

Civile Ord. Sez. 2 Num. 5347 Anno 2022

Presidente: MANNA FELICE

Relatore: VARRONE LUCA

Data pubblicazione: 18/02/2022

ORDINANZA

sul ricorso 34768-2018 proposto da:

BREGANZE MARINO, elettivamente domiciliato in ROMA, VIALE
GIUSEPPE MAZZINI, 146, presso lo studio dell'avvocato EZIO
SPAZIANI TESTA, che lo rappresenta e difende unitamente agli
avvocati MARCO DE CRISTOFARO, GIANLUCA ROMAGNOLI;

- ricorrenti -

contro

CONSOB - COMMISSIONE NAZ.PER LA SOCIETÀ E LA BORSA
80204250585, elettivamente domiciliato in ROMA, V.MARTINI
GIOVANNI BATTISTA 3, presso lo studio dell'avvocato
SALVATORE PROVIDENTI, che lo rappresenta e difende
unitamente agli avvocati GIANFRANCO RANDISI, STEFANIA
LOPATRIELLO;

- controricorrenti -

02
2541/21

»

»

avverso la sentenza n. 45/2018 della CORTE D'APPELLO di VENEZIA, depositata il 03/05/2018;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 30/11/2021 dal Consigliere Dott. LUCA VARRONE;

udito l'Avvocato;

Lette le memorie depositate dalle parti;

RAGIONI IN FATTO DELLA DECISIONE

1. Marino Breganze proponeva opposizione avverso la Delib. n. 19934 del 2017, con cui CONSOB, all'esito del procedimento disciplinato dall'art. 195 D.Lgs. n. 58 del 1998, ha applicato al ricorrente la sanzione di euro 120.000 oltre alla sanzione accessoria della perdita dei requisiti di onorabilità previsti dal T.U.F. per la durata di quattro mesi e di incapacità per il medesimo periodo, ad assumere incarichi di amministrazione, direzione controllo nell'ambito di società aventi titoli quotati nei mercati regolamentati o diffusi tra il pubblico in maniera rilevante e di società appartenenti al medesimo gruppo.

In particolare la CONSOB contestava all'opponente, nella qualità di vice presidente del consiglio di amministrazione di Banca Popolare di Vicenza dal 27 maggio 1986 e componente del comitato soci dal 27 aprile 2013 al marzo 2015, la violazione di cui all'art. 94 t.u.f., avendo la banca realizzato una campagna sollecitatoria volta ad offrire ai clienti, in contropartita diretta, i titoli azionari presenti nel Fondo Acquisto Azioni Proprie, da intendere quale ipotesi di offerta al pubblico di prodotti finanziari ex art. 1 co. 1 lett. t) t.u.f., senza la preventiva pubblicazione del prospetto informativo.

Dall'attività ispettiva emergeva la vendita di azioni del detto Fondo nel periodo dal 1° gennaio 2014 al 28 febbraio 2015 in maniera sistematica, ed in regime di contropartita



Ric. 2018 n. 34768 sez. 52 - ud. 30-11-2021 -2-

diretta, ai clienti della stessa banca, e ciò tramite una serie di iniziative volte ad incentivare tale acquisto, indirizzate ad una pluralità di persone non individuabili *ex ante*, coinvolgendo sia coloro che erano già soci sia coloro che ancora non lo erano, il tutto applicando condizioni di prezzo uniformi.

2. Si costituiva in giudizio la Consob, resistendo all'opposizione e chiedendone la reiezione.

3. La Corte d'Appello di Venezia con la sentenza n. 45 del 3 maggio 2018 rigettava l'opposizione condannando l'opponente al rimborso delle spese di lite.

Disattese le questioni preliminari relative alla pretesa decadenza dal potere sanzionatorio per il decorso del termine di cui all'art. 195 co. 1 t.u.f. e per il superamento del termine ragionevole di definizione del procedimento sanzionatorio, la sentenza ribadiva la necessità di dare applicazione alle sanzioni come determinate dalla normativa vigente all'epoca dei fatti, senza che si potesse tenere conto della disciplina sopravvenuta.

Ancora, reputava infondata la deduzione circa la genericità e contraddittorietà dell'atto di contestazione ed escludeva la violazione del contraddittorio quanto all'accesso alle prove raccolte dalla Consob nella fase ispettiva, nonché in ordine alle modalità di formazione delle prove impiegate nel procedimento sanzionatorio, escludendo altresì la violazione del principio di imparzialità e separazione della funzione istruttoria e decisoria.

3.1 Quindi, riassunte le vicende del gruppo Banca Popolare di Vicenza, con il richiamo all'intervento della BCE che aveva proceduto ad un attento riesame dei requisiti patrimoniali dei vari istituti di credito, così da evitare squilibri nell'applicazione degli obblighi di ricapitalizzazione, ricordava come fossero stati resi oltre modo stringenti i presupposti per

h

Ric. 2018 n. 34768 sez. S2 - ud. 30-11-2021 -3-

l'acquisto di azioni proprie, stabilendo una soglia massima per l'utilizzo del Fondo Azioni Proprie, in conformità della disciplina codicistica (artt. 2357 e 2357 ter c.c.) e di quella comunitaria (REG. UE n. 575/2013).

Dalle verifiche svolte in sede ispettiva risultava confermato che la BPV al fine di sostenere l'acquisto del proprio titolo azionario, in vista del *comprehensive assessment*, e tenuto conto delle imminenti operazioni di aumento del capitale, tra il 2014 ed il 2015 aveva in maniera continuativa sollecitato ad un'ampia platea di clienti l'acquisto delle azioni proprie sul mercato secondario, con condizioni di prezzo uniformi, facendo però figurare le operazioni come esecutive di ordini impartiti su iniziativa degli stessi clienti.

Era da condividere la valutazione della Consob che aveva ritenuto che si trattasse in realtà di un'offerta al pubblico di prodotti finanziari, e ciò in vista dell'obiettivo di evitare il superamento del vincolo alla normativa prudenziale quanto alla consistenza del Fondo Acquisto Azioni Proprie.

L'opponente, aveva condiviso ed avallato l'offerta compiuta con tali modalità, autorizzando anche sistematiche operazioni di vendita in contropartita diretta con i clienti.

3.2 La sentenza, dopo avere ampiamente illustrato gli elementi probatori emersi in sede ispettiva e ribadito che gli stessi davano contezza dell'elemento oggettivo dell'illecito contestato, evidenziava che non sussistevano dubbi circa la qualificazione della vicenda in termini di offerta al pubblico, trattandosi di iniziativa che proveniva dall'emittente, e che non rispondeva ad un'esigenza di dare esecuzione ad ordini provenienti dalla clientela.

Non rilevava altresì che l'attività fosse stata comunicata senza avvalersi di mezzi di comunicazione di massa, ma

Ric. 2018 n. 34768 sez. S2 - ud. 30-11-2021 -4-

mediante l'informativa realizzata nei confronti dei vari clienti della banca, a tal fine appositamente contattati (e senza che rilevasse la non uniforme modalità di comunicazione).

L'attività era stata condotta in maniera continuativa, sistematica e pianificata dalla rete commerciale, secondo specifiche direttive ed obiettivi fissati dai vertici aziendali, dando vita ad una campagna definita convenzionalmente come "svuotafondo".

La stessa era funzionale anche all'esigenza di consentire il soddisfacimento delle richieste di disinvestimento della clientela, che sollecitava la vendita delle azioni della banca, assicurando così che il fondo azioni proprie fosse contemporaneamente svuotato con la collocazione delle azioni presso la clientela.

Emergeva altresì che il prezzo delle azioni era risultato nella sostanza uniforme e standardizzato, senza la possibilità di procedere ad una trattativa individuale, e senza che rilevasse a tal fine che la sua determinazione fosse opera, in ordine cronologico, prima di una delibera assembleare (dal 1° gennaio 2014 al 7 maggio 2014) e poi dell'assemblea dei soci, essendo ai fini sanzionatori rilevante che il prezzo stesso fosse predeterminato all'atto della formulazione dell'offerta ai clienti.

Inoltre, non incideva sulla vicenda la circostanza che il periodo dell'offerta non fosse stato predeterminato, essendo la durata della medesima determinabile per relazione in vista dell'attuazione della campagna cd. svuotafondo.

Né poteva ragionevolmente pretendersi, in considerazione delle stesse modalità di comportamento della rete commerciale, che di tale offerta fosse fatta una formalizzazione ufficiale.



Ric. 2018 n. 34768 sez. 52 - ud. 30-11-2021 -5-

3.3 Quanto all'elemento soggettivo dell'illecito, la Corte d'Appello, rilevava che erano note agli operatori del settore le implicazioni poste dall'entrata in vigore del REG. UE 575/2013 e dal Regolamento delegato UE n. 241/2014, in forza della Direttiva CRD IV, che imponevano il rispetto dei ratios patrimoniali imposti.

Ancora risultava nota al CdA l'enorme quantità di richieste di cessioni di azioni della BPV da parte dei soci, e ciò per i numerosi reclami presentati a causa dei lunghi tempi per l'evasione delle richieste.

Era quindi nota la situazione di sbilanciamento delle operazioni sul Fondo Acquisto Azioni Proprie, che aveva indotto i vertici aziendali a promuovere la detta campagna "svuotafondo" e ad una gestione opportunistica del cd. *blocking period*, essendosi rimossi i limiti alle operazioni sulle azioni in forza di decisioni ampiamente discrezionali della banca, con una serie di deroghe non predeterminate in maniera oggettiva. Il blocco era stato nella sostanza eluso quanto alla alienazione delle azioni ricadenti nel Fondo, e ciò anche al fine di far acquisire al maggior numero di clienti la qualità di soci, onde poter poi essere coinvolti nelle successive operazioni di aumento del capitale.

Il ricorrente aveva operato quale vice-presidente del cda e presidente del comitato soci e, pertanto, non poteva non avvedersi dei plurimi segnali di allarme che gli imponevano di attivarsi, anche in considerazione del fatto che dal 7.10.2011 al 12.2.2015 nell'ambito del CdA non erano state conferite deleghe.

Anche gli amministratori non esecutivi avevano quindi il dovere di agire informati e le criticità bene potevano essere intercettate in ragione dell'elevato volume delle vendite di



Ric. 2018 n. 34768 sez. S2 - ud. 30-11-2021 -6-

azioni proprie, essendo l'anomalia iscritta in un quadro significativamente inciso dal mutamento normativo e dall'esigenza di rispettare i parametri di solidità imposti dalla normativa comunitaria.

Andava quindi affermata la responsabilità del ricorrente, anche sul piano soggettivo, in virtù della norma di cui all'art. 3 della legge n. 689 del 1981, e ciò perché questi aveva acquisto consapevolezza della necessità della banca di alienare in breve tempo le azioni detenute nel detto fondo tramite un'attività rientrante nella nozione di offerta al pubblico, ma senza premurarsi di assicurare anche la pubblicazione del doveroso prospetto informativo.

Infine, alcuna rilevanza poteva assegnarsi alla circostanza (peraltro non provata) che l'ideazione ed attuazione della campagna fossero ascrivibili ai vertici aziendali ed ai collaboratori della rete commerciale, senza che mai fosse stata evidenziata la presenza di criticità, e ciò in quanto tale condotta non rendeva inevitabile l'omissione dell'agire incombente sul ricorrente.

3.4 La sanzione era proporzionata alla gravità della condotta tenuta.

4. Per la cassazione di tale sentenza ha proposto ricorso Marino Breganze sulla base di quindici motivi.

5. La Consob ha resistito con controricorso.

6. In prossimità dell'udienza entrambe le parti hanno depositato memoria insistendo nelle rispettive richieste.

RAGIONI IN DIRITTO DELLA DECISIONE

Preliminarmente rileva il Collegio che deve essere dichiarata l'inammissibilità, e quindi l'inutilizzabilità ai fini della decisione, della produzione depositata in prossimità dell'udienza (ed in particolare la richiesta di archiviazione

Ric. 2018 n. 34768 sez. 52 - ud. 30-11-2021 -7-

formulata dal PM presso il Tribunale di Vicenza per i reati di cui agli artt. 81 co. 2 e 110 c.p., 2637 e 2638 c.c., e 173 bis del D. Lgs. n. 58/1998), trattandosi di documenti che esulano dal novero dei documenti di cui all'art. 372 c.p.c.

1. Il primo motivo di ricorso denuncia il difetto di giurisdizione del GO per incongrua lettura del dato normativo attributivo della *potestas iudicandi* e comunque in subordine l'incostituzionalità dell'art. 195 co. 4-8 t.u.f., nella parte in cui attribuisce al GO la giurisdizione sulle opposizioni alle sanzioni amministrative con violazione del principio del giusto processo di cui agli artt. 111 e 113 Cost., nonché dell'art. 47 par. 1 della Carta Europea dei diritti fondamentali (CDFUE) e dell'art. 6 CEDU.

Si sostiene che sin dall'atto di opposizione era stato sottolineato come il procedimento di opposizione di cui all'art. 195, nel porre limiti all'introduzione di eventuali ulteriori domande, anche di carattere risarcitorio, non garantisce la piena ed effettiva tutela prevista dalle norme costituzionali e da quelle di carattere internazionale.

Infatti, la limitazione dell'oggetto della cognizione alla sola contestazione della legittimità dell'atto sanzionatorio preclude la cumulabilità anche della domanda risarcitoria.

Come del pari si palesa l'illegittimità della previsione in rapporto ad altri procedimenti sanzionatori per i quali l'opposizione è invece riservata dalla legge alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

E' pur vero che la Corte Costituzionale con la sentenza n. 162/2012 ha dichiarato incostituzionale l'art. 4 co. 1 n. 19 all. 4 del D. Lgs. n. 104/2010, che disponeva l'abrogazione dei comi da 4 ad 8 dell'art. 195, in punto di giurisdizione della Corte d'Appello quanto alle sanzioni irrogate dalla Consob, ma

Ric. 2018 n. 34768 sez. 52 - ud. 30-11-2021 -8-

successivamente l'art. 3 del D. Lgs. n. 160/2012 ha soppresso il citato n. 19, dovendosi quindi ritenere che a seguito di tale soppressione sia restata immutata la portata della disposizione generale in tema di giurisdizione esclusiva del GA ai sensi dell'art. 133 del D. Lgs. n. 104/2010, con la conseguente attrazione a tale giurisdizione anche delle sanzioni amministrative oggetto di causa.

Sussiste quindi il difetto di giurisdizione del GO sostenendosi, in subordine, l'illegittimità costituzionale delle norme di cui in rubrica, ove interpretate nel senso della attribuzione della giurisdizione a detto giudice.

1.1 Il motivo è manifestamente infondato.

Deve ricordarsi che l'opposizione all'ordinanza-ingiunzione proposta dinanzi alla Corte d'Appello non configura un'impugnazione dell'atto ma introduce, piuttosto, un ordinario giudizio sul fondamento della pretesa dell'autorità amministrativa, devolvendo al giudice adito la piena cognizione circa la legittimità e la fondatezza del provvedimento sanzionatorio (Cass. 13150/2020).

Ciò premesso, rileva il Collegio che secondo la propria giurisprudenza (Cass. n. 16714/2003) nel giudizio di opposizione all'ordinanza - ingiunzione, avuto riguardo al suo oggetto limitato all'accertamento della pretesa punitiva fatta valere dall'amministrazione nei confronti del destinatario ed alla sua struttura processuale (poteri istruttori ufficiosi, inappellabilità delle decisioni etc.) non possono essere introdotte domande fondate su titoli diversi da quello tipico configurato dalla legge, quale una domanda riconvenzionale di risarcimento dei danni proposta dall'opponente (conf. Cass. n. 12190/1999), dovendosi quindi ritenere che la peculiare natura del giudizio prelude la cumulabilità nello stesso giudizio

Ric. 2018 n. 34768 sez. 52 - ud. 30-11-2021 -9-

della richiesta di tutela di pretese di carattere diverso, che sono tuttavia suscettibili di essere autonomamente fatte valere in un separato giudizio.

Ciò trova ulteriore giustificazione nella peculiare natura di questo tipo di giudizio di opposizione devoluto alla cognizione in unico grado di merito della Corte d'Appello, sicché si aggiunge anche l'esigenza di tutela del principio del doppio grado di merito (sebbene non costituzionalizzato) per le diverse pretese scaturenti da un eventuale accoglimento che impone, in assenza di una pari previsione derogatoria da parte del legislatore, la non cumulabilità di altre diverse domande nel medesimo giudizio.

Peraltro, la non cumulabilità di un'eventuale azione risarcitoria con sacrificio del principio di economia processuale si verifica anche in tutti gli altri giudizi di opposizione a sanzioni amministrative ex art. 6 e 7 d. lgs. n. 150 del 2011 soggetti alla giurisdizione del giudice ordinario e si giustifica per l'oggetto del giudizio incentrato sulla sussistenza dei profili oggettivi e soggettivi dell'illecito e sulla responsabilità dell'opponente. Si tratta in ogni caso di scelta rimessa alla discrezionalità del legislatore e che non determina alcuna violazione del diritto di difesa, stante appunto la possibilità di poter autonomamente proporre domanda per la tutela delle situazioni connesse alla vicenda sanzionatoria.

Si è peraltro da tempo evidenziato che l'impossibilità di celebrare un unico giudizio per più pretese scaturenti dalla medesima vicenda è mera tecnica processuale che non limita – in realtà – il diritto di azione, nè quello di difesa, una volta che la pretesa sostanziale del soggetto interessato possa essere comunque fatta valere nella competente, pur se distinta, sede giudiziaria, con pienezza di contraddittorio e di difesa, non

Ric. 2018 n. 34768 sez. S2 - ud. 30-11-2021 -10-

configurandosi neppure una lesione del principio di ragionevole durata del processo (Corte cost. 251/2003; Cass. 124/2005).

Quanto invece al diverso profilo relativo alla giurisdizione del G.O., ritiene il Collegio che si palesi erronea la lettura del ricorrente circa gli effetti della sentenza della Corte Costituzionale n. 162 del 2012, che ha dichiarato l'illegittimità degli art. 133 comma 1 lett. l), 135 comma 1 lett. c) e 134 comma 1 lett. c) d. lgs. 2 luglio 2010 n. 104 (Attuazione dell'art. 44 l. 18 giugno 2009 n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo), nella parte in cui attribuiscono alla giurisdizione esclusiva del g.a. con cognizione estesa al merito e alla competenza funzionale del TAR Lazio - sede di Roma, le controversie in materia di sanzioni irrogate dalla Commissione nazionale per le società e la borsa (Consob), e dell'art. 4, comma 1, n. 19), dell'allegato numero 4, del medesimo d. lgs. n. 104 del 2010, ritenendo che tali norme violino l'art. 76 Cost. in quanto, trattandosi di una delegazione di mero riassetto normativo i principi debbono essere interpretati in senso restrittivo.

La motivazione della pronuncia del Giudice delle leggi sottolinea che la Corte di cassazione ha da sempre precisato che la competenza giurisdizionale a conoscere delle opposizioni avverso le sanzioni inflitte dalla CONSOB spetta all'autorità giudiziaria ordinaria, e che anche tali sanzioni, non diversamente da quelle pecuniarie, devono essere applicate sulla base della gravità della violazione e tenuto conto dell'eventuale recidiva e, quindi, sulla base di criteri che non possono ritenersi espressione di discrezionalità amministrativa (Corte di cassazione, sezioni unite civili, 22 luglio 2004, n. 13703; nello stesso senso 11 febbraio 2003, n. 1992; 11 luglio 2001, n. 9383).

Ric. 2018 n. 34768 sez. 52 - ud. 30-11-2021 -11-

Il legislatore delegato, era intervenuto in modo innovativo sul riparto di giurisdizione, senza tenere in debita considerazione i principi e criteri enunciati dalla delega per il riordino normativo del processo amministrativo e del riparto di giurisdizione tra giudici ordinari e amministrativi contenuta nell'art. 44 della l. n. 69 del 2009, il quale richiedeva, tra l'altro, di adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, incidendo profondamente sul precedente assetto, illegittimamente discostandosi dalla consolidata giurisprudenza delle sezioni unite civili della Corte di cassazione circa la spettanza alla giurisdizione ordinaria delle controversie "de quibus",

Il carattere innovativo della previsione normativa del 2010 è stato ritenuto fondante ai fini del riscontro dell'eccesso di delega ed è stato quindi precisato che a seguito della declaratoria di illegittimità costituzionale tornano ad avere applicazione le disposizioni previgenti. L'effetto è stato, quindi, quello del ripristino, e con efficacia *ex tunc* della giurisdizione del G.O., e senza che possa assumere alcuna rilevanza la previsione di cui all'art. 3 del D. Lgs. n. 160/2012, che invece funge da conferma degli effetti della sentenza del giudice delle leggi.

In tal senso depone anche la successiva sentenza della Corte Costituzionale n. 94 del 2014, ha dichiarato costituzionalmente illegittimi, per violazione dell'art. 76 cost., gli art. 133, comma 1, lett. l), 134, comma 1, lett. c), e 135, comma 1, lett. c), d. lgs. 2 luglio 2010 n. 104, nella parte in cui attribuiscono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, con cognizione estesa al merito, e alla competenza funzionale del Tribunale amministrativo regionale



Ric. 2018 n. 34768 sez. S2 - ud. 30-11-2021 -12-

per il Lazio - sede di Roma, anche le controversie in materia di sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia.

La Corte Costituzionale, infatti, nel dare atto che l'art. 4, comma 1, numero 19), dell'Allegato 4 al d.lgs. n. 104 del 2010 era stato già dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla sentenza n. 162 del 2012, nella parte in cui si riferiva alle sanzioni CONSOB, ha ricordato che tale norma era stata poi integralmente soppressa, dal legislatore delegato, con il decreto legislativo "correttivo" 14 settembre 2012, n. 160 (Ulteriori disposizioni correttive ed integrative al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, recante codice del processo amministrativo, a norma dell'articolo 44, comma 4, della legge 18 giugno 2009, n. 69), con effetti però solo per il futuro. Di conseguenza era necessario rimuovere il vizio di illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 1, numero 19), dell'Allegato 4 al d.lgs. n. 104 del 2010, nella parte in cui abrogava gli artt. 187-septies, commi da 4 a 8, e 195, commi da 4 a 8, del d.lgs. n. 58 del 1998, che attribuivano alla Corte d'Appello la competenza funzionale in materia di sanzioni inflitte dalla Banca d'Italia.

È evidente, quindi, che già la Corte Costituzionale abbia offerto un'autorevole interpretazione della norma invocata da parte ricorrente, pervenendo alla conclusione opposta a quella proposta con il motivo in esame. Si è ritenuto, infatti, che la suddetta norma abbia ripristinato la giurisdizione del giudice ordinario secondo le regole anteriori all'intervento illegittimo del 2010, ma che tale ripristino operi solo per il futuro. Ciò ha comportato per le sanzioni della Banca d'Italia la necessità di un'altra pronuncia di incostituzionalità dell'art. 4, co. 1, n. 19, dell'all. 4 del d. lgs. n. 104 del 2010, ancora in vigore nella

Ric. 2018 n. 34768 sez. S2 - ud. 30-11-2021 -13-

fase intermedia prima del definitivo ritorno alla giurisdizione ordinaria dei suddetti giudizi di opposizione.

Va, infine, ricordato come la soluzione a favore della giurisdizione del G.O. sia stata di recente ribadita da questa Corte nella sua più autorevole composizione (Cass. S.U. n. 4362/2021), che ha affermato che le controversie relative all'applicazione delle sanzioni amministrative irrogate dalla Banca d'Italia ex artt. 145 d. lgs. n. 385/1993 per violazioni commesse nell'esercizio dell'attività bancaria sono devolute alla giurisdizione del Giudice ordinario, la cui cognizione si estende agli atti amministrativi e regolamentari presupposti che hanno condotto all'emissione del provvedimento finale, i quali costituiscono la concreta e diretta ragione giustificativa della potestà sanzionatoria esercitata nel caso concreto ed incidono pertanto su posizioni di diritto soggettivo del destinatario, con una motivazione che, sebbene espressamente riferita alle sanzioni della Banca d'Italia, si presta adeguatamente a sorreggere identica conclusione anche per le sanzioni Consob (per le sanzioni Consob e nel medesimo senso si veda anche Cass. S.U. n. 25476/2021).

Le superiori considerazioni, che hanno già trovato anche il conforto del giudice delle leggi, rendono altresì contezza della manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale prospettate da parte ricorrente.

Come si è detto, infatti, la giurisdizione sul potere sanzionatorio della pubblica amministrazione appartiene di regola alla cognizione del giudice ordinario posto che il giudizio verte non sull'atto ma sul rapporto. In altri termini oggetto del giudizio non è la legittimità del provvedimento amministrativo visto nell'ottica dei vizi propri della giurisdizione amministrativa di legittimità, quanto piuttosto l'accertamento circa la

Ric. 2018 n. 34768 sez. S2 - ud. 30-11-2021 -14-

sussistenza dell'illecito sotto il profilo oggettivo, condotta attiva o omissiva e sotto il profilo soggettivo, colpa o dolo.

La situazione giuridica soggettiva di chi deduce di essere stato sottoposto a sanzione in casi o in modi non stabiliti dalla legge, infatti, ha comunque consistenza di diritto "perfetto" (Cass. S.U. 4 febbraio, 2005 n. 2205).

D'altra parte, è questa la ragione per la quale, da sempre, si è affermato che l'opposizione all'ordinanza-ingiunzione non configura un'impugnazione dell'atto ma introduce, piuttosto, un ordinario giudizio sul fondamento della pretesa dell'autorità amministrativa, devolvendo al giudice adito la piena cognizione circa la legittimità e la fondatezza del provvedimento sanzionatorio (*ex plurimis* Cass. 13150/2020).

Ne consegue che la materia sanzionatoria può essere sottoposta alla giurisdizione del Giudice amministrativo, come eccezione alla regola generale, solo in presenza di un'apposita disposizione di legge, costituendo i provvedimenti sanzionatori la reazione a comportamenti del privato assunti come illegittimi, in relazione ai quali non si pone la difficoltà - alla base della previsione di giurisdizione esclusiva - di distinguere gli aspetti concernenti diritti soggettivi da quelli riguardanti interessi legittimi, poiché, come si è detto, la situazione giuridica di chi deduce di essere stato sottoposto a sanzione in casi e modi non stabiliti dalla legge, ha consistenza di diritto soggettivo perfetto (Sez. U, Sent. n. 18040 del 2008).

Una questione di costituzionalità sotto questo profilo, pertanto, può porsi al più in senso inverso, sulla legittimità dell'attribuzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle suddette controversie.

In proposito la Corte Costituzionale ha chiarito che l'art. 103 Cost., nel prevedere la giurisdizione esclusiva "in

Ric. 2018 n. 34768 sez. S2 - ud. 30-11-2021 -15-

particolari materie indicate dalla legge", legittima tale giurisdizione solo in riferimento esclusivo alle materie prescelte dal legislatore ed all'esercizio, ancorché in via indiretta o mediata, di un potere pubblico (Ord. n. 19 del 2016, Sent. n. 191 del 2006 e n. 204 del 2004). Da ciò discende la necessità ai fini della compatibilità costituzionale delle norme di legge devolutive di controversie alla detta giurisdizione, che vi siano coinvolte situazioni giuridiche di diritto soggettivo e di interesse legittimo strettamente connesse; che il legislatore assegni al giudice amministrativo la cognizione non di "blocchi di materie", ma di materie determinate; e che l'amministrazione agisca, in tali ambiti predefiniti, come autorità e cioè attraverso la spendita di poteri amministrativi, che possono essere esercitati sia mediante atti unilaterali e autoritativi, sia mediante moduli consensuali, sia mediante comportamenti, purché questi ultimi siano posti in essere nell'esercizio di un potere pubblico e non consistano, invece, in meri comportamenti materiali avulsi da tale esercizio (Corte Cost. sentenza n. 35 del 2010).

La Corte costituzionale, in applicazione di tali principi, ha ritenuto inammissibile in più occasioni una pronuncia additiva, come quella invocata nel caso in esame. Si è detto infatti, che l'introduzione di un nuovo caso di giurisdizione esclusiva può essere effettuata solo da una legge – come prescrive l'art. 103, primo comma, Cost., e nel rispetto dei principi e dei limiti fissati dalla sentenza n. 204 del 2004, pertanto risulta inammissibile il *petitum* posto dal giudice rimettente, che si risolve nella richiesta di introdurre, con una sentenza additiva, un nuovo caso, che può invece essere frutto di una scelta legislativa non costituzionalmente obbligata" (Corte Cost. sentenza n. 259 del 2009).

Ric. 2018 n. 34768 sez. 52 - ud. 30-11-2021 -16-

Anche nel caso in esame, la questione di costituzionalità posta dai ricorrenti è dichiaratamente volta ad ottenere una pronuncia additiva, che estenda le ipotesi di giurisdizione esclusiva, sino a ricomprendervi la cognizione delle controversie relative ai provvedimenti sanzionatori della CONSOB (e di conseguenza della Banca d'Italia). Sicché, come evidenziato dal giudice delle leggi, una tale richiesta non tiene conto della previsione di cui all'art. 103 Cost., laddove stabilisce che sia la legge ad indicare le "particolari materie" nelle quali è attribuita agli organi di giustizia amministrativa la giurisdizione per la tutela, nei confronti della pubblica amministrazione, degli interessi legittimi e dei diritti soggettivi.

In altri termini la riserva legislativa in ordine alla delimitazione della giurisdizione esclusiva determina l'inammissibilità di una sentenza di tipo additivo, essendo rimessa alla discrezionalità del legislatore l'estensione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, nell'ambito di un ventaglio di possibili soluzioni, nessuna delle quali costituzionalmente imposta.

2. Il secondo motivo di ricorso denuncia la violazione del contraddittorio perpetrata nel giudizio di merito, con la violazione del diritto di difesa per illegittima compressione del contraddittorio anche ai sensi dell'art. 24 co. 2 e 111 Cost., dell'art. 6 CEDU e dell'art. 47, par. 1 (2) della CDFUE.

Si deduce che il ricorrente aveva depositato in vista dell'udienza una nota scritta nella quale chiedeva un differimento dell'udienza, al fine di poter meglio replicare alla comparsa di risposta depositata dalla Consob dieci giorni prima dell'udienza stessa.

A tal fine si evidenzia che la corposità delle argomentazioni difensive della controparte richiedeva un

Ric. 2018 n. 34768 sez. S2 - ud. 30-11-2021 -17-

adeguato tempo per poter replicare e che nonostante ciò il giudice di merito ha disatteso la richiesta, avendo ritenuto che il diritto di difesa fosse stato adeguatamente tutelato mediante la produzione delle note scritte.

Secondo il ricorrente ciò avrebbe determinato un'evidente lesione dei diritti di difesa, garantiti sia a livello nazionale che transnazionale.

2.1 Il motivo è infondato.

In primo luogo difetta evidentemente di specificità, nella parte in cui genericamente si duole di una lesione del diritto al contraddittorio, senza però esplicitare quali specifiche prerogative difensive siano state compromesse dalla mancata concessione del rinvio dell'udienza, non avendo in questa sede individuato quali argomenti o deduzioni non siano stati tempestivamente sottoposti all'attenzione del giudice di merito e che non fossero già stati sviluppati nelle note difensive di udienza, che sebbene non previste dalla legge, sono state nondimeno ritenute ammissibili dalla Corte d'Appello.

Inoltre, non va trascurato che la costituzione della Consob è avvenuta nel rispetto del termine predeterminato per la costituzione, termine che, nella valutazione del legislatore, è stato reputato idoneo ad assicurare un adeguato esercizio del diritto di difesa in capo all'opponente.

Infatti, va ribadito che dalla disposizione di cui all'art. 127 cod. proc. civ. - che riguarda i poteri discrezionali del giudice nella direzione dell'udienza - non deriva l'obbligo del giudice stesso di accogliere una richiesta di rinvio congiuntamente formulata da entrambe le parti (Cass. n. n. 2008/2001; Cass. n. 285/1986).

Il rispetto dei termini dettati dalla legge per lo svolgimento delle attività difensive delle parti dà poi contezza

Ric. 2018 n. 34768 sez. 52 - ud. 30-11-2021 -18-

dell'influenza ai fini della censura in esame (che lamenta la mancata concessione di un differimento di udienza al di fuori delle ipotesi tassativamente dettate dalla legge), del richiamo in memoria alla questione rimessa alla Sezioni Unite circa le conseguenze scaturenti dalla decisione della controversia prima della decorrenza dei termini di cui all'art. 190 c.p.c. (questione poi decisa con la recente sentenza n. 36596 del 25 novembre 2021).

Infine, ed in relazione alla specifica vicenda, non deve trascurarsi la circostanza che un contraddittorio anticipato tra le parti si è sviluppato già in occasione della presentazione dell'istanza cautelare, che evidentemente anticipava molti dei temi poi riproposti per la decisione di merito, evento questo che ha permesso all'opponente di poter avere una preventiva conoscenza delle tesi difensive della controparte.

3. Il terzo motivo di ricorso, preceduto da una premessa volta ad illustrare il carattere sostanzialmente penale delle sanzioni applicate al ricorrente, in considerazione dei principi espressi dalla Corte EDU, denuncia la falsa applicazione dell'art. 195 co. 1 t.u.f. nella parte in cui la sentenza impugnata ha operato una valutazione della complessità dell'accertamento avulsa dal caso concreto, contrariamente alle indicazioni della giurisprudenza di legittimità; omesso esame di fatto decisivo, in ogni caso, nella parte in cui la Corte d'Appello ha giustificato la protrazione del tempo dell'accertamento in ragione di una pretesa connessione tra le violazioni omettendo di esaminare i contenuti oggettivi delle stesse per verificare in concreto la sussistenza della presunta complessità dell'accertamento.

Si deduce che era stata eccepita la nullità del provvedimento in quanto emesso dopo il termine di 180 giorni



Ric. 2018 n. 34768 sez. S2 - ud. 30-11-2021 -19-

dall'avvenuto accertamento, quanto meno in relazione alle singole contestazioni.

La Corte d'appello avrebbe disatteso tale censura con una motivazione contraria ai principi espressi dal giudice di legittimità, avendo omesso di compiere la verifica in fatto in merito alla coerenza temporale dell'iniziativa amministrativa, riscontrando in particolare se le acquisizioni documentali successive alla data del 17/9/2015 fossero effettivamente essenziali ai fini dell'accertamento.

La sentenza, venendo meno a tale dovere, ha per l'effetto ritenuto giustificato il protrarsi dell'istruttoria sulla base di documenti che non potevano che essere assolutamente irrilevanti, come confermato dal fatto che solo il giorno seguente alla loro ricezione (avvenuta il 24/2/2016), era depositata una corposa relazione ispettiva.

Inoltre, sussisterebbe anche il vizio di omesso esame di fatto decisivo, essendosi affermata la necessità di valutare la connessione delle condotte, a fronte della deduzione del ricorrente secondo cui in realtà si trattava di violazioni conseguenza di condotte naturalisticamente separate.

3.1 La sentenza impugnata ha rigettato la tesi del ricorrente rilevando che "Nella materia delle sanzioni amministrative previste per la violazione delle norme che disciplinano l'attività di intermediazione finanziaria, la decorrenza del termine da rispettare per la contestazione degli illeciti va (...) individuata nel giorno in cui la Banca d'Italia o la Consob in composizione collegiale dopo l'esaurimento dell'attività istruttoria, siamo in grado di adottare le decisioni di loro competenza. La pura "costatazione" dei fatti nella loro materialità non coincide necessariamente con l'"accertamento"; nell'attività di regolazione e supervisione delle attività private

Ric. 2018 n. 34768 sez. S2 - ud. 30-11-2021 -20-

vi sono ambiti, come appunto quello dell'intermediazione finanziaria, che richiedono valutazioni complesse, non effettuabili nell'immediatezza della percezione dei fatti suscettibili di trattamento sanzionatorio. Ciò, tuttavia, non esclude che a tali valutazioni si debba procedere in un tempo ragionevole e che in sede di opposizione il giudice, ove l'interessato abbia fatto valere il ritardo come ragione di illegittimità del provvedimento sanzionatorio, sia abilitato a individuare il momento iniziale del termine per la contestazione non nel giorno in cui la valutazione è stata compiuta, ma in quello in cui avrebbe potuto - e quindi dovuto - esserlo". (cfr. Cass. civ., sez. II, 30-10-2017, n. 25730, in motivazione).

Ha aggiunto che la valutazione dell'opportunità dell'esercizio dei poteri di indagine resta rimessa all'autorità competente e che il giudice non può sostituirsi dunque all'organo addetto al controllo nel valutare l'opportunità dell'esercizio dei poteri di indagine per riscontrare la sussistenza dell'illecito, ma può e deve apprezzare, in base alle deduzioni dell'amministrazione ed all'esame degli atti relativi all'accertamento, se sia stato osservato il tempo ragionevolmente necessario per giungere alla completa conoscenza dell'illecito, tenendo conto della maggiore o minore difficoltà del caso concreto e della necessità comunque che tali indagini, pur nell'assenza di limiti temporali predeterminati, avvengano entro un termine congruo.

Nel caso in esame, alle acquisizioni documentali effettuate dagli ispettori nelle date del 30.4.2015, 8.5.2015, 30.6.2015, 24.7.2015 e 17.9.2015 (allegati B, C, D, E, F alla relazione ispettiva) hanno fatto seguito le ulteriori acquisizioni del 20.10.2016 (all. G, che attesta l'acquisizione dei documenti dal n. 1510 al n. 1886), del 20.1.2016 (all. H, che attesta

l'acquisizione dei documenti dal n. 1887 al n. 2741) e del 24.2.2016 (all. I, che attesta l'acquisizione dei documenti dal n. 2742 al n. 2801).

La relazione ispettiva era stata depositata il 25.2.2016, per cui la contestazione contenuta nell'atto notificato al ricorrente in data 01.04.2016 risultava tempestiva e ciò in considerazione del fatto che solo dalle email e dalle dichiarazioni dei dipendenti della banca acquisite il 17/9/2015 erano emersi gli indizi della pianificazione della campagna di vendita massiva delle azioni del fondo, il che aveva imposto la rilevazione dei dati inerenti alle modalità di attuazione della collaterale operazione di sottoscrizione di azioni di nuova emissione, anche tramite finanziamenti concessi a tal fine.

Ha infine aggiunto che anche a voler prendere in esame come *dies a quo* la data del 17/9/2015, la spedizione della contestazione era avvenuta il 14/2016 e cioè appena 17 giorni dopo la scadenza del termine di 180 giorni, termine che deve ritenersi congruo per il tempestivo esercizio del potere di valutazione e deliberazione.

3.2 Ritiene la Corte che la decisione impugnata sia incensurabile e che il motivo debba essere rigettato.

Il giudice di merito ha fatto corretta applicazione dei principi espressi da questa Corte che ha ribadito che, in tema di sanzioni amministrative previste per la violazione delle norme che disciplinano l'attività di intermediazione finanziaria, il momento dell'accertamento, dal quale decorre il termine di decadenza per la contestazione degli illeciti da parte della Consob, va individuato in quello in cui la constatazione si è tradotta, o si sarebbe potuta tradurre, in accertamento, dovendosi a tal fine tener conto, oltre che della complessità della materia, delle particolarità del caso concreto anche con

Ric. 2018 n. 34768 sez. S2 - ud. 30-11-2021 -22-

riferimento al contenuto e alle date delle operazioni (Cass. n. 21171/2019), competendo (cfr. Cass. n. 27405/2019) al giudice di merito valutare la congruità del tempo utilizzato per tale attività, in rapporto alla maggiore o minore difficoltà del caso, con apprezzamento incensurabile in sede di legittimità, se correttamente motivato.

Infatti, (cfr. Cass. n. 8687/2016) solo l'assoluta carenza di motivazione in merito a tale verifica permette al giudice di legittimità di sindacare l'operato del giudice di merito, occorrendo però ribadire che (Cass. n. 21171/2019) la ricostruzione e la valutazione delle circostanze di fatto inerenti ai tempi occorrenti per la contestazione e alla congruità del tempo utilizzato in relazione alla difficoltà del caso sono rimesse al giudice del merito, il quale deve limitarsi a rilevare se vi sia stata un'ingiustificata e protratta inerzia durante o dopo la raccolta dei dati di indagine, tenendo altresì conto della sussistenza di esigenze di economia che inducano a raccogliere ulteriori elementi a dimostrazione di altre violazioni rispetto a quelle accertate, dovendo la valutazione della superfluità degli atti di indagine deve essere svolta con giudizio "ex ante", restando irrilevante la loro inutilità "ex post" (conf. Cass. n. 9254/2018).

La censura sollevata, pur a fronte della formale deduzione di una violazione di legge, attinge però direttamente ad una valutazione di merito riservata alla Corte d'Appello, e soprattutto risulta ancorata ad un giudizio di superfluità delle ulteriori acquisizioni documentali secondo una valutazione ex post che, come detto, non è applicabile in merito alla verifica circa la necessità o meno di ulteriori attività istruttorie nella fase procedimentale.

Ric. 2018 n. 34768 sez. S2 - ud. 30-11-2021 -23-

La sentenza gravata ha ritenuto oggettivamente giustificata la successiva acquisizione documentale, evidenziando oltre la connessione delle violazioni da contestare alla luce di quanto appunto era emerso solo in occasione di una successiva acquisizione documentale che aveva imposto la necessità proprio di maggiori approfondimenti.

Trattasi di considerazioni che danno contezza del giudizio effettivamente compiuto circa la non superfluità degli approfondimenti istruttori da compiersi, sulla base della valutazione *ex ante* imposta in questi casi, accertamenti che hanno spostato in avanti il *dies a quo* per la contestazione.

Quanto poi alla deduzione del vizio di cui al n. 5 dell'art. 360 co. 1 c.p.c., va evidenziato (trattandosi di considerazioni che risulteranno utili anche in vista dell'esame dei successivi motivi di ricorso) che l'interpretazione di questa Corte ha chiarito come l'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., riformulato dall'art. 54 del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. in legge 7 agosto 2012, n. 134, abbia introdotto nell'ordinamento un vizio specifico denunciabile per cassazione, relativo all'omesso esame di un fatto storico, principale o secondario, la cui esistenza risulti dal testo della sentenza o dagli atti processuali, che abbia costituito oggetto di discussione tra le parti e abbia carattere decisivo (vale a dire che, se esaminato, avrebbe determinato un esito diverso della controversia). Pertanto, l'omesso esame di elementi istruttori non integra, di per sé, il vizio di omesso esame di un fatto decisivo qualora il fatto storico, rilevante in causa, sia stato comunque preso in considerazione dal giudice, ancorché la sentenza non abbia dato conto di tutte le risultanze probatorie (Cass. Sez. U, 07/04/2014, n. 8053). Costituisce, pertanto, un "fatto", agli effetti dell'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., non una "questione"



Ric. 2018 n. 34768 sez. 52 - ud. 30-11-2021 -24-

o un "punto", ma un vero e proprio "fatto", in senso storico e normativo, un preciso accadimento ovvero una precisa circostanza naturalistica, un dato materiale, un episodio fenomenico rilevante (Cass. Sez. 1, 04/04/2014, n. 7983; Cass. Sez. 1, 08/09/2016, n. 17761; Cass. Sez. 5, 13/12/2017, n. 29883; Cass. Sez. 5, 08/10/2014, n. 21152; Cass. Sez. U., 23/03/2015, n. 5745; Cass. Sez. 1, 05/03/2014, n. 5133. Non costituiscono, viceversa, "fatti", il cui omesso esame possa cagionare il vizio ex art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c.: le argomentazioni o deduzioni difensive (Cass. Sez. 2, 14/06/2017, n. 14802; Cass. Sez. 5, 08/10/2014, n. 21152); gli elementi istruttori; una moltitudine di fatti e circostanze, o il *"vario insieme dei materiali di causa"* (Cass. Sez. L, 21/10/2015, n. 21439); le domande o le eccezioni formulate nella causa di merito, ovvero i motivi di appello, i quali rappresentano, piuttosto, i fatti costitutivi della "domanda" in sede di gravame, e la cui mancata considerazione perciò integra la violazione dell'art. 112 c.p.c., il che rende ravvisabile la fattispecie di cui al n. 4 del primo comma dell'art. 360 c.p.c. e quindi impone un univoco riferimento del ricorrente alla nullità della decisione derivante dalla relativa omissione, dovendosi, invece, dichiarare inammissibile il gravame allorché sostenga che la motivazione sia mancante o insufficiente o si limiti ad argomentare sulla violazione di legge (Cass. Sez. 2, 22/01/2018, n. 1539; Cass. Sez. 6 - 3, 08/10/2014, n. 21257; Cass. Sez. 3, 29/09/2017, n. 22799; Cass. Sez. 6 - 3, 16/03/2017, n. 6835).

Nella specie il ricorrente indica come fatto di cui sarebbe stata omessa la disamina l'insussistenza di una connessione interna tra i vari illeciti contestati, ma risulta evidente che in tal modo individui come fatto quello che è invece la risultanza

Ric. 2018 n. 34768 sez. S2 - ud. 30-11-2021 -25-

di un giudizio, il che denota l'inammissibilità della censura in parte qua.

4. Il quarto motivo di ricorso denuncia la violazione dell'art. 19, co. 3, della legge n. 689/1981, nella parte in cui la sentenza impugnata ha negato la decadenza del potere punitivo per superamento del termine di conclusione del procedimento sanzionatorio, opinando per l'inconferenza della norma rispetto all'ambito delle sanzioni amministrative.

Si deduce che già in sede di opposizione il ricorrente aveva dedotto che il procedimento sanzionatorio deve ritenersi assoggettato ad un termine di durata massima, che può individuarsi in quello di sei mesi ai sensi dell'art. 19 co. 3 della legge n. 689/1981, il che implicava che fosse illegittima la fissazione ad opera della Consob in apposito regolamento del termine di giorni 200.

La Corte d'Appello ha disatteso l'eccezione assumendo che fossero stati rispettati i termini del procedimento, ma nel fare questa affermazione non avrebbe tenuto conto che il termine di 180 giorni era già decorso nel momento in cui era intervenuta una sospensione dei termini.

La decisione è censurata anche nella parte in cui ha ritenuto di non poter applicare il termine semestrale, sulla base di un'erronea affermazione che rinnega la rilevanza della previsione di cui all'art. 19 co. 3 della legge n. 689/1981.

4.1 La sentenza impugnata ha rigettato il motivo ritenendo che in tema di sanzioni amministrative il procedimento preordinato alla loro irrogazione sfugga all'ambito di applicazione della l. 241/1990, in quanto, per la sua natura sanzionatoria, esso è compiutamente retto dai principi sanciti dalla l. 689/1981, sicchè non assume alcuna rilevanza il termine di 200 giorni stabilito per la conclusione del

Ric. 2018 n. 34768 sez. S2 - ud. 30-11-2021 -26-

procedimento dall'art. 4 regolamento Consob, attesa la inidoneità di un regolamento interno emesso nell'erroneo convincimento di dover regolare i tempi del procedimento ai sensi della l. 241/1990 a modificare le disposizioni della citata l. 689/1981 (cfr. Cass. 23-01-2018, n. 1621; Cass., 03-08-2016, n. 16257; Cass. civ., sez. II, 04-03-2015, n. 4363; Cass. civ., sez. II, 23-07-2009, n. 17344).

Quanto alla individuazione del termine in parola in quello di sei mesi contemplato dall'art. 19, comma 3, l. 689/1981 per la peculiare fattispecie del sequestro anteriore all'emissione dell'ordinanza ingiunzione, la sentenza rilevava che fosse dirimente considerare che l'impianto argomentativo dell'opponente sottende, nella individuazione di un termine finale, la piena equiparazione del procedimento amministrativo sanzionatorio a quello penale, ma sul punto il collegio ha già avuto occasione di affermare la propria convinta adesione all'orientamento del giudice di legittimità a mente del quale i principi convenzionali non possono indurre a ritenere che una sanzione qualificata come amministrativa dal diritto interno abbia sempre e a tutti gli effetti natura sostanzialmente penale (tra le numerose, Cass. civ., 23-01-2018, n. 1621 in motivazione; Cass., sez. II, 05-04-2017, n. 8855; Cass., sez. II, 13-01-2017, n. 770; Cass. civ., sez. I, 30-06-2016, n. 13433).

Sebbene i criteri Engel – alla cui stregua va accertata l'eventuale natura penale della sanzione – siano alternativi e non cumulativi (Grande Stevens, § 94) e che, ai fini dell'applicazione del criterio della gravità della sanzione, deve aversi riguardo alla misura della sanzione di cui è a priori passibile la persona interessata e non alla gravità della sanzione alla fine inflitta (Grande Stevens, § 98) – va tuttavia

Ric. 2018 n. 34768 sez. S2 - ud. 30-11-2021 -27-

considerato che la valutazione sull'afflittività economica di una sanzione non può essere svolta in termini totalmente astratti, ma va necessariamente rapportata al contesto normativo nel quale la disposizione sanzionatoria si inserisce.

Da tale prospettiva, specie sul terreno delle violazioni consumate nell'ambito del settore bancario e finanziario (che contempla sanzioni penali finanche detentive, nonché sanzioni amministrative pecuniarie che, come quelle per gli abusi di mercato, possono ascendere a molti milioni di euro) una sanzione pecuniaria compresa tra il minimo edittale di C 2.500 ed il massimo edittale di C 250.000, non corredata da sanzioni accessorie né da confisca, non può ritenersi connotata da una afflittività così spinta da trasmodare dall'ambito amministrativo a quello penale.

La natura non penale della sanzione irrogata esclude che la disciplina processuale sia in contrasto con le garanzie fissate dall'articolo 6 CEDU.

Inoltre, nella sentenza 14.3.2014 Grande Stevens c. Italia, la stessa Corte Edu ha ritenuto, in tema di market abuse, che la conformità con l'art. 6 CEDU non viene meno nel caso in cui una sanzione di natura penale sia inflitta da un'autorità amministrativa, la cui decisione non soddisfi le condizioni di cui al paragrafo 1 della norma sopra indicata, laddove la stessa debba subire un controllo a posteriori da un organo indipendente e imparziale avente giurisdizione piena.

Sul punto i giudici di legittimità hanno ribadito che "In tema di sanzioni che, pur qualificate come amministrative, abbiano natura sostanzialmente penale, la garanzia del giusto processo, ex art. 6 Cedu, può essere realizzata, alternativamente, nella fase amministrativa - nel qual caso, una successiva fase giurisdizionale non sarebbe necessaria -

Ric. 2018 n. 34768 sez. S2 - ud. 30-11-2021 -28-

ovvero mediante l'assoggettamento del provvedimento sanzionatorio - adottato in assenza di tali garanzie - ad un sindacato giurisdizionale pieno, di natura tendenzialmente sostitutiva ed attuato attraverso un procedimento conforme alle richiamate prescrizioni della convenzione, il quale non ha l'effetto di sanare alcuna illegittimità originaria della fase amministrativa giacché la stessa, sebbene non connotata dalle garanzie di cui al citato art. 6, è comunque rispettosa delle relative prescrizioni, per essere destinata a concludersi con un provvedimento suscettibile di controllo giurisdizionale (fattispecie in tema di sanzioni applicate dalla Consob all'esito del procedimento amministrativo previsto dall'art. 187 septies D.Lgs. n. 58 del 1998).") (cfr. Cass. civ., sez. II, 13-01-2017, n. 770).

4.2 In primo luogo, in relazione alla censura in esame, e interessando la questione anche la risoluzione di alcuni dei profili implicati anche dai successivi motivi di ricorso, deve affermarsi che, diversamente da quanto rimarcato dal ricorrente nella premessa all'esposizione dei vizi formali di cui sarebbe affetta la decisione gravata, deve escludersi per le sanzioni oggetto di causa la loro natura sostanzialmente penale.

Risulta, invero, incensurabile la conclusione del giudice di merito che ha ritenuto che (cfr. Cass. n. 20689/2018) le sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dalla CONSOB diverse da quelle di cui all'art. 187 ter TUF non sono equiparabili, quanto a tipologia, severità, incidenza patrimoniale e personale, a quelle appunto irrogate dalla CONSOB per manipolazione del mercato, sicché esse non hanno la natura sostanzialmente penale che appartiene a queste ultime, né pongono, quindi, un problema di

Ric. 2018 n. 34768 sez. 52 - ud. 30-11-2021 -29-

compatibilità con le garanzie riservate ai processi penali dall'art. 6 CEDU, agli effetti, in particolare, della violazione del "ne bis in idem" tra sanzione penale ed amministrativa comminata sui medesimi fatti.

Trattasi di principio già affermato in precedenza (cfr. Cass. n. 8855/2017; Cass. n. 1621/2018) e che risulta confermato anche dalla successiva giurisprudenza di legittimità, che ha ribadito che (cfr. Cass. n. 4/2019; Cass. n. 5/2019; Cass. n. 31632/2019) con riferimento alle stesse, non si pone un problema di compatibilità con le garanzie riservate ai processi penali dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo né di applicabilità del successivo art. 7 della medesima Convenzione (con specifico riferimento alle sanzioni di cui all'art. 191, si veda *ex multis*, Cass. n. 4114/2016; Cass. n. 8806/2018; Cass. n. 8806/2018; Cass. n. 8047/2019).

4.3 Posta tale precisazione, e ribadita quindi l'impossibilità di invocare per il procedimento *de quo* le garanzie costituzionali e convenzionali che invece sono approntate per le sanzioni penali, ancorché solo in senso sostanziale, deve reputarsi che la sentenza impugnata abbia fatto applicazione del principio secondo cui nel procedimento di irrogazione delle sanzioni amministrative previste in tema di intermediazione finanziaria, il termine di 240 giorni di cui all'art. 145 del d.lgs. n. 385 del 1993 non ha natura perentoria e pertanto non può determinare alcuna decadenza dall'esercizio della potestà sanzionatoria attesa la inidoneità del regolamento interno a modificare le disposizioni sul procedimento di irrogazione delle sanzioni amministrative dettate dalla legge n. 689 del 1981. Ne consegue che il regime decadenziale e prescrizione applicabile può essere desunto esclusivamente dall'art. 14 della citata legge n. 689 del 1981 che prescrive un termine

Ric. 2018 n. 34768 sez. S2 - ud. 30-11-2021 -30-

perentorio soltanto per la contestazione differita (in genere per il procedimento anche relativo a sanzioni diverse da quelle di cui al t.u.f., Cass. n. 21706/2018; Cass. n. 6965/2018).

La sentenza impugnata ha appunto richiamato Cass. n. 1621/2018, la cui motivazione, lungi dal far emergere il principio secondo cui opererebbe in ogni caso il termine semestrale siccome, a detta del ricorrente, ricavato dalla legge n. 689/1981, conferma invece che non è dato individuare alcun termine decadenziale per il procedimento de quo, attesa l'inapplicabilità della legge n. 241/1990, con la conseguente irrilevanza della verifica del rispetto del termine appositamente fissato con Regolamento della Consob, non potendo una siffatta deliberazione influire sulle regole procedurali interamente dettate dalla legge n. 689/1981.

Ne discende che la *ratio* fondante la sentenza impugnata è l'assenza di un termine decadenziale per l'esercizio del potere punitivo, essendosi altresì sottolineato come, anche a voler assumere per vincolante la regolamentazione adottata dalla Consob, non vi sarebbe stato alcuno sforamento dei termini in questione.

Né appare utile alla tesi del ricorrente il richiamo a Corte Costituzionale n. 151/2021 che, pur ritenendo necessario un intervento del legislatore quanto alla predeterminazione dei termini per il procedimento sanzionatorio, ha confermato che, a legislazione immutata, non sia dato affermare una decadenza dall'esercizio della potestà sanzionatoria per la ragione addotta.

Quanto poi alla deduzione secondo cui l'art. 19, co. 3, della legge n. 689/1981 individuerrebbe un termine finale per l'adozione del provvedimento sanzionatorio, vale osservare che si tratta di norma specificamente destinata a disciplinare

Ric. 2018 n. 34768 sez. S2 - ud. 30-11-2021 -31-

l'ipotesi di adozione di misura cautelare in pendenza del procedimento sanzionatorio, e che mira a scongiurare il pericolo che la misura stessa possa protrarsi a tempo indeterminato, come appunto confermato dalla giurisprudenza di questa Corte (cfr. Cass. n. 8060/2007, secondo cui il potere di emanare l'ordinanza ingiunzione incontra il solo limite temporale della prescrizione quinquennale del credito, così che l'obbligo di emettere il predetto provvedimento nel termine di sei mesi dal sequestro, ex art. 19 legge 689/81, incide esclusivamente sull'efficacia della misura cautelare).

L'art. 19 citato viene quindi in considerazione nella sola evenienza che l'opposizione avverso il provvedimento di sequestro sia stata respinta e che l'amministrazione non abbia disposto la confisca o emesso ordinanza ingiunzione di pagamento della sanzione pecuniaria, senza contemplare un termine suscettibile di generalizzata applicazione, tanto più che è un termine generale imposto a pena di inefficacia della sanzione è appositamente previsto dal precedente art. 14 L. 689/1981, applicabile anche ai procedimenti relativi alle sanzioni previste dal d.lgs. 58/1998 (Cass. 19512/2020; Cass. 8326/2018; Cass. 21706/2018; Cass. 6965/2018).

5. Il quinto motivo denuncia la violazione dell'art. 5 del D. Lgs. n. 72/2015, come interpretato alla luce dell'art. 7 Cedue e dell'art. 49 par. 1 e 52 par. 5 della CDFUE, nella parte in cui la Corte d'Appello ha ritenuto non fondata la prospettata questione di legittimità costituzionale dell'art. 6 del D. Lgs. n. 72/2015 e della ivi contenuta previsione che esclude la retroattività della disciplina più favorevole a (presunti) illeciti compiuti anteriormente alla sua entrata in vigore.

Si evidenzia che il ricorrente aveva sottolineato come a seguito della novella del 2015 fosse tendenzialmente esclusa la

h

Ric. 2018 n. 34768 sez. S2 - ud. 30-11-2021 -32-

punibilità in via amministrativa delle persone fisiche, essendo la società il soggetto passivo della pretesa punitiva (fatte salve alcune specifiche ipotesi derogatorie).

Si assume che in tal modo sarebbe intervenuta una norma più favorevole che, in virtù del principio della *lex mitior* avrebbe dovuto trovare immediata applicazione.

Stante il carattere afflittivo, e quindi sostanzialmente penale delle sanzioni oggetto di causa, la norma *de qua* dovrebbe quindi trovare immediata applicazione, essendo quindi illegittima la diversa soluzione del giudice di merito che ha richiamato i precedenti che negano l'immediata applicazione del principio invocato alle sanzioni di carattere amministrativo.

5.1 Il motivo è infondato, alla luce delle superiori considerazioni quanto al carattere delle sanzioni oggetto di causa, per le quali deve escludersi che possano ritenersi sostanzialmente penali.

E' destinata in tal caso a prevalere la volontà espressa dal legislatore che ha chiaramente statuito all'art. 6 del citato d.lgs. n. 72 che le modifiche apportate alla parte V del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, si applicano alle violazioni commesse dopo l'entrata in vigore delle disposizioni adottate dalla Consob e dalla Banca d'Italia secondo le rispettive competenze ai sensi dell'articolo 196-bis del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58. Alle violazioni commesse prima della data di entrata in vigore delle disposizioni adottate dalla Consob e dalla Banca d'Italia continuano ad applicarsi le norme della parte V del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 vigenti prima della data di entrata in vigore del presente decreto legislativo.

Va quindi confermato l'orientamento già espresso in passato secondo cui le modifiche alla parte V del d.lgs. n. 58



Ric. 2018 n. 34768 sez. S2 - ud. 30-11-2021 -33-

del 1998 apportate dal d.lgs. n. 72 del 2015 non si applicano alle violazioni commesse prima dell'entrata in vigore delle disposizioni di attuazione adottate dalla Consob e dalla Banca d'Italia, poiché in tal senso dispone l'art. 6 del d.lgs. n. 72 cit., né trova applicazione alle sanzioni amministrative, in assenza di una specifica disposizione amministrativa, il principio cd. del "favor rei", di matrice penalistica. Tale interpretazione non viola i principi convenzionali enunciati dalla Corte EDU nella sentenza 4 marzo 2014 (Grande Stevens ed altri c/o Italia) - secondo la quale l'avvio di un procedimento penale a seguito delle sanzioni amministrative comminate sui medesimi fatti violerebbe il principio del "ne bis in idem" - atteso che tali principi non possono indurre a ritenere che una sanzione, qualificata come amministrativa dal diritto interno, abbia sempre ed a tutti gli effetti natura sostanzialmente penale, con conseguente irrilevanza di un'eventuale questione di costituzionalità ai sensi dell'art. 117 Cost. (Cass. n. 13433/2016; Cass. n. 26131/2015).

Più di recente questa Corte ha ribadito tale soluzione (cfr. Cass. n. 16323/2019, in motivazione), che ha disatteso analoga censura proprio in relazione a sanzioni irrogate ai sensi dell'art. 190 t.u.f.

E' stato sottolineato che i principi di legalità, irretroattività e di divieto dell'applicazione analogica di cui all'art. 1 della legge 24.11.1981, n. 689, in tema di sanzioni amministrative, comportano infatti l'assoggettamento della condotta illecita alla legge del tempo del suo verificarsi, con conseguente inapplicabilità della disciplina posteriore più favorevole, sia che si tratti di illeciti amministrativi derivanti da depenalizzazione, sia che essi debbano considerarsi tali "ab origine", senza che possano trovare applicazione analogica, attesa la differenza



Ric. 2018 n. 34768 sez. 52 - ud. 30-11-2021 -34-

qualitativa delle situazioni considerate, gli opposti principi di cui all'art. 2, commi 2 e 3, cod. pen., i quali, recando deroga alla regola generale dell'irretroattività della legge, possono, al di fuori della materia penale, trovare applicazione solo nei limiti in cui siano espressamente richiamati dal legislatore (Cass. n. 29411 del 2011). E' stata altresì ritenuta irrilevante un'eventuale questione di costituzionalità ai sensi dell'art. 117 Cost., aggiungendosi che le conclusioni risultavano confortate anche dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, la quale con la pronuncia n. 193 del 20.7.2016 ha ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 della legge 24 novembre 1981, n. 689, impugnato, in riferimento agli artt. 3, 117, primo comma, Cost., 6 e 7 CEDU, nella parte in cui — nel definire il principio di legalità che consente di irrogare sanzioni amministrative solo in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione e nei casi e per i tempi ivi considerati — non prevede l'applicazione della legge successiva più favorevole agli autori degli illeciti amministrativi. In tal senso la Consulta ha osservato che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha enucleato il principio di retroattività della legge penale meno severa, non ha mai avuto ad oggetto il complessivo sistema delle sanzioni amministrative, bensì singole e specifiche discipline sanzionatorie che, pur qualificandosi come amministrative ai sensi dell'ordinamento interno, siano idonee ad acquisire caratteristiche punitive alla luce dell'ordinamento convenzionale. L'invocato intervento additivo risulta travalicare l'obbligo convenzionale e disattende la necessità della preventiva valutazione della singola sanzione come convenzionalmente penale. Nel quadro delle garanzie apprestato dalla CEDU, come interpretate dalla Corte di



Ric. 2018 n. 34768 sez. S2 - ud. 30-11-2021 -35-

.

Strasburgo, non si rinviene l'affermazione di un vincolo di matrice convenzionale in ordine alla previsione generalizzata, da parte degli ordinamenti interni dei singoli Stati aderenti, del principio di retroattività della legge più favorevole, da trasporre nel sistema delle sanzioni amministrative. Né sussiste un analogo vincolo costituzionale poiché rientra nella discrezionalità del legislatore, nel rispetto del limite della ragionevolezza, modulare le proprie determinazioni secondo criteri di maggiore o minore rigore. Il differente e più favorevole trattamento riservato ad alcune sanzioni, come quelle tributarie e valutarie, trova fondamento nelle peculiarità che caratterizzano le rispettive materie e non può trasformarsi da eccezione a regola, coerentemente con il principio generale di irretroattività della legge e con il divieto di applicazione analogica delle norme eccezionali (artt. 11 e 14 delle preleggi). Le considerazioni in questione hanno poi portato ad affermare che, proprio in ragione dell'esclusione della natura penale delle sanzioni in esame, non si profila nemmeno un ipotetico vizio di eccesso di delega (tenuto conto che la legge in questione affidava al legislatore delegato una valutazione autonoma in merito all'opportunità di estendere il principio del favor rei a seguito della novella), né appariva configurabile la dedotta violazione degli artt. 117 e 3 Cost., dovendosi quindi disattendere la richiesta di sollevare la questione di legittimità costituzionale, da ritenere peraltro manifestamente infondata proprio alla luce della motivazione del precedente della Consulta sopra indicato (in senso conforme Cass. n. 17209/2020, nonché Cass. n. 16517/2020, quanto alle sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia).

Né infine può deporre in senso contrario l'intervento della Corte Costituzionale di cui alla sentenza n. 63/2019, che ha



Ric. 2018 n. 34768 sez. S2 - ud. 30-11-2021 -36-

ritenuto costituzionalmente illegittimo l'art. 6, comma 2, del decreto legislativo 12 maggio 2015, n. 72, in relazione agli artt. 3 e 117 comma 1° della Costituzione, quest'ultimo per rinvio all'art. 7 della CEDU, nella parte in cui esclude l'applicazione retroattiva delle modifiche favorevoli apportate dal terzo comma dello stesso art. 6 alle sanzioni amministrative previste per l'illecito disciplinato dall'art. 187-bis del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, avendo chiaramente ribadito che la regola di derivazione penale deve ritenersi applicabile anche agli illeciti amministrativi aventi natura e funzione punitiva, salvo che vi sia la necessità di tutelare interessi di rango costituzionale prevalenti tali da resistere al «vaglio positivo di ragionevolezza», al cui metro debbono essere valutate le deroghe al principio di retroattività in mitius.

La dedotta esclusione del carattere sostanziale penale delle sanzioni oggetto di causa esclude quindi la possibilità di invocare a favore della tesi del ricorrente l'arresto del giudice delle leggi.

6. Il sesto motivo denuncia la violazione dell'art. 6 CEDU, dell'art. 47 CDFUE, dell'art. 15 della legge n. 689/1981, dell'art. 195 co. 7 t.u.f. per avere la Corte d'appello negato la pur patente violazione del principio del contraddittorio insita nelle limitazioni imposte all'accesso agli atti da parte del ricorrente.

Si lamenta che sia stata disattesa la deduzione del ricorrente che si doleva di non aver potuto avere accesso alla documentazione raccolta dalla PA procedente, avendo avuto visione di soli 360 documenti, a fronte di ben 2800 acquisiti.

Inoltre, la prova era stata assunta senza la sua partecipazione. La Corte di appello avrebbe immotivatamente

Ric. 2018 n. 34768 sez. 52 - ud. 30-11-2021 -37-

respinto le doglianze, ponendosi in contrasto con le norme di cui in rubrica, trascurando che la messa a disposizione dell'intero materiale documentale avrebbe permesso il reperimento di argomenti difensivi o di elementi di prova utili. Il rigetto sarebbe poi nella sostanza immotivato.

Si aggiunge che anche il procedimento amministrativo sanzionatorio deve assicurare le stesse garanzie del processo, sicché si imporrebbe la reiterazione delle prove e dell'acquisizione delle informazioni nel contraddittorio con il sanzionato.

6.1 La Corte d'Appello ha evidenziato nel rigettare la richiesta di accesso che era pacifica la circostanza che i documenti di cui, in maniera generica e indistinta, il ricorrente denunciava la mancata ostensione non costituiscono il corredo delle prove costituite posto a fondamento degli addebiti a lui mossi dalla Consob, cosicché neppure astrattamente la loro messa a disposizione appariva funzionale a garantire all'opponente l'esercizio del diritto di difesa, posto che la incolpazione si fonda su profili giuridico fattuali indubbiamente portati a conoscenza del ricorrente. E', invero, proprio la irrilevanza (ai fini dell'incolpazione) della documentazione non allegata alla relazione ispettiva, in quanto estranea all'illecito amministrativo, a giustificare la mancata ostensione, sol che si consideri come, relativamente alla pertinenza della medesima, richiesta ai fini dell'esercizio del diritto di difesa, la Corte costituzionale abbia indicato nella sentenza n. 460 del 2000 un criterio di "rilevanza" legalmente tipizzato, laddove, nell'escludere l'incondizionata valenza del segreto d'ufficio nei confronti dell'interessato destinatario di un provvedimento sanzionatorio, ha precisato che la sfera di applicazione dell'art. 4, comma 10, quale che ne sia l'effettiva estensione,



Ric. 2018 n. 34768 sez. 52 - ud. 30-11-2021 -38-

certamente non comprende gli atti, le notizie e i dati in possesso della Consob "posti a fondamento di un procedimento disciplinare, sicché questi, nei confronti dell'interessato, non sono affatto segreti e sono invece pienamente accessibili: non soltanto nel giudizio di opposizione alla sanzione disciplinare, ma anche nello speciale procedimento di accesso regolato dall'art. 25 l. 7 agosto 1990 n. 241 (nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi), strumento esperibile anche dall'incolpato nei procedimenti disciplinari, per orientare preventivamente l'azione amministrativa onde impedirne eventuali deviazioni" (cfr. Corte cost. n. 460 in motivazione).

Inoltre, ha aggiunto che i documenti di cui il ricorrente denunciava la mancata ostensione furono oggetto di acquisizione da parte della Consob in diverse date, come è comprovato dai processi verbali allegati alla relazione ispettiva, nei quali è indicato l'oggetto specifico di ciascuno dei 2.801 documenti acquisiti dalla Consob. In relazione ad essi il ricorrente non ha formulato ulteriori istanze di accesso, posto che la sua richiesta di ostensione fu limitata agli ulteriori atti utilizzati ai fini della contestazione.

6.2 Il sesto motivo di ricorso è in parte inammissibile in parte infondato.

In primo luogo, il motivo si palesa inammissibile in quanto risulta del tutto generica l'allegazione circa la lesione del principio del contraddittorio, avendo questa Corte ribadito che per validamente allegare la violazione del contraddittorio occorre allegare e dimostrare una concreta ed effettiva lesione del diritto di difesa (Cass. S.U. n. 20935/2009).

Trattasi di una ricaduta del principio secondo cui (Cass. n. 8046/2019) le garanzie del contraddittorio previste per il

Ric. 2018 n. 34768 sez. 52 - ud. 30-11-2021 - 39-

procedimento sanzionatorio davanti alla CONSOB prima delle modifiche introdotte dalla delibera n. 29158 del 29 maggio 2015 della medesima CONSOB sono da ricondurre al livello proprio del contraddittorio procedimentale, di solito di tipo verticale, svolgendosi esso tra l'amministrazione e l'interessato su un piano non di eguaglianza, ma in funzione collaborativa, partecipativa e non difensiva, non già di quello di matrice processuale, di tipo orizzontale, che riguarda due parti in posizione paritaria rispetto ad un decidente terzo e imparziale (nella specie, la S.C., dissentendo dall'interpretazione offerta dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 1596 del 2015, ha ritenuto che le menzionate garanzie fossero soddisfatte dalla previa contestazione dell'addebito e dalla valutazione, prima dell'adozione della sanzione, delle eventuali controdeduzioni dell'interessato, non essendo necessarie né la trasmissione a quest'ultimo delle conclusioni dell'Ufficio sanzioni amministrative della CONSOB né la sua personale audizione) (conf. Cass. n. 20689/2018).

Infatti, è opinione consolidata quella secondo, cui, soprattutto in caso di sanzioni non penali dal punto di vista sostanziale, il procedimento sanzionatorio della Banca d'Italia, ai sensi dell'art. 195 TUF, non viola l'art. 6, par. 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, perché questo esige solo che, ove il procedimento amministrativo sanzionatorio non offra garanzie equiparabili a quelle del processo giurisdizionale, l'incolpato possa sottoporre la questione della fondatezza dell'"accusa penale" a un organo indipendente e imparziale, dotato di piena giurisdizione, come la disciplina nazionale gli consente di fare tramite l'opposizione alla Corte d'Appello (Cass. n. 25141/2015, che richiama anche Corte europea dei diritti dell'uomo, 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri c.

Ric. 2018 n. 34768 sez. 52 - ud. 30-11-2021 -40-

Italia; Cass. n. 9371/2020; Cass. n. 16517/2020, per la quale è esclusa la diretta applicabilità, in tale ambito, dei precetti costituzionali degli artt. 24 e 111 Cost., invocabili solo con riferimento al processo che si svolge davanti al giudice, innanzi al quale l'incolpato può impugnare il provvedimento sanzionatorio con piena garanzia del diritto di difesa e del contraddittorio.

La doglianza appare priva di fondamento quanto alla violazione che si assume verificatasi nella fase procedimentale, mentre quanto all'analogo diniego ricevuto in sede giurisdizionale, come detto, la censura risulta del tutto generica ed inammissibile, in quanto priva dell'indicazione dei documenti (il cui oggetto specifico era evincibile dai processi verbali allegati alla relazione ispettiva) la cui mancata ostensione avrebbe pregiudicato il diritto di difesa, e non si confronta con il tenore della motivazione del giudice di appello che ha sottolineato come al ricorrente fossero stati messi a disposizione proprio quei documenti su cui si fondava l'impianto accusatorio della delibera impugnata.

In modo pertinente la pronuncia ha richiamato i principi espressi dalla Corte costituzionale (sentenza 460/2000), evidenziando la necessaria sussistenza – a tal fine – di un criterio di "rilevanza" legalmente tipizzato, laddove, nell'escludere l'incondizionata valenza del segreto d'ufficio nei confronti dell'interessato destinatario di un provvedimento sanzionatorio, il giudice delle leggi ha posto in rilievo che la sfera di applicazione dell'art. 4, comma 10, quale che ne sia l'effettiva estensione, certamente non comprende gli atti, le notizie e i dati in possesso della Consob "posti a fondamento di un procedimento disciplinare, sicché questi, nei confronti dell'interessato, non sono affatto segreti e sono invece



Ric. 2018 n. 34768 sez. S2 - ud. 30-11-2021 -41-

-
- pienamente accessibili: non soltanto nel giudizio di opposizione alla sanzione disciplinare, ma anche nello speciale procedimento di accesso regolato dall'art. 25 l. 7 agosto 1990 n. 241 (nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi), strumento esperibile anche dall'incolpato nei procedimenti disciplinari, per orientare preventivamente l'azione amministrativa onde impedirne eventuali deviazioni" (cfr. Corte cost. n. 460 in motivazione).

In via di fatto poi, i documenti di cui trattasi erano stati acquisiti in date diverse (come era emerso dai verbali allegati alla relazione ispettiva, nei quali è indicato l'oggetto specifico di ciascuno dei 2.801 documenti acquisiti dalla Consob) e riguardo ad essi non risultava introdotta alcuna domanda di accesso, limitata – invece – agli ulteriori atti utilizzati ai fini della contestazione.

In presenza di un giudizio di irrilevanza della richiesta di esibizione, la censura appare – anche nel merito – destituita di fondamento.

A tal fine rileva poi proprio quanto ribadito dalla CEDU nella sentenza del 30/6/2011 C. 25041/07, richiamata dalla difesa del ricorrente, che ha escluso la violazione delle norme della Convenzione, osservando (cfr. punto 61) che il richiedente non aveva indicato quali elementi non fossero stati versati nel fascicolo e che avrebbero potuto contribuire alla sua difesa, il che escludeva che (cfr. punto 63) che fosse stata validamente allegata l'offesa al contraddittorio ed alla giustizia della procedura.

Risulta poi del tutto inconferente rispetto alla fattispecie il richiamo alla previsione di cui all'art. 15 della legge n. 689/1981, essendosi nel caso in esame al cospetto di prove



Ric. 2018 n. 34768 sez. 52 - ud. 30-11-2021 -42-

documentali, per le quali non è dato invocare la diversa previsione dettata in materia di accertamenti su campioni.

Quanto infine alle censure che investono la valutazione negativa delle richieste istruttorie in sede giurisdizionale, va ribadito che, in tema di garanzia del giusto processo, non può predicarsi, tanto alla stregua delle norme di rango costituzionale, quanto ai sensi dell'art. 6 CEDU, un obbligo incondizionato del giudice di dar corso all'assunzione di qualsivoglia mezzo istruttorio articolato dalla parte, a prescindere da una valutazione di rilevanza dei fatti da provare, atteso che, da un lato, l'art. 6 cit., pur garantendo il diritto ad un processo equo, non contiene alcuna disposizione riguardante il regime di ammissibilità delle prove o sul modo in cui esse dovrebbero essere valutate, trattandosi di questioni rimesse alla regolamentazione della legislazione nazionale, dall'altro, la necessità, da parte del giudice, di scrutinare la rilevanza ed ammissibilità dei singoli mezzi proposti dalla parte si coniuga ed è coerente con i principi della ragionevole durata del processo, con cui collide l'espletamento di attività processuali non necessarie o superflue ai fini della pronuncia. (Cass. n. 16517/2020, dettata proprio in tema di procedimento per l'applicazione di sanzioni amministrative).

La sentenza gravata nella parte finale ha poi dato adeguata giustificazione delle ragioni per le quali ha ritenuto superflui i mezzi istruttori richiesti dal ricorrente, ragioni le quali non appaiono adeguatamente attinte dal motivo in esame.

7. Il settimo motivo denuncia la violazione dell'art. 244 c.p.c. e dell'art. 195 co. 7 t.u.f. nella parte in cui la Corte d'Appello ha omesso l'audizione del ricorrente che ne aveva fatto espressa richiesta.

Ric. 2018 n. 34768 sez. 52 - ud. 30-11-2021 -43-

Si evidenzia che la norma di cui all'art. 195, co. 7, a seguito dell'intervento della sentenza della Corte Edu Grande Stevens del 14 marzo 2014 sarebbe stato riformulato nel senso che attribuisce un vero e proprio diritto incondizionato ad esser sentito per l'opponente che ne faccia richiesta.

Tale diritto è stato indebitamente conculcato nella parte in cui si è preteso che la richiesta dovesse essere corredata da una specifica indicazione delle circostanze sulle quali la parte voglia essere sentita.

7.1 Il settimo motivo è infondato.

Anche tale censura, infatti, si fonda sulla pretesa di qualificare le sanzioni oggetto di causa quali penali in senso sostanziale, presupposto che appunto legittimerebbe l'efficacia modificativa della sentenza Grande Stevens sulla precedente interpretazione della norma.

Ma le superiori considerazioni in merito alla natura esclusivamente amministrativa delle sanzioni irrogate rendono evidente come venga in tal modo attinta in radice la fondatezza della censura.

Occorre quindi dare continuità all'insegnamento di questa Corte secondo cui (Cass. n. 1065/2014) nel procedimento sanzionatorio di cui all'art. 195 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, il diritto di difesa dell'incolpato è garantito dalla previsione di un congruo termine per il deposito di difese scritte, mentre la sua audizione personale non è un incombente imprescindibile.

Infatti, la previsione di cui all'art. 195 co. 7, dispone che all'udienza la Corte d'Appello dispone, anche d'ufficio, i mezzi di prova che ritiene necessari, nonché l'audizione personale delle parti che ne abbiano fatto richiesta, senza che però la formulazione lasci intendere l'esistenza di un diritto soggettivo

Ric. 2018 n. 34768 sez. S2 - ud. 30-11-2021 -44-

all'audizione, trattandosi anche in tal caso, purché vi sia la richiesta dell'interessato, di un mezzo istruttorio rimesso alla valutazione di necessità del Giudice, occorrendo in ogni caso ancorare l'ammissione delle prove alla valutazione di rilevanza ed ammissibilità dei singoli mezzi proposti dalla parte (così Cass. n. 16517/2020 cit.).

8. L'ottavo motivo di ricorso denuncia la violazione dell'art. 3 della legge n. 689/1981, come interpretato alla luce della CEDU nonché dell'art. 7, co. 10, del d. lgs. n. 150/2011, per essere stato disatteso il principio della presunzione di innocenza.

Si deduce che la sentenza gravata, nell'esaminare il profilo soggettivo dell'illecito contestato, ha disatteso le censure dell'opponente che assumeva l'assenza di colpa ed in ogni caso la ricorrenza delle situazioni esimenti.

Si lamenta che la Corte d'Appello, anche per le ipotesi di sanzioni sostanzialmente penali, ha però escluso che all'illecito amministrativo possano essere applicati tutti i presidi che la Costituzione appronta per le misure anche formalmente penali tra cui la presunzione di innocenza di cui all'art. 27 Cost.

Trattasi di conclusione erronea e che non si confronta con il dettato dell'art. 7 co. 10 del D. Lgs. n. 150/2011, che esclude ogni agevolazione probatoria per la PA nel giudizio di opposizione a sanzione amministrativa. La sentenza impugnata, nel ritenere che la colpa si presuma una volta fornita la prova del fatto nella sua oggettività, ha erroneamente applicato l'art. 3 citato.

Inoltre, si deduce che non può presumersi la colpa dalla semplice difformità della condotta in assenza di prescrizioni di carattere specifico.

Ric. 2018 n. 34768 sez. S2 - ud. 30-11-2021 -45-

La verifica dell'adeguatezza dei sistemi di controllo impone l'individuazione del patrimonio informativo disponibile e quindi l'esistenza di elementi percepibili anche a chi è tenuto al suo aggiornamento e sufficientemente univoci, poiché solo in tal caso è dato ravvisare una colpa omissiva.

9. Il nono motivo denuncia la violazione di legge per avere la Corte d'Appello giudicato sulla base della cd. presunzione di colpevolezza ritraibile dall'art. 3 della legge n. 689/1981, omettendo di valorizzare il limite all'operare della stessa, quale individuato nella giurisprudenza di Codesta Suprema Corte, nonché l'omesso esame di un fatto decisivo per avere la Corte d'Appello deciso sulla base della cd. presunzione di colpevolezza ritraibile dall'art. 3 della legge n. 689/1981, omettendo di valorizzare il limite all'operare della stessa, quale individuato nella giurisprudenza di Codesta Suprema Corte, connesso alla circostanza - pacifica *in casu* - dell'occultamento della propria condotta illecita da parte di un gruppo di dirigenti al livello della Direzione Generale: e ciò pur in presenza di fatti accertati ed incontrovertiti in tal senso risultanti dallo stesso atto di accertamento.

Si rileva che il limite alla colpa anche presunta è costituito dall'inesigibilità della condotta, la quale nella fattispecie deva ravviarsi per l'anomalia delle condotte tenute dall'alta dirigenza della società, che si connotavano come tendenzialmente occulte, ed essendo emerse solo dall'attività ispettiva che aveva avuto accesso a dati di norma non conoscibili dal ricorrente.

9.1 L'ottavo e il nono motivo di ricorso, che possono essere trattati congiuntamente per la loro connessione, sono infondati.

Ric. 2018 n. 34768 sez. 52 - ud. 30-11-2021 -46-

La sentenza impugnata quanto al profilo soggettivo ha sottolineato come non fosse possibile per un componente del CdA ignorare il quadro normativo entrato da poco in vigore e le sue ricadute sull'agire della banca quanto alla necessità di dover rispettare i *ratios* patrimoniali.

Ha quindi individuato una serie di circostanze oggettive che senza margini di incertezza consentivano di avvedersi delle numerose operazioni di vendita delle azioni del fondo. Ha inoltre rimarcato la gestione ampiamente discrezionale delle deroghe al blocking period, pervenendo qui di alla conclusione che il ricorrente, anche per la sua partecipazione alle sedute del CdA non poteva non cogliere i segnali di allarme oggettivamente emergenti e che denotavano come fosse stata assegnata priorità assoluta alla alienazione delle azioni del fondo (cd. campagna svuotafondo).

Inoltre, è stata espressamente esclusa, proprio per la quantità e la qualità dei segnali di allarme obiettivamente percepibili, l'incidenza sul piano della inesigibilità della condotta, ad eventuali manovre dell'alta dirigenza volte ad occultare le modalità di collocamento delle azioni, non senza aggiungere che di tali manovre non vi era traccia.

Ne derivava che il d. lgs. n. 58/1998 ha individuato una serie di fattispecie a carattere ordinatorio destinate a salvaguardare procedure e funzioni incentrate su mere condotte doverose, essendo quindi il giudizio di colpevolezza, ai sensi dell'art. 3 della legge n. 689/1981, ancorato a parametri estranei al dato puramente psicologico, dovendosi solo verificare la *suitas* della condotta, incombendo sul trasgressore l'onere di provare di avere agito in assenza di colpevolezza.

Ric. 2018 n. 34768 sez. 52 - ud. 30-11-2021 -47-

9.2 Così sinteticamente riassunte le motivazioni della Corte d'Appello, le censure del ricorrente si palesano, come detto, prive di fondamento.

Questa Corte ha anche di recente ribadito che (Cass. n. 24081/2019) l'art. 3 della l. n. 689 del 1981 pone una presunzione di colpa a carico dell'autore del fatto vietato, gravando sul trasgressore l'onere di provare di aver agito senza colpa (Nella specie, la S.C. ha applicato il sopraindicato principio in relazione al provvedimento sanzionatorio adottato, ai sensi dell'art. 190 del d.lgs. n. 58 del 1998, dalla Consob nei confronti dei componenti del consiglio di amministrazione di una banca, affermando che spetta ad essi, in presenza di accertate carenze procedurali ed organizzative, dimostrare di aver adempiuto diligentemente agli obblighi imposti dalla normativa di settore).

Infatti, sia pure con riferimento a sanzioni amministrative irrogate dalla Banca d'Italia (Cass. n. 9546/2018), si è precisato che il legislatore individua una serie di fattispecie, destinate a salvaguardare procedure e funzioni ed incentrate sulla mera condotta, secondo un criterio di agire o di omettere doveroso, ricollegando il giudizio di colpevolezza a parametri normativi estranei al dato puramente psicologico e limitando l'indagine sull'elemento oggettivo dell'illecito all'accertamento della "suità" della condotta inosservante sicché, integrata e provata dall'autorità amministrativa la fattispecie tipica dell'illecito, grava sul trasgressore, in virtù della presunzione di colpa posta dall'art. 3 della l. n. 689 del 1981, l'onere di provare di aver agito in assenza di colpevolezza.

Ne consegue che (Cass. n. 1529/2018) sebbene l'onere di provare i fatti costitutivi della pretesa sanzionatoria sia posto a carico dell'Amministrazione, la quale è pertanto tenuta a



Ric. 2018 n. 34768 sez. S2 - ud. 30-11-2021 -48-

-
- fornire la prova della condotta illecita, nel caso dell'illecito omissivo di pura condotta, essendo il giudizio di colpevolezza ancorato a parametri normativi estranei al dato puramente psicologico, è sufficiente la prova dell'elemento oggettivo dell'illecito comprensivo della "suità" della condotta inosservante, in assenza di elementi tali da rendere inesigibile la condotta o imprevedibile l'evento (conf. Cass. S.U. n. 20930/2009). Così intesa la "presunzione di colpa" non si pone in contrasto con gli artt. 6 CEDU e 27 Cost. E ciò anche quando, la sanzione abbia natura sostanzialmente penale in quanto afflittiva, circostanza che, come si è detto, non ricorre con riferimento alle sanzioni in esame.

La sentenza impugnata ha, quindi, fatto corretta applicazione dei principi in tema di interpretazione dell'art. 3 citato palesandosi anche infondate le critiche che investono la asserita genericità dell'affermazione di responsabilità quanto alla verifica dell'adeguatezza della struttura organizzativa dell'impresa.

In tal senso rileva la considerazione che le norme in tema di intermediazione finanziaria, nel prevedere, nei confronti di coloro che svolgono funzioni di amministrazione o di direzione presso imprese d'investimento, banche o altri soggetti abilitati nonché dei relativi dipendenti, la comminatoria di una sanzione amministrativa pecuniaria per l'inosservanza, tra l'altro, delle "disposizioni generali o particolari impartite dalla CONSOB o dalla Banca d'Italia", non costituiscono norme punitive "in bianco", né comportano alcuna indeterminatezza del precetto, poiché, atteso il particolare tecnicismo dell'ambito di operatività di tali disposizioni, ma realizzano solo una etero integrazione del precetto, consentita dalla riserva di legge



Ric. 2018 n. 34768 sez. 52 - ud. 30-11-2021 -49-

sancita dall'art. 1 della legge 24 novembre 1981, n. 689 (Cass. n. 18683/2014).

Nella specie, la sentenza impugnata, tenuto conto delle indicazioni fornite in sede regolamentare dall'autorità di vigilanza, ha riscontrato le evidenti violazioni procedurali e comportamentali poste in essere dall'intermediario, non senza sottolineare che la stessa gravità delle violazioni non sarebbe potuta sfuggire ad un operatore che avesse improntato la propria condotta ai principi di diligenza e correttezza, secondo le possibilità correlate alla qualifica professionale richiesta dalla legge per ricoprire un determinato incarico, palesandosi quindi come colpevole, nel senso sopra indicato, l'inerzia del ricorrente, pur in presenza di un disegno fraudolento dell'alta dirigenza, del quale sarebbe stato in ogni caso possibile avvedersi ove fosse stato adottato un comportamento proattivo.

Giova a tal fine ricordare che la complessa articolazione della struttura organizzativa di una società di investimenti non può comportare l'esclusione od anche il semplice affievolimento del potere-dovere di controllo riconducibile a ciascuno dei component, nella specie del collegio sindacale, i quali, in caso di accertate carenze delle procedure aziendali predisposte per la corretta gestione societaria, sono sanzionabili a titolo di concorso omissivo *quoad functione*, gravando sugli stessi, da un lato, l'obbligo di vigilanza - in funzione non soltanto della salvaguardia degli interessi degli azionisti nei confronti di atti di abuso di gestione da parte degli amministratori, ma anche della verifica dell'adeguatezza delle metodologie finalizzate al controllo interno della società di investimenti, secondo parametri procedimentali dettati dalla normativa regolamentare Consob, a garanzia degli investitori - e,

Ric. 2018 n. 34768 sez. 52 - ud. 30-11-2021 -50-

dall'altro lato, l'obbligo legale di denuncia immediata alla Banca d'Italia ed alla Consob. (Cass. n. 1602/2021; cnf. Cass. n. 6037/2016).

Con specifico riferimento agli amministratori è stato conformemente affermato che l'obbligo imposto dall'art. 2381, ultimo comma, c.c. agli amministratori delle società per azioni di «agire in modo informato», pur quando non siano titolari di deleghe, si declina, da un lato, nel dovere di attivarsi, esercitando tutti i poteri connessi alla carica, per prevenire o eliminare ovvero attenuare le situazioni di criticità aziendale di cui siano, o debbano essere, a conoscenza, dall'altro, in quello di informarsi, affinché tanto la scelta di agire quanto quella di non agire risultino fondate sulla conoscenza della situazione aziendale che gli stessi possano procurarsi esercitando tutti i poteri di iniziativa cognitoria connessi alla carica con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze. Tali obblighi si connotano in termini particolarmente incisivi per gli amministratori di società che esercitano l'attività bancaria, prospettandosi, in tali ipotesi, non solo una responsabilità di natura contrattuale nei confronti dei soci della società, ma anche quella, di natura pubblicistica, nei confronti dell'Autorità di vigilanza (Cass. n. 19556/2020). Inoltre è stato precisato che il dovere di agire informati dei consiglieri non esecutivi delle società bancarie non va rimesso, nella sua concreta operatività, alle segnalazioni provenienti dai rapporti degli amministratori delegati, giacché anche i primi devono possedere ed esprimere costante e adeguata conoscenza del "business" bancario e, essendo compartecipi delle decisioni di strategia gestionale assunte dall'intero consiglio, hanno l'obbligo di contribuire ad assicurare un governo efficace dei rischi di tutte le aree della banca e di

Ric. 2018 n. 34768 sez. 52 - ud. 30-11-2021 -51-

attivarsi in modo da poter efficacemente esercitare una funzione di monitoraggio sulle scelte compiute dagli organi esecutivi non solo in vista della valutazione delle relazioni degli amministratori delegati, ma anche ai fini dell'esercizio dei poteri, spettanti al consiglio di amministrazione, di direttiva o avocazione concernenti operazioni rientranti nella delega. Ne consegue che il consigliere di amministrazione non esecutivo di società per azioni, in conformità al disposto dell'art. 2392, comma 2, c.c., che concorre a connotare le funzioni gestorie tanto dei consiglieri non esecutivi, quanto di quelli esecutivi, è solidalmente responsabile della violazione commessa quando non intervenga al fine di impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose (Cass. n. 24851/2019; conf. Cass. n. 5606/2019).

Proprio le peculiarità del settore bancario hanno quindi indotto ad affermare il principio per cui sussistono doveri di particolare pregnanza in capo al consiglio di amministrazione delle società bancarie, che riguardano l'intero organo collegiale e, dunque, anche i consiglieri non esecutivi, i quali sono tenuti ad agire in modo informato e, in ragione dei loro requisiti di professionalità, ad ostacolare l'evento dannoso, sicché rispondono del mancato utile attivarsi. Ne consegue, inoltre, che in caso di irrogazione di sanzioni amministrative, nella specie irrogate dalla Banca d'Italia, anche in virtù della presunzione di colpa vigente in materia, l'autorità di vigilanza ha unicamente l'onere di dimostrare l'esistenza dei segnali di allarme che avrebbero dovuto indurre gli amministratori non esecutivi, rimasti inerti, ad esigere un supplemento di informazioni o ad attivarsi in altro modo, mentre spetta a questi ultimi provare di avere tenuto la condotta attiva dovuta



Ric. 2018 n. 34768 sez. S2 - ud. 30-11-2021 -52-

o, comunque, mirante a scongiurare il danno (Cass. n. 22848/2015).

Ne deriva che, avuto riguardo al caso in esame, a prescindere dalla qualità di consigliere esecutivo o meno, tutti gli amministratori, che vengono nominati in ragione della loro specifica competenza anche nell'interesse dei risparmiatori, devono svolgere i compiti loro affidati dalla legge con particolare diligenza e, quindi, anche in presenza di eventuali organi delegati (mancanti nel caso di specie), sussiste il dovere dei singoli consiglieri di valutare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo e contabile, nonché il generale andamento della gestione della società, e l'obbligo, in ipotesi di conoscenza o conoscibilità di irregolarità commesse nella prestazione dei servizi di investimento, di assumere ogni opportuna iniziativa per assicurare che la società si uniformi ad un comportamento diligente, corretto e trasparente (Cass. n. 2620/2021).

Tali considerazioni permettono altresì di escludere la fondatezza dell'altro motivo di ricorso in esame, emergendo come appunto, la sola attuazione dei doveri comportamentali connessi alla carica di amministratore avrebbe permesso di rilevare le anomalie poi riscontrate in sede ispettiva, senza potersi individuare nella condotta, sia pure illecita dell'alta dirigenza, l'idoneità a rendere inesigibile la condotta addebitata al ricorrente, come espressamente ribadito in sentenza (il che denota come, pur a voler sorvolare circa il fatto che la deduzione non riguarda un fatto ma piuttosto un giudizio, vi è stata in ogni caso un'espressa disamina da parte del giudice di merito, che in fatto ha altresì escluso che fosse stata fornita la prova di un disegno illecito dell'alta dirigenza).

10. Il decimo motivo denuncia l'omesso esame di un fatto decisivo per avere la Corte d'Appello ritenuto comunque

Ric. 2018 n. 34768 sez. S2 - ud. 30-11-2021 -53-

-
- irrilevante l'attività dolosa dell'alta dirigenza della banca e l'effettivo funzionamento dei controlli interni ad escludere la colpa in capo al ricorrente.

Si lamenta che in realtà la stessa relazione ispettiva aveva evidenziato come il sistema dei controlli era risultato adeguato, avendo percepito le condotte scorrette da parte dei componenti della rete, ma che tale scoperta non venne messa a conoscenza del CdA, in quanto il dirigente della struttura ispettiva interna preferì metterne al corrente il solo Direttore Generale che dolosamente tacque al CdA l'informazione ricevuta.

Inoltre, la sentenza non avrebbe tenuto conto del fatto che la Banca aveva comunque adottato un sistema organizzativo conforme alle prescrizioni dell'art. 15 del Regolamento congiunto Banca d'Italia/Consob.

10.1 Il motivo è inammissibile in quanto sollecita un'indebita rivalutazione del merito da parte del giudice di legittimità.

Una volta richiamati i principi espressi in occasione della disamina dei precedenti motivi, quanto in particolare all'estensione dei doveri incombenti sui componenti del CdA, e ribadito che (cfr. Cass. n. 30072/2017), come già condivisibilmente statuito da Cass. S. U. n. 20933/2009, tema di sanzioni amministrative per violazione delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, i componenti del consiglio di amministrazione di una società (ovvero l'amministratore delegato unico), chiamati a rispondere per la violazione dei doveri inerenti alla prestazione dei servizi di investimento posti a tutela degli investitori e del buon funzionamento del mercato, non possono sottrarsi alla responsabilità adducendo che le operazioni integranti l'illecito

Ric. 2018 n. 34768 sez. S2 - ud. 30-11-2021 -54-

siano state poste in essere, con ampia autonomia, da un altro soggetto che abbia agito per conto della società, gravando a loro carico un dovere di vigilanza sul regolare andamento della società, la cui violazione comporta una responsabilità solidale, ai sensi dell'art. 6 della legge 24 novembre 1981, n. 689, salvo che non provino di non aver potuto impedire il fatto (prova che, nel caso di specie, il giudice del merito ha ritenuto non fornita dal ricorrente), la doglianza mira ad ottenere una rivalutazione della condotta illecita dell'alta dirigenza della società, condotta che la sentenza, con accertamento in fatto, ha escluso che fosse idonea a determinare l'inesigibilità dell'obbligo di agire informati gravante su ogni amministratore, anche non esecutivo, così come imposto dall'art. 2381 c.c., e ciò anche in merito al rispetto delle procedure ed in relazione alle condotte dei dipendenti della banca, attesa la obiettiva percepibilità delle anomalie riscontrate, che non potevano giustificare l'inerzia del ricorrente.

Nè deve trascurarsi, alla luce della nozione di fatto di cui si denuncia l'omessa disamina, quale configurato nell'interpretazione del n. 5 dell'art. 360 co. 1 c.p.c., come scaturente dalla novella del 2012, che anche in questo caso si lamenta la mancata condivisione di un giudizio della parte, e precisamente dell'apprezzamento in merito all'incidenza causale della condotta dei vertici aziendali sulla esigibilità della diversa condotta omissiva del ricorrente, avendo comunque la sentenza tenuto conto del fatto costituito dall'attività di occultamento posta in essere dalla direzione generale (ma reputata in concreto non avere carattere tale da rendere inesigibile il compito incombente sul ricorrente).

Infine, va nuovamente sottolineato che la sentenza ha in concreto, ed avvalendosi del potere di accertamento dei fatti

Ric. 2018 n. 34768 sez. S2 - ud. 30-11-2021 -55-

rimesso al giudice di merito, escluso che vi fosse traccia della dolosa macchinazione dell'alta dirigenza e dei componenti della rete commerciale

11. L'undicesimo motivo denuncia la violazione e falsa applicazione dell'art. 2392, co. 1, c.c. nonché dell'art. 53, co. 1, TUB e delle disposizioni regolamentari di attuazione adottate dalla Banca d'Italia con le circolari nn. 285 del 17.12.2013 e 263 del 27.12.2006 nel testo applicabile all'epoca dei fatti, per avere la sentenza impugnata ritenuto di poter formulare un giudizio di imputazione di responsabilità al ricorrente, pretermettendo la considerazione di quali sono – a norma di legge e di regolamento – le effettive facoltà di controllo del CdA e dei suoi componenti sulla struttura aziendale di una Banca.

Si deduce che la responsabilità del ricorrente nella sua veste di componente del CdA, per essere venuto meno al dovere di agire informato ovvero di informarsi, è stata affermata trascurando la rigida compartimentazione delle attribuzioni all'interno delle aziende bancarie.

La decisione avrebbe erroneamente individuato le conseguenze da trarsi dall'assenza di un amministratore delegato, trascurando che, anche in tale situazione, solo il Presidente ha la facoltà di accedere alla documentazione aziendale.

Pertanto, non può scattare alcun obbligo di attivarsi in presenza di informazioni complete, coerenti e ritenute affidabili, provenienti dagli organi di controllo interno.

Il giudice del merito ha ritenuto sussistente in capo al ricorrente un dovere impossibile di svelamento di eventuali finalità illecite dei dipendenti della Banca, nonostante le stesse



Ric. 2018 n. 34768 sez. 52 - ud. 30-11-2021 -56-

fossero dissimulate e realizzate mediante un complesso di atti leciti.

Pertanto, sono proprio le prescrizioni regolamentari adottate dalla Banca d'Italia che confermano come gli amministratori privi di delega non possano essere onerati del controllo sull'attività comportamentale delle strutture, essendo la trasmissione delle informazioni sempre veicolata dal Presidente del CdA.

11.1 Il motivo è manifestamente infondato alla luce del richiamato orientamento di questa Corte secondo cui sussistono doveri di particolare pregnanza in capo al consiglio di amministrazione delle società bancarie, che riguardano l'intero organo collegiale e, dunque, anche i consiglieri non esecutivi, i quali sono tenuti ad agire in modo informato e, in ragione dei loro requisiti di professionalità, ad ostacolare l'evento dannoso, sicché rispondono del mancato utile attivarsi. Ne consegue, inoltre, che in caso di irrogazione di sanzioni amministrative, nella specie irrogate dalla Banca d'Italia, anche in virtù della presunzione di colpa vigente in materia, l'autorità di vigilanza ha unicamente l'onere di dimostrare l'esistenza dei segnali di allarme che avrebbero dovuto indurre gli amministratori non esecutivi, rimasti inerti, ad esigere un supplemento di informazioni o ad attivarsi in altro modo, mentre spetta a questi ultimi provare di avere tenuto la condotta attiva dovuta o, comunque, mirante a scongiurare il danno (Cass. n. 22848/2015; Cass. n. 18846/2018, non massimata; Cass. n. 2737/2013; Cass. n. 17799/2014).

Né può condividersi l'interpretazione delle circolari della Banca d'Italia richiamate in motivo, così come operata dal ricorrente in quanto idonee ad escludere la responsabilità anche degli amministratori non esecutivi.

Ric. 2018 n. 34768 sez. 52 - ud. 30-11-2021 -57-

•

• In disparte la riferibilità delle violazioni oggetto di causa all'attività di prestazioni di servizi di investimento, per i quali si rivela maggiormente appropriato il richiamo alle previsioni di cui al Regolamento congiunto Banca d'Italia/Consob del 29/10/2007, non può ritenersi che le previsioni di cui alla circolare n. 285/2013 della Banca d'Italia abbiano travolto gli assetti ed i rapporti societari quali dettati da norme di rango primario, quale in primo luogo l'art. 2381 c.c. In tal senso rileva il fatto che si tratta, per quelle regolamentari, di disposizioni volte a rafforzare proprio l'assetto delineato dal codice civile, con la individuazione di regole più specifiche per il settore bancario, e nel rispetto delle fonti di derivazione comunitaria (in particolare la direttiva 2013/36/UE CDR IV), ma sempre in vista di un armonico coordinamento tra la disciplina societaria di carattere generale e quella settoriale bancaria, ed il tutto in correlazione con il Regolamento UE n. 575/2013, con il quale va a comporre il quadro normativo di disciplina delle attività bancarie, il quadro di vigilanza e le norme prudenziali per gli enti creditizi e le imprese di investimento.

Le previsioni della circolare, sebbene richi amino l'esigenza di una chiara distinzione dei ruoli e delle responsabilità degli organi, aggiungendo che l'articolazione della struttura interna deve comunque assicurare l'efficacia dei controlli e l'adeguatezza dei flussi informativi, tuttavia non possono essere intese come un'autorizzazione alla preventiva deresponsabilizzazione dei componenti del CdA.

Pur ad ammettere che la circolare della Banca d'Italia abbia, in vista del buon funzionamento delle imprese bancarie suggerito delle strutture rigide e chiaramente individuatrici delle competenze e delle funzioni, non può però avallare la



Ric. 2018 n. 34768 sez. S2 - ud. 30-11-2021 -58-

conclusione per cui non sarebbe esigibile da parte degli amministratori non esecutivi la verifica di ogni singolo atto di impresa, dovendosi, quanto agli indici di allarme, confidare sulle rassicurazioni offerte dagli uffici interni deputati al controllo sulla correttezza dell'agire delle singole articolazioni societarie.

Va, invece, ribadito, come già fatto in occasione della disamina dei precedenti motivi che le previsioni codicistiche, ed in particolare l'art. 2381 co. 3 c.c., suggeriscono che, proprio sulla base delle previsioni della circolare della Banca d'Italia, sia il CdA a dover esaminare i piani strategici, le norme regolamentari di settore sull'organo con funzione di supervisione strategica, debba deliberare sugli indirizzi di carattere strategico e verificarne nel continuo l'attuazione, e ciò alla luce del fatto che in base alla circolare esso "definisce l'assetto complessivo di governo e approva l'assetto organizzativo della banca, e verifica la corretta attuazione e promuove tempestivamente le misure correttive a fronte di eventuali lacune o inadeguatezze".

Ed è sempre la Circolare (part. I, titolo IV, capitolo I, sezione III, §2, lett. b) ad imporre all'organo con funzione di supervisione strategica di dover approvare "l'assetto organizzativo e di governo societario della banca", nonché i sistemi contabili e di rendicontazione e di assicurare un efficace confronto dialettico con la funzione di gestione e con i responsabili delle principali funzioni aziendali e verificare nel tempo le scelte e le decisioni da questi assunte.

Ne risulta quindi la centralità nella governance delle imprese bancarie del ruolo degli amministratori non esecutivi, essendo "compartecipi delle decisioni assunte dall'intero consiglio e chiamati a svolgere un'importante funzione



Ric. 2018 n. 34768 sez. 52 - ud. 30-11-2021 -59-

- dialettica e di monitoraggio sulle scelte compiute dagli esponenti esecutivi. L'autorevolezza e la professionalità dei consiglieri non esecutivi devono essere adeguate all'efficace esercizio di queste funzioni, determinanti per la sana e prudente gestione della banca" (circolare n. 285, parte I, titolo IV, cap. I, sez. IV, §.1).

Anche a voler dar credito alla tesi del ricorrente, ciò non lo esimeva dall'adempire all'obbligo di tenersi adeguatamente informato, non potendo a tal fine invocare la settorialità delle proprie competenze, una volta che l'accettazione dell'incarico di amministratore non esecutivo imponeva il rispetto di tutti gli oneri ed obblighi connessi alla carica, in linea con quanto a livello di normativa primaria detta l'art. 2381 co. 6 c.c.

D'altronde è la stessa Circolare della Banca d'Italia che, a prescindere dall'insorgenza di segnali di allarme, impone agli amministratori non esecutivi di dover acquisire informazioni sulla gestione e sull'organizzazione aziendale, avvalendosi sia degli eventuali comitati interni sia in via diretta del management, della revisione interna e delle altre funzioni di controllo (Circ. 285/13, parte I, titolo IV, cap. 1, sez. IV, §.2.2).

Ne deriva che, anche alla luce del quadro normativo invocato da parte ricorrente, deve darsi continuità al principio secondo cui, in tema di responsabilità dei consiglieri non esecutivi di società autorizzate alla prestazione di servizi di investimento, è richiesto a tutti gli amministratori, che vengono nominati in ragione della loro specifica competenza anche nell'interesse dei risparmiatori, di svolgere i compiti loro affidati dalla legge con particolare diligenza e, quindi, anche in presenza di eventuali organi delegati, sussiste il dovere dei singoli consiglieri di valutare l'adeguatezza dell'assetto



Ric. 2018 n. 34768 sez. 52 - ud. 30-11-2021 -60-

- organizzativo e contabile, nonché il generale andamento della gestione della società, e l'obbligo, in ipotesi di conoscenza o conoscibilità di irregolarità commesse nella prestazione dei servizi di investimento, di assumere ogni opportuna iniziativa per assicurare che la società si uniformi ad un comportamento diligente, corretto e trasparente. (Cass. n. 2620/2021; Cass. n. 24851/2019), non potendo a tal fine assumersi come causa esimente l'assenza di segnalazioni da parte degli amministratori delegati o delle altre strutture di controllo interno (Cass. n. 5606/2019, relativa a sanzioni irrogate al presidente del consiglio di amministrazione di una società finanziaria, privo di deleghe e membro, altresì, del comitato investimenti che si occupava della gestione strategica, per l'inadeguatezza dello scambio di informazioni tra i due organi, per l'assenza di un effettivo monitoraggio dell'esito delle operazioni approvate e di un controllo sulla liquidità dei fondi di investimento).



A tale principio si è quindi adeguata la sentenza gravata, il che implica il rigetto del motivo in esame.

12. Il dodicesimo motivo denuncia l'omesso esame di fatto decisivo nella parte in cui la sentenza ha fondato l'accertamento della negligenza del ricorrente, quanto al dovere di agire informato, su una pretesa anomalia del numero delle transazioni, del tutto esclusa dalle acquisizioni in atti.

Assume il ricorrente che la sentenza ha valorizzato l'enorme numero delle richieste di vendita delle azioni provenienti dai clienti, sostenendo che questo fosse un segnale di allarme idoneo a fondare la responsabilità. Soprattutto si è ravvisata, sempre come elemento sintomatico dell'operazione di collocamento dei titoli, avvenuta senza il rispetto delle regole imposte, la circostanza che vi fosse una campagna di

Ric. 2018 n. 34768 sez. S2 - ud. 30-11-2021 -61-

- vendita massiccia e priva di precedenti, affermazione questa però smentita dai dati numerici relativi ad altre annualità, che rivelano come il numero delle turnazioni fosse rimasto pressoché invariato, se non inferiore per il periodo interessato dalla contestazione.

Inoltre, quanto alle deroghe al cd. *blocking period*, la sentenza non avrebbe tenuto conto che le deroghe riguardavano non solo le vendite ma anche gli acquisti delle azioni.

12.1 Il motivo è inammissibile.

In primo luogo, richiamando la nozione di fatto decisivo idoneo a fondare in caso di omesso esame il vizio di cui al n. 5 dell'art. 360 co. 1 c.p.c., è evidente che quello denunziato non sia un fatto ma un giudizio espresso dalla Corte d'Appello, sulla scorta dei dati numerici rilevati in sede ispettiva. Ma ancor più depone per l'inammissibilità la circostanza che l'andamento delle operazioni nel corso degli anni è stato oggetto di specifica e puntuale valutazione in sentenza, essendosi sottolineato al fine di ricavare la ricorrenza di un segnale di allarme, la collocazione delle operazioni in un determinato quadro circostanziale profondamente inciso dalle novità normative, e che poneva come priorità la vendita delle azioni del fondo, onde rispettare i parametri imposti in sede comunitaria. Trattasi di valutazioni adeguatamente motivate e che escludono che le circostanze riferite in ricorso, anche ove riguardate come fatti, non siano state esaminate dal giudice di merito.

13. Il tredicesimo motivo denuncia la violazione dell'art. 191 t.u.f. nella parte in cui la Corte d'Appello ha confermato la sanzione applicata al ricorrente a titolo di colpa, là dove la fattispecie prevede la sanzionabilità solo a titolo di dolo.

Ric. 2018 n. 34768 sez. 52 - ud. 30-11-2021 -62-



•
•
•

Si deduce che la violazione di cui all'art. 94 t.u.f. presuppone che l'elemento soggettivo della condotta sanzionata sia connotato dalla volontarietà, non potendosi quindi invocare la applicazione dell'art. 3 della legge n. 689/1981 nella sua tradizionale interpretazione.

La sentenza impugnata avrebbe però eluso il problema sollevato in sede di opposizione, assumendo in motivazione che la consapevolezza sarebbe presunta in capo al ricorrente che con la sua negligenza avrebbe colposamente agevolato o reso possibile la realizzazione della sollecitazione abusiva, in tal modo non procedendosi alla verifica dell'elemento soggettivo del dolo.

13.1 Il motivo è evidentemente destituito di fondamento.

Il testo dell'art. 94 t.u.f. non offre, infatti, alcun elemento di carattere esegetico che possa avallare l'interpretazione invece suggerita dal ricorrente, che appare anzi sconfessata dalla circostanza che gli stessi commi 5 e 7 dell'articolo in questione addebitano la responsabilità all'autore del prospetto al difetto di diligenza quanto al riscontro della veridicità delle informazioni riportate, il che consente di ritenere che, anche in relazione all'ipotesi di responsabilità da omessa pubblicazione del prospetto (ove invece sia doverosa), sia sottoposta alla regola di cui all'art. 3 della legge n. 689/81 (per una sostanziale conferma di tale conclusione si veda anche Cass. n. 4114/2016, che ha confermato la sanzione comminata nei confronti di un intermediario finanziario che, avendo il dovere di garantire l'istituzione di un adeguato sistema di controllo di gestione da parte dell'emittente nella sua qualità di "sponsor" della quotazione e responsabile del collocamento dei titoli, non poteva andare esente da colpa sebbene si fosse affidato alle valutazioni di una società di revisione dallo stesso incaricata,



Ric. 2018 n. 34768 sez. 52 - ud. 30-11-2021 -63-

•
•
•

ribadendo che il giudizio di colpevolezza è ancorato a parametri normativi estranei al dato puramente psicologico, con limitazione dell'indagine sull'elemento oggettivo dell'illecito all'accertamento della "suitas" della condotta inosservante, per cui, una volta integrata e provata dall'autorità amministrativa la fattispecie tipica dell'illecito, grava sul trasgressore, in virtù della presunzione di colpa posta dall'art. 3 della l. n. 689 del 1981, l'onere di provare di aver agito in assenza di colpevolezza).

14. Il quattordicesimo motivo denuncia la violazione degli artt. 94 e 191 t.u.f. nella parte in cui la Corte d'Appello ha confermato la sanzione ritenendo sussistente un fenomeno sollecitatorio in presenza di condizioni di acquisto non standardizzate, così riconducendo nell'ambito dell'art. 94 t.u.f. quella che al più potrebbe essere qualificata come prestazione di servizi di investimento.

Si deduce che la vendita delle azioni è stata il frutto di trattative individuali con la clientela, senza che fosse possibile ravvisare una standardizzazione dell'offerta.

La Corte d'Appello ha trascurato i molteplici elementi che invece escludevano il carattere uniforme e standardizzato della vendita.

14.1 Il motivo è infondato.

In disparte il fatto che il motivo attinge un accertamento di merito riservato alla Corte d'appello ed operato con motivazione connotata da logicità e coerenza, deve in ogni caso ribadirsi con la precedente giurisprudenza (Cass. n. 4642/2018) che le azioni di banche di credito cooperativo ovvero delle banche popolari sono qualificabili come prodotti finanziari, poiché rappresentano una forma di investimento di natura finanziaria di cui all'art. 1 comma 1, lett. u) t.u.f., non

n

Ric. 2018 n. 34768 sez. 52 - ud. 30-11-2021 -64-

vi è sostanziale differenza nella nozione di offerta al pubblico individuata dal giudice di merito rispetto a quella propugnata dal ricorrente, differendo le due posizioni unicamente in ragione del convincimento del secondo che nella specie ne mancherebbero i presupposti fattuali, costituiti dalla offerta *in incertam, personam* ed in base a condizioni predeterminate ed uniformi.

L'affermazione del ricorrente secondo cui si tratterebbe a ben vedere di ordini impartiti dal cliente ed in ogni caso frutto di trattative individuali risulta smentita dalla sentenza impugnata che, sulla base della ricostruzione in fatto, non censurabile in questa sede, ha invece ritenuto che, pur con diverse modalità comunicative, fosse stata rivolta una determinata offerta di vendita delle azioni alla clientela, massivamente contattata dalla rete commerciale, clientela alla quale era offerto un titolo secondo un prezzo predeterminato e uniforme. Non può dubitarsi, pertanto, della natura di offerta al pubblico in violazione dell'art. 194, comma 1, TUF trattandosi di una vasta operazione avente ad oggetto una sollecitazione all'acquisto da parte dei clienti della banca in contropartita diretta azioni BPVI e in presenza di condizioni standardizzate pur figurando le stesse effettuate su iniziativa dei medesimi clienti.

15. Il quindicesimo motivo di ricorso denuncia la violazione dell'art. 91 c.p.c. nella parte in cui la Corte d'Appello ha disposto la condanna del ricorrente al pagamento delle spese di lite a favore della Consob, nonostante quest'ultima si sia difesa con funzionari interni e non con avvocati del libero foro, senza peraltro incorrere in alcuna spesa (al di là dello stipendio già garantito ai medesimi funzionari) per la difesa in giudizio.

Ric. 2018 n. 34768 sez. 52 - ud. 30-11-2021 -65-

•
-
•

Si rileva che la giurisprudenza di questa Corte ha reiteratamente affermato che ove la PA si sia difesa a mezzo di un proprio funzionario appositamente delegato, ove la stessa e risulti vittoriosa, vanno riconosciute le sole spese vive debitamente documentate, non potendo trovare riconoscimento la richiesta di pagamento dei diritti e degli onorari (cfr. Cass. n. 17674/2004; Cass. n. 12232/2003).

Poiché la Consob è stata difesa da propri dipendenti non potevano esserle liquidate le spese in base ai parametri previsti per le spese di lite.

15.1 Il motivo è evidentemente destituito di fondamento.

Il principio richiamato in motivo si attaglia alla ipotesi in cui il funzionario che assista la PA non rivesta nella specie la qualità di avvocato, in quanto non iscritto, come invece i difensori di parte controricorrente, all'elenco speciale in passato disciplinato dall'art. 3 co. 4 lett. B del RD n. 1578/1933, ed oggi dall'art. 15 lett. C) della legge n. 247/2012.

Pur dovendosi ribadire le peculiarità della disciplina approntata per tale categoria di professionisti (si veda Cass. S.U. n. 19547/2010, secondo cui l'iscrizione nell'albo speciale degli avvocati e procuratori legali dipendenti da enti pubblici richiede, quale presupposto imprescindibile, la "esclusività" dell'espletamento, da parte degli stessi, dell'attività di assistenza, rappresentanza e difesa dell'ente pubblico, presso il quale prestano la propria opera, nelle cause e negli affari dell'ente stesso, essendo l'esclusività negata qualora accanto a compiti riconducibili alla attività di assistenza e rappresentanza e difesa dell'ente svolgano mansioni amministrative o, comunque di natura diversa; conf. Cass. S.U. n. 3733/2002), risulta tuttavia evidente, in ragione

h

Ric. 2018 n. 34768 sez. S2 - ud. 30-11-2021 -66-

•
•
•

dell'iscrizione all'albo circondariale, sebbene in un elenco speciale, che si tratta di soggetti legittimamente esercenti la professione forense, la cui assistenza impone a favore della parte vittoriosa che si sia avvalsa delle loro prestazioni, che la liquidazione avvenga sulla base delle tariffe forensi vigenti.

Va quindi ribadito il principio secondo cui, qualora la autorità amministrativa sia rappresentata in giudizio non da un funzionario delegato ma da un difensore, ai sensi degli artt. 82 e 87 Cod. Proc. Civ., il diritto dell'amministrazione al rimborso delle spese di lite, ex art. 91 Cod. Proc. Civ., comprende anche i relativi onorari di difesa e diritti di procuratore, ancorché detto difensore sia anche un suo dipendente, atteso che quel diritto sorge per il solo fatto che la parte vittoriosa è stata in giudizio con il ministero di un difensore tecnico (Cass. n. 19274/2006; Cass. n. 4970/1999).

16. Il ricorso deve pertanto essere rigettato, dovendosi regolare le spese in base al principio della soccombenza, come da dispositivo.

17. Ai sensi dell'art. 13, comma 1 quater, del d.P.R. n. 115 del 2002, si dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento da parte del ricorrente principale di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per il ricorso principale a norma dell'art. 1 bis dello stesso art. 13, se dovuto.

PQM

Rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al rimborso in favore della controricorrente delle spese del presente giudizio che liquida in complessivi € 7300,00, più € 200,00 per esborsi;

Ai sensi dell'art. 13, co. 1 quater, del d.P.R. n. 115/2002, inserito dall'art. 1, co. 17, l. n. 228/12, dichiara la sussistenza dei presupposti processuali per il versamento di un ulteriore



Ric. 2018 n. 34768 sez. 52 - ud. 30-11-2021 -67-

•
•
•

importo a titolo di contributo unificato per il ricorso principale a norma dell'art. 1 *bis* dello stesso art. 13, se dovuto.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della 2^a Sezione Civile, in data 30 novembre 2021.

Il Presidente

Felice Manna

Il Funzionario Giudiziale
Valeria NERI

DEPOSITATO IN CANCELLERIA

Roma, 18 FEB. 2022