

ISSN 1127-8579

Publicato dal 31/10/2013

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/35612-profilo-di-incompatibilit-comunitaria-e-di-incostituzionalit-della-riforma-dell-intermediazione-creditizia>

Autore: Guidoni Emanuele

Profili di incompatibilità comunitaria e di incostituzionalità della riforma dell'intermediazione creditizia

**PROFILI DI INCOMPATIBILITA' COMUNITARIA E DI INCOSTITUZIONALITA'
DELLA RIFORMA DELL'INTERMEDIAZIONE CREDITIZIA**

INDICE

1. Premessa.
2. L'agente in attività finanziaria e il mediatore creditizio nel nuovo Titolo VI-Bis del D.Lgs. 385/1993.
3. L'intermediazione creditizia in altri Stati membri dopo il recepimento della Direttiva 2008/48/CE.
4. Dalla Direttiva 87/102/CEE alla Direttiva 2008/48/CE.
5. Il percorso legislativo della riforma.
6. Dubbi di compatibilità comunitaria e di costituzionalità della nuova disciplina.
7. Conseguenze dell'incompatibilità comunitaria del D.Lgs. 141/2010.
8. Conclusioni.

APPENDICE

Diritto comunitario e legittima elusione dei vincoli di operatività imposti dal D.Lgs. 141/2010: operare in Italia tramite una società estera.

*** *** ***

1. Premessa.

Il recepimento nel nostro ordinamento della Direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori, previsto dalla Legge comunitaria 2008 e poi concretamente attuato mediante emanazione del D.Lgs. 141/2010, successivamente integrato dal D.Lgs. 169/2012, ha determinato una radicale modificazione della disciplina normativa dell'intermediazione creditizia fino ad allora vigente.

Prima dell'avvento della riforma, la materia era regolata dal D.Lgs. 374/2000 e dal Decreto MEF 485/2001 per il ramo relativo all'agenzia in attività finanziaria e dal D.P.R. 287/2000 per quello riguardante la mediazione creditizia.

In termini generali, agli agenti in attività finanziaria e ai mediatori creditizi erano richiesti il possesso dei requisiti di onorabilità previsti all'art. 109 T.U.B., la cittadinanza italiana o di un altro Stato membro, il domicilio in Italia e un diploma di scuola media superiore, oltre all'iscrizione, per i primi in un elenco e per i secondi in un albo, entrambi tenuti dall'Ufficio Italiano Cambi (poi trasferiti alla Banca d'Italia). Nessuna norma imponeva invece una specifica forma giuridica o un qualche requisito patrimoniale per l'esercizio dell'una o dell'altra attività.

L'entrata in vigore del D.Lgs. 141/2010 ha però riscritto integralmente tale quadro normativo, abrogandolo e facendo confluire la disciplina della materia all'interno del TUB, inserendovi il Titolo VI-Bis – "*Agenti in attività finanziaria e mediatori creditizi*" (artt. da 128-quater a 128-quaterdecies).

Tale riforma ha condotto a una netta differenziazione dei due rami di esercizio dell'intermediazione creditizia, che sono stati posti su due piani adesso non più comunicanti¹. Inoltre, a differenza del passato essa ha imposto dei requisiti soggettivi e oggettivi per l'esercizio della mediazione creditizia tali da avere di fatto determinato l'esclusione della quasi totalità dei mediatori creditizi iscritti nel previgente albo tenuto dalla Banca d'Italia, dallo svolgimento di tale attività².

2. L'agente in attività finanziaria e il mediatore creditizio nel nuovo Titolo VI-Bis del D.Lgs. 385/1993.

Secondo le definizioni contenute agli artt. 128-quater, comma 1, e 128-sexies, comma 1, del Titolo VI-Bis del TUB, introdotto dall'art. 11 del D.Lgs. 141/2010, sono agenti in attività finanziaria "*i soggetti che promuovono e concludono contratti relativi alla concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma o alla prestazione di servizi di pagamento, su mandato diretto di intermediari finanziari previsti dal Titolo V del T.U.B., istituti di pagamento, istituti di moneta elettronica, banche o Poste Italiane, mentre sono mediatori creditizi "coloro che mettono in relazione, anche attraverso attività di consulenza, banche o intermediari finanziari previsti dal Titolo V con la potenziale clientela per la concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma."*

¹ Il riferimento è all'odierna previsione di incompatibilità della contestuale iscrizione nell'elenco degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi, sancita dall'art. 128-octies del TUB.

² Si è passati da 122 mila mediatori persone fisiche e 9 mila mediatori persone giuridiche iscritti nel previgente albo della Banca d'Italia a, rispettivamente, 0 e 14 iscritti nell'elenco tenuto dall'OAM (dati Banca d'Italia e OAM al 5/12/2012).

Gli agenti in attività finanziaria possono essere persone sia fisiche che giuridiche (art. 128-quinquies, comma 1, lett. a) e b)) e non possono essere titolari di più di un mandato, salva la facoltà di elevare tale limite fino a tre mandati per coprire un'intera gamma di prodotti e servizi (art. 128-quater, comma 4).

I mediatori creditizi devono invece essere obbligatoriamente costituiti in forma di società di capitali (art. 128-septies, comma 1, lett. a)), avere un capitale minimo interamente versato (al momento della domanda di iscrizione) non inferiore a quello previsto per le società per azioni (art. 16 del D.Lgs. 141/2010) e non avere alcun vincolo con banche o intermediari finanziari che ne possa compromettere l'indipendenza (art. 128-sexies, comma 4)).

Agenti in attività finanziaria e i mediatori creditizi devono poi essere nel rispettivo elenco tenuto dall'OAM - Organismo per la gestione degli Elenchi degli Agenti in attività finanziaria e dei Mediatori creditizi (artt. 128-quater, comma 2 e 128-sexies, comma 2), istituito ai sensi dell'art. 128-undecies e sottoposto alla vigilanza della Banca d'Italia.

La contestuale iscrizione in entrambi gli elenchi non è più consentita (art. 128-octies).

3. L'intermediazione creditizia in altri Stati membri dopo il recepimento della Direttiva 2008/48/CE.

Al fine di chiarire i termini della questione, il quadro appena descritto deve essere opportunamente confrontato con quello emergente dall'analisi della normativa degli altri Stati membri a seguito del recepimento della Direttiva 2008/48/CE.

In Francia l'intermediazione creditizia è stata riformata con Legge 1249/2010. In tale ordinamento non sono previsti specifici requisiti per l'esercizio dell'attività, nel senso che essa può essere svolta tanto in forma individuale che societaria e nel secondo caso non è imposta alcuna soglia di capitalizzazione minima.

In Spagna tale attività è stata riordinata con Legge 2/2009 e il suo esercizio non è subordinato ad alcun requisito in ordine ad autorizzazioni, licenze o forme giuridiche vincolate.

In Lussemburgo, dove la direttiva è stata implementata nel Codice del consumo, l'esercizio dell'intermediazione creditizia, se non accompagnato dallo svolgimento di altre attività finanziarie (come la prestazione di servizi di investimento), non è soggetto a licenze o autorizzazioni, né all'assolvimento di altri obblighi e può essere svolto da persone fisiche o

giuridiche. Qualora l'intermediazione si inserisca nello svolgimento di altri servizi finanziari, allora è necessaria la forma societaria, il rilascio di un'apposita autorizzazione amministrativa e un capitale sociale minimo di 50 mila euro (elevato a 125 mila euro nel caso di gestione di fondi altrui).

In Repubblica Ceca la direttiva è stata recepita con Legge 145/2010; in questo Stato l'intermediazione creditizia attività può essere svolta in forma sia individuale che societaria ed è solo richiesta la notifica di inizio attività alla competente Authority (Financial Arbitrator).

In Romania è possibile esercitare l'intermediazione creditizia in forma sia individuale che societaria semplicemente inserendo il relativo codice di riferimento nel settore di attività od oggetto sociale (NACE codice 6619).

In Croazia, dove al pari del Lussemburgo la direttiva è stata adottata mediante modificazione del Codice del consumo, tale attività può essere svolta in qualunque forma; tuttavia, qui è obbligatorio il preventivo ottenimento dell'autorizzazione del Ministero delle Finanze.

Malta è l'unico Stato tra quelli analizzati in cui è invece richiesta la forma societaria per lo svolgimento dell'intermediazione creditizia, ma il capitale minimo non è normativamente imposto, bensì stabilito dalla competente Authority in base al profilo di rischio connesso all'attività che si intende esercitare (quindi, prima dev'essere ottenuta l'autorizzazione allo svolgimento dell'attività e poi costituita la società sulla base delle indicazioni fornite dall'Authority). Nondimeno, per lo svolgimento della sola attività di intermediazione creditizia viene di norma stimato un capitale prossimo al minimo legale previsto per le società a responsabilità limitata di diritto maltese (1.200 euro).

Questo brevissimo *excursus* permette di svolgere tre importanti considerazioni: (i) in nessuno degli ordinamenti esteri esaminati esiste una bipartizione della figura dell'intermediario del credito analoga a quella esistente nel nostro; (ii) nella maggior parte dei casi non è previsto alcun un obbligo di capitalizzazione minima per l'esercizio di tale attività; (iii) né quest'ultima è subordinata all'ottenimento di autorizzazioni, licenze o iscrizioni in albi o elenchi.

4. Dalla Direttiva 87/102/CEE alla Direttiva 2008/48/CE.

Il significativo divario che si è appena visto intercorrere tra la legislazione italiana e quella di altri Stati membri, impone quindi, poiché tutte riconducibili alla medesima direttiva europea e agli

stessi principi regolatori dell'ordinamento comunitario, di focalizzare l'attenzione sull'evoluzione della normativa europea in tale settore e in particolare sulle finalità perseguite dal legislatore europeo con l'emanazione della Direttiva 2008/48/CE, onde chiarire se possibile il quadro di lettura della normativa italiana.

Il primo tentativo di armonizzazione delle legislazioni nazionali in materia di credito al consumo si è avuto con la Direttiva 87/102/CEE, adottata al dichiarato scopo di promuovere il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo, al fine di garantire la libertà nel mercato interno e un'eguale disciplina nei Stati membri, tali da accrescere la fiducia dei consumatori nel sistema finanziario (cfr. I, IV e V considerando della direttiva). Essa veniva recepita in Italia con Legge 142/1992³.

La materia dell'intermediazione creditizia era trattata dall'art. 12 della direttiva, che in ossequio al proprio XXIII considerando⁴, indicava agli Stati membri tre percorsi alternativi per la disciplina del settore: (i) subordinarne l'esercizio dell'attività al rilascio di una apposita autorizzazione amministrativa; (ii) prevedere il compimento di verifiche ispettive presso le sedi degli intermediari; (iii) istituire organismi per il ricevimento dei reclami dei consumatori per le condotte di tali operatori.

Tuttavia, come successivamente evidenziato dalla Commissione europea nella relazione dell'11/05/1995 sullo stato di attuazione dell'anzidetta direttiva, nonostante i propositi comunitari, continuavano a registrarsi numerose divergenze tra le legislazioni interne degli Stati membri, tanto da sollecitare un nuovo provvedimento di armonizzazione. In particolare, per ciò che concerneva gli intermediari del credito, la Commissione europea affermava l'opportunità di prevedere come obbligatorie tutte e tre le soluzioni che nella Direttiva 87/102/CEE erano state poste come alternative fra loro, sollecitando il riassetto della disciplina in occasione di un'ulteriore relazione del 24/09/1997 (cfr. Parte II.13) e precisando anche, in un proprio documento di lavoro di poco successivo, che l'azione comunitaria si sarebbe dovuta

³ La legge attuativa non disciplinava tuttavia la figura dell'intermediario del credito.

⁴ XXIII considerando: *"considerando che dovranno essere adottate da parte degli Stati membri opportune misure per autorizzare le persone che lo desiderano a proporre o farsi intermediari per contratti di credito, o per ispezionare o controllare le attività delle persone che concedono crediti o si fanno intermediari per la concessione di crediti o per mettere in grado i consumatori di presentare reclamo in merito ai contratti di credito oppure alle condizioni di credito;"*.

specificamente indirizzare verso un innalzamento dei requisiti di onorabilità e professionalità degli intermediari creditizi, i soli aventi rilievo ai fini dell'esercizio di tale professione.

Nel 2002 veniva così avanzata una nuova proposta di direttiva (proposta n. 2002/0222), destinata però a restare sulla carta. Ciò nonostante, essa mantiene ancora oggi una significativa importanza in chiave interpretativa dei principi ispiratori dei successivi atti del legislatore comunitario.

In particolare, al punto 2.4 di essa si affermava che *"un'armonizzazione delle norme in materia di credito offerto ai consumatori migliorerà il funzionamento e la stabilità dei mercati europei del credito. Essa migliorerà il funzionamento del mercato in quanto si moltiplicheranno le possibilità di esercitare le attività transfrontaliere nel mercato interno, intensificando così la concorrenza sul mercato."*⁵.

Per la prima volta veniva anche elaborato un concetto-contenitore della figura di intermediario del credito: *"La nozione di "intermediario del credito" è una nozione generica che può coprire numerosi tipi di attività e svariate categorie di operatori: - un agente delegato, incaricato di firmare, a titolo esclusivo, a nome e per conto del creditore; - un mediatore di credito, vale a dire una persona indipendente (che lavora a proprio nome) che può presentare delle richieste di credito presso più creditori; - un "fornitore di beni o prestatore di servizi" e dunque una persona (quale un venditore) che può essere sia un agente delegato che un mediatore di credito, o addirittura un creditore che cede i suoi diritti a un terzo creditore/finanziatore principale che prenderà la (co)-decisione di concedere il credito e la cui attività di mediazione non è che un mezzo per sostenere la sua attività principale, vale a dire la vendita di prodotti o di servizi."*

All'art. 28, recependo le indicazioni della Commissione europea espresse nella relazione del maggio del '95, venivano poi previste la subordinazione dell'esercizio dell'intermediazione creditizia all'ottenimento di una licenza amministrativa, la sottoposizione degli intermediari del credito alla vigilanza di un'autorità e l'istituzione di organismi per il ricevimento e la trattazione dei reclami proposti dai clienti nei confronti di tali operatori.

⁵ (continua) *"In effetti, se le norme sono identiche nei confronti sia dei creditori e/o degli intermediari del credito che dei consumatori e dei fideiussori, questi ultimi dovrebbero vedere accresciuta la loro fiducia nei confronti di tipologie di credito sconosciute, a tassi o sotto forme particolarmente interessanti e offerte da creditori o intermediari situati in altri Stati membri."*

Rimasta senza seguito tale proposta, il tentativo di riordino e armonizzazione della materia è stato affidato, sei anni più tardi, alla Direttiva 2008/48/CE, che ha abrogato la Direttiva 87/102/CEE di vent'anni più vecchia e ne ha riscritto le norme allo scopo di razionalizzare la disciplina del settore del credito al consumo onde favorire il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri e attuare anche in tale ambito l'effettività del mercato interno, favorendo la circolazione intracomunitaria dei servizi di erogazione e intermediazione del credito grazie alla standardizzazione della normativa generale su tutto il territorio dell'Unione.

Sono poche le norme che riguardano l'intermediazione del credito e al contempo interessano la presente trattazione, ma una loro visione d'insieme è sufficiente a delineare un quadro giuridico sufficientemente definito, all'interno del quale leggere le norme nazionali attuative:

- IX considerando: *"(...) Pertanto, agli Stati membri non dovrebbe essere consentito di mantenere o introdurre disposizioni nazionali diverse da quelle previste dalla presente direttiva. Tuttavia, tale restrizione dovrebbe essere applicata soltanto nelle materie armonizzate dalla presente direttiva."*;
- XVI considerando: *"Talune disposizioni della presente direttiva dovrebbero essere applicate alle persone fisiche e giuridiche (intermediari del credito) che, nell'ambito della loro attività commerciale o professionale, dietro versamento di un compenso presentano o propongono contratti di credito ai consumatori, assistono i consumatori esercitando attività preparatorie alla conclusione di contratti di credito oppure concludono contratti di credito con i consumatori a nome del creditore (...)"*;
- XVII considerando: *"La presente direttiva disciplina solo taluni obblighi degli intermediari del credito nei confronti dei consumatori. Gli Stati membri dovrebbero pertanto conservare la facoltà di mantenere o introdurre obblighi supplementari a carico degli intermediari del credito, incluse le condizioni in base alle quali un intermediario del credito può ricevere compensi da un consumatore che ne ha richiesto i servizi."*;
- art. 3, comma 1, lett. f): (intermediario del credito è) *"una persona fisica o giuridica che non agisce come creditore e che, nell'esercizio della propria attività commerciale o professionale, dietro versamento di un compenso, che può essere costituito da una somma di denaro o da qualsiasi altro vantaggio economico pattuito: i) presenta o propone contratti di credito ai consumatori; ii) assiste i consumatori svolgendo attività preparatorie alla conclusione di"*

contratti di credito diverse da quelle di cui al punto i); oppure iii) conclude contratti di credito con i consumatori in nome e per conto del creditore;".

Se ne ricava anzitutto un'implicita affermazione della primazia del diritto comunitario su quello interno degli Stati membri, non necessaria ma opportuna per garantire il perseguimento degli intenti di ravvicinamento delle legislazioni nazionali nelle materie armonizzate, per le quali la direttiva impone il divieto di normative domestiche contrarie alle norme da essa dettate.

Ma ciò che è più importante è il fatto di contenere la prima definizione comunitaria di intermediario del credito, che assume particolare rilevanza ai fini della presente analisi in quanto essa riconosce espressamente che tale figura possa essere una persona fisica o giuridica, senza alcuna delle limitazioni operative che tuttavia troveranno ingresso nel nostro ordinamento in sede di recepimento anche di tale definizione.

5. Il percorso legislativo della riforma.

Il recepimento della Direttiva 2008/48/CE è stato programmato con la Legge comunitaria 2008 e tramite questa delegato al Governo affinché vi provvedesse tramite decretazione legislativa.

Il DDL disegno di legge comunitaria 2008 veniva presentato al Senato il 6/10/2008 (DDL S. 1078)⁶.

Nel testo originario non era previsto un articolo specifico per il recepimento della direttiva in questione e la delega all'esecutivo ai fini della relativa adozione era generalmente contenuta nell'art. 1⁷.

Nel corso dei lavori al Senato, con parere del 10/12/2008 la Commissione Finanza e Tesoro precisava la necessità, per i mediatori creditizi, di operare in forma societaria, con il dichiarato fine di garantire la tutela e gli interessi dei risparmiatori⁸.

⁶ In realtà, il DDL era già stato presentato alla Camera il 26/02/2008, ma per effetto dell'anticipato scioglimento delle Camere, lo stesso è stato ripresentato al Senato nell'ottobre dello stesso anno.

⁷ Art. 1, comma 1, del DDL nel testo originario: *"1. Il Governo e` delegato ad adottare, entro la scadenza del termine di recepimento fissato dalle singole direttive, i decreti legislativi recanti le norme occorrenti per dare attuazione alle direttive comprese negli elenchi di cui agli allegati A e B. (omissis)"*. La Direttiva 2008/48/CE era elencata nell'allegato B.

⁸ Stralcio del parere: *"In merito all'attuazione della Direttiva 2008/48/CE del Parlamento e del Consiglio del 23 aprile del 2008, relativa ai contratti di credito ai consumatori e di modifica della disciplina relativa ai soggetti operanti nel settore finanziario, ai mediatori creditizi e agli agenti in attivita` finanziaria, la Commissione sollecita una modifica della disciplina interna (il decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385) volta a regolamentare*

Nella seduta n. 25 del 17/12/2008 della Commissione per le Politiche comunitarie veniva quindi proposto e approvato l'emendamento 20.0.9, che introduceva, nel testo originario, l'art. 20-bis, contenente la delega al Governo per il recepimento della Direttiva 2008/48/CE e i criteri e i principi direttivi cui l'esecutivo si sarebbe dovuto attenere nell'esercizio della potestà legislativa delegata⁹, tra cui ecco fare la propria comparsa il divieto di contestuale iscrizione come agente in attività finanziaria e mediatore creditizio e l'obbligo di esercizio della mediazione creditizia in forma societaria.

Il testo veniva licenziato dal Senato il 17/02/2009 e, per effetto degli emendamenti approvati nel corso dell'esame, l'art. 20-bis aveva assunto la numerazione di art. 30.

Alla Camera al DDL prendeva il numero C. 320. In questa sede l'art. 30 veniva rinumerato in art. 33 per effetto di ulteriori emendamenti, veniva soppressa l'originaria lett. a) e il punto 9) della – da quel momento – lett. e) veniva così modificato: *"per i mediatori creditizi prevedere l'obbligo di indipendenza da banche e intermediari e l'obbligo di adozione di una forma giuridica societaria per l'esercizio dell'attività; introdurre ulteriori forme di controllo per le società di mediazione creditizia di maggiori dimensioni;"* (tale testo non subirà più alcuna modifica nel corso del restante iter legislativo).

Il testo veniva approvato il 20/05/2009 e ritrasmesso al Senato in seconda lettura.

Al Senato, al DDL veniva assegnato il numero S. 1078-B e il testo subiva ulteriori modifiche, ma non per la parte relativa all'intermediazione creditizia.

l'attività dei citati soggetti, con particolare riferimento ai mediatori creditizi. La disciplina da emanare, in analogia con quanto già valutato dalla Commissione in tema di contrasto alle frodi per il furto di identità e in tema di pagamenti differiti e dilazionati, dovrebbe avere l'obiettivo di tutelare i risparmiatori e gli investitori assicurando trasparenza dell'operato dei soggetti, prevedendo forme di controllo sugli stessi, requisiti soggettivi e oggettivi (forma societaria) atti a garantire la tutela degli interessi dei risparmiatori."

⁹ Stralcio della relazione della Commissione per le Politiche comunitarie sull'emendamento: *"L'articolo prevede altresì che vengano rimodulate le attività e i soggetti operanti nel settore finanziario, ai sensi del testo unico bancario, sulla base di ulteriori criteri direttivi quali: la rideterminazione dei requisiti per l'iscrizione per consentire l'operatività ai soli soggetti che assicurino affidabilità e correttezza; la previsione di strumenti di controllo modulati anche sulla base delle attività svolte dall'intermediario; l'attribuzione alla Banca d'Italia della competenza sul procedimento sanzionatorio al fine di garantire la semplificazione dell'azione amministrativa; la previsione di sanzioni amministrative effettive quali il divieto di intraprendere nuove operazioni e il potere di sospensione; la modifica della disciplina dei mediatori creditizi (legge n. 108 del 1996) e degli agenti in attività finanziaria (D.Lgs. n. 374 del 1999) al fine, tra l'altro, di istituire un organismo associativo per la tenuta degli elenchi dei mediatori e degli agenti, assicurarne la trasparenza e la professionalità con l'innalzamento dei requisiti professionali, prevedere la possibilità di presentare ricorso avverso le misure inibitorie e sanzionatorie, individuare cause di incompatibilità, obbligare alla stipula di polizze assicurative per responsabilità civile per danni arrecati nell'esercizio delle attività, prescrivere per i mediatori creditizi l'obbligo di indipendenza da banche e intermediari e l'obbligo di adozione di una forma giuridica societaria per l'esercizio dell'attività."*

Licenziato il 10/06/2009, il DDL approdava nuovamente alla Camera, dove a seguito di stralcio assumeva il numero C. 2320-bis per poi essere definitivamente approvato il 23/06/2009 ed emanato come Legge 88/2009.

Nel corso, poi, dell'iter governativo dello schema di decreto legislativo (schema n. 225), il 23/02/2010 la Commissione Finanze della Camera approvava un importante documento contenente una indagine conoscitiva sul credito al consumo in Italia.

In particolare, in esso veniva precisato che: *"La direttiva (la Direttiva 2008/48/CE – n.d.r.) prevede quindi una maggiore responsabilizzazione dei mediatori del credito e degli agenti, laddove anche il legislatore italiano ha previsto, nella delega conferita al Governo in materia, un riordino della disciplina di tali soggetti al fine di assicurare la trasparenza e la professionalità del loro operato, attraverso l'innalzamento dei requisiti professionali e l'istituzione di appositi elenchi cui verranno iscritti gli agenti e i mediatori, gestiti da un organismo istituito presso il Ministero dell'economia e delle finanze, vigilato dalla Banca d'Italia."*; eppoi, che: *"Passando ad alcuni profili specifici, per quanto riguarda i mediatori creditizi e gli agenti in attività finanziaria, occorre rendere più rigorose e restrittive le condizioni per l'accesso alla professione (omissis). A tale proposito è necessario subordinare l'iscrizione all'albo dei mediatori creditizi o all'elenco degli agenti in attività finanziaria a requisiti stringenti di onorabilità e professionalità (omissis); dovrà inoltre essere imposto l'obbligo, per i mediatori, di assumere una forma giuridica societaria, favorendone la crescita dimensionale, al fine di garantire la qualità degli intermediari sia sotto il profilo professionale sia dal punto di vista patrimoniale, e di consentire loro di dialogare con le banche in condizioni di maggiore indipendenza."*

L'importanza di tale documento è duplice: da un lato in esso viene enunciata la *ratio* della delega legislativa, sostanziandosi nella necessità di assicurare la trasparenza, l'onorabilità e la professionalità degli intermediari del credito, e dall'altro lato in nessuna parte vi si può trovare alcun accenno all'esigenza di introdurre un regime di incompatibilità tra l'agenzia in attività finanziaria e la mediazione creditizia.

Proseguendo nell'*excursus*, il 10/06/2010 il testo dello schema di decreto veniva trasmesso dal Governo al Senato e alla Camera per ottenere il parere delle Commissioni competenti. Entrambi i rami parlamentari lo approvavano. Interessante è il contenuto della relazione illustrativa accompagnatoria dello schema della legge delegata presentato al Senato: nell'illustrare l'art. 128-quinquies (che nel testo finale assumerà la numerazione di 128-septies) l'obbligo di

costituzione in forma di società di capitali con capitalizzazione minima non inferiore a centoventimila euro veniva giustificato con l'affermata esigenza di *"consentire l'esercizio dell'attività soltanto ai soggetti più affidabili, atteso che il mediatore creditizio opera in piena autonomia anche in assenza di legami contrattuali con intermediari vigilati che possano essere chiamati a rispondere del suo operato."* Una disciplina tanto stringente veniva dunque ancorata alla dichiarata necessità di garantire non solo (ma forse, non tanto) l'affidabilità degli operatori, ma anche (o meglio, quanto) la tutela risarcitoria per i clienti in caso di condotte illecite dei primi.

Il 30/07/2010 il Consiglio dei Ministri approvava in via definitiva il testo del decreto.

6. Dubbi di compatibilità comunitaria e di costituzionalità della nuova disciplina.

Si è detto che scopo della Direttiva 2008/48/CE era di perseguire l'armonizzazione delle legislazioni interne degli Stati membri in materia di credito al consumo e intermediazione creditizia; per quest'ultima, il dichiarato intento del legislatore comunitario era di implementare onorabilità, professionalità e trasparenza degli operatori, onde garantire la diffusione di regole comuni in tutti gli Stati membri tali da consentire la piena libertà di circolazione intracomunitaria del servizio e realizzare così l'effettività del mercato interno¹⁰.

Tra le norme della direttiva che interessano la presente trattazione si deve richiamare l'attenzione alla definizione di intermediario del credito che essa contiene e che secondo il legislatore europeo tale è la persona fisica o giuridica che propone o presenta contratti di credito al consumo e o li conclude se autorizzato alla firma o assiste i clienti fino alla loro sottoscrizione.

Il primo tema d'indagine impone, per essere trattato, una breve anticipazione del secondo punto controverso, su cui si tornerà. Più precisamente, a seconda del significato che si intenda attribuire alla disgiunzione "oppure" cui è stato fatto ricorso nella stesura della definizione di intermediario del credito, quest'ultima può essere in duplice modo, tanto nel senso di sancire l'esistenza di una bipartizione della più generale figura di intermediario del credito, tra chi presenta o propone contratti di credito e li conclude in rappresentanza degli intermediari

¹⁰ Si legga al riguardo il VI considerando della direttiva: *"Lo sviluppo di un mercato creditizio più trasparente ed efficiente nello spazio senza frontiere interne è essenziale per promuovere lo sviluppo delle attività transfrontaliere."* (norma che ricalca il più generale principio contenuto all'art. 26, comma 2, del TFCE).

finanziari mandanti (che coincide con il nostro agente in attività finanziaria) e chi presenta o propone contratti di credito e assiste i clienti nel compimento delle attività preparatorie alla loro sottoscrizione (che coincide con il nostro mediatore creditizio), quanto nell'opposta direzione di sancire l'unicità di tale figura, la quale dunque propone o presenta i contratti di credito e, qualora ne abbia il potere, li conclude o, quando ne sia carente, assiste i clienti fino alla loro sottoscrizione dinanzi all'intermediario finanziario.

Rinviando a breve l'analisi di tale apparente ambiguità normativa, quanto appena detto permette di affermare che agente in attività finanziaria e mediatore creditizio comunque rappresentino ciascuno una specificazione della più generale figura dell'intermediario del credito; ma intermediario del credito può alternativamente essere, come espressamente affermato dal legislatore comunitario coniandone la definizione, tanto una persona fisica quanto una persona giuridica.

A questo punto, volendo accedere alla summenzionata teoria della bipartizione, detta definizione dovrebbe essere riletta in questo modo: *"intermediario del credito è la persona fisica o giuridica che propone e conclude contratti di credito oppure propone contratti di credito e assiste i clienti fino alla loro sottoscrizione innanzi alla controparte"*. Se però è vero questo, allora la mediazione creditizia, in quanto specificazione del *genus* intermediario del credito, dovrebbe necessariamente poter essere esercitata anche da persone fisiche.

Né il contenuto del XVII considerando della direttiva parrebbe poter confutare tale tesi: l'attribuzione agli Stati membri della facoltà di introdurre ulteriori obblighi in materia di intermediazione creditizia deve essere infatti intesa come circoscritta agli adempimenti informativi a carico degli intermediari del credito, nel senso di poterne introdurre altri in aggiunta a quelli imposti dal legislatore comunitario.

Il secondo punto oggetto di analisi, in parte già anticipato, concerne invece la verifica di un'effettiva volontà del legislatore comunitario di operare una differenziazione operativa all'interno dell'unica figura dell'intermediario del credito.

Come si è osservato, il ricorso all'utilizzo del termine "oppure" legittimerebbe in apparenza una duplice chiave di lettura della norma definitoria, una delle quali confermerebbe la legittimità della persistenza nel nostro ordinamento della distinzione tra agente in attività finanziaria e mediatore creditizio.

Si deve tuttavia rammentare che in nessuno dei lavori che hanno preceduto l'emanazione della Direttiva 2008/48/CE è mai stata affermata la necessità di operare una diversificazione dell'attività di intermediazione creditizia. Anzi, una tale ipotesi non poteva che essere aborrita da un legislatore comunitario che avesse in animo di attuare un ravvicinamento delle legislazioni interne degli Stati membri in tale materia: una differenziazione analoga a quella esistente nel nostro ordinamento non avrebbe infatti che rappresentato un'ulteriore frammentazione normativa che avrebbe avuto quale prima conseguenza un allontanamento proprio di quelle stesse legislazioni nazionali invece da ravvicinare e con esso la persistenza di un'inefficienza del mercato interno dei servizi di credito al consumo.

Tanto può dirsi confermato, se necessario, dal fatto che molti altri Stati membri non contemplano una diversificazione giuridica e operativa eguale a quella tutt'ora esistente nel nostro ordinamento (cfr. paragrafo 3) e l'adozione da parte loro della Direttiva 2008/48/CE non ha in alcun modo inciso sull'unicità della figura di intermediario del credito.

Con buona dose di approssimazione al vero, il termine "oppure" (forse infelicemente) utilizzato dal legislatore europeo dovrebbe essere pertanto letto non nel senso di introdurre una bipartizione nei termini anzidetti, bensì di precisare che l'intermediario del credito è colui che assiste i clienti fino alla sottoscrizione di un contratto di credito ogniquale sia privo di un potere di rappresentanza dell'intermediario finanziario che lo autorizzi alla firma in suo nome e conto.

Nondimeno, sebbene una tesi siffatta appaia sotto molteplici profili coerente con l'ordinamento comunitario e con la *ratio* della Direttiva 2008/48/CE, a essa sopravvive pur sempre un'incertezza latente connaturale alla formulazione della definizione commentata, che non può che essere fugata o da un intervento del legislatore europeo o da una pronuncia interpretativa della Corte di Giustizia investita della questione in sede pregiudiziale¹¹, ricordando a tal proposito che in caso di contrasto del diritto interno di uno Stato membro con il diritto comunitario, dev'essere quest'ultimo a prevalere¹².

¹¹ Il rinvio pregiudiziale è una procedura esercitata dinanzi alla Corte di Giustizia e consente ad una giurisdizione nazionale di interrogare la Corte sull'interpretazione o sulla validità del diritto europeo. La decisione della Corte è obbligatoria non solo per la giurisdizione nazionale che ha avviato il rinvio pregiudiziale ma anche per tutte le giurisdizioni nazionali degli Stati membri.

¹² Principio affermato dalla Corte di Giustizia sin dalla controversia *Costa c. ENEL* del 15/07/1964 e fondato sull'art. 189 (ora 249) TCE: "*Il trasferimento, effettuato dagli Stati a favore dell'ordinamento giuridico europeo, dei diritti e degli obblighi corrispondenti alle disposizioni del Trattato implica una limitazione definitiva dei loro diritti*

Riassumendo, se da un lato può residuare un qualche dubbio circa un'effettiva illegittimità della previsione di incompatibilità della contestuale iscrizione come agente in attività finanziaria e mediatore creditizio, imposta all'esecutivo con la delega parlamentare contenuta nella Legge comunitaria 2008, sicuramente non ne sussistono per ciò che concerne il diritto di esercitare la mediazione creditizia anche in forma individuale, che trova fonte e legittimazione in sede addirittura comunitaria in quanto affermato *apertis verbis* dalla direttiva in commento e norma di armonizzazione non derogabile dagli Stati membri.

Trasponendo a questo punto quanto detto sul piano normativo, esso si traduce anzitutto in un contrasto dell'art. 33, comma 2, lett. e), n. 9) della Legge comunitaria 2008 con l'art. 3, comma 1, lett. f) della Direttiva 2008/48/CE e, per gli effetti che ne sono scaturiti, con l'art. 26, comma 2 del TFCE.

Incompatibilità che poi si è chiaramente riversata prima sulle norme del D.Lgs. 141/2010 e poi su quelle del Titolo IV-Bis del TUB da esso introdotte. Anzi, sebbene la fonte del contrasto del nostro diritto interno con quello comunitario origini dalla Legge comunitaria 2008, è stato il D.Lgs. 141/2010, che ha esaurito la delega in essa contenuta, a innovare l'ordinamento giuridico introducendo nuove norme operanti sul piano verticale Stato-cittadino e non più su quello orizzontale istituzionale Parlamento-Governo; è dunque invero solo quest'ultimo, e le norme del TUB da esso introdotte, a soffrire dei vizi di incompatibilità comunitaria di cui si è appena detto, perché sono tali norme, non quelle contenute nella legge delega, a regolare la materia e quindi a disciplinare nella pratica l'esercizio dell'attività di intermediazione creditizia. In particolare, il contrasto si ravvisa nell'art. 11 del decreto, per la parte in cui introduce gli artt. 128-septies e 128-octies del TUB.

*** ***

Passando al secondo tema d'indagine, ossia la costituzionalità del decreto legislativo di riforma del settore, si deve opportunamente premettere che questa sede si sorvolerà, per ovvie ragioni, sui vizi derivanti a suo carico nei termini sopra detti, incentrando l'attenzione sull'esercizio della delega da parte dell'esecutivo.

Per teoria generale sappiamo che la funzione legislativa può essere delegata al Governo purché con determinazione di principi e criteri direttivi e soltanto per tempo limitato e per oggetti

sovrani, di fronte alla quale un atto unilaterale ulteriore, incompatibile col sistema dell'UE, sarebbe del tutto privo di efficacia."

definiti, con la conseguenza che un eventuale sviamento dell'azione dell'esecutivo dai parametri temporali e di contenuto imposti dalla delega legislativa può portare a una censura di incostituzionalità del decreto delegato.

La questione dei rapporti tra norma delegante e norma delegata è stata ampiamente dibattuta dalla giustizia costituzionale, che nel corso degli anni ha contribuito a fissare alcuni punti essenziali per l'interpretazione, in chiave costituzionale, della seconda:

- una norma non è contraria alla Costituzione se di essa si può dare una lettura incostituzionale, ma solo se non se ne possa dare alcuna che sia a essa conforme;
- principi e criteri direttivi possono essere ricavati per implicito o *per relationem* dalla legge delega (C. cost., sent. 48/1986 e 156/1987);
- nell'esame dell'eccesso di delega, l'interpretazione dei principi e criteri direttivi deve essere effettuato alla luce del complessivo contesto normativo e delle finalità che hanno ispirato la delega, ossia la *ratio* di quest'ultima, per quindi verificare se la norma delegata sia a essa rispondente (C. cost., sent. 237/1993, 126/2000 e ord. 21/1988);
- la disposizione di cui all'art. 76 Cost. non osta all'emanazione di norme che rappresentino un coerente sviluppo e, se del caso, anche un completamento delle scelte espresse dal legislatore delegante (C. cost., sent. 4/1992, 198/1998 e 308/2002);
- quanto più vaghi, elastici e indefiniti sono i principi e criteri direttivi fissati nella legge delega, tanto più sarà la discrezionalità del Governo nella legislazione delegata (C. cost., sent. 250/1991 e 163/2000);
- il grado di specificità dei principi e criteri direttivi contribuisce a determinare il grado di profondità del vaglio della Corte costituzionale.

Questi sono dunque i criteri tramite cui condurre un esame di costituzionalità delle norme del D.Lgs. 141/2010, segnatamente dei suoi artt. 11, per la parte in cui introduce l'art. 128-septies, comma 1, lett. a) del TUB, relativa all'obbligo di esercizio della mediazione creditizia in forma di società di capitali, e 16, con cui è stata imposta per quest'ultime una soglia di capitalizzazione minima, rappresentando questi la concreta esplicitazione della discrezionalità dell'esecutivo

nell'attuazione della delega ricevuta e come tali destinatari della presente analisi di aderenza al contenuto della delega parlamentare¹³.

Per quanto attiene gli artt. 11 del decreto e 128-septies del TUB, si osserva che nell'imporre al Governo di prevedere l'obbligo di esercizio in forma societaria della mediazione creditizia, il Parlamento ha disegnato una norma tanto generica ed elastica da rendere oggettivamente difficile stabilire se la restrizione alle società di capitali poi introdotta dall'esecutivo possa o meno dirsi conforme alla delega ricevuta. Anche se non dirimente, a tale proposito è opportuno rammentare che le Commissioni di Camera e Senato hanno approvato integralmente il testo della schema di decreto legislativo, quindi l'hanno ritenuto coerente con i principi e criteri direttivi della delega.

Apparentemente, quindi, la restrizione dell'accesso all'esercizio della mediazione creditizia alle sole società di capitali sembrerebbe essere coerente con il contenuto della legge delegante o almeno non sembra possibile al momento individuare elementi sufficienti per dimostrare il contrario.

Diverso è invece il discorso per l'art. 16 del decreto. E' vero, infatti, che la delega legislativa nulla diceva un merito ai requisiti patrimoniali della società che intenda svolgere la mediazione creditizia e che in tale silenzio il Governo poteva legiferare con marcata discrezionalità, ma lo è altrettanto che la giurisprudenza costituzionale ha più volte affermato che le norme introdotte dall'esecutivo nell'esercizio della delega parlamentare devono rappresentare *"un coerente sviluppo e completamento della scelta espressa dal legislatore delegante e delle ragioni a essa sottese."* (C. cost., sent. 141/1993).

Ebbene, se da un lato l'aver limitato l'accesso all'esercizio della mediazione creditizia alle sole società di capitali, può ritenersi – comunque non senza perplessità¹⁴ – un coerente sviluppo del contenuto della delega legislativa, altrettanto non sembrerebbe potersi dire per quanto

¹³ Nell'accostarsi all'analisi si deve tener presente che l'indagine di costituzionalità dell'esercizio della delega legislativa da parte dell'esecutivo non può vertere sull'idoneità del precetto normativo a perseguire lo scopo prefissato dal legislatore delegante (salvo il caso di manifesta irragionevolezza), ma deve incentrarsi esclusivamente sull'aderenza del primo ai principi e criteri dettati con la delega parlamentare.

¹⁴ Si può tuttavia osservare che una società di capitali non dà maggiori garanzie di solvibilità rispetto a una società di persone; anzi, considerata la responsabilità personale dei soci delle seconde, spesso è il contrario.

concerne l'ulteriore restrizione voluta dall'esecutivo con l'introduzione a loro carico della menzionata soglia di capitalizzazione minima.

Si osserva al riguardo che i mediatori creditizi non hanno alcun potere di firma dei contratti di concessione di credito e si pongono pertanto come mero *trait d'union* tra domanda e offerta, tra cliente e intermediario finanziario, senza alcuna discrezionalità in ordine alle condizioni di erogazione del credito e con un profilo di responsabilità potenziale di fatto minore rispetto a quella gravante sugli agenti in attività finanziaria (che si ricorda avere potere di firma).

Di conseguenza, un dimensionamento patrimoniale tanto elevato appare estraneo ai principi informativi della delega legislativa e altresì privo di effettiva ragionevolezza: se la previsione di una soglia minima di capitalizzazione è motivata dall'esigenza di garantire l'indipendenza dei mediatori creditizi dal sistema bancario, allora l'eventuale (e probabile) ricorso al credito bancario per la patrimonializzazione di tali società¹⁵ verrebbe di fatto a farla mancare.

Inoltre, la garanzia di solvibilità nel caso di richieste risarcitorie da parte dei clienti è rappresentata non dalla consistenza patrimoniale di tali società, ma dall'obbligo di copertura assicurativa per la responsabilità civile verso terzi che su di esse grava ai sensi dell'art. 128-septies, comma 1, lett. f) del TUB; previsione, questa, che ha anche il pregio di sottrarre fondamento all'eventuale eccezione discendente dalla circostanza che gli intermediari finanziari, a differenza di quanto accade nei confronti degli agenti in attività finanziaria cui abbiano conferito mandato, non rispondono nei confronti dei clienti, delle condotte dei mediatori creditizi.

In conclusione si può quindi affermare che se da un lato non sussistono fondati dubbi per ritenere illegittima la restrizione dell'accesso all'esercizio della mediazione creditizia alle sole società di capitali, altrettanto non può dirsi per l'imposizione di una soglia di capitalizzazione minima per quest'ultime, che appare invece sufficientemente carente di ragionevolezza per poterla ritenere passibile di censura di incostituzionalità (per eccesso di delega).

7. Conseguenze dell'incompatibilità comunitaria del D.Lgs. 141/2010.

Si è detto che sono le norme del D.Lgs. 141/2010 ad aver innovato la materia dell'intermediazione creditizia e quelle del TUB da esso introdotte, a disciplinarla; la delega

¹⁵ I centoventimila euro di capitale minimo devono infatti essere stati interamente versati al momento della presentazione della domanda di iscrizione all'elenco dei mediatori creditizi.

parlamentare ha infatti avuto il solo fine ed effetto di incanalare l'azione legislativa del Governo, senza dunque avere effetti diretti sul piano della regolamentazione della materia.

Quindi, se un eventuale sindacato di costituzionalità sulla delega legislativa implicherebbe comunque l'esigenza di un processo ermeneutico parallelo concernente sia la norma delegante che la norma delegata, quello di compatibilità comunitaria dovrebbe essere invece condotto esclusivamente nei confronti delle norme del decreto legislativo, operando dunque un parallelismo diretto tra esso e il diritto comunitario che il primo ha recepito.

Il perché di un tale interesse deriva dal fatto che diversamente dalla questione di costituzionalità, che non fa venir meno l'obbligo di applicazione delle norme ritenute illegittime finché non intervenga una censura del giudice costituzionale, il contrasto del diritto interno con quello comunitario legittima l'immediata disapplicazione delle norme del primo ritenute incompatibili con quelle del secondo e questo, in quanto astrattamente foriero di conseguenze pratiche non di poco momento, legittima un breve approfondimento.

Partiamo col dire che secondo una teoria andatasi via, via affermando presso la giustizia comunitaria, i giudici nazionali, qualora una direttiva comunitaria si ponga quale strumento di esplicazione e applicazione di un principio generale del diritto comunitario, hanno il compito di disapplicare le disposizioni di diritto interno con essa eventualmente confliggenti¹⁶. Ma non solo: la Corte di Giustizia si più infatti più volte pronunciata in favore della disapplicazione delle leggi interne pure ove il contrasto sorga nei confronti di una disposizione comunitaria non direttamente applicabile, come lo è *in parte qua* la Direttiva 2008/48/CE (*ex pluribus*, Corte di Giustizia, sentt. 170/1991, 168/1992 e 391/1992).

La Corte europea ha dunque nel corso del tempo valorizzato sempre più l'obbligo per il giudice nazionale di leggere e interpretare la norma di diritto interno alla luce della lettera e dello scopo del diritto comunitario, portando la stessa Corte a coniare il c.d. "obbligo di interpretazione conforme", che consiste nel dovere del giudice nazionale di scartare l'applicazione della norma interna che risulti in contrasto con una direttiva comunitaria non recepita, indipendentemente

¹⁶ Principio affermato a far data dalla causa *Simmenthal*: "Il giudice nazionale, incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le disposizioni di diritto europeo, ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale." (Corte di Giustizia, sent. 9/03/1978).

poi dal fatto che le sue norme siano o meno direttamente invocabili, o recepita in modo non corretto¹⁷.

Più nello specifico, si ritiene che la direttiva priva di effetto diretto (perché non completa o in quanto avente rilevo una controversia tra privati) sia comunque in grado, per il principio della primazia del diritto comunitario su quello interno degli Stati membri, di escludere l'applicazione della norma interna incompatibile, anche qualora quella non sia invocabile in quanto tale. In caso di contrasto tra legge nazionale e direttiva priva di effetti diretti, il giudice nazionale dovrebbe pertanto disapplicare la norma interna e stante l'impossibilità di applicare la direttiva priva di effetti diretti, risolvere la controversia ricorrendo all'applicazione delle norme previgenti o, se questo non sia possibile, all'interpretazione estensiva o all'analogia, nonché, se del caso, ai principi generali dell'ordinamento giuridico.

E' quindi chiaro che la disciplina dell'intermediazione creditizia, per la parte che si ritiene contrastare le norme comunitarie, potrebbe quindi essere travolta direttamente da un sindacato diffuso dei giudici di merito¹⁸, su cui graverebbe il compito di disapplicarla e di seguire poi il percorso interpretativo delineato dalla Corte europea, che qualora sfociasse, come sarebbe presumibile, in una reviviscenza della normativa previgente, condurrebbe a legittimare nuovamente l'esercizio della mediazione creditizia anche in forma individuale, nonché la contestuale iscrizione come agente in attività finanziaria e mediatore creditizio qualora anche tale limitazione fosse ritenuta a esso contraria. Il tutto, quindi, senza alcuna necessità di una censura di incostituzionalità da parte della Consulta¹⁹.

¹⁷ Da ricordare la causa *Linster* (Corte di Giustizia, sent. 9/09/2000 in causa 207/98), in cui la Corte europea ha chiarito che l'invocazione di una direttiva comunitaria non è preclusa dal fatto che al legislatore nazionale sia riconosciuto un determinato margine di discrezionalità nella trasposizione nel proprio ordinamento. Quindi, anche qualora l'operato dell'amministrazione risulti conforme al diritto nazionale, ma non a quello comunitario presupposto, il giudice interno può verificare se il legislatore si sia mantenuto entro i limiti della discrezionalità normativa a esso attribuita dalla direttiva ed eventualmente annullare l'atto amministrativo viziato.

¹⁸ Nelle controversie relative ai provvedimenti dell'OAM, l' art. 133, comma 1, lett. l) del D.Lgs. 104/2010 attribuisce la giurisdizione esclusiva al giudice amministrativo.

¹⁹ E' però da segnalare che in una recente pronuncia, la Consulta ha statuito che *"l'impossibilità di non applicare una legge interna in contrasto con una direttiva comunitaria non munita di efficacia diretta non significa che la prima sia immune dal controllo di conformità al diritto comunitario, che spetta a questa Corte, davanti alla quale il giudice può sollevare la questione di legittimità costituzionale per asserita violazione dell'art. 11 e oggi anche dell'art. 117, comma 1, Cost."* (C. cost., sent. 28/2010). Con tale sentenza, la Corte, se da un lato dissolve ogni eventuale dubbio circa il fatto che le norme comunitarie siano da intendersi cogenti e sovraordinate rispetto alle leggi ordinarie nell'ordinamento italiano, dall'altra parte si pone in netto contrasto con la giurisprudenza della

Ma questa non è la sola conseguenza degna di attenzione. L'obbligo di disapplicazione – afferma la Corte di Giustizia – opera infatti anche per le pubbliche amministrazioni: la Corte parla in tal caso di *"administrative direct effect"*, quale corollario del più generale principio della *primauté* del diritto europeo.

In sede comunitaria è stato più volte infatti affermato che tale principio impone non solo alle giurisdizioni, ma a tutte le istanze dello Stato membro, di dare pieno effetto alla norma comunitaria, per cui l'obbligo di disapplicare una normativa nazionale in contrasto con il diritto comunitario incombe non solo ai giudici nazionali, ma anche a tutti gli organi dello Stato, comprese le autorità amministrative. E le ragioni di una tale estensione sarebbero da ricondursi all'esigenza di non contraddittorietà dell'azione amministrativa rispetto a quella giudiziaria²⁰

Il richiamo all'OAM è evidente.

E' vero che stando alla norma istitutiva (art. 128-undecies del TUB), esso non è qualificato come ente pubblico, bensì organismo di diritto privato costituito in forma associativa, ma lo è anche che a esso risultano attribuite funzioni aventi una verosimile rilevanza pubblicistica, in quanto dirette a regolare, per la parte di pertinenza, l'esercizio del credito, che una tale rilevanza indubbiamente ha. Sennonché sempre la Corte di Giustizia ha ormai da tempo esteso l'efficacia verticale delle direttive comunitarie (cioè quella relativa ai rapporti Stato-cittadino) ad ogni organismo che sia stato incaricato, con atto della pubblica autorità, di prestare, sotto il controllo di quest'ultimo, un servizio di interesse pubblico e che dispone a tale effetto di poteri esorbitanti rispetto alle regole applicabili nei rapporti tra privati; più precisamente: *"Va, peraltro, precisato che ai fini dell'efficacia verticale della direttiva, il concetto di Stato viene inteso in senso ampio, come sinonimo di amministrazione pubblica, comprensivo, quindi, anche di enti non statali, dovendo, inoltre, riconoscere la possibilità di far valere la direttiva anche nei confronti di soggetti privati, laddove gli stessi risultino investiti di funzioni pubblicistiche."* (Corte di Giustizia, sent. 12/07/1990, causa 188/89).

Corte di Giustizia; contrasto che dovrebbe però risolversi in favore di quest'ultima, sempre in attuazione del principio della *primauté* del diritto europeo su quello interno degli Stati membri.

²⁰ *"Va rilevato che il motivo per cui i singoli possono far valere le disposizioni di una direttiva dinanzi ai giudici nazionali ove sussistano i detti presupposti è che gli obblighi derivanti da tali disposizioni valgono per tutte le autorità degli Stati membri (...); sarebbe peraltro contraddittorio statuire che i singoli possono invocare dinanzi ai giudici nazionali le disposizioni di una direttiva aventi i requisiti sopramenzionati, allo scopo di far censurare l'operato dell'amministrazione, e al contempo ritenere che l'amministrazione non sia tenuta ad applicare le disposizioni della direttiva disapplicando le norme nazionali ad esse non conformi."* (Corte di Giustizia, sent. 22/06/1989, causa 103/9188).

Ragionando in questi termini assume consistenza anche l'ipotesi di disapplicazione amministrativa delle norme della riforma direttamente da parte dell'OAM, il quale sarebbe poi chiamato a seguire un percorso interpretativo analogo a quello che richiesto ai giudici di merito.

8. Conclusioni.

Dovendo riepilogare le osservazioni fin qui svolte, si può in definitiva affermare che le norme cardine su cui poggia la riforma dell'intermediazione creditizia, siano anzitutto in manifesto contrasto con quelle della direttiva comunitaria su cui tale riforma paradossalmente si fonda.

Il Parlamento prima e il Governo poi sono infatti incorsi in una palese violazione delle norme comunitarie che il secondo era stato chiamato dal primo a recepire, che si è concretizzata sicuramente nell'imporre l'obbligo di svolgimento della mediazione creditizia in forma societaria, quando la direttiva ne legittimava lo svolgimento anche in forma individuale, e forse anche introducendo un regime di incompatibilità assoluta tra l'agenzia in attività finanziaria e la mediazione creditizia, nonostante che tale differenziazione fosse di fatto di segno opposto rispetto alle logiche di armonizzazione delle legislazioni nazionali perseguite dal legislatore comunitario e invece correttamente seguite dagli altri Stati membri.

E' invece sostanzialmente irrilevante, se non altro sul piano giuridico, che il Governo, in attuazione della delega parlamentare, abbia ulteriormente ristretto le maglie di accesso alla mediazione creditizia nei termini che si sono visti: la violazione del diritto comunitario sussisteva già a monte, nella legge delega, e quindi il solo fatto di avervi dato attuazione ha automaticamente trasferito tale incompatibilità alle norme del decreto delegato che ne sono derivate. In altri termini, non viola il diritto comunitario tanto la restrizione dell'esercizio della mediazione creditizia alle sole società di capitali, quanto alle persone giuridiche *tout court* come imposto dalla delega parlamentare. Stesso discorso vale per la previsione di incompatibilità della contestuale iscrizione nell'elenco degli agenti in attività finanziaria e in quello dei mediatori creditizi, pur con i dubbi latenti che residuano dalla sua analisi.

Il decreto di riforma non patisce però solo dell'incompatibilità comunitaria, ma anche di un possibile vizio proprio per eccesso dell'esecutivo nell'esercizio della delega parlamentare ricevuta.

L'averne infatti imposto un regime di capitalizzazione minima per le società di mediazione creditizia non parrebbe trovare alcun fondamento né all'interno della legge delega, né tra i più generali principi regolatori dell'esercizio della potestà legislativa delegata, che siano di

derivazione positiva (art. 76 Cost.) o giurisprudenziale. Tale limitazione sembrerebbe essere infatti priva di ragionevolezza, in quanto portatrice di un obbligo che non trova alcuna giustificazione nelle dichiarate ragioni che avrebbero indotto il Governo ad introdurlo nell'esercizio della delega e la cui non necessità è implicitamente sancita da altre norme del medesimo decreto delegato.

Avv. Emanuele Guidoni

APPENDICE

Diritto comunitario e legittima elusione dei vincoli di operatività imposti dal D.Lgs. 141/2010: operare in Italia tramite una società estera.

Nella trattazione che precede si fatto ricorso al diritto comunitario quale paradigma per condurre l'indagine di compatibilità con esso delle norme del nostro diritto interno, ribadendo più volte l'ormai indiscusso principio della prevalenza del primo sul secondo.

Si è anche detto che uno dei pilastri su cui poggia l'ordinamento comunitario è l'effettività del mercato interno, sancito all'art. 26 del TFCE e che prevede un generale diritto alla libera circolazione di persone, beni e servizi all'interno dell'Unione. Principio cui adesso dobbiamo però dire fare da *pendant* quello costituente il c.d. "diritto di stabilimento", ossia il diritto di tutti i cittadini di uno Stato membro, di costituire e gestire un'impresa o intraprendere una qualsiasi attività economica in un altro Stato membro, tramite l'apertura di agenzie, filiali e succursali, mantenendo la propria residenza nello Stato di origine.

E' dalla loro unione che nasce, se non altro per puro spirito di speculazione giuridica, la presente ulteriore indagine volta a verificare se e in quale misura possa essere astrattamente possibile sfruttarli stavolta al fine di by-passare legalmente le limitazioni imposte dal nostro ordinamento per l'esercizio della mediazione creditizia, sfruttando proprio la dichiarata preclusione per la legislazione interna di uno Stato membro, di porsi in contrasto con quella comunitaria.

Ebbene, ricordando che in altri Stati membri non solo non esiste una distinzione tra agente in attività finanziaria e mediatore creditizio, ma l'esercizio dell'intermediazione creditizia non è neppure soggetto al rilascio di autorizzazioni o licenze, ivi compresa l'iscrizione in albi o elenchi (come nel caso della Romania), si osserva che l'art. 128-septies, comma 1, lett. b), del TUB

dispone che l'iscrizione nell'elenco dei mediatori creditizi sia consentita anche alle società residenti in un altro Stato membro, purché queste abbiano in Italia una stabile organizzazione. Non è certo questa la sede per entrare nel merito del dibattuto tema della "stabile organizzazione"; qui basta dire che quest'ultima può realizzarsi alternativamente tramite l'apertura di una succursale della società estera, che dunque opera sotto la sua ragione sociale, oppure mediante la costituzione di una società di diritto italiano (soggetta al controllo di quella estera). Quindi, una società estera autorizzata all'esercizio della mediazione creditizia nello Stato di residenza e dotata di una stabile organizzazione nel nostro Stato, può legittimamente richiedere l'iscrizione nell'elenco dei mediatori creditizi tenuto dall'OAM.

La questione è però se tale iscrizione sia ammissibile qualora la società estera sia priva dei requisiti (non tanto di forma societaria, quanto) di capitalizzazione imposti dalla normativa italiana.

La risposta a tale interrogativo deve necessariamente passare attraverso una breve analisi del diritto di stabilimento cui si è poc'anzi accennato²¹, che in breve può essere tratteggiato facendo direttamente rinvio a una pronuncia paradigmatica della Corte di Giustizia intervenuta nella nota causa *Centros*²², in cui è stato affermato che:

- è legittimo, per una società comunitaria, costituirsi in uno Stato membro ed esercitare, invece, esclusivamente in un altro Stato membro la propria attività;
- la suddetta circostanza non è di per sé sufficiente a configurare un abuso del diritto comunitario, tale da legittimare restrizioni alla libertà di stabilimento da parte dello Stato ospitante;
- non può essere rifiutata la registrazione di una succursale in uno Stato membro diverso da quello di costituzione, per il solo fatto che in quest'ultimo non venga svolta alcuna attività da parte della società;

²¹ Il diritto di stabilimento è regolato dagli artt. 43-48 del TFCE.

²² (Corte di Giustizia, sent. 9/03/1999, causa 212/97). Ciò che è interessante ai fini dell'analisi, è che la Corte è intervenuta in seno a una controversia sorta in seguito alla decisione di una coppia di cittadini danesi di costituire una società nel Regno Unito tramite cui operare esclusivamente entro i confini del loro Stato di residenza, fondata per sole ragioni di convenienza economica (per l'esistenza di una disciplina più favorevole in termini di capitalizzazione societaria, appunto). I principi espressi dalla Corte in tale occasione sono stati successivamente contenuti e ampliati nella causa *Überseering* (Corte di Giustizia, sent. 5/11/2002, causa 208/2000)

- l'elusione delle disposizioni di uno Stato membro che prevedono un capitale minimo della società non legittima restrizioni alla libertà di stabilimento in base all'art. 46 del Trattato (per motivi cioè di ordine pubblico): da un lato, infatti, i creditori dello Stato ospitante si troverebbero nelle medesime condizioni se la società effettivamente esercitasse la propria attività principale nello Stato di costituzione, e solo in via secondaria operasse nello Stato della propria sede effettiva; dall'altro lato, la tutela dei creditori e dei terzi è sufficientemente perseguita dalle norme che tutelano, per l'appunto, l'informazione a favore di tali soggetti e quindi dalla possibilità, per detti creditori, di conoscere la legge regolatrice della società e di preconstituirsì, all'occorrenza, apposite garanzie (peraltro in Italia già rappresentate dall'obbligo di copertura assicurativa di cui si è detto);
- i provvedimenti nazionali che possono ostacolare o scoraggiare l'esercizio della libertà di stabilimento per motivi di interesse generale devono soddisfare, secondo la giurisprudenza della Corte, quattro condizioni: (i) applicarsi in modo non discriminatorio; (ii) essere giustificati da motivi imperativi di interesse pubblico; (iii) essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito; (iv) non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo;
- non è possibile avvalersi abusivamente e fraudolentemente del diritto comunitario al fine di sottrarsi all'imperio di una legge nazionale, ma il mero fatto di costituire una società in uno Stato membro e poi esercitare l'attività commerciale, anche a mezzo di una succursale, in altro Stato membro non configura di per sé abuso del diritto comunitario.

Quanto precede sembrerebbe quindi legittimare, seppure in via teorica, l'ipotesi in esame. C'è però un altro importante punto da chiarire, stavolta di diritto interno.

L'art. 2508, comma 3, c.c. impone alle sedi secondarie italiane di società estere, il rispetto delle disposizioni che in Italia regolano l'esercizio dell'impresa o la subordinano all'osservanza di particolari condizioni. Si tratta, da un lato, di norme ad applicazione necessaria (come quelle che dispongono oneri di forma ai fini dell'iscrizione nel registro delle imprese: si pensi alle norme italiane che prescrivono la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata, ai fini della suddetta iscrizione e che – trattandosi di atto formato all'estero – richiedono il previo deposito negli atti di un notaio o di un archivio notarile italiano) e, dall'altra parte, di norme che prescrivono particolari autorizzazioni per l'esercizio di specifiche attività (si pensi a titolo

esemplificativo, alle norme sulla pubblicità commerciale, sulla tenuta delle scritture contabili e alla disciplina in materia di lavoro subordinato).

Si rende quindi necessario verificare quale sia la portata precettiva da attribuire alla norma che impone una capitalizzazione minima per l'iscrizione delle società nell'elenco dei mediatori creditizi onde ricondurle o meno entro il novero delle norme che autorizzano lo svolgimento dell'attività d'impresa e quindi confermare o negare la fondatezza della teoria qui prospettata.

La risposta è semplice. Basta infatti ribaltare il problema sul piano dell'ordinamento europeo, per avvedersi che qualora dette norme si ragionasse nei termini anzidetti, si verrebbe di fatto a precludere (quantomeno in via indiretta) il libero esercizio del diritto di stabilimento sul territorio italiano, sulla base di un requisito, quello patrimoniale, che la Corte di Giustizia ha più volte affermato essere invece contrario ai principi informatori del mercato interno e, più in generale, del sistema comunitario.

Pertanto e così concludendo, l'iscrizione nell'elenco dei mediatori creditizi di una società estera²³ potrebbe (anzi, dovrebbe) essere (teoricamente) concessa anche qualora essa risulti priva dei requisiti di capitalizzazione richiesti dalla normativa italiana alle società domestiche²⁴.

²³ Per quanto concerne la scelta dello Stato membro in cui costituire tale società, da una prima sommaria analisi comparatistica di taluni ordinamenti giuridici europei, tenuto conto della disciplina dell'intermediazione creditizia in essi vigente e dei costi di costituzione e gestione della società di capitali, la prima scelta dovrebbe ricadere sulla Romania (forma societaria SRL – è lo stesso acronimo per le società italiane – con capitale minimo di 60 euro), per poi passare, per citarne solo alcuni, all'Ungheria, che ha parimenti costi decisamente sostenibili (forma societaria KFT con capitale minimo di 1.700 euro; questo fino a marzo 2014, quanto il capitale minimo passerà a circa 10 mila euro), all'Inghilterra (forma societaria LTD con capitale minimo di 2 sterline), dove però l'intermediazione creditizia è soggetta alla vigilanza della FSA (Financial Conduct Authority) e alla Scozia (stessi requisiti per la LTD), in cui non è prevista l'obbligatorietà del deposito del bilancio.

Come si può notare, diversamente da quanto si potrebbe essere indotti a pensare, costituzione e amministrazione fiduciaria di una società estera, se opportunamente individuata nella forma e soprattutto nello Stato di residenza, hanno solitamente costi che nel loro insieme, anche tenuto conto del livello complessivo di tassazione, sono inferiori rispetto a quelli italiani.

²⁴ In termini analoghi, l'art. 15, comma 3, del TUB legittima l'apertura in Italia di succursali di banche comunitarie sulla base di una semplice comunicazione di inizio attività, senza obbligo per esse di strutturarsi secondo la legge italiana.