

Civile Ord. Sez. 2 Num. 16275 Anno 2022

Presidente: MANNA FELICE

Relatore: VARRONE LUCA
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

Data pubblicazione: 19/05/2022
SECONDA SEZIONE CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:	Oggetto
Dott. FELICE MANNA - Presidente -	BANCA
Dott. MILENA FALASCHI - Consigliere -	
Dott. GIUSEPPE FORTUNATO - Consigliere -	Ud. 12/04/2022 - CC
Dott. MAURO CRISCUOLO - Consigliere -	R.G.N. 32338/2018
Dott. LUCA VARRONE Rel. Consigliere	

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sul ricorso 32338-2018 proposto da:

MARIA CARLA MACOLA, elettivamente domiciliata in ROMA, VIALE GIUSEPPE MAZZINI, n. 55, presso lo studio dell'avvocato ROBERTO MASTROSANTI, che la rappresenta e difende unitamente all'avv.to ANTONIO LOVISETTO;

- ricorrente -

contro

CONSOB - COMMISSIONE NAZ.PER LA SOCIETÀ E LA BORSA 80204250585, elettivamente domiciliato in ROMA, Via GIOVANNI BATTISTA MARTINI n. 3, presso lo studio dell'avvocato SALVATORE PROVIDENTI, , che la rappresenta e difende unitamente agli avvocati PAOLO PALMISANO, ANTONELLA VALENTE, giusta procura in calce al controricorso;

- controricorrente -

Numero registro generale 32338/2018

Numero sezionale 782/2022

Numero di raccolta generale 16275/2022

Data pubblicazione 19/05/2022

avverso la sentenza n. 34/2018 della CORTE D'APPELLO di VENEZIA, depositata il 03/04/2018;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 12/04/2022 dal Consigliere Dott. LUCA VARRONE;

udito l'Avvocato;

Lette le memorie depositate dalle parti;

RAGIONI IN FATTO DELLA DECISIONE

1. Maria Carla Macola proponeva opposizione avverso la Delib. n. 19935 del 2017, con cui CONSOB, all'esito del procedimento disciplinato dall'art. 195 D.Lgs. n. 58 del 1998, applicava alla ricorrente la sanzione di euro 125.000,00. In particolare, CONSOB contestava all'opponente, nella qualità di consigliere di amministrazione di Banca Popolare di Vicenza a partire dal 21/04/2007, le seguenti violazioni:

1) art. 21, comma 1, lettera d), t.u.f. e art. 15 Regolamento congiunto Banca d'Italia/Consob, nonché dell'art. 21, comma 1, lettera a), t.u.f. e degli artt. 39 e 40 Regolamento Intermediari n. 16190/2007 in relazione alla valutazione di adeguatezza delle operazioni (periodo 1.4.2011-22.4.2015);

2) art. 21, comma 1, lettera a), t.u.f. in relazione all'attività di finanziamento della clientela finalizzata all'acquisto di azioni della Banca (periodo 1.1.2012-22.4.2015);

3) art. 21, comma 1, lettera d), t.u.f. e art. 15 Regolamento congiunto Banca d'Italia/Consob, nonché art. 21, comma 1, lettera a), t.u.f. e art. 49, commi 1 e 3, Regolamento Intermediari in relazione alla gestione degli ordini dei clienti (periodo 1.4.2011-22.4.2015);

4) art. 21, comma 1, lettera d), t.u.f. e art. 15, comma 1, Regolamento congiunto Banca d'Italia/Consob, nonché degli artt. 19 e 21 del citato Regolamento congiunto, in relazione

Ric. 2018 n. 32338 sez. S2 - ud. 12-04-2022

-2-

Numero registro generale 32338/2018

Numero sezionale 782/2022

Numero di raccolta generale 16275/2022

Data pubblicazione 19/05/2022

alle procedure di pricing delle azioni della Banca (periodo 1.4.2011-22.4.2015);

5) art. 8 comma 1 t.u.f. in materia di vigilanza informativa della Consob (periodo 23.5.2014-22.4.2015).

La sanzione complessiva era di euro 125.000,00 pari a euro 80.000 per la violazione n. 2, aumentata, per effetto del cumulo giuridico, di euro 10.000 per la violazione n. 1, di euro 10.000 per la violazione n. 3, di euro 15.000 per la violazione n. 4 e di euro 10.000 per la violazione n. 5.

2. Si costituiva in giudizio Consob, resistendo all'opposizione e chiedendone il rigetto.

3. La Corte d'Appello di Venezia rigettava l'opposizione condannando l'opponente al rimborso delle spese di lite.

La sentenza ribadiva la competenza della Consob ad irrogare le sanzioni di cui alla delibera opposta, trattandosi di violazioni rientranti nelle attribuzioni di tale autorità e non della Banca d'Italia e reputava corretta l'applicazione del cumulo giuridico delle sanzioni. In particolare, il giudice del merito disattendeva tutte le seguenti questioni preliminari: mancanza di motivazione della delibera impugnata; mancato rispetto del principio della separazione delle funzioni istruttorie da quelle decisorie; violazione del diritto di accesso; violazione del principio di imparzialità; tardività della contestazione; violazione del principio del *favor rei*; violazione del principio del *ne bis in idem*.

4. Quindi, riassunte le vicende del gruppo Banca Popolare di Vicenza, con il richiamo ai vari aumenti di capitale deliberati nel 2014, riteneva sussistenti tutte le violazioni oggetto di contestazione, alla luce del complesso materiale istruttorio raccolto dalla Consob nella fase ispettiva.

Ric. 2018 n. 32338 sez. S2 - ud. 12-04-2022

-3-

Numero registro generale 32338/2018

Numero sezionale 782/2022

Numero di raccolta generale 16275/2022

Data pubblicazione 19/05/2022

Quanto al profilo soggettivo degli illeciti contestati, la Corte d'Appello, richiamato il contenuto dell'art. 3 della legge n. 689/81, così come interpretato dalla prevalente giurisprudenza, rilevava che dal 7 ottobre 2011 sino al 12 dicembre 2015 non erano state conferite deleghe nell'ambito del CdA, così che tutti i consiglieri erano onerati di verificare che la società fosse munita di un governo efficace dei rischi, esercitando una funzione dialettica e di monitoraggio sulle scelte compiute dagli organi esecutivi.

Né poteva invocarsi la buona fede anche a voler sottolineare la pretesa esistenza di un disegno da parte dei vertici societari volto ad occultare le numerose irregolarità operative poi riscontrate in sede ispettiva, e ciò avuto riguardo al livello di diligenza richiesto ai componenti del CdA, designati sulla base di elevati e specifici requisiti previsti dall'art. 13 t.u.f.

Sussisteva nella specie la violazione del dovere di informarsi, anche tramite interlocuzione con le strutture interne della società, onde poter poi richiamare l'attenzione dell'organo amministrativo circa il rispetto delle regole che governano la corretta esecuzione dei servizi di investimento.

Le mere rassicurazioni offerte dalle strutture interne non esimevano quindi dal dovere di un approfondimento.

Ciò valeva in particolare per le violazioni procedurali di cui agli illeciti nn. 1, 3 e 4 nonché per quelle comportamentali di cui agli illeciti nn. 1 e 3. Quanto alla violazione di cui al n. 2 videnziava l'irrilevanza delle condotte di Giustini e Sorato.

Inoltre, già nel 2014 la Consob aveva sollecitato la banca a porre particolare attenzione al tema dei finanziamenti correlati all'acquisto di azioni proprie, il che avrebbe dovuto

Ric. 2018 n. 32338 sez. S2 - ud. 12-04-2022

-4-

Numero registro generale 32338/2018

Numero sezionale 782/2022

Numero di raccolta generale 16275/2022

Data pubblicazione 19/05/2022

allertare anche l'opponente al fine di adempiere ai propri doveri di componente del CdA.

Quanto alla violazione n. 4 non assumeva alcuna rilevanza la nomina di un esperto indipendente, in quanto l'incarico professionale conferito dalla banca aveva ad oggetto profili solo tecnici ed era riconducibile a un rapporto di consulenza professionale correlato a funzioni ritenute non essenziali. L'assenza di formalizzazione dei flussi informativi con l'esperto indipendente avrebbe potuto e dovuto essere rilevata anche dal ricorrente che in qualità di componente dell'organo amministrativo era tra i principali destinatari di tali flussi riguardante la stima del valore delle azioni della banca. Basti considerare che il consiglio di amministrazione aveva deliberato la proposta di prezzo delle azioni della banca nelle sedute del 1° aprile 2014 e dell'8 aprile 2015, dopo aver esaminato la relativa documentazione solo nel brevissimo tempo prima dell'inizio delle sedute.

Quanto alla violazione n. 5, la circostanza che il responsabile della funzione *internal audit* non aveva informato il CDA della pratica dei finanziamenti correlati all'acquisto di azioni BPVi non esimeva l'opponente da responsabilità, in quanto avrebbe dovuto in ogni caso vigilare sul contenuto dell'informativa, e ciò anche in ragione dell'importanza dell'operazione di aumento di capitale cui si correlava.

4. Per la cassazione di tale sentenza ha proposto ricorso Maria Carla Macola sulla base di dodici 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

Ric. 2018 n. 32338 sez. S2 - ud. 12-04-2022

-5-

Numero registro generale 32338/2018

Numero sezionale 782/2022

Numero di raccolta generale 16275/2022

Data pubblicazione 19/05/2022

1. Il primo motivo di ricorso è così rubricato: violazione o falsa applicazione degli articoli 195 d. lgs. n. 58 del 1998 nonché articoli 22, 23 e 24 della l. n. 241 del 1990 nonché dell'art. 6 CEDU con riferimento alla violazione del diritto d'accesso spettante alla ricorrente.

La censura ha ad oggetto il diniego di accesso a tutti i documenti posti a fondamento del provvedimento sanzionatorio.

Il diritto d'accesso a parere della ricorrente integra una prerogativa posta a tutela dell'esercizio del diritto di difesa volta ad assicurare la parità delle armi nel processo. Circostanza pacifica in causa è che vi sia stata una mancata ostensione dell'intera massa degli atti e documenti acquisiti ed esaminati nel corso dell'ispezione. Ne consegue che solo mediante l'ostensione di tutti documenti acquisiti ed esaminati dalla Consob si può realizzare la parità delle armi e dei diritti di difesa, r

imanendo altrimenti preclusa la possibilità di utilizzare alcuni documenti che la ricorrente potrebbe ritenere utili alla propria difesa in giudizio e ciò solo sulla base di una valutazione discrezionale della Consob.

La motivazione di rigetto della corte d'appello sarebbe erronea ed in violazione delle norme sopra indicate.

1.1 Il primo motivo di ricorso è infondato.

La Corte d'Appello ha evidenziato nel rigettare la richiesta di accesso che è pacifica la circostanza che i documenti di cui, in maniera generica e indistinta, la ricorrente denuncia la mancata ostensione non costituiscono il corredo delle prove costituite poste a fondamento degli addebiti mossi dalla Consob, cosicché neppure astrattamente la loro messa a disposizione appare funzionale a garantire all'opponente

Ric. 2018 n. 32338 sez. S2 - ud. 12-04-2022

-6-

Numero registro generale 32338/2018

Numero sezionale 782/2022

Numero di raccolta generale 16275/2022

Data pubblicazione 19/05/2022

l'esercizio del diritto di difesa, posto che l'incolpazione si fonda su profili giuridico fattuali indubbiamente portati a conoscenza del ricorrente. Proprio l'irrilevanza (ai fini dell'incolpazione) della documentazione non allegata alla relazione ispettiva, in quanto estranea all'illecito amministrativo, ne giustifica 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, TUF 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 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).

La Corte d'Appello ha anche aggiunto che i documenti di cui il ricorrente denuncia la mancata ostensione sono stati 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

Ric. 2018 n. 32338 sez. S2 - ud. 12-04-2022

-7-

Numero registro generale 32338/2018

Numero sezionale 782/2022

Numero di raccolta generale 16275/2022

Data pubblicazione 19/05/2022

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.

La decisione deve essere confermata.

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 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).

Ric. 2018 n. 32338 sez. S2 - ud. 12-04-2022

-8-

Numero registro generale 32338/2018

Numero sezionale 782/2022

Numero di raccolta generale 16275/2022

Data pubblicazione 19/05/2022

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. 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.

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

Ric. 2018 n. 32338 sez. S2 - ud. 12-04-2022

-9-

Numero registro generale 32338/2018

Numero sezionale 782/2022

Numero di raccolta generale 16275/2022

Data pubblicazione 19/05/2022

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).

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 introdotto alcuna domanda di accesso, limitata – invece - agli ulteriori atti utilizzati ai fini della contestazione.

Deve infine ribadirsi il principio affermato dalla CEDU nella sentenza del 30/6/2011 C. 25041/07, che ha escluso la violazione delle norme della Convenzione, osservando (cfr. punto 61) che la 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.

Le ragioni di infondatezza sopra esposte valgono anche in relazione alla prospettata questione di legittimità costituzionale di violazione dell'art. 24 Cost. che risulta irrilevante oltre che manifestamente infondata.

2. Il secondo motivo di ricorso è così rubricato: violazione e falsa applicazione dell'articolo 195 d. lgs. n. 58 del 1998 con

Ric. 2018 n. 32338 sez. S2 - ud. 12-04-2022

-10-

Numero registro generale 32338/2018

Numero sezionale 782/2022

Numero di raccolta generale 16275/2022

Data pubblicazione 19/05/2022

riferimento alla tardività della contestazione della Consob e conseguente decadenza di questa dal potere punitivo. Violazione dell'art. 6 CEDU. Omesso esame circa un fatto decisivo controverso tra le parti.

La censura ha ad oggetto la tardività dell'azione sanzionatoria di Consob per il decorso del termine di 180 giorni tra la raccolta della documentazione con riferimento alla data del 17 settembre 2015 e la notifica della contestazione avvenuta in data 30 marzo 2016.

La ricorrente ritiene che la diversità tra contestazione dei fatti e accertamento delle violazioni non possa comportare che il *dies a quo* non sia predeterminato. In tal senso lamenta anche la violazione dell'articolo 6 CEDU.

Inoltre, censura l'omesso esame di un fatto controverso oggetto di discussione in quanto alla data del 24 luglio 2015 la commissione aveva già acquisito i verbali del consiglio di amministrazione, del comitato soci, la corrispondenza con la Banca centrale europea, le relazioni della divisione *internal audit*, la corrispondenza elettronica dei dirigenti della banca e le informative sulle prassi. In sostanza tutti i documenti a sostegno degli addebiti erano stati acquisiti in epoca ampiamente anteriore rispetto al 17 settembre 2015 e dunque ampiamente prima del termine di 180 giorni precedente la notifica della contestazione.

2.1 Il secondo motivo di ricorso è infondato.

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

Ric. 2018 n. 32338 sez. S2 - ud. 12-04-2022

-11-

Numero registro generale 32338/2018

Numero sezionale 782/2022

Numero di raccolta generale 16275/2022

Data pubblicazione 19/05/2022

collegiale dopo l'esaurimento dell'attività istruttoria, siano 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 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

Ric. 2018 n. 32338 sez. S2 - ud. 12-04-2022

-12-

Numero registro generale 32338/2018

Numero sezionale 782/2022

Numero di raccolta generale 16275/2022

Data pubblicazione 19/05/2022

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 20.10.2015 (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 30.3.2016 risultava tempestiva.

Ritiene la Corte che la decisione impugnata sia da confermare 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 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.

Ric. 2018 n. 32338 sez. S2 - ud. 12-04-2022

-13-

Numero registro generale 32338/2018

Numero sezionale 782/2022

Numero di raccolta generale 16275/2022

Data pubblicazione 19/05/2022

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.

La sentenza gravata ha ritenuto oggettivamente giustificata la successiva acquisizione documentale, evidenziando oltre alla connessione delle violazioni da contestare (unico profilo sul quale specificamente si appunta la critica del ricorrente), anche la rilevanza del numero dei soggetti coinvolti, ritenendo irragionevole poter scindere la posizione del singolo da quella degli autori delle altre condotte

Ric. 2018 n. 32338 sez. S2 - ud. 12-04-2022

-14-

Numero registro generale 32338/2018

Numero sezionale 782/2022

Numero di raccolta generale 16275/2022

Data pubblicazione 19/05/2022

che complessivamente hanno concorso a delineare il quadro fattuale nel quale si colloca anche la condotta dell'opponente (e di ciò si ha conferma poi nella complessiva disamina delle contestazioni relative alla sussistenza oggettiva delle condotte sanzionate, che evidenziano come il loro accertamento non potesse prescindere da una valutazione della pluralità di apporti soggettivi, non potendosi atomisticamente valutare la sola posizione del ricorrente).

Per gli stessi motivi deve rigettarsi la censura di omesso esame di un fatto decisivo. Il fatto omesso sarebbe in sostanza quello relativo alla sufficienza della documentazione acquisita alla data del 17 settembre 2015.

Le considerazioni sopra svolte danno contezza del giudizio effettivamente compiuto dalla Corte d'Appello circa la non superfluità, e sulla base della valutazione *ex ante* imposta in questo caso, degli approfondimenti istruttori, i quali hanno spostato in avanti il termine in cui può ritenersi maturato il *dies a quo* per la contestazione.

3. Il terzo motivo di ricorso è così rubricato: violazione o falsa applicazione degli articoli 6 e 7 CEDU, dell'articolo 190 *bis* TUF, con riferimento alla mancata applicazione del *favor rei* risultante dalla *lex mitior* successiva.

La ricorrente lamenta che il novellato articolo 190 *bis* TUF oggi esclude la responsabilità della ricorrente per i fatti che le vengono addebitati e, dunque, dovrebbe farsi applicazione della legge più favorevole successiva in ragione della natura penale della sanzione e nonostante la vigenza dell'articolo 6, comma 2, del d. lgs. n. 72 del 2015. Infatti, nella specie la sanzione avrebbe natura penale e, dunque, dovrebbero essere riconosciute tutte le garanzie che ne discendono e dunque anche il principio della legge sopravvenuta più favorevole.

Ric. 2018 n. 32338 sez. S2 - ud. 12-04-2022

-15-

Numero registro generale 32338/2018

Numero sezionale 782/2022

Numero di raccolta generale 16275/2022

Data pubblicazione 19/05/2022

3.1 Il terzo motivo di ricorso è infondato.

Diversamente da quanto ritenuto dal ricorrente 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 compatibilità con le garanzie di cui agli artt. 6 e 7 CEDU.

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.

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 farsi applicazione 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 d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, si applicano alle violazioni commesse dopo l'entrata in vigore delle disposizioni adottate dalla Consob e dalla Banca

Ric. 2018 n. 32338 sez. S2 - ud. 12-04-2022

-16-

Numero registro generale 32338/2018

Numero sezionale 782/2022

Numero di raccolta generale 16275/2022

Data pubblicazione 19/05/2022

d'Italia secondo le rispettive competenze ai sensi dell'articolo 196-bis d. lgs. 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 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 analogo censura proprio in relazione a sanzioni irrogate ai sensi dell'art. 190 t.u.f.

Ric. 2018 n. 32338 sez. S2 - ud. 12-04-2022

-17-

Numero registro generale 32338/2018

Numero sezionale 782/2022

Numero di raccolta generale 16275/2022

Data pubblicazione 19/05/2022

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 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

Ric. 2018 n. 32338 sez. S2 - ud. 12-04-2022

-18-

Numero registro generale 32338/2018

Numero sezionale 782/2022

Numero di raccolta generale 16275/2022

Data pubblicazione 19/05/2022

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 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 appare configurabile la dedotta

Ric. 2018 n. 32338 sez. S2 - ud. 12-04-2022

-19-

Numero registro generale 32338/2018

Numero sezionale 782/2022

Numero di raccolta generale 16275/2022

Data pubblicazione 19/05/2022

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).

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

4. Il quarto motivo di ricorso è così rubricato: violazione degli articoli 5 e 6 TUF, nonché dell'articolo 6 CEDU per

Ric. 2018 n. 32338 sez. S2 - ud. 12-04-2022

-20-

Numero registro generale 32338/2018

Numero sezionale 782/2022

Numero di raccolta generale 16275/2022

Data pubblicazione 19/05/2022

incompetenza della Consob (con riferimento alla violazione n. 4, carenza del processo di pricing).

Secondo la corte d'appello gli strumenti di valutazione del *fair value* sono espressamente ricompresi tra i presidi di correttezza di cui alla DIN/9019104 della Consob quindi per effetto dell'articolo 5, terzo comma, tuf rientrano nella sua competenza e che (pagina 102 della sentenza) l'eccezione della ricorrente riposerebbe sull'errato presupposto che ci si muove sul terreno della esternalizzazione di funzioni operative importanti dell'intermediario, mentre l'operato del professor Bini sarebbe da considerare alla stregua di una consulenza professionale riconducibile a funzioni ritenute non essenziali e dunque escluse dal perimetro della disciplina della esternalizzazione.

Secondo la ricorrente la distribuzione della competenza tra la Consob la Banca d'Italia è disciplinata dagli articoli 5 e 6 del tuf, sicché il richiamo alla comunicazione della divisione intermediari sopra citata sarebbe illegittimo in quanto le norme sulla competenza non possono essere determinate se non in forza di legge e si pongono al di sopra delle attività delle autorità stessa.

Inoltre, sarebbe illegittima anche l'esclusione nel caso in esame di una effettiva esternalizzazione posta in essere in seno alla banca quanto al procedimento per il *pricing* delle azioni mediante il conferimento dell'incarico professor Bini.

Ciò premesso, secondo la ricorrente, la materia dell'esternalizzazione di funzioni operative essenziale importanti o di servizio attività è prevista alla lettera k dell'articolo 6, comma 2 *bis*, del TUF affidate dal comma successivo alla vigilanza della Banca d'Italia e Consob in relazione alle rispettive funzioni di cui all'articolo 5, comma 2

Ric. 2018 n. 32338 sez. S2 - ud. 12-04-2022

-21-

Numero registro generale 32338/2018

Numero sezionale 782/2022

Numero di raccolta generale 16275/2022

Data pubblicazione 19/05/2022

3. L'articolo 5, comma 2, affida alla Banca d'Italia la vigilanza laddove questa involge la stabilità patrimoniale e la sana e prudente gestione degli intermediari. Sulla base di tali considerazioni a parere della ricorrente la competenza di vigilanza spettava alla Banca d'Italia e non alla consob.

4.1 Il quarto motivo di ricorso è infondato.

La giurisprudenza di questa Corte ha precisato che (Cass. n. 6738/2016) in tema di vigilanza sull'attività di intermediazione finanziaria, gli artt. 5 e 6 del d.lgs. n. 58 del 1998 prevedono un sistema di controllo duale, nell'ambito del quale alla Banca d'Italia è attribuita la competenza relativa al controllo del rischio ed alla stabilità patrimoniale mentre alla Consob quella relativa alla trasparenza ed alla correttezza dei comportamenti (Nella specie, la S.C. ha ritenuto la competenza della CONSOB poiché attività ispettiva svolta sui controlli e sui sistemi informativi interni di una società di gestione del risparmio era intesa a verificare, in concreto, la corretta prestazione del servizio di investimento, l'adeguatezza delle operazioni disposte per conto della clientela e il rispetto delle regole in tema di conflitto di interessi e, dunque, verteva tutta su fatti e comportamenti incidenti sulla trasparenza e correttezza dell'operato della banca).

La regola è stata di recente ribadita da Cass. n. 2333/2021, che ha precisato che il procedimento sanzionatorio della Banca d'Italia si riferisce alle carenze organizzative e del sistema dei controlli interni ed è evidentemente funzionale al rispetto di standard unitari di corretta gestione degli operatori finanziari attivi sul mercato, mentre quello affidato alla Consob riguarda i profili di inadempimento degli obblighi di adottare procedure idonee a garantire l'efficiente, corretto e trasparente svolgimento dei servizi di intermediazione finanziaria e delle

Ric. 2018 n. 32338 sez. S2 - ud. 12-04-2022

-22-

Numero registro generale 32338/2018

Numero sezionale 782/2022

Numero di raccolta generale 16275/2022

Data pubblicazione 19/05/2022

attività di investimento, in funzione di protezione tanto del cliente, ritenuto soggetto debole nell'ambito del rapporto intersoggettivo corrente tra questi e l'operatore finanziario, quanto della corretta gestione dei servizi sul mercato finanziario (cfr. Cass. 3845/20, pag. 8; si veda anche, nello stesso senso Cass. n. 21017/19).

In questo senso si veda anche Cass. n. 19558/2020, secondo cui in materia di sanzioni amministrative nei confronti degli intermediari mobiliari, ove la condotta sanzionata consista nella violazione, da parte di soggetti che svolgono funzioni di direzione, amministrazione o controllo di istituti bancari, dei doveri concernenti il momento organizzativo, preordinati alla tutela non solo del cliente, ma anche della trasparenza e correttezza dell'operato della banca e dell'integrità del mercato, l'autorità competente ad irrogare le sanzioni è la CONSOB, ai sensi degli artt. 5, 21 e 190 del T.U.F., restando irrilevante che dalle violazioni siano poi derivate pratiche commerciali scorrette e senza che ciò determini un contrasto della disciplina del T.U.F. con l'art. 27, comma 1-bis, del d.lgs. n. 206 del 2005, introdotto dall'art. 1, comma 6, lett. a), del d.lgs. n. 21 del 2014, che attribuisce in via esclusiva all'AGCM la tutela amministrativa del consumatore contro simili pratiche.

La lettura delle norme contenute nel t.u.f. ed in particolare degli art. 5 e 6, conferma la correttezza di tale conclusione che va qui ribadita, essendo quindi evidente, alla luce delle contestazioni mosse, come le violazioni riscontrate attengano alla vigilanza di cui alle attività del primo comma dell'art. 5, ma per gli aspetti che sono strettamente inerenti alla trasparenza ed alla correttezza dei comportamenti, essendosi prese in esame le condotte per quanto potevano effettivamente incidere

Ric. 2018 n. 32338 sez. S2 - ud. 12-04-2022

-23-

Numero registro generale 32338/2018

Numero sezionale 782/2022

Numero di raccolta generale 16275/2022

Data pubblicazione 19/05/2022

sul collocamento e la contrattazione delle azioni emesse dalla stessa banca, in vista della loro offerta a potenziali investitori, e ciò anche per quanto attiene alla prodromica, ma pur sempre necessaria, attività di fissazione del *fair value*, trattandosi nella specie di prodotti finanziari illiquidi, la cui vigilanza, quanto alla circolazione, compete alla Consob.

5. Il quinto motivo di ricorso è così rubricato: Violazione dell'articolo 7, e dell'articolo 4 protocollo VII CEDU in relazione al principio del *ne bis in idem* ed alla unitarietà dei fatti oggetto delle violazioni.

La ricorrente ritiene che sia violato il principio del *ne bis in idem* non essendo consentito che un'identica condotta sia sanzionata più volte a seguito di una diversa valutazione o configurazione giuridica.

Nella specie la attività svolta dalla banca con carattere continuativo e sistematico nei confronti della clientela finalizzata all'acquisto di azioni costituirebbe una circostanza unica ed unitaria anche se esaminata sotto diversi profili.

5.1 Il quinto motivo di ricorso è infondato.

La condotta sanzionata nel caso di specie attiene a plurime omissioni rilevanti ai fini della consumazione delle diverse fattispecie di illecito contestate. La Condotta omissiva si è concretizzata di volta in volta nell'aver omesso di porre in essere determinati comportamenti, distinti e ben individuati nei vari atti di contestazione, sicché è del tutto infondata la tesi secondo la quale tutte le omissioni sarebbero riconducibili ad un'unica condotta.

Peraltro, rispetto alle condotte contestate con la delibera in questa sede impugnata è stato applicato il cumulo giuridico ai sensi dell'art. 8 della l. n. 689 del 1981 risultando del tutto

Ric. 2018 n. 32338 sez. S2 - ud. 12-04-2022

-24-

Numero registro generale 32338/2018

Numero sezionale 782/2022

Numero di raccolta generale 16275/2022

Data pubblicazione 19/05/2022

evidente che si tratta di condotte omissive del tutto diverse e non assimilabili.

6. Il sesto motivo di ricorso è così rubricato: violazione e falsa applicazione dell'articolo 195 TUF con riferimento alla mancata audizione personale della ricorrente.

La dottoressa Macola aveva chiesto di essere sentita e la Corte ha rigettato la richiesta ritenendola inammissibile in quanto non risultavano indicate le circostanze sulle quali voleva essere sentita. Ciò comporterebbe una palese violazione di legge ed in particolare dell'articolo 195 tuf, che al comma 7 dispone l'audizione personale delle parti che ne facciano richiesta. A parere della ricorrente l'audizione personale è distinta dai mezzi di prova ed è sottratta alla valutazione del giudice.

6.1 Il sesto motivo di ricorso è infondato.

Occorre 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 incumbente imprescindibile, come risulta dal confronto con l'art. 196 dello stesso T.U.F., riguardante i promotori finanziari.

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 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

Ric. 2018 n. 32338 sez. S2 - ud. 12-04-2022

-25-

Numero registro generale 32338/2018

Numero sezionale 782/2022

Numero di raccolta generale 16275/2022

Data pubblicazione 19/05/2022

caso ancorare l'ammissione delle prove alla valutazione di rilevanza ed ammissibilità dei singoli mezzi proposti dalla parte (così Cass. n. 16517/2020 cit.).

7. Il settimo motivo di ricorso è così rubricato: violazione ed erronea applicazione del principio di ragionevolezza da ricondurre agli articoli 3 e 23 della Costituzione.

Un primo profilo trasversale rispetto alle violazioni lamentate riguarda l'uso illegittimo del principio di ragionevolezza effettuato dalla Corte d'Appello di Venezia. A parere del ricorrente il concetto di ragionevolezza costituisce un elemento indefettibile nel contesto di qualsivoglia procedimento chiamato a valutare la sussistenza di una responsabilità a carico di un determinato soggetto, sia essa civile, amministrativa, disciplinare o penale. In altri termini non può esservi responsabilità se non vi è stata una deviazione rispetto al contegno che ragionevolmente poteva pretendersi dal soggetto. Tale principio può essere ricondotto all'articolo 3 e all'articolo 23 della costituzione. La responsabilità deve modellarsi in relazione alle condotte che ragionevolmente è dato attendersi da un soggetto, avuto riguardo non solo alla posizione che occupa ed all'attività che svolge ma anche al complessivo contesto fattuale nel quale si è trovato al momento del verificarsi del fatto che gli viene addebitato. Nel caso di specie la dottoressa Macola con riferimento alle violazioni addebitatele non era conoscenza di anomalie e non le erano state trasmesse informazioni e, dalla stessa funzione di *internal audit* non era emersa alcuna anomalia nei processi nelle operazioni e nei controlli. Le violazioni dovevano ricondursi al comportamento dal doloso di taluni soggetti appartenenti alla struttura della banca che hanno posto in essere precise condotte finalizzata a tenere celate membri del

Ric. 2018 n. 32338 sez. S2 - ud. 12-04-2022

-26-

Numero registro generale 32338/2018

Numero sezionale 782/2022

Numero di raccolta generale 16275/2022

Data pubblicazione 19/05/2022

consiglio di amministrazione le prassi legittima illecite che avevano imposto all'interno della struttura, così intervenendo condono nella fattispecie. La condotta pretesa dalla dottoressa Macola era inesigibile chiedendosi una conoscenza tecnica superiore a quella della stessa autorità di vigilanza. Non è possibile dunque ricondurre ricondotta alla violazione di carenze procedurali trattandosi di fatti dolosi compiuti.

7.1 Il settimo motivo di ricorso è inammissibile.

Deve ribadirsi il principio costantemente affermato da questa Corte secondo il quale: La violazione delle norme costituzionali non può essere prospettata direttamente come motivo di ricorso per cassazione ex art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c., in quanto il contrasto tra la decisione impugnata e i parametri costituzionali, realizzandosi sempre per il tramite dell'applicazione di una norma di legge, deve essere portato ad emersione mediante l'eccezione di illegittimità costituzionale della norma applicata (Sez. 5, Ord. n. 15879 del 2018).

Risulta evidente, pertanto, che la violazione del principio di ragionevolezza ricondotto agli artt. 3 e 23 Cost. non può essere dedotta come motivo di violazione di legge in sede di ricorso per cassazione.

Peraltro, la complessiva censura involge una richiesta di rivalutazione in fatto delle risultanze istruttorie al fine di evidenziare una pretesa inesigibilità della condotta contestata alla ricorrente. Anche sotto questo profilo la censura è inammissibile. La corte territoriale è giunta alle dette conclusioni con corretto apprezzamento di merito esponendo adeguatamente le ragioni del suo convincimento. La valutazione circa la responsabilità della ricorrente in relazione alle condotte contestate - prendendo le mosse dall'esame dei fatti e delle prove inerenti al processo - è rimessa all'esame del

Ric. 2018 n. 32338 sez. S2 - ud. 12-04-2022

-27-

Numero registro generale 32338/2018

Numero sezionale 782/2022

Numero di raccolta generale 16275/2022

Data pubblicazione 19/05/2022

giudice del merito, le cui valutazioni, alle quali il ricorrente contrappone le proprie, non sono sindacabili in sede di legittimità, ciò comportando un nuovo esame del materiale delibato che non può avere ingresso nel giudizio di cassazione.

8. L'ottavo motivo di ricorso è così rubricato: omessa disamina di un fatto decisivo per il giudizio consistente nella sussistenza di condotte assunte da soggetti appartenenti alla struttura della banca finalizzate a tenere celate ai membri del consiglio di amministrazione l'esistenza di prassi illegittime o illecite poste in essere dalla struttura.

La censura è in parte ripetitiva della precedente sotto il profilo dell'omesso esame di un fatto decisivo oggetto di discussione tra le parti. In sostanza il fatto la cui valutazione sarebbe stata omessa da parte della Corte d'Appello attiene all'esistenza di condotte dirette a tenere celate agli amministratori prassi illegittime adottate nella struttura ed imposte alla rete della banca. Di tali condotte non si sarebbe tenuto conto nella sentenza nonostante le stesse non fossero meramente eventuali bensì documentate e riconosciute dalla stessa Consob.

Tale fatto la cui valutazione sarebbe stata omessa sarebbe decisivo nel senso di escludere la responsabilità della ricorrente per interruzione del nesso causale essendo causa efficiente autonoma ed esclusiva delle carenze procedurali della Banca.

8.1 L'ottavo motivo di ricorso è inammissibile.

Anche in questo caso la ricorrente sotto l'ombrello del vizio di omesso esame richiede una rivalutazione dei fatti come esaminati e giudicati dalla Corte d'Appello. Nella motivazione della sentenza, infatti, in più occasioni si ribadisce che la condotta dolosa di alcuni dirigenti della Banca non è circostanza sufficiente ad escludere la responsabilità della

Ric. 2018 n. 32338 sez. S2 - ud. 12-04-2022

-28-

Numero registro generale 32338/2018

Numero sezionale 782/2022

Numero di raccolta generale 16275/2022

Data pubblicazione 19/05/2022

ricorrente in relazione alle condotte contestate. Nessun omesso esame di un fatto decisivo, pertanto, è dato riscontrare nella motivazione della sentenza con conseguente declaratoria di inammissibilità del motivo in esame.

9. Il nono motivo di ricorso è così rubricato: violazione dell'articolo 6, comma 2, CEDU in relazione alla ritenuta presunzione di colpevolezza ricavata dall'art. 3 della legge n. 689 del 1981, nonché con riferimento all'articolo 2727 c.c. e all'articolo 192 c.p.c. in relazione al divieto della doppia presunzione.

La censura attiene alla parte della sentenza (pagina 105-106) nella quale si ricostruisce la distribuzione della prova, facendo discendere dalla natura amministrativa dei controlli demandati alla Consob l'esigenza di applicare i principi operanti in tema di ripartizione dell'onere della prova dell'illecito amministrativo, tra cui la presunzione di colpa di cui all'articolo 3 della l. n. 689 del 1981. In primo luogo, la ricorrente richiama la natura penale delle sanzioni e dunque la contrarietà dell'assetto di cui sopra alle disposizioni di cui all'articolo 6 CEDU. L'illegittimità della decisione proseguirebbe nella parte in cui si asserisce che il carattere presuntivo della colpevolezza comporta che l'unico accertamento deve essere in ordine alla sussistenza della condotta inosservante in capo al trasgressore. Tale schema si articola in tre momenti: fatto obiettivo, riconduzione al trasgressore, colpevolezza.

Peraltro, nella specie vi sarebbe una doppia presunzione e cioè la presunzione di inadeguatezza dei presidii quanto alla prima e alla terza violazione. Quanto alla seconda violazione la doppia presunzione farebbe discendere da taluni elementi la conoscenza del fenomeno della correlazione finanziamenti/acquisti di azioni BPVi in capo alla ricorrente.

Ric. 2018 n. 32338 sez. S2 - ud. 12-04-2022

-29-

Numero registro generale 32338/2018

Numero sezionale 782/2022

Numero di raccolta generale 16275/2022

Data pubblicazione 19/05/2022

Anche rispetto alla quarta violazione l'accertamento si fonderebbe su una presunzione che le risultanze del processo di pricing fossero conseguenza delle carenze procedurali o procedurali. Infine, anche la quinta violazione sulla presunta riconducibilità al consiglio di amministrazione della trasmissione Consob di dati non veritieri sarebbe fondata su un meccanismo presuntivo. In conclusione, si passerebbe dal fatto al soggetto e dal soggetto alla colpa con una doppia presunzione.

9.1 Il nono motivo di ricorso è infondato

Come sottolineato anche in controricorso, il mezzo di censura parte anche in questo caso dalla non condivisibile premessa della natura sostanziale penale delle sanzioni oggetto di causa, al fine di invocare le garanzie predisposte dalla Costituzione e dalle fonti sovranazionali per le sanzioni penali.

La sentenza impugnata ha altresì sottolineato che la banca era munita, sino alla data del 13/2/2015 di un comitato esecutivo, essendo stata reintrodotta solo successivamente la figura del consigliere delegato. In precedenza, non erano state conferite deleghe, così che all'intero CdA competeva il ruolo di organo di supervisione strategica e di organo di gestione.

Avuto riguardo quindi ai doveri imposti dalla regolamentazione della Consob e della Banca d'Italia era quindi tutto il CdA chiamato a dare attuazione alle norme volte ad assicurare il corretto espletamento dei servizi di investimento.

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

Ric. 2018 n. 32338 sez. S2 - ud. 12-04-2022

-30-

Numero registro generale 32338/2018

Numero sezionale 782/2022

Numero di raccolta generale 16275/2022

Data pubblicazione 19/05/2022

puramente psicologico, dovendosi solo verificare la *suitas* della condotta, incombendo sul trasgressore l'onere di provare di avere agito in assenza di colpevolezza.

Quanto all'esimente della buona fede la stessa può essere invocata solo quando la condotta sia inevitabile e ciò per effetto di un elemento positivo estraneo all'autore dell'infrazione, idoneo ad ingenerare la convinzione della liceità della condotta, ovvero allorché emerga che l'autore abbia fatto tutto il possibile per osservare la legge, senza che nessun rimprovero possa essergli mosso.

Quindi ha proceduto ad esaminare le violazioni di carattere procedurale di cui ai nn. 1, 3 e 4, evidenziando che alcuna rilevanza poteva avere la condotta dolosa della alta dirigenza della banca, in quanto anche la dimostrazione di un disegno doloso, volto ad occultare le numerose irregolarità operative riscontrate poteva supplire alla colpevole inerzia mostrata dai componenti nel CdA per far fronte alle pur rilevabili lacune ed irregolarità.

Lo stesso era a dirsi quanto alle violazioni comportamentali di cui ai nn. 1 e 3 che apparivano strettamente connesse con le violazioni procedurali riscontrate, dovendosi escludere ogni incolpevolezza nel convincimento circa la liceità della campagna di finanziamento finalizzata all'acquisto delle azioni, alla opportunistica gestione della profflatura della clientela ed alla irregolare gestione degli ordini di rivendita delle azioni impartiti dai clienti.

La preconditione per il corretto svolgimento dei servizi di investimento è l'adozione di idonee procedure e di una altrettanto idonea organizzazione, cautele che sebbene rimesse alla scelta discrezionale dell'intermediario, devono in ogni caso assicurare il raggiungimento dell'obiettivo della tutela del

Ric. 2018 n. 32338 sez. S2 - ud. 12-04-2022

-31-

Numero registro generale 32338/2018

Numero sezionale 782/2022

Numero di raccolta generale 16275/2022

Data pubblicazione 19/05/2022

risparmio, nel rispetto degli obblighi di diligenza, correttezza e trasparenza.

Il livello di diligenza in concreto esigibile dal ricorrente, anche in ragione degli elevati, peculiari requisiti richiesti dalla legge per l'assunzione della carica dall'art. 13 t.u.f. non poteva non far sorgere dubbi sulla colpevole violazione del dovere di informarsi, anche con l'interlocuzione con le strutture interne dell'intermediario, non potendosi quindi fare affidamento sulle sole rassicuranti comunicazioni offerte dai report delle strutture interne.

Le presunte condotte di Giustini e Sorato volte ad occultare le numerose irregolarità operativa non potevano incidere sulla colpevole inerzia dimostrata dai componenti del consiglio di amministrazione nel colmare le lacune irregolarità procedurali a loro note o che tali avrebbero dovuto essere in ragione della peculiare competenza e professionalità loro richiesta. Ciò anche con riferimento alla violazione numero 2. Anche tale omissione sarebbe stata immediatamente percepibile ove il ricorrente non fosse rimasto colpevolmente inerte.

Quanto alla violazione n. 4, la sentenza ha sottolineato come fossero del tutto assenti i flussi di informazione tra il CdA e l'esperto indipendente chiamato a fissare il pricing delle azioni della banca, essendo anche tale carenza immediatamente percepibile.

Le violazioni comportamentali di cui agli illeciti nn. 1 e 3 sono stati poi ritenute diretta conseguenza delle violazioni procedurali, il tutto in un contesto temporale nel quale i componenti del CdA erano perfettamente consapevoli della pressante necessità di procedere al collocamento, con modalità anche illecite, delle azioni proprie presso la clientela.

Ric. 2018 n. 32338 sez. S2 - ud. 12-04-2022

-32-

Numero registro generale 32338/2018

Numero sezionale 782/2022

Numero di raccolta generale 16275/2022

Data pubblicazione 19/05/2022

Quanto alla violazione n. 5, la circostanza che il responsabile della funzione *internal audit* non aveva informato il CDA della pratica dei finanziamenti correlati all'acquisto di azioni BPVi non esimeva l'opponente da responsabilità, in quanto avrebbe dovuto in ogni caso vigilare sul contenuto dell'informativa, e ciò anche in ragione dell'importanza dell'operazione di aumento di capitale cui si correlava.

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

Ric. 2018 n. 32338 sez. S2 - ud. 12-04-2022

-33-

Numero registro generale 32338/2018

Numero sezionale 782/2022

Numero di raccolta generale 16275/2022

Data pubblicazione 19/05/2022

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 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 nel caso in cui la sanzione abbia natura sostanzialmente penale in quanto afflittiva.

Non è quindi necessaria la concreta dimostrazione del dolo o della colpa in capo all'agente, sul quale grava, pertanto, l'onere della dimostrazione di aver agito senza colpa (Cass. n. 11777/2020).

La sentenza impugnata ha, quindi, fatto corretta applicazione dei principi in tema di interpretazione dell'art. 3 citato, dovendosi ribadire anche l'infondatezza delle critiche di cui ai precedenti motivi 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

Ric. 2018 n. 32338 sez. S2 - ud. 12-04-2022

-34-

Numero registro generale 32338/2018

Numero sezionale 782/2022

Numero di raccolta generale 16275/2022

Data pubblicazione 19/05/2022

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 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 componenti nella specie del collegio sindacale, i quali, in caso di accertate carenze delle procedure aziendali predisposte per

Ric. 2018 n. 32338 sez. S2 - ud. 12-04-2022

-35-

Numero registro generale 32338/2018

Numero sezionale 782/2022

Numero di raccolta generale 16275/2022

Data pubblicazione 19/05/2022

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, 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).

Ric. 2018 n. 32338 sez. S2 - ud. 12-04-2022

-36-

Numero registro generale 32338/2018

Numero sezionale 782/2022

Numero di raccolta generale 16275/2022

Data pubblicazione 19/05/2022

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 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.

Ric. 2018 n. 32338 sez. S2 - ud. 12-04-2022

-37-

Numero registro generale 32338/2018

Numero sezionale 782/2022

Numero di raccolta generale 16275/2022

Data pubblicazione 19/05/2022

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, 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 delle censure, 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 alla 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).

Quanto alla violazione del divieto di doppia presunzione la censura trascura anzitutto il decisivo rilievo che la sentenza ha assegnato al carattere procedurale delle violazioni e alla mancata predisposizione di presidi idonei a prevenire la consumazione di condotte illecite, circostanza quest'ultima che riconduce l'elemento soggettivo della violazione non a valle delle singole condotte illecite imputabili agli organi di gestione,

Ric. 2018 n. 32338 sez. S2 - ud. 12-04-2022

-38-

Numero registro generale 32338/2018

Numero sezionale 782/2022

Numero di raccolta generale 16275/2022

Data pubblicazione 19/05/2022

ma alla sfera organizzativa dell'attività bancaria che è a monte – rendendola possibile o agevolandola – della commissione delle singole infrazioni. L'insufficienza dei sistemi dei controlli e di adeguate regole di carattere procedurale era di per sé condotta sanzionabile e l'affermazione della Corte di merito secondo cui tali carenze rendevano verosimile l'agevolazione delle successive condotte dolose non consente di configurare l'utilizzo di una doppia presunzione per sostenere l'imputazione delle violazioni, che non concernono le condotte dolose dei dirigenti, né direttamente le violazioni consumate mediante il collocamento delle azioni proprie, ma le carenze strutturali nel sistema dei controlli interni. Va quindi richiamato il principio affermato dalle Sezioni Unite (Cass. S.U. n. 20930/2009), secondo cui in tema di sanzioni amministrative per violazione delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, l'opposizione prevista dall'art. 195 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 dà luogo, non diversamente da quella di cui agli art. 22 e 23 della legge 24 novembre 1981, n. 689, ad un ordinario giudizio di cognizione, nel quale l'onere di provare i fatti costitutivi della pretesa sanzionatoria è posto a carico dell'Amministrazione, la quale è pertanto tenuta a fornire la prova della condotta illecita, ben potendo tale prova essere offerta anche mediante presunzioni semplici, che, nel caso di illecito omissivo, pongono a carico dell'intimato l'onere di fornire la prova di aver tenuto la condotta attiva richiesta, ovvero della sussistenza di elementi tali da rendere inesigibile tale condotta, per rilevare che non ricorre la dedotta violazione della regola del divieto della *praesumptio de praesumpto*.

La sentenza impugnata, avvalendosi della complessa attività ispettiva della Consob ha riscontrato l'oggettiva

Ric. 2018 n. 32338 sez. S2 - ud. 12-04-2022

-39-

Numero registro generale 32338/2018

Numero sezionale 782/2022

Numero di raccolta generale 16275/2022

Data pubblicazione 19/05/2022

ricorrenza delle condotte illecite contestate, delle quali ha attribuito la paternità nella forma omissiva alla ricorrente, in ragione della carica societaria rivestita, che la impegnava, in presenza di significativi indici di anomalia procedurale e comportamentale, ad attivarsi, senza potersi accontentare delle rassicurazioni offerte da altri organi societari, anche avvalendosi di documenti in possesso della società, di cui avrebbe dovuto chiedere visione. L'inerzia serbata dal ricorrente è stata ritenuta contraria ai doveri impostigli dalla funzione, escludendosi che l'attività dolosa della dirigenza potesse assurgere al rango di causa di inesigibilità della condotta invece doverosa.

10. Il decimo motivo è così rubricato violazione degli articoli 2392 e 2381 c.c. in relazione all'individuazione dei criteri di ascrizione di responsabilità degli amministratori.

La dottoressa Macola ha contestato gli illeciti a lei attribuiti invocando la propria qualifica di amministratore senza delega e non partecipante ad alcuno dei comitati nei quali venivano esaminate le questioni afferenti gli ambiti interessati alle condotte irregolari contestate. La Corte d'appello ha rigettato le suddette argomentazioni sulla base della ritenuta insussistenza di deleghe e sulla ritenuta sussistenza di un dovere di agire informati. In realtà l'assetto gestorio in seno alla banca non consentiva di affermare che non vi erano deleghe. La sussistenza o meno di delega in seno alla banca, infatti, doveva valutarsi andando a verificare se il consiglio di amministrazione avesse, nel rispetto dei canoni statutari, proceduto concretamente ad attribuire a uno o più consiglieri funzioni proprie del consiglio di amministrazione così da realizzare all'interno della banca un sistema di gestione nel quale tali funzioni erano affidate a taluni consiglieri appunto

Ric. 2018 n. 32338 sez. S2 - ud. 12-04-2022

-40-

Numero registro generale 32338/2018

Numero sezionale 782/2022

Numero di raccolta generale 16275/2022

Data pubblicazione 19/05/2022

secondo lo schema della delega. L'esistenza di una delega, dunque, non deve essere ricostruita in chiave formalistica, bensì in chiave sostanzialistica e, nella specie, quale delega atipica. In particolare, con riferimento all'istituzione dei comitati crediti ed esecutivo, soci e di direzione. Risulterebbe pertanto violato l'articolo 2381 c.c. Parimenti sarebbe violato l'articolo 2392 c.c. in riferimento alla corretta individuazione del contenuto dei doveri dell'amministratore non esecutivo. La riforma del 2003 ha eliminato un dovere di vigilanza generalizzato in capo al consigliere di amministrazione e con l'interpretazione della norma valorizzata dalla Corte d'appello tale dovere verrebbe reintrodotto surrettiziamente. L'articolo 2381 c.c. richiede infatti di esercitare le prerogative sulla base delle informazioni fornite o ricevute e l'articolo 2392 c.c. di circoscrivere la responsabilità in base all'effettiva conoscenza. In tal modo, nel 2003 si è voluto escludere il ricorso a forme di responsabilità prossime alla responsabilità oggettiva o sulla base di categorie presuntive o frutto di prognosi postume.

10.1 Il decimo motivo di ricorso è infondato.

Il motivo è 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 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

Ric. 2018 n. 32338 sez. S2 - ud. 12-04-2022

-41-

Numero registro generale 32338/2018

Numero sezionale 782/2022

Numero di raccolta generale 16275/2022

Data pubblicazione 19/05/2022

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).

Irrilevante, pertanto, risulta la tesi della ricorrente volta a smentire l'esistenza di deleghe in seno al consiglio di amministrazione in quanto, comunque non idonee ad escludere la responsabilità anche degli amministratori non esecutivi.

Va invece ribadito, sulla base della normativa codicistica e di quella di settore delle imprese bancarie che 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". 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 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.

Anche a voler dar credito alla tesi della ricorrente, ciò non la esimeva dall'adempiere all'obbligo di tenersi adeguatamente

Ric. 2018 n. 32338 sez. S2 - ud. 12-04-2022

-42-

Numero registro generale 32338/2018

Numero sezionale 782/2022

Numero di raccolta generale 16275/2022

Data pubblicazione 19/05/2022

informata, 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.

In conclusione, 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 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).

Ric. 2018 n. 32338 sez. S2 - ud. 12-04-2022

-43-

Numero registro generale 32338/2018

Numero sezionale 782/2022

Numero di raccolta generale 16275/2022

Data pubblicazione 19/05/2022

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

11. L'undicesimo motivo di ricorso è così rubricato: omessa disamina di un fatto decisivo per il giudizio integrato dalla mancata ammissione della CTU richiesta dalla dottoressa Macola.

La ricorrente aveva chiesto disporsi consulenza tecnica d'ufficio diretta ad accertare la possibilità di conoscere le condotte illecite. La Corte d'appello ha rigettato la richiesta perché non può essere demandata al consulente l'accertamento dell'elemento soggettivo della violazione contestata. Tale motivazione sarebbe erronea essendo invece ammissibile una consulenza sui quesiti posti. Pertanto, vi sarebbe una sostanziale assenza di motivazione del rigetto della richiesta di consulenza. Secondo la ricorrente ben poteva chiedersi una consulenza visto che nella fattispecie si verte di una materia connotata da elevata professionalità e competenza.

11.1 L'undicesimo motivo di ricorso è infondato.

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

Ric. 2018 n. 32338 sez. S2 - ud. 12-04-2022

-44-

Numero registro generale 32338/2018

Numero sezionale 782/2022

Numero di raccolta generale 16275/2022

Data pubblicazione 19/05/2022

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 dato adeguata giustificazione delle ragioni per le quali ha ritenuto superflui i mezzi istruttori richiesti dalla ricorrente e in particolare la consulenza tecnica, ragioni le quali non appaiono adeguatamente attinte dal motivo in esame. Peraltro, risulta evidente l'infondatezza della censura di omesso esame di un fatto decisivo in relazione al rigetto della richiesta di consulenza.

12. Il dodicesimo motivo di ricorso è così rubricato violazione articolo 92 c.p.c. in relazione alla condanna alla rifusione delle spese processuali sostenute da Consob in difetto dei presupposti di legge.

Secondo la ricorrente allorché l'amministrazione si difenda mediante il servizio legale interna non mediante affidamento di incarico legale esterno non sussistono i presupposti per potersi dà luogo ad una condanna alle spese sostenute dall'amministrazione in giudizio.

12.1 Il dodicesimo motivo di ricorso è infondato.

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.

Ric. 2018 n. 32338 sez. S2 - ud. 12-04-2022

-45-

Numero registro generale 32338/2018

Numero sezionale 782/2022

Numero di raccolta generale 16275/2022

Data pubblicazione 19/05/2022

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 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 c.p.c., 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).

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

Ric. 2018 n. 32338 sez. S2 - ud. 12-04-2022

-46-

Numero registro generale 32338/2018

Numero sezionale 782/2022

Numero di raccolta generale 16275/2022

Data pubblicazione 19/05/2022

14. 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.

P.Q.M.

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 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 12 aprile 2022.

Il Presidente

Felice Manna