

Civile Sent. Sez. 2 Num. 14708 Anno 2020

Presidente: GORJAN SERGIO

Relatore: GRASSO GIUSEPPE

Data pubblicazione: 10/07/2020

SENTENZA

sul ricorso 18081-2016 proposto da:

CRAVERO ROBERTO, RICHTER MARIO STELLA, MALGUZZI ALFREDO, elettivamente domiciliati in ROMA, VIA DI VILLA SACCHETTI 11, presso lo studio dell'avvocato ARISTIDE POLICE, che li rappresenta e difende unitamente agli avvocati ALDO GIUSEPPE SACCHI, GUSTAVO OLIVIERI, MAURIZIO GALBIATI;

14



2019

2152

- ricorrenti -

contro

CONSOB - COMMISSIONE NAZIONALE PER LA SOCIETÀ E LA BORSA, in persona del Presidente e legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata,



in ROMA, presso la propria sede, VIA GIOVANNI BATTISTA MARTINI 3, rappresentata e difesa dagli avvocati SALVATORE PROVIDENTI, GIANFRANCO RANDISI, GIULIA PATRIGNANI, STEFANIA LOPATRIELLO;

- **controricorrente** -

avverso il decreto della CORTE D'APPELLO di BOLOGNA, n. cron. 189/2016 depositato il 20/01/2016;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 10/10/2019 dal Consigliere GIUSEPPE GRASSO;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. CORRADO MISTRI che ha concluso per la declaratoria di inammissibilità dei motivi da uno a sette, il rigetto dell'ottavo motivo ed in subordine il rigetto del ricorso;

uditi gli avvocati Murizio Galbiati, Gustavo Olivieri e Aldo Giuseppe Sacchi, difensori dei ricorrenti, che si sono riportati agli atti depositati ed hanno chiesto l'accoglimento del ricorso;

uditi gli avvocati Giulia Patrignani, Stefania Lopatriello e Gianfranco Randisi, difensori della resistente, che hanno chiesto il rigetto del ricorso;

FATTI DI CAUSA

La Corte d'appello di Bologna, dopo che quella di Milano si era dichiarata incompetente, con il decreto reso pubblico il 20/1/2016, rigettò l'opposizione proposta, ex art. 195, d. lgs. n. 58/1998 (TUF), dal prof. Mario Stella Richter e dai dottori Roberto Cravero e Alfredo Malguzzi avverso la delibera della CONSOB n. 18678/2013, che aveva inflitto a ciascuno di loro la sanzione amministrativa pecuniaria di € 65.500,00, per aver violato gli obblighi sui medesimi incumbenti, quali componenti del Collegio sindacale della Parmalat s.p.a.

Agli incolpati era stato contestato di non aver adeguatamente vigilato sull'adozione e successiva attuazione da parte della società delle procedure rispettose dei principi e delle regole dettate dal regolamento della CONSOB, con specifico riferimento alle società quotate in borsa (art. 2403 cod. civ., art. 149, co. 1, lett. a, TUF e art. 4, co. 6, regolamento CONSOB).

La vicenda, in estrema sintesi, può riassumersi nei termini seguenti:

- dal luglio del 2011 la Parmalat risultava controllata indirettamente (tramite le società Sofil s.a.s. e Groupe Lactalis s.a. del Gruppo Lactalis) dalla lussemburghese BSA s.a.;

- nel 2012 la Parmalat comunicò l'operazione di acquisizione dell'intero capitale delle società Lactalis American, Lactalis Brasil e Lactalis Mexico, tutte società indirettamente controllate dalla BSA s.a., che, sua volta controllava la Parmalat;

- per quel che qui rileva basti ricordare (prescindendo dal rievocare l'intreccio di altro procedimento giudiziario sempre generato dalla stessa vicenda, che portò al commissariamento, ex art. 2409 cod. civ., della Parmalat, e a una successiva transazione che permise alla Parmalat di recuperare la somma di oltre 134 milioni di euro) che la CONSOB contestò ai Collegio dei sindaci di non avere opportunamente vigilato sul procedimento e, particolarmente, sull'operato del Comitato di Controllo Interno





e per la Corporate Governance, che aveva reputato sussistere il requisito dell'indipendenza in capo al nominato *advisor* Mediobanca, nonostante il predetto istituto di credito avesse partecipato al prestito sindacato contratto dalla s.a. BSA, all'interno di un pool di banche, in occasione del lancio dell'o.p.a. per l'acquisto di Parmalat (operazione qualificata di maggior rilievo), nonché sull'interesse della Parmalat al compimento dell'operazione; inoltre l'Autorità di vigilanza contestò ai Sindaci, quale violazione della disciplina sulle operazioni con parti correlate di minor rilevanza, il conferimento dell'incarico di assistenza legale (*advisor* legale) allo studio UGB (D'Urso-Gatti-Bianchi) prima che il Comitato Interno avesse rilasciato il proprio parere e prima della delibera del Consiglio d'amministrazione, addebitandosi, in ispecie, agli incolpati di non avere controllato sull'applicazione dell'art. 7, co. 1, lett. a) del regolamento, che impone al Comitato di Controllo di esprimersi motivatamente sull'interesse sociale, nonché sul compimento dell'operazione e sulla correttezza sostanziale e sulla convenienza della stessa (non si era fatto luogo a un processo di selezione con altri studi legali e non si era evidenziato che lo studio DGB, fosse parte correlata alla Parmalat, poiché uno dei suoi componenti – membro del Consiglio d'amministrazione di questa – era stato nominato *advisor* legale del Gruppo Lactalis in occasione dell'o.p.a. sulla Parmalat).

Avverso il decreto della Corte d'appello di Bologna ricorrono Mario Stella Richter, Roberto Cravero e Alfredo Cravero, svolgendo otto motivi di censura.

Resiste con controricorso la CONSOB.

Entrambe le parti hanno depositato memoria illustrativa.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo i ricorrenti deducono violazione e falsa applicazione dell'art. 195, co. 4, d.lgs. n. 58/1998, in relazione all'art. 360, n. 4, cod. proc. civ.

Questo, in sintesi, l'assunto impugnatorio.

La Corte di Bologna aveva giudicato tardiva, perché non proposta, con il primigenio ricorso avanzato davanti alla Corte di Milano, la censura con la quale, per la prima volta, i ricorrenti avevano lamentato la violazione del diritto di difesa, sulla base di quanto deciso dalla Corte edu nella sentenza Grande Stevens e altri contro il Governo italiano, per non essere stati messi in condizione di conoscere la relazione conclusiva della fase istruttoria, per non essere prevista una pubblica udienza davanti alla Commissione giudicante e per non risultare distinte le funzioni ispettive da quelle decisorie.

I ricorrenti contestano la statuizione evocando il principio dell'*overruling*: all'epoca del primo ricorso la Corte di legittimità era ferma nel rigetto della prospettazione sopra sintetizzata, successivamente intervenuta la decisione della Corte edu, s'imponeva riesame sul punto, di talché la Corte locale avrebbe dovuto applicare i principi di cui alla sentenza n. 15144/2011 della Cassazione.

1.1. La doglianza deve essere rigettata.

Con la nota sentenza n. 15144 dell'11/7/2011 (Rv. n. 617905) questa Corte a Sezioni Unite ha affermato che il mutamento della propria precedente interpretazione della norma processuale da parte del giudice della nomofilachia (c.d. "overruling"), il quale porti a ritenere esistente, in danno di una parte del giudizio, una decadenza od una preclusione prima escluse, opera - laddove il significato che essa esibisce non trovi origine nelle dinamiche evolutive interne al sistema ordinamentale - come interpretazione correttiva che si salda alla relativa disposizione di legge processuale "ora per allora", nel senso di rendere irrituale l'atto compiuto o il comportamento tenuto dalla parte in base all'orientamento precedente. Infatti, il precetto fondamentale della soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101 Cost.) impedisce di attribuire all'interpretazione

della giurisprudenza il valore di fonte del diritto, sicché essa, nella sua dimensione dichiarativa, non può rappresentare la "lex temporis acti", ossia il parametro normativo immanente per la verifica di validità dell'atto compiuto in correlazione temporale con l'affermarsi dell'esegesi del giudice. Tuttavia, ove l'"overruling" si connota del carattere dell'imprevedibilità (per aver agito in modo inopinato e repentino sul consolidato orientamento pregresso), si giustifica una scissione tra il fatto (e cioè il comportamento della parte risultante "ex post" non conforme alla corretta regola del processo) e l'effetto, di preclusione o decadenza, che ne dovrebbe derivare, con la conseguenza che - in considerazione del bilanciamento dei valori in gioco, tra i quali assume preminenza quello del giusto processo (art. 111 Cost.), volto a tutelare l'effettività dei mezzi di azione e difesa anche attraverso la celebrazione di un giudizio che tenda, essenzialmente, alla decisione di merito - deve escludersi l'operatività della preclusione o della decadenza derivante dall'"overruling" nei confronti della parte che abbia confidato incolpevolmente (e cioè non oltre il momento di oggettiva conoscibilità dell'arresto nomofilattico correttivo, da verificarsi in concreto) nella consolidata precedente interpretazione della regola stessa, la quale, sebbene soltanto sul piano fattuale, aveva comunque creato l'apparenza di una regola conforme alla legge del tempo. Ne consegue ulteriormente che, in siffatta evenienza, lo strumento processuale tramite il quale realizzare la tutela della parte va modulato in correlazione alla peculiarità delle situazioni processuali interessate dall'"overruling".

Nella fattispecie qui in esame deve escludersi che si versi in presenza di un *overruling* connotato dal carattere dell'imprevedibilità (per aver agito un mutamento nomofilattico in modo inopinato e repentino sul consolidato orientamento pregresso). Deve, pertanto, escludersi che i ricorrenti siano



rimasti, per così dire, colti di sorpresa da un sopravvenuto e inaspettato mutamento giurisprudenziale, tale da generare una "scissione tra il fatto (e cioè il comportamento della parte risultante 'ex post' non conforme alla corretta regola del processo) e l'effetto, di preclusione o decadenza, che ne dovrebbe derivare".

Invero, se la Corte di Strasburgo con l'arresto evidenziato dai ricorrenti (sentenza 4/3/2014, "Grande Stevens c. Italia") si è posta sul solco delle sue precedenti statuizioni (cfr. sentenza 8/6/1976, "Engel e altri c. Paesi Bassi"; sentenza 10/2/2009, "Zolotoukhine c. Russia"), questa Corte ha avuto modo di chiarire che nel procedimento amministrativo sanzionatorio previsto dall'art. 187 septies del d.lgs. n. 58 del 1998, l'omessa previsione della trasmissione all'interessato delle conclusioni dell'Ufficio sanzioni amministrative, e la conseguente impossibilità di interloquire, non si pone in contrasto con l'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, quando - come stabilito dalla Corte edu nella sentenza 4 marzo 2014, "Grande Stevens c. Italia" -, pur avendo le sanzioni natura sostanzialmente penale, il provvedimento con cui le stesse vengono irrogate sia assoggettato - come, appunto, quello adottato ex art. 187 septies cit., anche nel testo vigente "ratione temporis" - ad un sindacato giurisdizionale pieno, attuato nell'ambito di un giudizio che assicura le garanzie del giusto processo (Sez. 2, n. 8210, 22/04/2016, Rv. 639663).

Affermazione, quest'ultima, che si pone in esatta continuità con i precedenti di legittimità, fra i quali può segnalarsi la sentenza delle Sezioni Unite n. 20935, 30/9/2009 (conf. Sez. 2, n. 18683, 04/09/2014), la cui massima (Rv. 610516) precisa che il procedimento di irrogazione di sanzioni amministrative, previsto dall'art. 187-septies del d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, postula solo che, prima dell'adozione della sanzione, sia effettuata la contestazione dell'addebito e siano valutate le



eventuali controdeduzioni dell'interessato; pertanto, non violano il principio del contraddittorio l'omessa trasmissione all'interessato delle conclusioni dell'Ufficio sanzioni amministrative della Consob e la sua mancata personale audizione innanzi alla Commissione, non trovando d'altronde applicazione, in tale fase, i principi del diritto di difesa e del giusto processo, riferibili solo di procedimento giurisdizionale.

Indirizzo ribadito, in un'ottica più generale, assai di recente, essendosi affermato che le autorità indipendenti, nello svolgimento delle funzioni di garanzia loro attribuite, perseguono la tutela di interessi collettivi dello Stato-Comunità (quali la libertà del mercato, la tutela del risparmio, il corretto funzionamento della borsa e del sistema creditizio, etc.) e, in taluni casi, di diritti soggettivi individuali (come la tutela della riservatezza) e, nei rispettivi ambiti, esercitano funzioni sanzionatorie, ponendosi quali organi giustiziali, non equiparabili ad organi di giustizia in senso proprio che pronunciano statuizioni giudiziali. Il procedimento sanzionatorio di cui alla l. n. 262 del 2005 non partecipa, quindi, della natura giurisdizionale del processo tipicamente inteso, che è solo quello che si svolge davanti ad un giudice (Sez. 2, n. 4, 3/1/2019, Rv. 652574, massima parziale, per quel che qui rileva).

2. Con il secondo motivo viene denunciata violazione e falsa applicazione degli artt. 195, co. 2, d.lgs. n. 58/1998 e 24, co. 1, l. n. 28/2005, in relazione all'art. 360, n. 3, cod. proc. civ.

La Corte locale aveva ulteriormente errato avendo stimato infondata la violazione dei diritti di difesa. Non basta, chiariscono i ricorrenti, che durante l'istruttoria gli interessati possano interloquire, risultando comunque acclarata la non ragionevolezza e proporzionalità del procedimento a scapito di costoro, ai quali non era stata data comunicazione della relazione finale dell'Ufficio Sanzioni Amministrative, così non venendo garantita la funzione difensiva, e non solo partecipativa, al

procedimento (sul punto vengono richiamate le sentenze nn. 1595 e 1596/2015 del Consiglio di Stato). Inoltre, l'asserto secondo il quale i ricorrenti non avevano indicato in cosa fosse consistito il *vulnus* derivante dalla lesione del diritto di difesa, non poteva condividersi, poiché la lesione era da reputare <<oggettiva ed evidente>>, essendo venuta meno la necessaria interazione, oltre ad avere prospettato (con la memoria autorizzata) che in quella sede avrebbero potuto soffermarsi sull'insussistenza dell'elemento soggettivo, sull'assenza di danni, sull'erronea determinazione delle sanzioni, sulla illegittimità derivante dalla indeterminatezza delle stesse.

2.1. Il rigetto del primo motivo assorbe (assorbimento improprio) l'esposta doglianza.

3. Con il terzo motivo i ricorrenti lamentano violazione e falsa applicazione degli artt. 2391 bis cod. civ., 149, co. 1, d.lgs. n. 58/1998, 4, co. 6, e della delibera CONSOB n. 17221/2010, in relazione all'art. 360, n. 3, cod. proc. civ.

Secondo l'assunto impugnatorio, la decisione della Corte locale aveva erroneamente ricostruito la fattispecie normativa, così violando le disposizioni sopra indicate, stante che all'organo di controllo non compete l'apprezzamento dell'interesse, ma la sola vigilanza sul rispetto delle procedure e dei principi in materia di operazioni con parti correlate.

La delibera del Comitato di Controllo aveva espressamente esaminato il punto concernente l'indipendenza di Mediobanca, ritenendola salva, nonostante i denunciati rapporti.

La Corte di Bologna, invece, pur avendo affermato che l'operazione fosse stata intrapresa con il vaglio del Comitato, censura la stessa nel merito, censura che non era in potere dei sindaci di effettuare. Costoro, infatti, precisano i ricorrenti, al fine del controllo di <<legittimità sostanziale (...) sono tenuti a verificare la correttezza del procedimento decisionale attraverso cui quelle decisioni sono prese, accertando se esse siano assunte

con quel grado minimo di diligenza e professionalità che, lungi dall'investire la sfera di discrezionalità degli amministratori, costituisce per costoro l'oggetto di un vero e proprio obbligo legale>>.

3.1. Il motivo sopra riassunto non può essere accolto.

3.1.1. A dispetto dell'apprezzabile sforzo argomentativo con la riportata doglianza i ricorrenti invocano, sotto l'usbergo di una di una vasta pluralità di norme asseritamente violate, il riesame di fatto della vicenda.

Nella sostanza, peraltro neppure efficacemente dissimulata, l'insieme delle critiche investe impropriamente l'apprezzamento delle prove effettuato dal giudice del merito, in questa sede non sindacabile, neppure attraverso l'escamotage dell'evocazione dell'art. 116, cod. proc. civ., in quanto, come noto, una questione di violazione o di falsa applicazione degli artt. 115 e 116 cod. proc. civ. non può porsi per una erronea valutazione del materiale istruttorio compiuta dal giudice di merito, ma, rispettivamente, solo allorché si allegghi che quest'ultimo abbia posto a base della decisione prove non dedotte dalle parti, ovvero disposte d'ufficio al di fuori dei limiti legali, o abbia disatteso, valutandole secondo il suo prudente apprezzamento, delle prove legali, ovvero abbia considerato come facenti piena prova, recependoli senza apprezzamento critico, elementi di prova soggetti invece a valutazione (cfr., da ultimo, Sez. 6-1, n. 27000, 27/12/2016, Rv. 642299).

Più in generale, trattasi di doglianza che mira ad un inammissibile riesame degli insindacabili apprezzamenti di merito e la denuncia di violazione di legge non determina, per ciò stesso, nel giudizio di legittimità lo scrutinio della questione astrattamente evidenziata sul presupposto che l'accertamento fattuale operato dal giudice di merito giustifichi il rivendicato inquadramento normativo, essendo, all'evidenza, occorrente che l'accertamento fattuale, derivante dal vaglio probatorio, sia tale





da doversene inferire la sussunzione nel senso auspicato dal ricorrente (cfr., da ultimo, Cass. nn. 11775/019, 6806/019, 30728/018)..

3.1.1.2. L'art. 2403 cod. civ., co. 1, dispone: <<Doveri del collegio sindacale – Il collegio sindacale vigila sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento>>.

La riportata norma codicistica nel delineare il perimetro del vigile intervento dei sindaci non si limita a richiedere la verifica del solo formale rispetto di legge e statuto, ma impone il controllo di principi, peraltro non sempre strettamente ricollegabili a una norma giuridica specifica, di buona amministrazione, sotto i due concorrenti profili della correttezza e dell'adeguatezza. Laddove con la prima qualità deve intendersi la conformazione dell'azione amministrativa ai canoni dell'interesse perseguito, della trasparenza operativa e della veridicità formale e sostanziale delle scritture contabili e con la seconda, la più confacente conformazione degli assetti funzionali e organizzativi, in relazione alla scala dimensionale e operativa delle attività sociali.

Quindi, già sulla base della regola generale contenuta nel codice civile l'attività di controllo e vigilanza dei sindaci non può essere ridotta al notarile accertamento del mero rispetto formale della procedura di legge, dovendo, invece, come si è visto, assumere corposa sostanza di sindacato della correttezza e adeguatezza dell'azione amministrativa, la quale, libera nel come, nel quanto e nel quando, non può, tuttavia, pervertire il suo scopo (l'interesse sociale), confliggere con l'interesse pubblico (e non solo dei terzi interessati) alla leggibile e veritiera scritturazione contabile, violare il canone dell'appropriatezza e proporzionalità dell'assetto.



3.1.1.3. L'art. 4 della delibera CONSOB n. 17221/2010, adottato in relazione agli artt. 2391 bis cod. civ., 113 ter, 114 115 e 154 ter del d.lgs. n. 258/1998, dispone per le società quotate: << (Adozione di procedure)

1. I consigli di amministrazione o i consigli di gestione delle società adottano, secondo i principi indicati nel presente regolamento, procedure che assicurino la trasparenza e la correttezza sostanziale e procedurale delle operazioni con parti correlate. In particolare, tali procedure:

a) identificano le operazioni di maggiore rilevanza in modo da includervi almeno quelle che

superino le soglie previste nell'Allegato 3;

b) identificano i casi di esenzione previsti dagli articoli 13 e 14 ai quali le società intendono fare ricorso;

c) identificano, ai fini del presente regolamento, i requisiti di indipendenza degli amministratori o dei consiglieri di gestione e di sorveglianza in conformità a quanto previsto dall'articolo 3, lettera h);

d) stabiliscono le modalità con cui si istruiscono e si approvano le operazioni con parti correlate e individuano regole con riguardo alle ipotesi in cui la società esamini o approvi operazioni di società controllate, italiane o estere;

e) fissano le modalità e i tempi con i quali sono fornite, agli amministratori o consiglieri indipendenti che esprimono pareri sulle operazioni con parti correlate nonché agli organi di amministrazione e controllo, le informazioni sulle operazioni, con la relativa documentazione, prima della deliberazione, durante e dopo l'esecuzione delle stesse;

f) indicano le scelte effettuate dalle società con riguardo alle opzioni, diverse da quelle indicate nelle lettere precedenti, rimesse alle medesime società dalle disposizioni del presente regolamento.



2. Le società valutano se indicare nelle procedure come soggetti a cui applicare, in tutto o in parte, le disposizioni del presente regolamento anche soggetti diversi dalle parti correlate, tenendo conto, in particolare, degli assetti proprietari, di eventuali vincoli contrattuali o statutari rilevanti ai fini dell'articolo 2359, primo comma, n. 3), o dell'articolo 2497-septies del codice civile nonché delle discipline di settore alle stesse eventualmente applicabili in materia di parti correlate.

3. Le delibere sulle procedure e sulle relative modifiche sono approvate previo parere favorevole di un comitato, anche appositamente costituito, composto esclusivamente da amministratori indipendenti o, per le società che adottano il sistema di amministrazione e controllo dualistico, da consiglieri di gestione o consiglieri di sorveglianza indipendenti. Qualora non siano in carica almeno tre amministratori indipendenti, le delibere sono approvate previo parere favorevole degli amministratori indipendenti eventualmente presenti o, in loro assenza, previo parere non vincolante di un esperto indipendente.

4. Le procedure previste dal comma 1 garantiscono il coordinamento con le procedure amministrative e contabili previste dall'articolo 154-bis del Testo unico.

5. Nel definire le procedure, i consigli di amministrazione e di gestione identificano quali regole richiedano modifiche allo statuto e deliberano in conformità al comma 3 le conseguenti proposte da sottoporre all'assemblea.

Regolamento recante disposizioni in materia di operazioni con parti correlate pag. 5

6. L'organo di controllo vigila sulla conformità delle procedure adottate ai principi indicati nel presente regolamento nonché sulla loro osservanza e ne riferisce all'assemblea ai sensi dell'articolo 2429, secondo comma, del codice civile ovvero dell'articolo 153 del Testo unico.



7. Le procedure e le relative modifiche sono pubblicate senza indugio nel sito internet delle società, fermo l'obbligo di pubblicità, anche mediante riferimento al sito medesimo, nella relazione annuale sulla gestione, ai sensi dell'articolo 2391-bis del codice civile.

8. I soggetti controllanti e gli altri soggetti indicati nell'articolo 114, comma 5, del Testo unico, che siano parti correlate delle società, forniscono a queste ultime le informazioni necessarie al fine di consentire l'identificazione delle parti correlate e delle operazioni con le medesime>>.

Emblematicamente il primo comma impone ai consigli di amministrazione o di gestione di adottare <<procedure che assicurino la trasparenza e la correttezza sostanziale e procedurale delle operazioni con parti correlate>>. Alla lettera d) il predetto comma dispone che le procedure in parola debbono stabilire <<le modalità con cui si istruiscono e si approvano le operazioni con parti correlate e individuano regole con riguardo alle ipotesi in cui la società esamini o approvi operazioni di società controllate, italiane o estere>>. L'ultima parte dell'art. 3 dispone che <<Qualora non siano in carica almeno tre amministratori indipendenti, le delibere sono approvate previo parere favorevole degli amministratori indipendenti eventualmente presenti o, in loro assenza, previo parere non vincolante di un esperto indipendente>>. Infine l'art. 6 dispone che <<L'organo di controllo vigila sulla conformità delle procedure adottate ai principi indicati nel presente regolamento nonché sulla loro osservanza e ne riferisce all'assemblea ai sensi dell'articolo 2429, secondo comma, del codice civile ovvero dell'articolo 153 del Testo unico>>.

La necessità di assicurare corretto e trasparente accesso al mercato del capitale di rischio e l'effettività della garanzia patrimoniale della società nei confronti della massa dei creditori sociali non protetti da strumenti di garanzia personale o reale ha

indotto il legislatore ad approntare particolari cautele e procedure per quelle operazioni che la società ponga in essere con altre che direttamente o indirettamente (anche per ragioni di fatto) la controllino o con società che, a loro volta, siano collegate a quella dominante (con nomenclatura antropomorfica si parla in questi casi di società madre, figlie, sorelle o anche solo cugine).

Il regolamento CONSOB n. 17221, all'allegato 1, a completamento dell'art. 3 dello stesso corpo normativo, si esprime nei termini seguenti: <<Un soggetto è parte correlata a una società se: (a) direttamente, o indirettamente, anche attraverso società controllate, fiduciari o interposte persone: (i) controlla la società, ne è controllato, o è sottoposto a comune controllo; (ii) detiene una partecipazione nella società tale da poter esercitare un'influenza notevole su quest'ultima; (iii) esercita il controllo sulla società congiuntamente con altri soggetti; (b) è una società collegata della società; (c) è una joint venture in cui la società è una partecipante; (d) è uno dei dirigenti con responsabilità strategiche della società o della sua controllante; (e) è uno stretto familiare di uno dei soggetti di cui alle lettere (a) o (d); (f) è un'entità nella quale uno dei soggetti di cui alle lettere (d) o (e) esercita il controllo, il controllo congiunto o l'influenza notevole o detiene, direttamente o indirettamente, una quota significativa, comunque non inferiore al 20%, dei diritti di voto; (g) è un fondo pensionistico complementare, collettivo od individuale, italiano od estero, costituito a favore dei dipendenti della società, o di una qualsiasi altra entità ad essa correlata. Operazioni con parti correlate Per operazione con una parte correlata si intende qualunque trasferimento di risorse, servizi o obbligazioni fra parti correlate, indipendentemente dal fatto che sia stato pattuito un corrispettivo. Si considerano comunque incluse: - le operazioni di fusione, di scissione per incorporazione o di scissione in senso





stretto non proporzionale, ove realizzate con parti correlate; - ogni decisione relativa all'assegnazione di remunerazioni e benefici economici, sotto qualsiasi forma, ai componenti degli organi di amministrazione e controllo e ai dirigenti con responsabilità strategiche>>.

Vengono di poi distinte le operazioni con parti correlate maggiori da quelle minori, sulla base di criteri quantitativi (cfr. all. 3 al citato regolamento).

Non è dubbio che con la prima contestazione (operazione con parti correlate di maggior rilievo) l'Autorità di controllo ha stigmatizzato la mancanza di osservazioni da parte del Collegio dei sindaci sull'assenza d'indipendenza del nominato advisor Mediobanca, il quale aveva un interesse diretto (per quel che si è ricordato nel riassumere la vicenda fattuale) al rinforzo finanziario della BSA, che qui sarebbe stato ottenuto attraverso l'acquisto a prezzo sovrastimato di talune società sorelle (perché controllate sempre dalla BSA) da parte della Parmalat. Mancanza d'indipendenza che non era stata rilevata dal Comitato di Controllo Interno.

Questa Corte ha già avuto modo di condivisamente spiegare che in tema di sanzioni amministrative per violazione delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, 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 del collegio sindacale, i quali, in caso di accertate carenze delle procedure aziendali predisposte per la corretta gestione societaria, sono sanzionabili a titolo di concorso omissivo "quoad functione", gravando sui sindaci, 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 procedurali 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 (Sez. 1, n. 6037, 29/03/2016, Rv. 639053).

L'interesse superiore che l'assetto normativo è diretto a preservare si rivelerebbe vano laddove l'organo di controllo per eccellenza (il collegio dei sindaci) omettesse di riferire all'assemblea dei soci, ai sensi dell'art. 2429 cod. civ. di aver riscontrato carenza di "correttezza sostanziale", modalità opache e, soprattutto, il ricorso ad esperti privi di sicura indipendenza. In altri termini, riprendendo quanto sopra chiarito, deve affermarsi il seguente principio di diritto: *<<se è certo che non spetti ai sindaci interloquire sulla opportunità dell'operazione con parti correlate e sulle prospettive vantaggiose o meno della stessa, è parimenti indubbio che gli stessi non possano limitarsi a una verifica estrinseca del rispetto delle procedure legali, avendo il dovere di rendere note le criticità per difetto di "correttezza sostanziale", per difetto di indipendenza dell'advisor, risultante dalle emergenze e la non conformità della procedura allo scopo di legge, che, come si è accennato, è quello d'impedire silenti "svuotamenti societari">>.*

4. Con il quarto motivo si prospetta violazione e falsa applicazione degli artt. 4 e 13, nonché dell'allegato 3 della delibera CONSOB n. 17221/2010, in relazione all'art. 360, n. 3, cod. proc. civ.

La doglianza è volta a censurare l'addebito in ordine alla mancata vigilanza sulla scelta dell'advisor legale. La decisione aveva errato nel reputare che la procedura per le operazioni con parti correlate dovesse trovare applicazione ancor prima che fosse stato determinato l'ammontare del corrispettivo, e, quindi,

la soglia quantitativa, superata la quale era imposta la procedura in parola.

4.1. Il motivo non supera il vaglio d'ammissibilità.

Il ricorso mira a un inammissibile riesame di merito della motivazione: la Corte d'appello ha chiarito le ragioni per le quali l'operazione non poteva considerarsi conforme alle procedure (pagg. 19-20), proprio perché non constava essere stata assicurata la correttezza sostanziale e procedurale delle operazioni con parti correlate (lo studio legale DGB).

La Corte d'appello ha spiegato che:

a) nella seduta del 9/5/2012 il Comitato di Controllo esprime parere favorevole alla nomina dell'advisor legale, senza offrire elemento di sorta, al fine di verificarne la convenienza (non constava alcun raffronto con le offerte di altri studi legali primari contattati) e l'unica motivazione spesa era priva di consistenza (pretesa comprovata esperienza e conoscenza del gruppo);

b) non solo il parere doveva reputarsi privo di effettiva motivazione, ma non era stata evidenziato che lo Studio DGB era parte correlata della Parmalat, perché uno dei professionisti di esso studio era anche membro del Consiglio d'amministrazione della predetta società, nonché *advisor* legale del Gruppo Lactalis.

Anche a voler reputare, per convenienza espositiva, che i ricorrenti davanti alla Corte d'appello abbiano mosso la censura che oggi propongono (il contrario, invero, si trae dalla narrazione della sentenza della Corte di Bologna, alla quale i ricorrenti non addebitano di aver errato nel riepilogare le censure d'appello, in questa sede indicando testualmente il passaggio dell'atto impugnatorio), la critica sollecita una rivalutazione di merito non consentita in questa sede, implicante la verifica dell'ipotesi, prospettata col ricorso, che al momento della nomina dell'*advisor* legale non fosse dato prevedere che il compenso ad esso spettante sarebbe stato tale da fare inquadrare il rapporto fra



quelli qualificati fra parti correlate di minor valore, invece che al di sotto della soglia di rilevanza.

5. Con il quinto motivo i ricorrenti deducono l'omesso esame di più fatti controversi e decisivi, in relazione all'art. 360, n. 5, cod. proc. civ.

Alla Corte d'appello era stata sottoposta una esaustiva ricognizione della prassi applicativa della delibera 17221/010, dalla quale, ove il Giudice si fosse soffermato a valutarne il significato qualitativo, sarebbe merso che nella esperienza sperimentata le motivazioni rese dai comitati di controllo erano, nel loro complesso, <<meno articolate, complete e approfondite>> della motivazione resa dal Comitato di Controllo della Parmalat. Il confronto omesso risultava pertanto decisivo.

5.1. Il motivo non supera il vaglio d'ammissibilità.

Non si rileva alcun omesso esame, avendo la Corte d'appello preso in considerazione la prassi richiamata con la documentazione prodotta, tuttavia non reputandola decisiva.

Sul punto devesi ricordare che non è compatibile con la natura del giudizio di legittimità, ove non può farsi valere la non rispondenza della ricostruzione dei fatti operata dal giudice del merito al convincimento della parte, sottoponendone a rivisitazione le valutazioni, il riesame del merito.

Di fatto, come più volte osservato, << i difetti di omissione e di insufficienza [tale ultimo vizio non è più rilevabile nei processi nei quali trova applicazione la nuova formulazione del n. 5 dell'art. 360 cod. proc. civ., operata con la novella del 2012] della motivazione sono configurabili soltanto quando dall'esame del ragionamento svolto dal giudice del merito e quale risulta dalla sentenza stessa impugnata emerga la totale obliterazione di elementi che potrebbero condurre ad una diversa decisione ovvero quando è evincibile l'obiettiva deficienza, nel complesso della sentenza medesima, del procedimento logico che ha indotto il predetto giudice, sulla scorta degli elementi acquisiti, al suo





convincimento, ma non già, invece, quando vi sia difformità rispetto alle attese e alle deduzioni della parte ricorrente sul valore e sul significato attribuiti dal giudice di merito agli elementi delibati, poiché, in quest'ultimo caso, il motivo di ricorso si risolverebbe in un'inammissibile istanza di revisione delle valutazioni e dei convincimenti dello stesso giudice di merito che tenderebbe all'ottenimento di una nuova pronuncia sul fatto, sicuramente estranea alla natura e alle finalità del giudizio di cassazione>> (S.U. n. 24148, 25/10/2013, Rv. 627790).

Né può censurarsi il libero convincimento del giudice, sia pure attraverso l'evocazione del vizio dell'omesso esame di un fatto controverso e decisivo, ove nel corpo della motivazione (anche nel rispetto del principio di economicità) costui non si dilunghi in osservazioni che non risultino effettivamente decisive per la decisione, dando minutamente conto di aver letto e tenuto conto di ogni emergenza di causa (cfr., sulla non necessità dell'esplicito riferimento in sentenza di tutte le emergenze di causa, ex multis, Sez. L. n. 16499, 15/7/2009; Sez. 1, n. 11511, 23/5/2014).

Si è già chiarito che l'omissione deve consistere in elementi fattuali, giammai può essere succedaneamente individuata nell'esercizio del potere motivazionale (cfr., Sez. 3, n. 5795, 8/3/2017), come nella specie. Di conseguenza, deve affermarsi il principio di diritto seguente: <<L'omesso esame che integra la violazione di legge individuata dal vigente n. 5 dell'art. 360 cod. proc. civ. deve concernere fatti sensibili direttamente refluenti sul tema della decisione e non già, come nel caso in esame, argomentazioni, suggestioni, prassi interpretative, più o meno autorevoli, considerazioni statistiche, ecc., che altro non fanno che rimandare a una inammissibile sindacato del vaglio di merito>>.

6. Il sesto motivo denuncia, sempre sotto il profilo dell'omesso esame, che la prassi professionale dimostrata dalla documentazione prodotta avrebbe dovuto imporre di considerare incolpevole l'errore nel quale erano incorsi gli esponenti, stante che la predetta prassi costituiva un decisivo elemento positivo di convincimento estraneo all'autore.

6.1. Anche questo motivo è inammissibile per le ragioni spese a riguardo della precedente censura.

Deve soggiungersi che la Corte di Bologna ha, peraltro, ampiamente motivato sul punto, anche prendendo spunto dall'alta professionalità e competenza degli incolpati, perfettamente in grado di sapersi orientare in ordine ai compiti di vigilanza loro assegnati dalla carica ricoperta

7. Con il settimo motivo i ricorrenti ipotizzano violazione e falsa applicazione dell'art. 132, co. 2, n. 4, cod. proc. civ., in relazione all'art. 360, n. 4, cod. proc. civ., lamentando che il provvedimento, appiattitosi sugli argomenti della CONSOB, letteralmente ripresi, era venuto meno all'obbligo di autonoma motivazione, ridotta a mera apparenza, peraltro manifestamente illogica e incomprensibile sul punto concernente la doglianza con la quale si era contestata la ingiusta duplicazione sanzionatoria, nonostante *<<il carattere meramente strumentale tra il conferimento dell'incarico di consulenza legale e l'acquisizione LAG in se stessa considerata>>*.

7.1. Anche in questo caso non resta che constatare la presenza di compiuta motivazione, a nulla rilevando che essa abbia condiviso in tutto o in parte le osservazioni della CONSOB, con la conseguenza che la doglianza non è scrutinabile per difetto d'ammissibilità.

Come da ultimo si è chiarito ricorre il vizio di motivazione apparente della sentenza, denunciabile in sede di legittimità ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 5, cod. proc. civ. quando essa, benché graficamente esistente, non renda, tuttavia, percepibile il



fondamento della decisione, perché recante argomentazioni obiettivamente inidonee a far conoscere il ragionamento seguito dal giudice per la formazione del proprio convincimento, non potendosi lasciare all'interprete il compito di integrarla con le più varie, ipotetiche, congetture (Sez. 6, n. 13977, 23/05/2019, Rv. 654145 - 01). Ipotesi che qui, all'evidenza, non è neppure ipotizzabile.

8. Con l'ottavo motivo i ricorrenti denunciano violazione e falsa applicazione dell'art. 193, co. 2 e 3, d.lgs. n. 58/1998, in relazione all'art. 360, n. 3, cod. proc. civ.

L'art. 193, co. 3, lett. a) del TUF, all'epoca vigente, disponeva applicarsi ai sindaci che avessero violato di doveri di cui all'art. 149, co. 1, <<la sanzione indicata dal comma 2>>. Il comma 2 in parola, tuttavia, stabiliva due sanzioni, ben diverse fra loro, punendo l'omessa comunicazione delle partecipazioni sociali rilevanti e dei patti parasociali, nonché la violazione dei divieti previsti dagli artt. 120, co. 5, 121, co. 1 e 3, 122, co. 4, con la sanzione pecuniaria da 25.000 a 2.500.000 euro e il ritardo nelle comunicazioni previste dall'art. 120, co. 2, 2 bis, 3 e 4, non superiore a due mesi, con la minor sanzione pecuniaria da 5.000 a 500.000 euro.

Non era ragionevole affermare, come aveva fatto la Corte locale, che la seconda previsione era estranea alla fattispecie da sanzionare. Di conseguenza <<la Corte d'Appello di Bologna avrebbe (...) dovuto quantomeno rideterminare la sanzione irrogata da Consob applicando quella costituita dal combinato delle due sanzioni previste nel comma 2 dell'art. 193 (al quale il comma 3, come detto, rinvia), e dunque una sanzione da euro cinquemila a euro duemilionicinquecentomila>>.

8.1. Il motivo è infondato.

I ricorrenti chiedono alla Corte di forgiare inammissibilmente una nuova disposizione di legge, frutto della combinazione di più norme, il che non è consentito.

Sul punto, oltre alla precipua affermazione delle S.U. civili (n. 30939/017), proprio a riguardo di procedimento sanzionatorio (nella specie disciplinare), ben può richiamarsi, per palese affinità, la consolidata giurisprudenza penale di legittimità, maturata nell'applicazione della *lex mitior* (cfr., da ultimo, Sez. 7, n. 6545, 4/11/2016, dep. 10/2/2017; Sez. 3, n. 14198, 25/5/2016, dep. 23/3/2017).

Peraltro, l'opzione interpretativa della Corte di Bologna risulta pienamente condivisibile: il legislatore non ha inteso punire il difetto di vigilanza con la più lieve sanzione, che reprime una fattispecie di mero ritardo, bensì con la maggior sanzione prevista per la condotta omissiva, che, fra le due ipotesi sanzionate, è quella che più è assimilabile all'omessa vigilanza.

L'opzione interpretativa sopra esposta trova, peraltro, rafforzamento nel nuovo testo dell'art. 193 TF, introdotto nel 2015, il quale ha eliminato ogni dubbio.

9. Le spese legali seguono la soccombenza e possono liquidarsi siccome in dispositivo, tenuto conto del valore e della qualità della causa, nonché delle attività espletate.

10. Ai sensi dell'art. 13, comma 1-quater D.P.R. n. 115/02 (inserito dall'art. 1, comma 17 legge n. 228/12) applicabile *ratione temporis* (essendo stato il ricorso proposto successivamente al 30 gennaio 2013), ricorrono i presupposti per il raddoppio del versamento del contributo unificato da parte dei ricorrenti, a norma del comma 1-bis dello stesso art. 13.

P.Q.M.

rigetta il ricorso e condanna i ricorrenti al pagamento, in favore della controricorrente, delle spese del giudizio di legittimità, che liquida in euro 7.800,00 per compensi, oltre alle spese forfettarie nella misura del 15 per cento, agli esborsi liquidati in euro 200,00, ed agli accessori di legge.

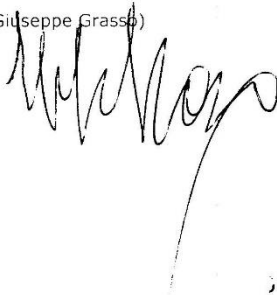
Ai sensi dell'art. 13, comma 1-quater D.P.R. n. 115/02, inserito dall'art. 1, comma 17 legge n. 228/12, dichiara la

sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte dei ricorrenti, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del comma 1-bis dello stesso art. 13.

Così deciso in Roma il 10 ottobre 2019 nella camera di consiglio della Seconda Sezione.

Il Consigliere estensore

(Giuseppe Grasso)



Il Presidente

(Sergio Gorjan)



IL CANCELLIERE
(G. TRANFO)

CORTE DI CASSAZIONE
Sezione II Civile
DEPOSITATO IN CANCELLERIA