

N. R.G.E. 124/2021

**TRIBUNALE di MODENA**

III SEZIONE CIVILE

Ufficio Esecuzioni Immobiliari

VERBALE DI UDIENZA CON TRATTAZIONE SCRITTA

Nel procedimento n. r.g.e. **124/2021**, il Giudice dell'esecuzione dott. Umberto Ausiello, lette le note di trattazione scritta depositate per l'udienza del 06.02.2024,

Sulla istanza di sospensione dell'esecuzione proposta dall'esecutata in data 12.01.2024;

Premesso che, a prescindere dalla formale proposizione di un'opposizione all'esecuzione, il Giudice dell'Esecuzione ha il potere-dovere di verificare la sussistenza delle condizioni dell'azione esecutiva e dei presupposti processuali dell'esecuzione forzata, (cfr. Cass. 2043/2017 che identifica detti presupposti in *"quelli ...in mancanza - anche sopravvenuta - dei quali quest'ultimo non può con ogni evidenza proseguire o raggiungere alcuno dei suoi fini istituzionali e va chiuso anticipatamente, al di là e a prescindere di ogni espressa previsione normativa di estinzione"*;

Osservato che, ai sensi del comma 6 dell'art. 2 della Legge n. 130/1999, i servizi di riscossione dei crediti ceduti e i servizi di cassa e di pagamento - affidati dalla società cessionaria o emittente i titoli - sono svolti da banche o da intermediari finanziari iscritti nell'albo previsto dall'articolo 106 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385;

Ricordato che il Par. 5. della **Circolare della Banca d'Italia n. 288/2015 del 3.04.2015**, nel testo aggiornato al 12.03.2024, definisce i compiti del sevicer e la sua soggezione alla Vigilanza sugli intermediari finanziari, nei termini che seguono:

"Il servicer in operazioni di cartolarizzazione [...è il soggetto al quale, ai sensi dell'art. 2, comma 3, lett. c) della legge 30 aprile 1999, n. 130, la società veicolo di cartolarizzazione di cui all'art.

3 della medesima legge (di seguito SPV) affida la riscossione dei crediti ceduti e i servizi di cassa e pagamento.

Il servicer è inoltre incaricato, ai sensi dell'art. 2, comma 6-bis della citata legge, di verificare la conformità delle operazioni di cartolarizzazione alla legge e al prospetto informativo.

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

La legge n. 130/1999 definisce in via generale le caratteristiche degli attivi cartolarizzati e le modalità per la relativa cessione; [...] In base a tali disposizioni [rientra] nelle attività affidate al servicer la gestione del portafoglio di attivi cartolarizzati secondo i criteri eventualmente stabiliti dal contratto o dal prospetto informativo, tenendo conto dell'interesse dei portatori delle ABS; a tal fine, 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 [...]

[...] Gli intermediari finanziari non assumono il ruolo di servicer se nel contratto con il quale viene conferito l'incarico non sia esplicitamente assicurata la possibilità di **accedere alle informazioni rilevanti per il corretto espletamento delle proprie funzioni** [...]

Per assicurare continuità ed efficacia nell'espletamento delle funzioni svolte, essi si dotano di strutture tecniche e organizzative idonee a monitorare le diverse fasi in cui si articola il processo di cartolarizzazione. [...]

Con particolare riferimento alle attività di gestione e monitoraggio dell'andamento del patrimonio cartolarizzato, la funzione di controllo dei rischi **esamina periodicamente con cadenza almeno semestrale l'andamento dell'attività di riscossione e dei servizi di cassa e pagamento, redigendo apposita relazione.** In caso di scostamenti rilevanti rispetto al business plan, nonché in caso di valori prossimi alle soglie rilevanti previste dal prospetto informativo (ad es., trigger event), la relazione è sottoposta all'organo con funzione di supervisione strategica [...] La Banca d'Italia può richiederne la trasmissione.

Osservato che ai sensi del par. 5.1. delle **"Disposizioni di vigilanza per gli intermediari finanziari"** di cui alla citata circolare 288/2015 "nel rispetto della disciplina generale in materia di esternalizzazione di cui alla Sez. V." della circolare, il servicer può avvalersi di soggetti terzi (i c.d. sub-servicer) "per lo svolgimento delle attività di riscossione dei crediti ceduti e dei servizi di cassa e pagamento di cui all'art. 2, comma 3, lett. c) della legge n. 130/1999 e degli altri compiti affidati in base al contratto o al prospetto informativo", con la precisazione che:

- non può essere delegato a terzi "il controllo sul corretto espletamento delle operazioni di cui all'art. 2, comma 6bis della legge n. 130/1999, mentre è consentita l'esternalizzazione di specifiche **attività operative nell'ambito dei citati compiti di controllo**, in particolare se finalizzata alla prevenzione di possibili conflitti d'interesse.
- in caso di esternalizzazione di attività connesse con la riscossione dei crediti ceduti e con i servizi di cassa e pagamento, **"il contratto di esternalizzazione" deve prevedere espressamente che il servicer sia abilitato ad effettuare periodiche verifiche sui soggetti incaricati volte a riscontrare l'accuratezza delle loro segnalazioni,** a individuare eventuali carenze operative o frodi e ad accertare la qualità ed efficacia delle procedure di incasso. I risultati di tali verifiche sono documentati;

Rilevato, quindi, che solo gli intermediari finanziari iscritti ex art. 106 T.U.B. possano svolgere (quale "servicer") i servizi di riscossione dei crediti di cui sono titolari le società veicolo;

Ritenuto che è tuttavia consentita al servicer di avvalersi di ulteriori soggetti ("sub servicer") ancorché non iscritti all'albo "per lo svolgimento delle attività di riscossione dei crediti ceduti e dei servizi di cassa e pagamento di cui all'art. 2, comma 3, lett. c) della legge n. 130/1999;

Rilevato che nell'ambito della procedura intestata (cfr. procura conferita dal precedente alla mandataria) SPV (la società veicolo, titolare del credito, siccome intervenuta in data 28.06.2021 con estromissione della cessionaria BANCO BPM Spa: cfr. Cass. 7780/2016) ha conferito a SERVICING l'incarico di "compiere, in nome e per conto della Società ogni attività, adempimento e formalità ritenuti necessari e/o utili e/o opportuni allo svolgimento dell'attività di amministrazione, gestione, incasso e recupero dei crediti dei quali la Società è o sarà titolare (i "Crediti")", sicché, contrariamente a quanto espresso nelle note depositate in data 5.02.2024 in sostituzione dell'udienza dalla precedente, la predetta società SERVICING non è mero "sub servicer", ma "servicer" di SPV;

Ritenuto, pertanto, che SERVICING, società non iscritta all'albo ex art. 106 TUB, risulta invece esercitare attività riservata a soggetti sottoposti alla vigilanza informativa della Banca d'Italia (e, per tale ragione, necessariamente iscritti all'albo tenuto dall'Autorità di vigilanza ex art. 106 TUB);

Ricordato, in generale, che:

- la procura è un negozio unilaterale recettizio (1334, 1335 c.c.) con cui un soggetto conferisce ad un altro il potere di rappresentarlo;
- ai sensi dell'art. 1324 c.c. le norme che regolano i contratti (ivi incluse quelle dettate in tema di invalidità del contratto) si osservano, in quanto compatibili, per gli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale [1334, 1987];

Rilevato che, come diffusamente opinato nella giurisprudenza di merito (Cfr. *ex multis* Trib. MONZA 22.01.2024; Trib. TORRE ANNUNZIATA 15.02.2024, la mancata iscrizione all'albo di cui all'art. 106 TUB del

soggetto che, quale mandatario del creditore precedente, esercita l'azione esecutiva, concretizzandosi nella violazione degli artt. 106 TUB e del comma 6 dell'art. 2 della Legge n. 130/1999, determinerebbe, ex art. 1418, 1° comma, c.c. la nullità dell'atto negoziale di conferimento dei poteri di rappresentanza della mandataria; detta invalidità, nel caso concreto, si riverbererebbe ex art. 77 c.p.c. sulla legittimazione processuale della mandataria Servicing, ciò che imporrebbe al GE di disporre la regolarizzazione ex art. 182 c.p.c.; il rimedio divisato, peraltro, risulterebbe necessario in considerazione della temuta insufficienza delle sanzioni interne all'ordinamento bancario (cfr. in particolare: Trib. REGGIO EMILIA, ord. 16.02.2024, che evidenzia come la *ratio* del riservare la riscossione dei crediti a soggetti dotati di una professionalità garantita "*risiede [...] nell'intento legislativo di garantire la remuneratività dei crediti ceduti e, quindi, in ultima battuta, nell'interesse pubblicistico di tutela del mercato finanziario (in concreto, dei soggetti che acquistano i titoli emessi dalla società veicolo cessionaria dei crediti)*"; il concreto proliferare di procedure esecutive promosse da soggetti non iscritti all'albo di cui all'art. 106 TUB evidenzierrebbe invece, "*che queste sanzioni non impediscono per certo ciò che la norma imperativa vuole impedire (e che rappresenta l'interesse protetto) (v. Cass. n. 26724/2007), ovvero sia che l'attività di riscossione dei crediti sia svolta da soggetti privi dei requisiti di legge e non sottoposti ad alcun controllo*";

Preso atto che la Corte di Cassazione (Cass. n. 7243 del 18.03.2024) ha tuttavia recentemente sposato opposto ed alternativo indirizzo interpretativo, alla stregua del quale la eventuale mancata iscrizione all'albo 106 TUB del mandatario, procuratore del creditore precedente e/o comunque rappresentante della società veicolo cessionaria di credito bancario cartolarizzato, non ha rilevanza "civilistica", bensì meramente interna all'ordinamento bancario, poiché:

- dal combinato disposto degli artt. 2, comma 6, della Legge 30 aprile 1999, n. 130, e 106 T.U.B. - secondo cui il servizio di riscossione dei crediti ceduti nell'ambito di operazioni di cartolarizzazione può essere svolto da banche o da intermediari finanziari iscritti nell'albo degli intermediari finanziari - non deriva la nullità del conferimento dell'incarico di recupero (anche forzoso) dei crediti ad un soggetto diverso dai predetti;

- né tale invalidità, che affligge il mandato, si ripercuote sugli atti compiuti nell'esercizio dell'attività.

Dato atto che stando alla Corte di legittimità, invero:

- *"l'eccezione - pur avendo trovato riscontro in alcune pronunce di merito - è artificiosa e destituita di fondamento;*
- *la tesi, infatti, ravvisa nelle citate disposizioni norme imperative inderogabili, in quanto poste a presidio di interessi pubblicistici, con la conseguente nullità, sotto il profilo civilistico, dei negozi intersoggettivi (cessione, mandato, ecc.) e degli atti di riscossione compiuti in loro violazione";*
- *tuttavia "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";*

- *in altri termini [...] 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 parziale dissenso con le premesse espresse nella motivazione della pronuncia appena richiamata, laddove si afferma che la disciplina di cui agli artt. artt. 2, comma 6, della Legge 30 aprile 1999, n. 130, e 106 T.U.B., non sarebbe connotata in termini imperativi (*[...] il mero riferimento alla rilevanza economica (nazionale e generale) delle attività bancarie e finanziarie non valendo di per sé a qualificare in termini imperativi tutta l'indefinita serie di disposizioni del cd. "diritto dell'economia"*), vuoi perché sotteso alla disciplina di settore è direttamente il dettato costituzionale in tema di tutela del risparmio e della stabilità dei mercati finanziari (di cui al 1° comma dell'art. 47 Cost: *"La Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito"*); vuoi perché le disposizioni in esame enucleano una riserva di attività finanziaria in capo a soggetti dotati di precisi requisiti soggettivi (riferiti tanto alle persone giuridiche esercenti le attività, quanto alle persone fisiche che ne siano esponenti aziendali), la cui verifica è preliminare all'iscrizione all'Albo ex art. 106 TUB¹; **ne deriva, in termini positivi e imperativi, generali ed astratti, il divieto di esercizio di attività finanziarie indirizzato alla generalità degli operatori economici**, soggetti non iscritti al precitato Albo;

¹ Cfr. Circolare 288/2015, Cap. I, sez. 1, par. 2:

La materia è regolata:

- dai seguenti articoli del TUB:

- o art. 25, concernente i requisiti di onorabilità dei partecipanti;
- o art. 26, concernente i requisiti di professionalità, onorabilità e indipendenza degli esponenti aziendali;
- o art. 106, comma 1, che prevede che 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;
- o art. 106, comma 2, che prevede, tra l'altro, che gli intermediari finanziari possano prestare servizi di investimento se autorizzati ai sensi dell'art. 18, comma 3, TUF;
- o art. 107, commi 1 e 2, che: attribuisce alla Banca d'Italia il potere di autorizzare gli intermediari finanziari; indica le relative condizioni; prevede che la Banca d'Italia negli l'autorizzazione quando dalla verifica delle condizioni di autorizzazione non risulta garantita la sana e prudente gestione;
- o art. 107, comma 3, che prevede che la Banca d'Italia disciplini la procedura di autorizzazione nonché i casi di revoca e di decadenza.

- dal decreto del Ministro dell'economia e delle finanze recante il Regolamento di attuazione delle disposizioni degli artt. 106, comma 3, 112, comma 3 e 114 TUB.

Vengono altresì in rilievo:

- l'articolo 19, comma 4, TUF, concernente l'autorizzazione degli intermediari finanziari all'esercizio dei servizi e delle attività di investimento;

[...]

Ritenuto, tuttavia, che l'inoperatività della nullità virtuale ex art. 1418, 1° comma, c.c. (e per l'effetto, l'impossibilità di "trasferire automaticamente sul piano del rapporto negoziale (o persino sugli atti di riscossione compiuti) le conseguenze delle condotte difformi degli operatori") **consegua direttamente** (in virtù della chiusura della disposizione in parola, secondo la quale l'atto negoziale è "nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente") **dall'aver l'ordinamento previsto un "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"**, quale in particolare l'art. 132 TUB (in tema di esercizio abusivo di attività finanziaria riservata, a mente del quale "Chiunque svolge, nei confronti del pubblico una o più attività finanziarie previste dall'articolo [106](#), comma 1, in assenza dell'autorizzazione [...] è punito con la reclusione...").

Ritenuto peraltro non suscettibile di valutazione in questa sede la paventata "concreta" ineffettività delle precitate sanzioni (ineffettività che stando alla giurisprudenza di merito deriverebbe dalla inidoneità del vigente quadro sanzionatorio ad impedire "che l'attività di riscossione dei crediti sia svolta da soggetti privi dei requisiti di legge e non sottoposti ad alcun controllo": cfr. Trib. Reggio Emilia 16.02.2024): perché la (mancata) reazione degli organi preposti è dato che rimane sul piano della *law enforcement*, laddove il giudice deve limitarsi a verificare se l'ordinamento predisponga rimedi alternativi (e destinati ad operare in preferenza rispetto alla sussidiaria nullità virtuale di cui all'art. 1418, 1° comma, c.c.), ciò che risulta rispettato, nel complesso normativo in esame, in ragione della mera previsione delle alternative sanzioni amministrative e penali di cui al Testo Unico Bancario.

Ritenuto infine doveroso che, a presidio dell'accertamento e della repressione di eventuali condotte vietate, questo Giudice si faccia carico della segnalazione alla Autorità di vigilanza e alla Procura della Repubblica in sede del possibile esercizio abusivo di attività finanziaria riservata da parte del **servicer**

SERVICING e/o delle persone fisiche ad esso preposte, con l'ulteriore precisazione che, come già evidenziato, l'ordinamento riserva al SERVICER iscritto all'albo ex art. 106 TUB **le attività di controllo e gestione delle operazioni di cartolarizzazione** (cfr. *supra*, pag. 2), e non già quelle di mera

riscossione dei crediti ceduti e dei servizi di cassa e pagamento di cui all'art. 2, comma 3, lett. c) della legge n. 130/1999, laddove, pare ricavarsi dai contenuti della Circolare Banca d'Italia n. 288/2015, il delegante assolva ai compiti deputati al servicer;

PQM

NON ACCOGLIE l'istanza di sospensione della procedura e ne dispone la prosecuzione secondo le scansioni temporali di cui all'ordinanza di delega;

FISSA per la verifica delle attività delegate l'udienza del 24.09.2024, ore 7.00;

DISPONE che l'udienza sia sostituita dal deposito di note di trattazione scritta, da effettuarsi entro l'orario di inizio virtuale dell'udienza;

MANDA alla cancelleria per quanto di competenza;

MANDA alla cancelleria perché trasmetta copia (telematica e cartacea) del presente verbale, nonché delle note di trattazione scritta depositate dalle parti, e della istanza di sospensione dell'esecuzione formulata da

(

- alla Banca d'Italia, all'indirizzo bancaditalia@pec.bancaditalia.it
- alla Procura della Repubblica in sede (per le valutazioni in ordine alla integrazione della fattispecie incriminatrice di cui all'art. 132 TUB);

LA CANCELLERIA VORRA' INSERIRE A PCT COMPROVA DELL'AVVENUTA TRASMISSIONE

ATTI

Si comunichi.

Modena, 26/03/2024

Il Giudice dell'Esecuzione
dott. Umberto Ausiello