei soggetti obbligati che degli Stati membri.

riguardanti attività di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo, in particolare sotto forma di segnalazioni da parte di soggetti obbligati.

In virtù dell'accordo, le FIU avranno accesso immediato e diretto alle informazioni finanziarie, amministrative e investigative, comprese, tra l'altro, le informazioni fiscali, le informazioni su fondi e altri beni congelati a seguito di sanzioni finanziarie mirate, le informazioni su trasferimenti di fondi e trasferimenti di cripto attività, i registri nazionali dei veicoli a motore, degli aeromobili e delle unità da diporto, i dati doganali e i registri nazionali delle armi.

Le FIU continueranno a somministrare informazioni alle autorità competenti, investite della lotta al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo, comprese le autorità con un ruolo investigativo, di procura o giudiziario.

Nelle ipotesi c.d. di rilievo transfrontaliero, le FIU sono chiamate a collaborare più strettamente con le loro equipollenti dello Stato membro investito dalla segnalazione di attività sospetta.

L'obiettivo dell'accordo è quello di semplificare e velocizzare i flussi informativi per rendere più celeri le iniziative istituzionali da assumere.

Nella medesima logica è prevista la costituzione di supervisor con compiti di segnalazione alle FIU delle fattispecie sospette.

Secondo l'accordo provvisorio, l'azione istituzionale continuerà ad essere fondata su quella prospettiva di prognosi ex ante in cui si concretizza la valutazione dei rischi che reca un duplice livello: quello unionale affidato alla Commissione, chiamata a formulare raccomandazioni all'indirizzo degli Stati membri sulle misure che dovrebbero seguire; quello nazionale di competenza degli Stati membri.

7.3. Normativa nazionale

Il livello interno di disciplina è costituita 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 Tub¹³.

¹³ Il nuovo art. 106 Tub, in materia di albo degli intermediari finanziari, 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).

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

Si e' tentato di perseguire tale finalità, muovendo dall'individuazione delle attività sottoposte a riserva c.d. gestoria, bensì anche restringendo, in una logica maggiormente selettiva, i requisiti necessari per l'iscrizione al nuovo Albo degli Intermediari Finanziari, conformandone la struttura organizzativa interna e elevandone i requisiti patrimoniali.

Quanto all'individuazione della riserva di attività⁴, si introduce un concetto lato 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 cambi¹⁴.

La ratio ispirativa di tale intervento riformatore e' stata quella di arginare il rischio sistemico ma anche di assicurare, per il tramite di procedure di controllo, più rigorose, ai profili di criticità, emersi dai controlli posti in essere dall'Autorità di Vigilanza, così come di un "progressivo appiattimento" della struttura patrimoniale ed organizzativa di tali intermediari su quella delle società iscritte nell'Elenco Speciale ex Art. 107.

Tra le novità più significative rientrano l'introduzione di un controllo Interno dei Rischi, così come l'organizzazione 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.

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

In particolare, e' 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 ed, in generale, della tutela della scelta del consumatore.

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

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".

¹⁴ Per effetto di tale più ampia nozione, in virtù di quanto disposto dall'art. 113 ante D.Lgs. 141/2010, si e' 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".

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

E' 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 autorizzatorio.

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

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 elenco¹⁵.

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" e alla "struttura organizzativa".

La compressione dell'autonomia organizzativa degli intermediari e' arrivata al punto di investire anche la gestione delle c.d. reti distributive terze e ciò dimostra l'attenzione del legislatore nel prevenire 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 e' legittimata ad adottare.

¹⁵ 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.

Infatti, ogni intermediario che intenda proseguire la propria attività, sub specie di concessione di finanziamenti sarà 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”.

Il controllo, esercitato in sede preventiva ovvero di autorizzazione all'iscrizione, si correla e si completa con i poteri di vigilanza ex art. 108¹⁶.

D'altronde, la Banca di Italia, e' 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 “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 consolidato¹⁷.

¹⁶ 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 assicurarne 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.

¹⁷ 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

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, la 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 attività¹⁸.

Dunque, il quadro regolatorio e' 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 contrasto del fenomeno del riciclaggio.

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 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

¹⁸ 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).

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

D'altronde, e' 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.

Tale principio affermato, specie, in materia 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 orizzontale.

E 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 e' 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 deve 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 in una materia, peraltro, non solo di sicuro interesse transfrontaliero per l'attitudine delle cessioni in blocco a investire qualunque ragioni di credito, nel portafoglio delle banche e degli intermediari finanziari, ma anche presidiata dalla sanzione penale.

Proprio tale ordine di considerazioni induce a ritenere che, sotto tale profilo, non possa essere accolto l'assunto per cui la norma sull'iscrizione sarebbe posta a tutela di un generico interesse pubblico e non sarebbe foriera, se violata, di ingenerare l'invalidità del rapporto contrattuale con essa in contrasto.

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.

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, preordinate 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 presidiando con la sanzione della nullità gli atti in contrasto con i predetti obblighi.

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, 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 indiretto, data la finalità dell'operazione economica, come si avrà modo di precisarsi, sostanzialmente e oggettivamente elusiva.

Dunque, esiste un secondo profilo di osservazione che è quello non della norma nazionale, bensì della regola negoziale, profilo anch'esso inesplorato dalla giurisprudenza di legittimità.

Orbene, la categoria del 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 -, idonee a porsi quale parametro di legittimità non solo degli atti delle autorità degli stati membri, ma anche delle regole negoziali.

Ciò, in quanto direttamente applicabili ma anche preminenti nella gerarchia delle fonti rispetto alle regole di provenienza nazionale.

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

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 coinvolgono 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.

Tale estensione in funzione di regolamentazione dei rapporti negoziali, costituisce, come noto, 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*¹⁹. Disposizioni, per definizione, differenti dai c.d. principi generali, connotati, per loro natura, da una portata elastica e flessibile.

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.

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).

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.

Le medesime considerazioni sono valide per la Carta dei diritti fondamentali.

In particolare, 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.

¹⁹ 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.

La Corte ha sancito il principio dell'efficacia diretta nella sentenza *Van Gend en Loos*. 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.

Tuttavia, ha stabilito la condizione per cui gli obblighi debbano 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 la eventuale rilevanza dei c.d. margini di apprezzamento lasciati agli stati membri²⁰, in occasione della sentenza *Becker*, la Corte ha negato l'efficacia diretta qualora i paesi abbiano 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 in questione aveva carattere incondizionato poiché non lasciava alcuna discrezionalità agli Stati membri e aveva quindi efficacia diretta.

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. Tuttavia, l'applicazione dell'efficacia diretta dipende dal tipo di atto:

- 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 singolo contendente (efficacia diretta sancita dalla sentenza *Politi contro Ministero delle finanze della Corte*)²¹;

²⁰ 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.

²¹ 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.

- 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 le sue disposizioni risultino essere incondizionate e sufficientemente chiare e precise e qualora 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*);
- 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;
- 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*;
- i principi generali di diritto comunitario, quale il divieto di discriminazione, di imparzialità, di effettività della tutela, di trasparenza, di precauzione, specie in materia ambientale o in settori, cui siano sottesi interessi sensibili;
- alcune disposizioni dei Trattati, così come della Carta dei diritti fondamentali.

Quanto al tipo di efficacia, se fin dall'inizio, non si è revocato in dubbio quella di tipo verticale, progressivamente si sono venuti consolidando gli effetti di tipo orizzontale e ciò in particolare per alcune disposizioni dei trattati, specie, se a tutela dei diritti fondamentali della Persona²².

Il giudice comunitario ha, a titolo esemplificativo, enunciato il principio per cui hanno efficacia c.d. orizzontale le disposizioni in materia di abolizione dei dazi doganali. Il medesimo riconoscimento si è avuto per i c.d. principi generali del diritto comunitario, declinati da autorevole dottrina come le regole giuridiche di secondo grado create mediante procedimento logico induttivo come l'abuso del diritto⁵, il principio di effettività nel diritto comunitario⁶, quello di eguaglianza nei rapporti contrattuali⁷ e di *non-discriminazione*, collegato con il principio di *dignità* della persona, così come quello di precauzione.

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

²² 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).

Ancora si pensi al principio di proporzionalità o 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”.

Proprio il caso della dignità umana denota come i diritti fondamentali siano parte integrante dei principi generali del diritto dei quali i giudici comunitari garantiscono l’osservanza.

D’altronde, proprio la generalità della categoria concettuale e i suoi ampi confini consente 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 quale contenuto volto a sostanziare i suddetti principi generali.

D’altronde, al di là di tale notazione di carattere genetico, e’ 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 e’ 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 *Omega Spielhallen*⁴⁶ 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 umana^{23 47}.

Inoltre, in materia di contratti di assicurazione, li 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 affette da nullità⁴⁸.

Orbene, se una regola comunitaria e’abilitata a produrre effetti diretti anche orizzontali, laddove sia sufficientemente circostanziata, deve ritenersi che, ogni qualvolta ricorra tale condizione, la suddetta possa, se violata, ingenerare l’invalidità del rapporto contrattuale.

Muovendo da tali premesse ricostruttive, e’ evidente che la disciplina antiriciclaggio sia provvista di tali caratteristiche di immediatezza, concretezza e precisione cui e’ subordinata la produzione di effetti diretti, ergendosi a regola di validità (diretta o, anche solo mediata)

²³In tale occasione, la corte di Giustizia e’ 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, e’ stata ritenuta ammissibile una compressione al fine di consentire la tutela della prima.

del contratto di cessione. Ciò, per la massima parte delle sue disposizioni, specie quelle contenute nei regolamenti che si sono succeduti in materia. 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.

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 giurisdizionale²⁴ - ha assunto 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 della richiesta del pagamento di somme di denaro apprezzabili o dell'assoggettamento della stessa all'azione esecutiva.

Ciò, in particolar modo, per i contratti c.d. asimmetrici perché caratterizzati da una disparità di forza economica o contrattuale, in capo alle parti.

La trasparenza, specie a seguito dell'introduzione della disciplina consumieristica²⁵, 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.

Cio' 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.

Ciò, al fine di una scelta consapevole e, dunque, libera (a protezione, in via ultima, dello stesso assetto concorrenziale del mercato).

Orbene, è evidente che la proliferazione indiscriminata delle cessioni, in difetto di strumenti (quale il controllo, sistematico e istituzionale, di un'autorità di vigilanza) che assicurino la possibilità di verifica degli assetti proprietari dell'ultimo anello della catena (o anche degli anelli intermedi), renda la negoziazione degli Npl (crediti deteriorati) del tutto intrasparente.

D'altronde, la trasparenza degli assetti proprietari e della provenienza del denaro, investito negli acquisti dei crediti in blocco, costituisce uno degli obiettivi primari della stessa disciplina antiriciclaggio.

²⁴ 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.

²⁵ V. artt. 33 e ss. del Codice del Consumo.

8. Il caso della società incaricata della riscossione, per il tramite di procura (c.d. special servicer).

Solo per completezza espositiva, rimane da affrontare la problematica della disciplina applicabile alla società incaricata della riscossione, per il tramite di una procura più o meno ampia; questione, invero, come già evidenziato, affrontata, seppur incidentalmente, dalla pronuncia della Cass. 18 marzo 2024, n. 7243.

Si è sostenuto come la cessione dei crediti in blocco costituisca - e non solo in virtù della valutazione del legislatore ma già sotto il profilo fenomenologico - una forma indiretta di finanziamento, la cui misura sarebbe corrispondente all'importo dei crediti ceduti.

Dunque, una forma di finanziamento che si attua coinvolgendo flussi di denaro di apprezzabile entità.

Orbene, le stesse considerazioni sarebbero mutuabili nell'ipotesi di ricorso ad una procura generale o speciale all'incasso, in favore di un terzo soggetto, quando difetti la prova che l'utilità sia stata effettivamente riversata da tal ultimo nel patrimonio della società conferente la procura.

Seguendo tale opzione ricostruttiva, deriverebbe l'obbligo di iscrizione anche per le *special services*, deputate alla riscossione spontanea e coattiva.

Peraltro, se anche fosse pattuito un obbligo pattizio di riversare materialmente le somme in favore del mandante-rappresentato, tale circostanza dovrebbe essere provata volta per volta al fine di escludere che le somme incamerate siano rimaste nella sfera di disponibilità della società, incaricata della riscossione.

Diversamente ragionando, si afferma, il ricorso alla procura sarebbe un modo per eludere la disciplina imperativa della cessione, concretizzando il rischio che si verifichino quei fenomeni di riciclaggio che la stessa è preordinata a prevenire.

Invero, se anche l'agire rappresentativo (o per procura) implica la diretta produzione di ogni effetto nei confronti del conferente in virtù della legittimazione al *procurator* alla spendita del nome del primo, appare assorbente la considerazione per cui il piano giuridico è, comunque, diverso da quello materiale e i due aspetti possono, in concreto, non essere sovrapponibili.

Nondimeno, occupandosi il diritto di vicende giuridiche e non meramente materiali (salvo poche eccezioni come il possesso), l'esistenza (e la correlata prova) della procura, dovrebbe essere considerata come risolutiva.

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

In sintesi, l'articolato e crescente apparato rimediale in materia di contrasto del riciclaggio, specie di provenienza sovranazionale, pone 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.

Peraltro, la prospettiva di una violazione (*rectius* di una elusione) della disciplina unionale appare aggravata dall'assenza, in materia di cessioni in blocco, della previsione

di un obbligo di forma scritta, anche solo *ad probationem*, né tanto meno del ricorso al rogito notarile, presidiato dalle garanzie che contorniano l'atto pubblico, in particolare, sotto il profilo dei controlli antiriciclaggio.

Questione tal ultima non incisa dalla già ritenuta piena validità del contratto con cui un terzo soggetto, quale *adiectus solutioni causa* (o, meglio, quale procuratore all'incasso), sia incaricato della materiale riscossione dei crediti stessi.

Il principio di effettività del diritto comunitario dovrebbe imporre la piu' 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.

Ritiene, sommessamente, questo Giudice remittente che la normativa interna e unionale sia fin troppo cristallina, anche per la sua capillarità e non abbisogni un preventivo intervento chiarificatore della Cge.

Nel caso di specie, si tratta, invece, di chiarire quali conseguenze giuridiche discendano sulle cessioni in blocco dal predetto quadro regolatorio, ogniqualvolta lo stesso, per effetto, delle modalità soggettive dei negozi traslativi, violino o, meglio, eludino le predette norme.

Dunque, i quesiti che si vorrebbe sottoporre alla Suprema Corte sono i seguenti:

“Voglia il Supremo Consesso:

1. pronunciarsi sulla validità o meno del contratto di cessione, stipulato con soggetto non iscritto al registro ex art. 106 tub alla luce della normativa antiriciclaggio di fonte interna e comunitaria, così come del generale principio di trasparenza (che è ipotesi diversa da quella già affrontata dalla Corte, per quanto in un mero obiter dictum, della sorte giuridica del mandato o della procura conferite per l'incasso dei correlati crediti).

In particolare, in quanto afferente al caso di specie, si chiede la pronuncia dell'Autorevole consesso in relazione all'ipotesi in cui la cessione intervenga fra due soggetti entrambi non iscritti e non qualificati, dunque né vigilati, né conformati nel proprio assetto organizzativo;

2. qualora lo ritenga opportuno, chiarire quali rimedi l'ordinamento appresti a fronte dell'eventuale invalidità (nullità o inefficacia o rilievo solo amministrativo della violazione) del predetto negozio;

3. premessa la vigenza del livello comunitario della disciplina antiriciclaggio e la sua univocità, nell'ipotesi di ritenuto contrasto con la stessa, chiarire se il contratto di cessione possa ritenersi invalido e, nell'ipotesi affermativa, se lo stesso sia da ritenersi nullo o inefficace o disapplicabile, nei suoi effetti, come concluso dalla univoca giurisprudenza di legittimità con riguardo alle norma interna anticomunitaria;

4. in subordine, ove il Supremo Collegio ritenga che la normativa comunitaria in materia di riciclaggio non sia univoca, anche alla luce della giurisprudenza della Cge, valutare la possibilità di un rinvio pregiudiziale all'organo della giurisdizione comunitaria, per una compiuta interpretazione della normativa sovranazionale”.

In sintesi, l'articolato e crescente apparato rimediabile in materia di contrasto del riciclaggio, specie di provenienza sovranazionale, pone 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.

Peraltro, la prospettiva di una violazione (rectius di una elusione) della disciplina unionale appare aggravata dall'assenza, in materia di cessioni in blocco, della previsione di un obbligo di forma scritta, anche solo *ad probationem*, né tanto meno del ricorso al rogito notarile, presidiato dalle garanzie che contorniano l'atto pubblico, in particolare, sotto il profilo dei controlli antiriciclaggio.

Questione tal ultima non incisa dalla già ritenuta piena validità del contratto con cui un terzo soggetto, quale *adiectus solutioni causa* o, meglio, quale procuratore all'incasso, sia incaricato della materiale riscossione dei crediti stessi.

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.

Ritiene, sommessamente, questo Giudice remittente che la normativa interna e unionale sia fin troppo cristallina, anche per la sua capillarità e non abbisogni un preventivo intervento chiarificatore della Cge.

Nel caso di specie, si tratta, invece, di chiarire quali conseguenze giuridiche discendano sulle cessioni in blocco dal predetto quadro regolatorio, ogniqualvolta lo stesso, per effetto, delle modalità soggettive dei negozi traslativi, violino o, meglio, eludino le predette norme.

Dunque, i quesiti che si vorrebbe sottoporre alla Suprema Corte sono i seguenti:

“Voglia il Supremo Consesso:

1. pronunciarsi sulla validità o meno del contratto di cessione, stipulato con soggetto non iscritto al registro ex art. 106 tub alla luce della normativa antiriciclaggio di fonte interna e comunitaria, così come del generale principio di trasparenza (che è ipotesi diversa da quella già affrontata dalla Corte, per quanto in un mero obiter dictum, della sorte giuridica del mandato o della procura conferite per l'incasso dei correlati crediti).

In particolare, in quanto afferente al caso di specie, si chiede la pronuncia dell'Autorevole consesso in relazione all'ipotesi in cui la cessione intervenga fra due soggetti entrambi non iscritti e non qualificati, dunque né vigilati, né conformati nel proprio assetto organizzativo;

2. qualora lo ritenga opportuno, chiarire quali rimedi l'ordinamento appresti a fronte dell'eventuale invalidità (nullità o inefficacia o rilievo solo amministrativo della violazione) del predetto negozio;

3. premessa la vigenza del livello comunitario della disciplina antiriciclaggio e la sua univocità, nell'ipotesi di ritenuto contrasto con la stessa, chiarire se il contratto di cessione possa ritenersi invalido e, nell'ipotesi affermativa, se lo stesso sia da ritenersi nullo o inefficace o disapplicabile, nei suoi effetti, come concluso dalla univoca giurisprudenza di legittimità con riguardo alle norma interna anticomunitaria;

4. in subordine, ove il Supremo Collegio ritenga che la normativa comunitaria in materia di riciclaggio non sia univoca, anche alla luce della giurisprudenza della Cge, valutare la possibilità di un rinvio pregiudiziale all'organo della giurisdizione comunitaria, per una compiuta interpretazione della normativa sovranazionale”.

Brindisi 16.4.2024

Giudice

Antonio Ivan Natali