



Civile Sent. Sez. 1 Num. 13433 Anno 2016

Presidente: FORTE FABRIZIO

Relatore: BERNABAI RENATO

Data pubblicazione: 30/06/2016

**SENTENZA**

sul ricorso 13300-2010 proposto da:

FIDIA FONDO INTERBANCARIO D'INVESTIMENTO AZIONARIO  
SOCIETA' DI GESTIONE DEL RISPARMIO S.P.A. (c.f.  
11611990158), in persona del legale rappresentante pro  
tempore, nonchè PININFARINA SERGIO, PONTI GIOVANNI,  
BONCOMPAGNI LUDOVISI IGNAZIO MARIA, ATTANASIO LEONARDO  
GREGORIO, RONDELLI ANDREA, BOLOGNINI FABIO,  
elettivamente domiciliati in ROMA, VIA DI SAN  
VALENTINO 21, presso l'avvocato FRANCESCO CARBONETTI,  
che li rappresenta e difende, giusta procura a margine  
del ricorso;

2016  
582



- ricorrenti -

**contro**

COMMISSIONE NAZIONALE PER LE SOCIETA' E LA BORSA -  
CONSOB (C.F. 80204250585), in persona del legale  
rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata  
in ROMA, VIA G. BATTISTA MARTINI 3, presso l'avvocato  
ROCCO VAMPA, che la rappresenta e difende unitamente  
agli avvocati MARIA LETIZIA ERMETES, FABIO BIAGIANTI,  
giusta procura a margine del controricorso;

MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE, in persona  
del Ministro pro tempore, domiciliato in ROMA, VIA DEI  
PORTOGHESI 12, presso l'AVVOCATURA GENERALE DELLO  
STATO, che lo rappresenta e difende ope legis;

- controricorrenti -

avverso il decreto della CORTE D'APPELLO di MILANO,  
depositato il 18/11/2009, n. 1022/08 Reg. Ric. Vol. Giur.;  
udita la relazione della causa svolta nella pubblica  
udienza del 16/03/2016 dal Consigliere Dott. RENATO  
BERNABAI;

udito, per i ricorrenti, l'Avvocato R. DELLA VECCHIA,  
con delega orale, che si riporta;

udito, per la controricorrente CONSOB, l'Avvocato R.  
VAMPA che ha chiesto l'inammissibilità del ricorso;

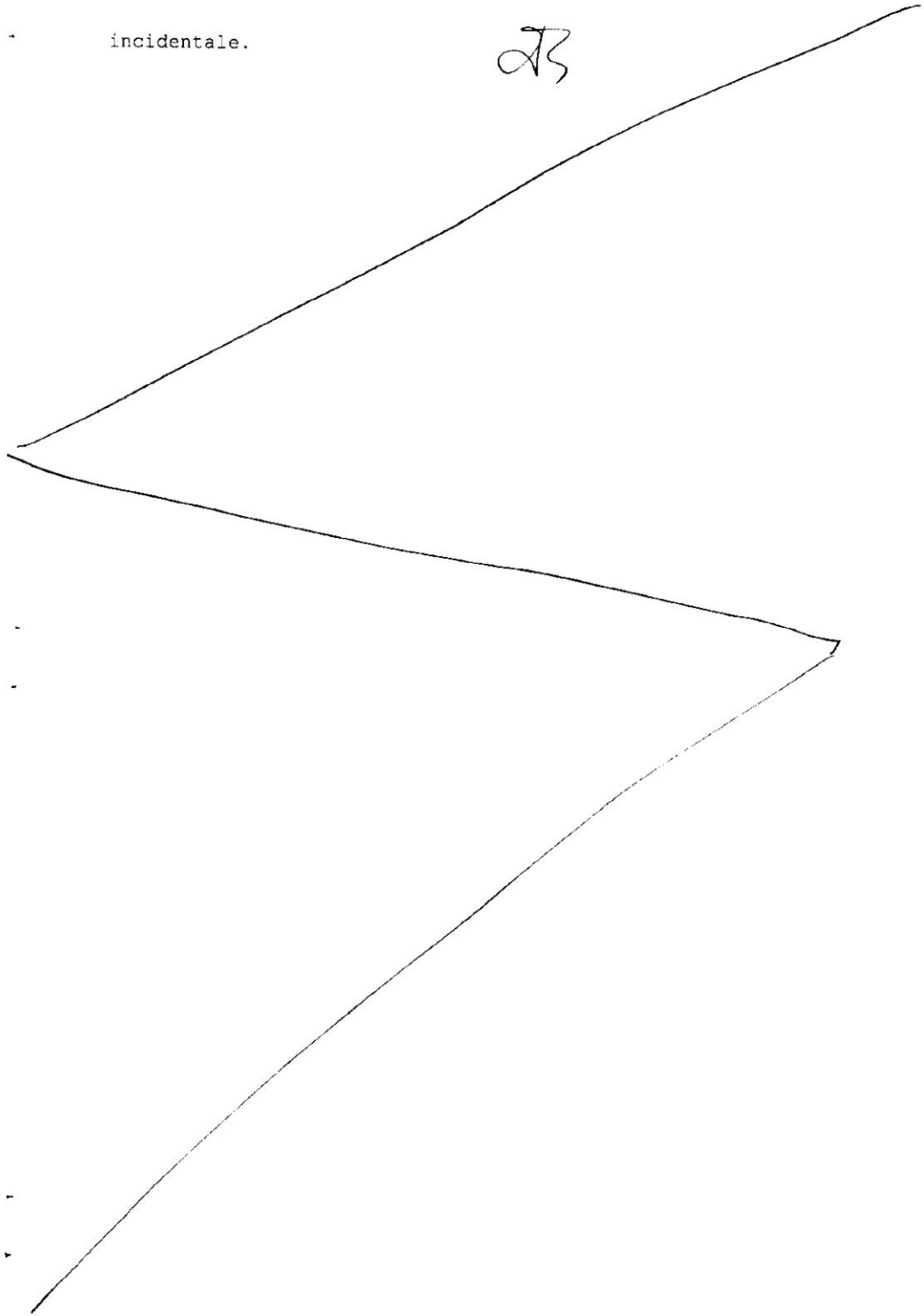
udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore  
Generale Dott. ALBERTO CARDINO che ha concluso per il  
rigetto del ricorso principale, assorbito il ricorso

A,




incidentale.

DB



## SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con decreto ex art. 195, secondo comma, decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (*Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*) emesso in data 27 febbraio 2003, il Ministero dell'Economia e delle Finanze ingiungeva alla Fidia-Fondo Interbancario di Investimento Azionario Società di Gestione del Risparmio S.p.A. ed a tutti i componenti del consiglio di amministrazione, ivi nominativamente indicati il pagamento, a titolo sanzionatorio, della somma complessiva di euro 130.000, in accoglimento delle contestazioni mosse loro dalla Consob, in ordine alla violazione degli articoli 36 e 40 del T.U.F., per non aver operato in modo diligente e corretto, nell'interesse dei partecipanti al fondo comune di investimento chiuso "Prudentia", nell'ambito di un investimento nella Telit Mobile Terminals s.p.a.: senza acquisire conoscenza adeguata degli strumenti finanziari, dei beni e degli altri valori in cui era possibile investire il patrimonio gestito e senza esercitare alcuna forma di controllo nell'assemblea della società partecipata. 

Avverso il provvedimento, la società ed i consiglieri di amministrazione proponevano opposizione con ricorso congiunto notificato in data 29 aprile 2003, deducendo, per quanto ancora rilevante in questa fase, la violazione del contraddittorio - perché a base della sanzione erano stati posti atti non portati preventivamente a loro conoscenza - nonché varie violazioni di legge e di motivazione.

Dopo la costituzione in giudizio della Consob e del Ministero dell'Economia e delle Finanze, che resistevano all'opposizione, la

Corte d'appello di Milano, con decreto 14 novembre 2003, in accoglimento del motivo pregiudiziale fondato sulla violazione, da parte della Consob, del termine di 180 giorni per la conclusione del procedimento amministrativo, dichiarava l'illegittimità del decreto ministeriale, con compensazione integrale delle spese di giudizio.

In accoglimento dei successivi ricorsi *hinc et inde* proposti, questa Corte con sentenza 23 gennaio 2008 cassava la decisione, con rinvio, anche per la pronuncia sulle spese ad altra sezione della Corte d'appello di Milano.

Riassunto il giudizio con atto notificato il 9 ottobre 2008, la Corte d'appello di Milano, con sentenza 18 novembre 2009, rigettava l'opposizione e condannava gli opposenti alla rifusione delle spese di giudizio.

Motivava, in particolare,

- che era infondata l'eccezione di violazione dei principi del contraddittorio, sotto il profilo dedotto che il provvedimento sanzionatorio fosse fondato su fatti ed argomenti radicalmente diversi dalle censure formulate nella lettera di contestazione, perché gli opposenti avevano svolto, di fatto, compiute difese su ognuno dei punti oggetti di incolpazione, sia nella fase amministrativa, dinanzi alla Consob ed al Ministero, sia in quella successiva dinanzi all'autorità giudiziaria: nel rispetto, in entrambe, di un ampio contraddittorio su tutti i punti oggetto della contestazione e con possibilità di accedere agli atti ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241 (*Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*);



- che, oltre a ciò, non era annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento amministrativo qualora, per la sua natura vincolata, fosse palese che il contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato: come disposto dall'art. 21 *octies*, secondo comma, della legge 241/1990 introdotto dalla legge 11 febbraio 2005 n.15 (*Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa*): applicabile, nella specie, in considerazione dell'assenza di valutazioni discrezionali nell'irrogazione di sanzioni vincolate ai soli casi tassativamente previste dalla legge, secondo il principio generale di cui all'art.1 della legge 24 novembre 1981, n. 689 (*Modifiche al sistema penale-Depenalizzazione*), da intendersi richiamato nel Testo unico finanziario.

Avverso la sentenza, non notificata, la Fidia e i consiglieri di amministrazione proponevano ricorso congiunto per cassazione, articolato in tre motivi e notificato il 12 maggio 2010.

Deducevano

1 ) la violazione del principio del contraddittorio nell'omesso rilievo che il provvedimento sanzionatorio risultava fondato su fatti ed argomenti radicalmente diversi dalle censure formulate nella lettera di contestazione;

2) la carenza di motivazione nella parte in cui si affermava la legittimità del provvedimento sanzionatorio in quanto rispettoso del principio del contraddittorio;

3) l'illegittimità del provvedimento della Corte d'appello nella parte in cui rigettava l'opposizione per vizi formali dell'atto.

Resistevano con controricorso la Commissione nazionale per le Società e la Borsa-Consob ed il Ministero dell'Economia e delle Finanze.

I ricorrenti e la Consob depositavano memoria illustrativa ex articolo 378 cod. proc. civile. I primi, in tale atto, proponevano un nuovo motivo di ricorso, deducendo l'illegittimità sopravvenuta del provvedimento sanzionatorio, in applicazione del principio del *favor rei*, in relazione agli artt.190 e 190 bis del Testo unico sull'intermediazione finanziaria, come emendati dal decreto legislativo 12 maggio 2015 n. 72 (*Attuazione della direttiva 2013/36/UE*)

All'udienza del 16 marzo 2016 il Procuratore generale e i difensori precisavano le rispettive conclusioni come da verbale, in epigrafe riportate.

### **MOTIVI DELLA DECISIONE**

Natura pregiudiziale riveste il motivo aggiunto con la memoria ex art.378 cod. proc. civile, con cui si censura la sopravvenuta illegittimità del provvedimento sanzionatorio per effetto dello *jus superveniens*, costituito dal decreto legislativo 12 maggio 2015 n. 72 (*Attuazione della direttiva 2013/36/UE, che modifica la direttiva 2002/87/CE e abroga le direttive 2006/48/CE e 2006/49/CE, per quanto concerne l'accesso all'attività degli enti creditizi e la vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento. Modifiche al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 e al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58*).

Si assume, dai ricorrenti, che per effetto dell'art.5 la norma sanzionatoria di cui all'art.190 T.U.F. sarebbe stata profondamente innovata, mediante scissione dell'unica fattispecie originaria in due distinte ipotesi: relative, rispettivamente, alla responsabilità degli intermediari (art.190) e degli esponenti aziendali (art.190 bis), per violazioni in tema di disciplina degli intermediari, dei mercati e della gestione accentrata di strumenti finanziari. In particolare, quest'ultima disposizione, introdotta *ex novo*, avrebbe enunciato presupposti specifici per l'applicabilità della sanzione, insussistenti nel caso di specie: onde, in ossequio al principio del *favor rei*, estensibile alle sanzioni amministrative irrogate dalla Consob in forza della equiparazione sancita da sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo ( cd. nozione autonoma dell'illecito penale), non sarebbe più applicabile la disciplina vigente al momento della commissione del fatto, anche indipendentemente dalla natura di *lex mitior* eventualmente riconoscibile alla nuova norma. 8

Il motivo, benché nuovo, è ammissibile, in considerazione della prospettata innovazione legislativa e degli effetti ad essa ricollegati in virtù dell'invocata disciplina della successione di leggi penali nel tempo (art. 2 cod. pen.); ma è infondato.

Questa Corte ha già avuto modo di statuire che, in materia di intermediazione finanziaria, le modifiche della parte quinta del T.U.F. apportate dal decreto legislativo 12 maggio 2015 n. 72 (*Attuazione della direttiva 2013/36/UE, che modifica la direttiva 2002/87/CE e abroga le direttive 2006/48/CE e 2006/49/CE, per quanto concerne l'accesso all'attività degli enti creditizi e la vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento. Modifiche al decreto legislativo 1° settembre 1993, n.*



385 e al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58) non si applicano alle violazioni commesse prima dell'entrata in vigore delle disposizioni di attuazione della Consob e della Banca d'Italia: in tal senso disponendo, espressamente, l'art.6, secondo comma, del medesimo decreto legislativo n.72/2015: " *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*" (Cass., sez.2, 30 dicembre 2015 n.26.131; principi analoghi erano già stati enunciati, in tema di sanzioni amministrative, da Cass., sez. lavoro 26 gennaio 2012, n. 1105 e Cass., sez. lavoro 4 marzo 2009, n.5210).

L'irretroattività, *in subiecta materia*, è ulteriormente confermata al comma successivo, in cui si esclude l'aggravamento delle sanzioni pecuniarie, per le condotte anteatte, previsto dall'art. 39, terzo comma, legge 28 dicembre 2005, n.262.

La presenza di una norma espressa, dal tenore inequivoco ( *in claris non fit interpretatio*) non esime peraltro questo collegio dalla verifica dell'eventuale contrasto con principi affermati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo; in particolare, nella sentenza 4 marzo 2014 (*Grande Stevens ed altri contro Italia*): e quindi, dell'eventuale configurabilità di una questione di illegittimità

costituzionale, per violazione dell'art.117 Costituzione, nella parte in cui sia esclusa l'applicazione immediata della legge posteriore ad una fattispecie sanzionatoria, se assimilabile, *in parte qua*, ad una norma incriminatrice.

Al riguardo, la censura dei ricorrenti ripropone il dibattuto problema nevralgico dei rapporti della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, interpretativa dei principi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, con l'ordinamento interno.

E' opinione corrente, in dottrina, che in tema di tutela dei diritti fondamentali si vada verso la realizzazione di un sistema giuridico generale e stratificato, alla cui formazione concorrano la normativa primaria interna, quella comunitaria e quella internazionale, cui corrispondono diverse Corti di riferimento: con la fusione degli orizzonti costituzionali prefigurata dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (art. 53).

Con particolare riguardo alla Convenzione dei diritti dell'uomo, la Corte costituzionale, con le pronunce gemelle nn. 348 e 349 del 2007 - rispettivamente, in tema di espropriazione per pubblica utilità e di occupazione acquisitiva - ha chiarito che le sue disposizioni, così come applicate dalla Corte europea, integrano, quali norme interposte, il parametro di cui all'art.117 della Costituzione, nella parte in cui impone la conformazione ai vincoli internazionali: con riflessi, quindi, su possibili profili di illegittimità della norma interna. Per l'effetto, il giudice, lungi dal disapplicare quest'ultima, in caso di rilevata incompatibilità, dovrà sollevare, pertanto, questione di legittimità costituzionale.

Ciò premesso in sede dogmatica, è un dato di fatto inconfutabile, emergente da ripetute pronunce, che la Corte

europea adotta una nozione autonoma, di natura sostanziale, della sanzione penale; non condizionata, cioè, da qualificazioni formali, che sono, per contro, decisive nel nostro ordinamento.

Svalutando il *nomen juris*, in favore di un'interpretazione sostanzialistica, essa procede, infatti, ad autonome ridefinizioni, che l'hanno portata a qualificare come penali misure di carattere punitivo, se capaci di incidere pesantemente nella sfera soggettiva degli individui (prassi interpretativa risalente, almeno a partire dalla sent. ENGEL contro Olanda 8 giugno 1976).

Sul punto, è peraltro da rilevare come tale enunciazione avvenga sempre in ordine a casi e problemi specifici (*case law*): con un approccio pragmatico che non si presta a generalizzazioni concettuali oltre i limiti dell'oggetto del singolo giudizio.

Tale, in particolare, il *dictum* della citata sentenza 4 marzo 2014 *Grande Stevens e altri c. Italia*, relativo alla dichiarata violazione del divieto del *ne bis in idem*, stabilito all'art.4 del Protocollo 7, per effetto dell'esercizio dell'azione penale per il reato di cui all'art.185 Testo unico finanziario (*Manipolazione del mercato*), dopo che era stata irrogata una sanzione pecuniaria per l'omonimo illecito amministrativo previsto dall'art.187 ter T.U.F.

Per contro, l'ipostatizzazione in termini assoluti ed astratti del principio di equiparazione della sanzione amministrativa a quella penale, estrapolato da una pronuncia della Corte europea fortemente aderente ai connotati specifici di una fattispecie concreta, porterebbe ineluttabilmente ad antinomie incompatibili con principi financo di rango costituzionale, oltre che di consolidata tradizione concettuale. Tali, ad esempio, la riserva assoluta di legge per le norme penali (art.25 Cost.), che comporterebbe l'illegittimità



di qualsivoglia sanzione di matrice regolamentare; la presunzione di non colpevolezza (pure affermata inella sentenza 23 settembre 2008, Grayson e Barnham contro Regno Unito), che, interpretata in tutta la sua estensione, renderebbe illegittima la provvisoria esecutività di condanne pecuniarie (normale, in materia extrapenale; e suscettibile di assurgere ad esecutorietà, nel diritto amministrativo: con possibilità, nei casi previsti dalla legge, che sia la stessa Pubblica amministrazione ad eseguire il proprio provvedimento, in regime di autotutela); e soprattutto, per quel che pertiene al caso in esame, il preteso divieto assoluto di retroattività della sanzione amministrativa, da un lato, e la retroattività della *lex mitior*, dall'altro, a somiglianza dell'*abolitio criminis* o dell'attenuazione della pena in senso stretto (art.2, secondo e terzo comma, cod. pen.).

Non senza aggiungere che la *vis expansiva* dell'assimilazione sarebbe potenzialmente in grado di investire anche fattispecie sanzionatorie di tipo civile (*astreintes*, condanna per lite temeraria ex art. 96 cod. proc. civile, e soprattutto danni punitivi, qualora essi siano riconosciuti ammissibili nel nostro ordinamento), e financo disciplinari: tutte, *lato sensu*, afflittive e suscettibili di incidenza anche rilevante sul patrimonio del soggetto attinto.

È bene chiarire subito che siffatta dilatazione della portata di singoli arresti giurisprudenziali non è affatto riferibile ad enunciazioni teoriche *ex professo* della stessa Corte europea; quanto, piuttosto, dovuta a forzature interpretative, non di rado funzionali a strategie difensive processuali.

Al contrario, una corretta applicazione dei principi convenzionali porta, non già ad un'assimilazione indifferenziata

delle sanzioni amministrative a pene in senso proprio – che, tra l'altro, segnerebbe, in controtendenza con una politica del diritto evolutiva, volta a circoscrivere l'area di quest'ultima (*il diritto mite*), un "*mouvement de pénalisation*" di segno culturalmente regressivo – quanto all'uso accorto della tecnica del *distinguishing*; senza escludere, quindi, in sede comparativa, la rilevanza di aspetti fattuali profondamente distintivi: tra i quali, da ultimo ma non per ultimo, l'eventuale stigma sociale, incontestabilmente più grave, in linea di principio, in caso di condanna penale.

Né appare riferibile al legislatore italiano l'eventuale espediente elusivo, pure adombrato in talune enunciazioni teoriche della giurisprudenza CEDU, di una configurazione amministrativa dell'illecito al fine precipuo, se non esclusivo, di eludere le garanzie proprie del processo penale (cd. "*truffa delle etichette*"): atteggiamento da Stato autoritario che, pur non assente, storicamente, nella passata normativa italiana (le vecchie *vecchie misure di confino*, irrogate da autorità amministrative per la diffidenza del regime fascista verso la residua autonomia della magistratura), appare infondato, e financo irrispettoso ipotizzare a carico di un consolidato Stato di diritto, fondato su valori democratici.

In sintesi, la ricorrenza di alcuni caratteri comuni non comporta, di necessità, l'equiparazione della sanzione amministrativa a quella penale a tutti gli effetti, in virtù di assonanze formali, talvolta ridondanti nella magia delle parole ("*afflittività*"): del resto riscontrabili, come detto, perfino in fattispecie civili, senza dubbio irriducibili ad una nozione astratta unitaria.



Non senza aggiungere che una pluralità di sanzioni – detentiva, pecuniaria, interdittiva – è spesso prevista, cumulativamente, dalla stessa normativa penale, a tutela di interessi generali eterogenei non omogenei, e come tali non sovrapponibili: come ad es., nell’applicazione di una misura disciplinare a carico del professionista o del magistrato, che abbiano commesso un reato: in cui, il pericolo di reiterazione di una condotta infedele ai principi di correttezza costituisce specifica *ratio* della misura disciplinare, distinta dalla repressione penale, sebbene entrambe abbiano, incontestabilmente, contenuto afflittivo.

Sotto questo profilo, non vi è necessità di ricorrere alla teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, elaborata da autorevole dottrina francese ed italiana, per escludere la *reductio ad unum* tutte le volte in cui la pluralità di sanzioni sia giustificata dalla tutela di interessi generali distinti; ed *a fortiori*, l’indiscriminata estensione all’illecito amministrativo di tutte le regole speciali previste in materia penale: come, nella specie, la retroattività della disciplina novellata, sia o no qualificabile come *lex mitior*.

Lo stesso approccio sostanzialistico e pragmatico ravvisabile negli arresti della Corte europea è d’ausilio, del resto, nell’evitare derive interpretative eversive delle categorie ordinanti e della grammatica elementare del sistema, tramite il superamento dei confini tra fattispecie tradizionalmente distinte e di matrice eterogenea.

Per contro, la distonia tra una concezione panpenalistica – tale da precludere in via generale ed astratta il concorso reale di sanzioni – e la disciplina interna, sorretta da diuturna tradizione culturale, porrebbe problemi non lievi di compatibilità e perfino di

eventuali controlimiti: come ad esempio, alla luce del carattere obbligatorio dell'azione penale (art.112 Cost.), che non potrebbe essere menomato dall'irrogazione di una precedente sanzione amministrativa.

Ne consegue, in ultima analisi, che l'assimilazione della sanzione irrogata dalla Còsob ad una sanzione di tipo penale, affermata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella citata sentenza Grande Stevens c. Italia, con riferimento specifico al divieto "*ne bis in idem*", in forza della ritenuta identità del fatto materiale allora all'esame, non vale ad enucleare, per ipotesi, un principio generale di equiparazione: tale, da estendere, nella diversa fattispecie oggetto del presente giudizio, il principio – di natura eccezionale – della retroattività dello *jus superveniens*: tanto meno, quando questo neppure possa essere qualificato *lex mitior*.

Un consolidato orientamento dottrinale e giurisprudenziale ritiene inapplicabile, infatti, in materia di sanzioni amministrative, il principio della retroattività della legge più favorevole al reo di cui all'art.2 cod. penale, in forza dell'autonomia reciproca dei due sistemi sanzionatori. Occorre l'espressa previsione di retroattività, quale eccezione alla regola (ravvisabile, ad esempio, nell'art.3 decreto legislativo 472/1997 in tema di infrazioni tributarie; nell'art.23 bis d.p.r. numero 148/1988 in materia valutaria; nell'art. 46 decreto legislativo 112/1999 in tema di concessione del servizio di riscossione; nell'art.3 del decreto legislativo 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche): eccezione, non ravvisabile nella legge 24 novembre 1981, n. 689 (*Modifiche al sistema penale – Depenalizzazione*), in cui l'art. 1 (*Principio di legalità*), senza fare alcun riferimento al principio della

retroattività della legge più favorevole, si limita a stabilire che *"Nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione. Le leggi che prevedono sanzioni amministrative si applicano soltanto nei casi e per i tempi in esse considerati"*.

Fuori delle ipotesi espressamente previste, valgono il principio generale di irretroattività, sancito dall'art. 11 delle preleggi, ed il divieto di applicazione analogica di cui all'art. 14 delle preleggi.

Nel campo del diritto amministrativo, la *ratio* dell'irretroattività della *lex mitior* è ravvisata nell'esigenza di rafforzare l'efficacia deterrente della sanzione, eliminando ogni aspettativa di elusione per effetto di una più favorevole legge successiva; oltre che da esigenze di prevedibilità, certezza e celerità della contestazione e del recupero delle somme. La Corte costituzionale ha sempre ritenuto manifestamente infondata la relativa questione (sent. 28 novembre 2002 n. 501) con riferimento all'art. 1, secondo comma legge 24 novembre 1981 n. 689 e dell'art. 7, comma 13, decreto legislativo 8 novembre 1997 n. 389 (*Modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 5 febbraio 1997, n. 22, in materia di rifiuti, di rifiuti pericolosi, di imballaggi e di rifiuti di imballaggio*) nella parte in cui non prevedono che se la legge in vigore al momento in cui fu commessa la violazione e quella posteriore stabiliscano sanzioni amministrative pecuniarie diverse, si applichi la legge più favorevole al responsabile.

In senso conforme, Corte Costituzionale 24 aprile 2002 n. 140 e Corte Costituzionale 15 luglio 2003 n. 245, ove si statuisce che *"in materia di sanzioni amministrative non è dato rinvenire, in caso*



*di successione di leggi nel tempo, un vincolo imposto al legislatore nel senso dell'applicazione della legge posteriore più favorevole, rientrando nella discrezionalità del legislatore, nel rispetto del limite della ragionevolezza, modulare le proprie determinazioni secondo criteri di maggior o minor rigore, a seconda delle materie".*

Se dunque non è predicabile, in tesi generale, un' indifferenziata applicazione dei principi garantistici propri del diritto penale alle sanzioni amministrative, sulla base di arresti della Corte europea legati alla particolarità di casi concreti diversi da quello in esame, si deve altresì escludere che l'estensione possa essere giustificata dalla specifica decisione 17 settembre 2009, *Scoppola contro Italia*, in cui è stata enunciata la regola della retroattività *in bonam partem* (ribadita poi nella decisione MIHAI TOMA contro Romania).

E ciò, innanzitutto perché la Corte costituzionale ne ha fornito una lettura riduttiva, statuendo che il principio di retroattività è normalmente collegato all'assenza di ragioni giustificative di deroghe o limitazioni: affermazione, basata sull'avverbio "solo" utilizzato dai giudici di Strasburgo in un passaggio della motivazione: "*Infliggere una pena più severa solo perché essa è prevista al momento della commissione del reato si tradurrebbe in un'applicazione a svantaggio dell'imputato delle norme che regolano la successione delle leggi penali nel tempo*". Fondandosi su tale dato testuale, la Corte costituzionale ha tratto l'inferenza che "*se la retroattività non può essere esclusa "solo" perché la pena più mite non era prevista al momento della commissione del reato, è legittimo concludere che la soluzione può essere diversa quando*

le ragioni per escluderla siano altre e consistenti" (Corte costituzionale 22 luglio 2011 n.236).

Oltre a ciò, nella fattispecie in scrutinio neppure si può parlare di *lex mitior*, e tanto meno di *abolitio criminis*: trattandosi, anzi, di un inasprimento della sanzione, sia pur legato a presupposti parzialmente diversi

In questo senso, la giurisprudenza di legittimità ha confermato, anche di recente, l'inesensibilità automatica di regole dettate in sede penale a sanzioni amministrative irrogate dalla Consob (Cass., sez.1, 2 marzo 2016 n.4114).

Si deve dunque concludere che il semplice emendamento della disciplina positiva dettata dall'art. 190 T.U.F., nel testo vigente all'epoca dell'illecito, non pone nel nulla, di per sé, gli accertamenti di responsabilità già eseguiti, né giustifica la deroga al principio di irretroattività naturale della legge (art.11 disp. sulla legge in generale); senza che tale *regula juris* sollevi, per le ragioni suesposte – ed in particolare, alla luce della giurisprudenza citata del giudice delle leggi – dubbi di legittimità costituzionale in ordine all'art.6 d. lgs.12 maggio 2015 n.72, nella parte in cui non prevede l'applicazione del principio del *favor rei* con riferimento alle sanzioni amministrative già irrogate ai sensi del T.U.F.

Passando ora all'esame del ricorso originario, con il primo motivo si deduce la violazione del principio del contraddittorio nell'irrogazione di una sanzione sulla base di fatti diversi da quelli contestati.

Il motivo è inammissibile, risolvendosi in un sindacato avente natura di merito, che non può trovare ingresso in questa sede.



La parte propone, infatti, una difforme interpretazione dell'atto di contestazione (lettera 13 agosto 2001), in relazione alla successiva proposta Consob 7 marzo 2002, al fine di metterne in risalto divergenze enunciative. Ma si tratta, per l'appunto, di un'operazione ermeneutica pienamente rientrante nella sfera di cognizione di merito, insuscettibile di impugnazione, se non sotto il profilo del vizio di motivazione, qui del tutto assente.

E tutto ciò, anche a prescindere dal rilievo che l'acquisita conoscenza completa degli atti, in epoca anteriore all'irrogazione della sanzione, varrebbe comunque a sanare eventuali lacune contenutistiche dell'originaria contestazione degli addebiti, una volta esclusa la sostanziale diversità, in punto di fatto, dei comportamenti ritenuti colpevolmente negligenti.

Si tratterebbe, in ipotesi, di una maggiore o minore specificità dell'enunciato, all'interno di una contestazione peraltro idonea a rendere edotta la parte privata del titolo di responsabilità addebitatole.

Né può valere a sminuire il valore dirimente della conoscenza acquisita *de facto* il riferimento a possibili variazioni della proposta Consob qualora la Fidia fosse stata in grado di controdedurre, *ab initio*, su tutti i fatti rilevanti: eventualità futuribile, ancorata ad un'ipotetica renitenza della Consob a rivedere, *re melius perpensa*, la propria proposta originaria di sanzione, una volta formalizzata, che è frutto di mera asserzione, senza riscontri.

Il secondo motivo, in cui la medesima censura è dedotta sotto il profilo del vizio di motivazione, è inammissibile.

In tema di *errores in procedendo* non è consentito alla parte interessata di formulare, in sede di legittimità, la censura di omessa

motivazione, in quanto spetta alla Corte di cassazione accertare se vi sia stato, o no, il denunciato vizio di attività, mediante l'esame diretto degli atti, indipendentemente dall'esistenza o dalla logicità dell'eventuale motivazione del giudice del merito (Cass., sez.1, 10 novembre 2015 n.22.952; Cass., sez.3, 24 novembre 2004 n.22.130).

Il terzo motivo è inammissibile ex art.360 bis n.1 cod. proc. civile.

La sentenza della Corte d'appello di Milano si è adeguata, infatti, al principio di diritto affermato da questa Corte a sezioni unite (Cass., sez. unite 30 settembre 2009 n.20929)- e quindi, vincolante in questa sede, ai sensi dell'art.374, terzo comma, cod. proc. civ. - secondo cui, in tema di sanzioni amministrative per violazione delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, gli eventuali vizi del procedimento amministrativo svoltosi dinanzi alla Consob, non sono autonomamente rilevanti, ai sensi dell'art.21 octies (*Annulabilità del provvedimento*), secondo comma, della legge 7 agosto 1990 n.241(*Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*), inserito dalla legge 11 febbraio 2005 n.15 (*Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa*) in ragione della natura vincolata del provvedimento sanzionatorio e dell'immodificabilità del suo contenuto ("*Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato...*").

Non vi sono ragioni per discostarsi da tale precedente, rimettendo di nuovo la questione alle sezioni unite, tenuto conto che le sanzioni amministrative irrogate per la violazione delle norme in materia sono connotate da indiscutibile tassatività (Cass., sez. unite 24 gennaio 2005 n. 1362), quale espressione del principio stabilito in via generale dall'art.1, legge n. 689/1981.

La *ratio legis* deve ravvisarsi nell'intento di sanare, con efficacia retroattiva, tutti gli eventuali vizi procedimentali non influenti sul diritto di difesa in relazione a provvedimenti vincolati in tema di intermediazione finanziaria, in cui il bilanciamento, anche costituzionale, dei valori individuali e collettivi destinati a tutela consente al legislatore ordinario interventi che privilegino la tutela del risparmio e della trasparenza e buon andamento dei mercati e delle operazioni finanziarie (Cass. sez. un. 20929/09 cit.).

La parte ricorrente propone un superamento della giurisprudenza predetta, facendo riferimento alla disciplina introdotta dalla legge 28 dicembre 2005 n.262 (*Disposizioni per la tutela del risparmio la disciplina dei mercati finanziari*), che, all'art.24 (*Procedimento per l'adozione di provvedimenti individuali*) con riferimento specifico anche ai procedimenti della Consob di natura sanzionatoria, prescrive, al primo comma, il rispetto dei principi di conoscenza degli atti istruttori, del contraddittorio, della verbalizzazione, della distinzione tra funzione istruttoria funzioni decisorie rispetto all'irrogazione della sanzione; ed al secondo comma, l'obbligo di motivazione, con indicazione delle ragioni giuridiche dei presupposti di fatto che hanno determinato la decisione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria.

Ma non sembra che tali disposizioni abbiano innovato, o anche solo circoscritto la portata dell'art.21 *octies* della legge 7 agosto 1990 n.241, introdotto in epoca di poco anteriore dalla legge n.15/2005. In particolare, gli obblighi di motivazione e di rispetto del contraddittorio non appaiono neppure innovativi, ribadendo, piuttosto, requisiti generali dei provvedimenti di carattere contenzioso o sanzionatorio; come tali, non valgono, dunque, a porre sostanzialmente nel nulla la limitazione di rilevanza dei vizi di provvedimenti vincolati in cui sia palese che il contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

Nella memoria illustrativa ex art. 378 cod. proc. civ. si dà atto, infine, del decesso del sig. Sergio Pininfarina, condannato alla pena pecuniaria di € 20.000,00 per le infrazioni accertate.

Ne conseguono l'inefficacia della sanzione irrogata nei suoi confronti, intrasmissibile agli eredi (art.7, legge 24 novembre 1981, n. 689-*Modifiche al sistema penale*) e la conseguente detrazione del relativo importo (€ 20.000,00) dall'obbligazione solidale della Fidia-Fondo Interbancario d'Investimento azionario Società di Gestione del Risparmio s.p.a.

Per il resto, il ricorso è infondato e va respinto; con la conseguente condanna alla rifusione delle spese di giudizio, tenuto conto del valore della causa e del numero e complessità delle questioni trattate.

#### **P.Q.M.**

- Rigetta i motivi nn. 1, 2 e 3 del ricorso e pronunciando sul ricorso del sig. Sergio Pininfarina, dichiara l'inefficacia



sopravvenuta della sanzione a lui irrogata di € 20.000,00, con conseguente pari riduzione della somma ingiunta a carico della Fidia-Fondo Interbancario d'Investimento azionario società di gestione della risparmio s.p.a ;

- Condanna ciascuno dei residui ricorrenti alla rifusione delle spese di giudizio, rispettivamente liquidate in complessivi € 12.000,00 in favore della Commissione Nazionale per le Società e la Borsa – Consob ed in € 10.000,00 in favore del Ministero dell'Economia e delle Finanze, oltre le spese forfetarie e gli accessori di legge.

Roma, 16 Marzo 2016

IL PRESIDENTE  IL REL. EST.  
 

\_\_\_\_\_