



Civile Sent. Sez. 1 Num. 6037 Anno 2016

Presidente: NAPPI ANIELLO

Relatore: LAMORGESE ANTONIO PIETRO

Data pubblicazione: 29/03/2016

PU

SENTENZA

sul ricorso 28211-2013 proposto da:

RANDAZZO SALVATORE (c.f. RNDSVT52P03G371), GARIBOLDI SAVIO (c.f. GRBSVA60M09F704P), RAVAZZOLO GIORGIO (c.f. RVZGRG50E11G694E), LA CAPE - LISTED INVESTMENT VEHICLE IN EQUITY S.P.A. (c.f. 05510870966), in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliati in ROMA, VIA DELLA VITE, 32, presso l'avvocato FRANCESCO DA RIVA GRECHI, che li rappresenta e difende, giusta procura in calce al ricorso;

2016

201

- ricorrenti -



contro

COMMISSIONE NAZIONALE PER LA SOCIETÀ E LA BORSA;

- intimata -

Nonché da:

CONSOB - COMMISSIONE NAZIONALE PER LA SOCIETÀ E LA BORSA (C.F. 80204250585), in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA MARTINI GIOVANNI BATTISTA 3, presso l'avvocato SALVATORE PROVIDENTI, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato GIANFRANCO RANDISI, giusta procura a margine del controricorso e ricorso incidentale;

- controricorrente e ricorrente incidentale -

contro

RANAZZO SALVATORE, GARIBOLDI SAVIO, RAVAZZOLO GIORGIO, LA CAPE - LISTED INVESTMENT VEHICLE IN EQUITY S.P.A.;

- intimati -

avverso il decreto della CORTE D'APPELLO di MILANO, depositato il 23/04/2013, n. 958/12 V.G.;

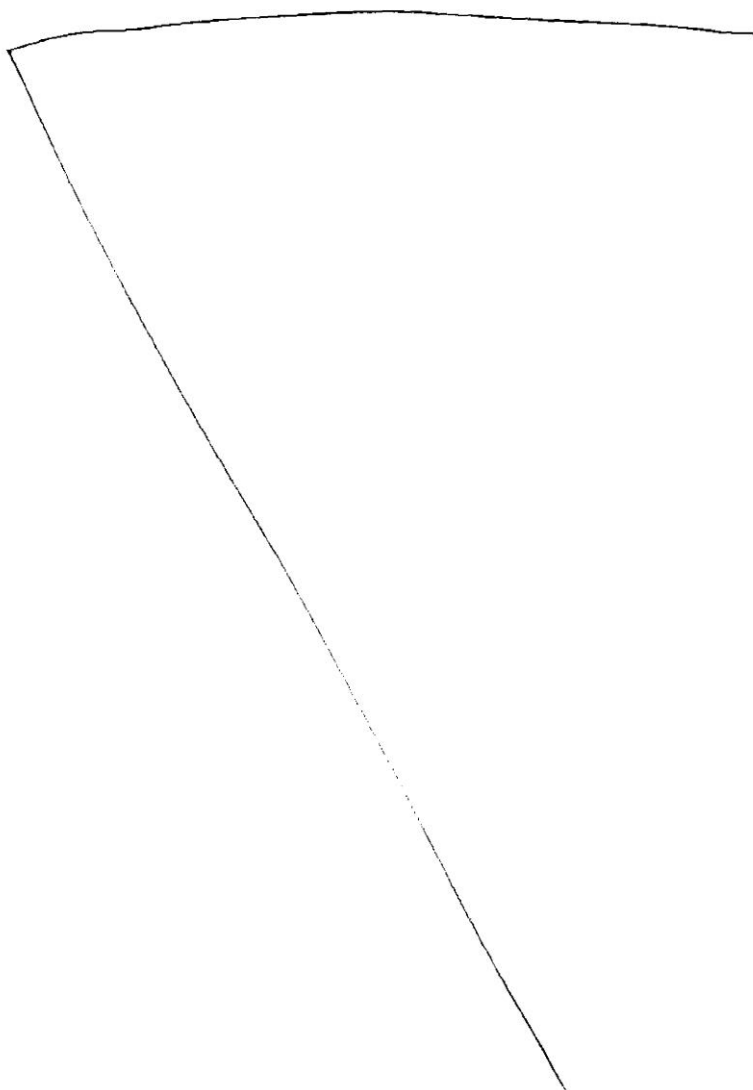
udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 27/01/2016 dal Consigliere Dott. ANTONIO PIETRO LAMORGESE;

udito, per i ricorrenti, l'Avvocato DA RIVA GRECHI che ha chiesto il rigetto del ricorso incidentale, accoglimento del principale;

9.

udito, per la controricorrente, l'Avvocato RANDISI G.
che si riporta;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore
Generale Dott. FEDERICO SORRENTINO che ha concluso per
il rigetto di entrambi i ricorsi.



9.



Svolgimento del processo

1.- I sig.ri Salvatore Randazzo, Savio Gariboldi e Giorgio Ravazzolo, nella qualità (il primo) di presidente e (gli altri) di componenti del collegio sindacale della società Cape Listed Investment Vehicle in Equity (d'ora in avanti Cape Live), ai quali è stato contestato di avere violato i doveri di vigilanza nei confronti degli organi amministrativi e gestionali della predetta società, hanno proposto opposizione, a norma dell'art. 195, quarto comma, del t.u.f. (d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58), alla delibera della Consob n. 18369 del 7 novembre 2012 che aveva inflitto sanzioni amministrative pecuniarie, complessivamente determinate in € 120.000,00 nei confronti del primo e in € 100.000,00 nei confronti di ciascuno degli altri due. Ha proposto opposizione anche la Cape Live, responsabile in solido con i sindaci, alla quale era stato ingiunto il pagamento della sanzione di € 320.000,00.

In particolare, ai sindaci è stato contestato di non avere vigilato sull'adeguatezza della struttura organizzativa della società e sull'affidabilità del sistema di controllo interno e amministrativo-contabile nel periodo 2008-2010, né sulle modalità di attuazione delle regole di governo societario previste dai codici di comportamento, ai quali la società ha dichiarato di attenersi mediante informativa al pubblico, a norma dell'art. 149, primo comma, lett. c)-c bis), del d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58 (t.u.f.). Sebbene i



sindaci avessero affermato la correttezza dell'operato del consiglio di amministrazione e l'adeguatezza dei sistemi di controllo interno, amministrativo e contabile (anche dopo l'audizione alla Consob del 24 novembre 2010) e avessero minimizzato l'esistenza di gravi carenze, era emerso nel corso di accertamenti ispettivi che alcune operazioni rischiose (ad es., le transazioni realizzate con la Banca Degroof, il collocamento di prestiti obbligazionari convertibili, la sottoscrizione di quote del fondo monetario Elicem, un contratto di deposito di "piazzamento fiduciario", ecc.) erano state disposte da persone prive dei necessari poteri e che vi erano state numerose irregolarità nel trattamento dei documenti di spesa (addebiti e pagamenti privi di documentazione giustificativa ecc.); inoltre, era emerso che i sindaci erano stati inadempienti al dovere di vigilare sul carente sistema di controllo interno e sulla struttura organizzativa della società, con riguardo ai sistemi organizzativo, informatico, di controllo della gestione e amministrativo-contabile, stante anche la carenza di presidi e controlli adeguati sul sistema delle deleghe; ulteriori contestazioni riguardavano, a norma dell'art. 149, primo comma, lett. c bis), t.u.f., l'omessa vigilanza sulle iniziative dell'Organismo di vigilanza, istituito ex art. 6 del d.lgs. n. 231/2001 per la prevenzione dei reati connessi alla redazione dei bilanci, e la mancata



attivazione delle procedure previste dal codice di autodisciplina delle società quotate cui la Cape Live aveva dichiarato di aderire.

2.- La Corte d'appello di Milano, con sentenza 23 aprile 2013, ha ridotto le sanzioni a € 80.000,00 per ciascuno dei sindaci e a € 240.000,00 per la Cape Live e ha compensato in parte le spese. La Corte ha confermato il giudizio di responsabilità degli opposenti, con esclusione dell'addebito relativo all'omesso controllo sull'attività dell'Organismo di vigilanza, in quanto organo dotato di autonomi poteri ispettivi rispetto al quale non si giustificava l'ulteriore vigilanza da parte del collegio sindacale e, di conseguenza, ha ridotto l'importo delle sanzioni; ha giudicato inammissibile (perché generica) e infondata l'opposizione relativa alla mancata attuazione del codice di autodisciplina ex art. 149, lett. c bis); ha rigettato i motivi di opposizione volti a sostenere la non punibilità delle condotte omissive, quale l'omissione di vigilanza addebitata ai sindaci, a norma dell'art. 193 del t.u.f., e la non duplicabilità delle sanzioni per le ipotesi previste dalle lett. c) e c bis) dell'art. 149, primo comma, del t.u.f., trattandosi di illeciti diversi; ha ritenuto che l'entità delle sanzioni non fosse ingiustificata, in relazione alla gravità "media" degli illeciti; ha escluso la maggiorazione della sanzione (di €

g



20.000,00) applicata al Randazzo, quale presidente del collegio sindacale.

3.- Randazzo, Gariboldi e Ravazzolo e la Cape Live hanno proposto ricorso per cassazione sulla base di quattro motivi, cui s'è opposta la Consob che ha proposto un ricorso incidentale affidato a un motivo. Le parti hanno presentato memorie.

Motivi della decisione

1.- Nel primo motivo, i ricorrenti, denunciando violazione e falsa applicazione degli artt. 2403 e 2403 bis c.c., 8, 148 bis e 149 t.u.f., si dolgono che sia stata loro addebitata la responsabilità per omesso controllo sulla base di una responsabilità oggettiva per il fatto di essere state rilevate irregolarità, a causa della carenza della struttura societaria e dei controlli sull'organizzazione e sulla gestione. In tal modo, la Corte di merito avrebbe omesso di considerare che il collegio sindacale era stato tenuto all'oscuro di quei fatti dagli amministratori, i quali, profittando dei loro poteri di rappresentanza, avevano occultato i vincoli assunti dalla società verso i terzi; che l'obbligo di comunicazione scatta solo in presenza di irregolarità accertate, idonee ad attivare i compiti di vigilanza della Consob (art. 149 cit., terzo comma), e non di sospetti da verificare sulla base di indagini; che non compete ai sindaci un controllo di merito sulla opportunità e convenienza delle scelte gestionali

Q,



degli amministratori, ma solo una verifica del rispetto della legge e dell'atto costitutivo; che i sindaci non operano come ausiliari o per conto della Consob (la quale agisce a tutela di interessi pubblici e dell'integrità del mercato), ma a tutela degli interessi della società; che il 28 ottobre 2010 i sindaci avevano informato la Consob delle anomalie riscontrate ed erano stati sentiti nell'audizione del 24 novembre 2010.

Nel secondo motivo, i ricorrenti, denunciando violazione e falsa applicazione degli artt. 2403, 2403 bis e 2407 c.c., 1 ss. della legge 24 novembre 1981, n. 689, e 27 Cost., si dolgono di essere stati ritenuti responsabili benché avessero stimolato gli amministratori ad aggiornare il sistema dei controlli e denunciato alla Consob le irregolarità riscontrate; evidenziano che l'organizzazione era stata ritenuta idonea dalla Consob, che aveva dato il nulla osta alla quotazione; in definitiva, nessuna colpa sarebbe loro imputabile, poiché le condotte irregolari di cui si tratta e le anomalie di gestione erano state prontamente denunciate dai sindaci e non erano evitabili, in quanto realizzate da soggetti in posizioni apicali mediante elusione di regole e controlli.

1.1.- I predetti motivi, da esaminare congiuntamente, sono infondati.

I giudici di merito hanno accertato, con adeguato apprezzamento di fatto, che gli oppositori sono venuti meno



all'obbligo di vigilanza, previsto dall'art. 149 t.u.f., sull'adeguatezza della struttura organizzativa della società, del sistema di controllo interno e amministrativo-contabile e sull'affidabilità di quest'ultimo nel rappresentare correttamente i fatti di gestione della società (comma 1, lett. c); nonché sulle modalità di concreta attuazione delle regole di governo societarie previste dai codici di comportamento, cui la società aveva dichiarato di attenersi mediante informativa al pubblico (lett. c bis).

I rilievi critici avanzati dai ricorrenti ruotano attorno ad una presunta inesigibilità dei doveri di vigilanza e, quindi, alla loro incolpevolezza, in presenza di comportamenti degli organi amministrativi mirati ad occultare dolosamente la violazione delle regole di un'accorta gestione societaria, della cui esistenza essi non erano a conoscenza prima che fossero accertati. In sostanza, mancherebbe la stessa possibilità di una preventiva rappresentazione degli illeciti da prevenire e ciò precluderebbe ogni loro responsabilità.

Tuttavia, è agevole replicare che l'omissione di vigilanza, tipica di numerose fattispecie di illeciti amministrativi disciplinate dal t.u.f., mentre può risultare incompatibile con l'effettiva rappresentazione degli illeciti da impedire, è invece perfettamente compatibile con la loro "rappresentabilità" e, dunque, con la colpa: l'inosservanza



dei doveri di informazione-sorveglianza vale, quindi, a legittimare la comminatoria di una sanzione "colposa" laddove seguano illeciti degli "organi vigilati", poiché non occorre la prova che il "garante primario" (in questo caso, i sindaci) conoscesse in concreto ogni aspetto dell'attività posta in essere dai secondi, essendo viceversa sufficiente la sola "potenzialità di conoscenza", legittimamente destinata a presumersi.

Questa Corte ha chiarito che la complessa articolazione della struttura organizzativa di una banca (o, come in questo caso, di una società di investimenti) non può comportare l'esclusione o 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 degli atti di abuso gestionali 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

q.



denuncia immediata alla Banca d'Italia e alla Consob (v. Cass., sez. un., n. 20934/2009).

Non si tratta di imputare ai sindaci una responsabilità per il sospetto del compimento di operazioni irregolari o illecite da parte di altri, né di sottoporre gli organi amministrativi a un controllo sul merito delle scelte gestionali, ma di pretendere l'esercizio tempestivo dei poteri ispettivi che la legge pone a carico dei sindaci (artt. 150 e 151 t.u.f., 2403 bis c.c.), anche mediante tempestive comunicazioni alla Consob (art. 149, comma 3, t.u.f.) che, nella specie, i giudici di merito hanno accertato essere state parziali (avendo riguardato solo alcune tra le vicende sanzionate) e tardive (risalenti a fine 2010).

Le fattispecie, considerate dall'art. 149 t.u.f. (e, in generale, dagli artt. 2403, 2403 bis, 2406 e 2407 c.c.), delle quali i sindaci sono stati chiamati a rispondere per omesso o tardivo esercizio dei doveri di vigilanza, sono incentrate sulla mera condotta, secondo un criterio di doverosità, che ancora il giudizio di colpevolezza a parametri normativi estranei al dato puramente psicologico, essendo l'indagine sull'elemento oggettivo dell'illecito limitata all'accertamento della "suità" della condotta inosservante, con la conseguenza che, una volta integrata e provata dall'autorità amministrativa la fattispecie tipica dell'illecito, grava sul trasgressore, in virtù della



presunzione di colpa posta dall'art. 3 della legge 24 novembre 1981, n. 689, l'onere di provare di aver agito in assenza di colpevolezza (v. Cass., sez. un., n. 20930/2009).

L'onere di provare i fatti costitutivi della pretesa sanzionatoria è a carico dell'Amministrazione, la quale è tenuta a fornire la prova della condotta illecita, che può essere offerta anche mediante presunzioni semplici, per effetto delle quali, nel caso di illecito omissivo, ricade sull'intimato l'onere di fornire la prova di avere tenuto la condotta attiva richiesta, ovvero della sussistenza di elementi tali da renderla inesigibile. L'intimato è facoltizzato a dare la prova di fatti impedienti, cioè che la piena osservanza dei doveri di controllo non sarebbe servita a conoscere ed evitare le condotte trasgressive altrui, ma deve trattarsi di fatti non smascherabili attraverso gli ordinari "flussi informativi" (v. Cass. da ultimo citata); inoltre i sindaci hanno l'onere di provare che l'inosservanza dell'obbligo di comunicare senza indugio e in modo completo alla Consob le irregolarità riscontrate sia dipesa da impossibilità dovuta a caso fortuito o forza maggiore (v. Cass. n. 3251/2009), prova che non è stata fornita, come i giudici di merito hanno adeguatamente accertato in fatto.

2.- Con il terzo motivo i ricorrenti denunciano violazione e falsa applicazione degli artt. 6 ss. del d.lgs. n. 231



del 2001 e dei principi di legalità e colpevolezza di cui agli artt. 1 ss. del d.lgs. n. 689/1981 cit. e 27 Cost.: affermano che l'art. 149, primo comma, lett. c) e c bis), del t.u.f. dovrebbe essere interpretato nel senso che l'omessa vigilanza da parte dei sindaci si debba tradurre in "carenze della struttura organizzativa della società", la cui mancanza sarebbe stata accertata sia dalla Corte d'appello, che avrebbe ritenuto immune da censure il comportamento dei sindaci, sia dal giudice penale, che avrebbe emesso un decreto di archiviazione dell'illecito amministrativo ed affermato l'idoneità del modello organizzativo della società secondo il d.lgs. n. 231 del 2001.

2.1.- Il motivo è infondato.

La Corte d'appello si è limitata a ritenere infondata la contestazione relativa all'omessa vigilanza da parte dei sindaci sulle iniziative dell'Organismo di vigilanza, istituito ex art. 6 del d.lgs. n. 231/2001 e, di conseguenza, a ridurre l'importo delle sanzioni. La tesi secondo cui sarebbe stata accertata la complessiva adeguatezza organizzativa della società secondo il d.lgs. n. 231 del 2001, oltre a non trovare riscontro nella sentenza impugnata, implica valutazioni giuridiche - circa la perimetrazione dell'ambito applicativo del t.u.f. rispetto al d.lgs. n. 231 del 2001 - astratte e avulse dal dibattito processuale svoltosi nel giudizio di merito,

R,



oltre che accertamenti di fatto inammissibili in sede di legittimità (in ordine ai contenuti di un decreto di archiviazione che sarebbe stato emesso dal giudice penale, che non si precisa se e quando sia stato prodotto nel giudizio di merito, e alla presunta assenza di vantaggi per la società derivanti dai comportamenti contestati).

3.- Con il quarto motivo, i ricorrenti lamentano la determinazione delle sanzioni in violazione e falsa applicazione del criterio legale previsto dagli artt. 149, commi 1 e 1 bis, e 193, comma 3, del t.u.f. La tesi è che alle violazioni di cui si tratta, previste dall'art. 149, lett. c) e c bis), t.u.f., in quanto implicanti la violazione di un medesimo dovere di vigilanza, si sarebbe dovuta applicare un'unica sanzione, senza raddoppio; inoltre, per il principio del *favor rei*, si sarebbe dovuta applicare la sanzione più lieve prevista dall'art. 193, comma 2 (richiamato dal comma successivo) per il caso di "ritardo nelle comunicazioni".

3.1.- Il motivo è infondato.

I doveri di vigilanza dei sindaci, previsti dall'art. 149 t.u.f., comma 1 ("Il collegio sindacale vigila:..."), si concretizzano in gruppi di fattispecie specifiche e diverse, tra le quali quelle indicate nelle lett. c) (sull'adeguatezza delle strutture organizzative, del sistema di controllo e del sistema amministrativo-contabile della società) e c bis) (sulle modalità di



attuazione delle regole di governo societario), la cui
violazione dà luogo a illeciti diversi per i quali non si
giustifica l'applicazione di una sanzione unica. Non è
sostenibile la tesi che, facendo leva sull'art. 193, comma
3, t.u.f. (a norma del quale ai componenti del collegio
sindacale "che commettono irregolarità nell'adempimento dei
doveri previsti dall'art. 149, comma 1" è applicata "la
sanzione indicata nel comma 2"), ritiene che la sanzione
debba essere applicata una sola volta, producendosi
altrimenti l'effetto di parificare, a fini sanzionatori, la
posizione del sindaco che abbia commesso una sola
violazione a quella del sindaco che abbia commesso, come
nel caso in esame, una pluralità di violazioni dei doveri
di vigilanza previsti nell'elenco dei diversi gruppi di
fattispecie contenuto nell'art. 149, comma 1, t.u.f. (nella
specie, quelle di cui alle lett. c-c bis) Inoltre, neppure
è condivisibile la tesi secondo cui avrebbe dovuto
applicarsi la più lieve sanzione prevista dall'art. 193,
comma 2, t.u.f. per il "ritardo nelle comunicazioni... non
superiore a due mesi", trattandosi di una fattispecie non
assimilabile a quella della plurima omissione di attività
doverose da parte dei sindaci.

4.- La Consob, nell'unico motivo del ricorso incidentale,
imputa alla Corte territoriale violazione e falsa
applicazione degli artt. 148 ss. del t.u.f. e dei principi
concernenti la funzione di presidente del collegio

g r



sindacale, per avere ritenuto ingiustificata la maggiorazione della sanzione (di € 20.000,00) applicata al presidente del collegio sindacale (Randazzo) che, invece, sarebbe giustificata, in ragione del ruolo di particolare responsabilità rivestito in seno all'organo collegiale e dei maggiori compiti ad esso attribuiti rispetto agli altri componenti.

4.1.- Si deve premettere che la determinazione dell'entità della sanzione, entro i limiti massimi e minimi previsti dalla legge, costituisce oggetto di un potere del giudice di merito, che deve commisurarla alla gravità del fatto concreto, globalmente desunta dai suoi elementi oggettivi e soggettivi, ed è censurabile, in sede di legittimità, esclusivamente nel caso di superamento dei predetti limiti ovvero laddove sia motivata in modo illogico, contraddittorio o apparente (v. Cass. n. 9255/2013, n. 5877/2004, n. 8532/2001). Il motivo in esame, benché formulato in rubrica per violazione di legge (ma la rubrica non ha contenuto vincolante, dovendosi avere riguardo all'esposizione delle ragioni di diritto della impugnazione che chiarisce e qualifica il contenuto sostanziale della censura, v. Cass. n. 14026/2012), denuncia in sostanza un vizio di motivazione che è denunciabile e, nella specie, si deve ritenere concretamente denunciato, a norma dell'art. 360, n. 5, c.p.c., nel nuovo testo applicabile nella fattispecie, trattandosi di ricorso contro una sentenza

g.



• depositata successivamente al giorno 11 settembre 2012 (v.
• d.l. 22 giugno 2012, n. 83, art. 54, terzo comma, conv. in legge 7 agosto 2012, n. 134). Pertanto, poiché il vizio di motivazione è ormai denunciabile nelle sole ipotesi - che qui non ricorrono - della totale pretermissione di uno specifico fatto storico o "mancanza assoluta di motivi sotto l'aspetto materiale e grafico", "motivazione apparente", "contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili" o "motivazione perplessa ed obiettivamente incomprensibile", esclusa, invece, qualunque rilevanza della semplice "insufficienza" o "contraddittorietà" della motivazione (Cass. n. 13928/2015, n. 21257/2014; sez. un., n. 8053/2014), il motivo è inammissibile. Nella specie, infatti, la motivazione della sentenza impugnata sfugge al sindacato di legittimità, avendo i giudici di merito argomentato nel senso di escludere la maggiorazione della sanzione per il presidente del collegio sindacale, sul presupposto che le violazioni contestate non fossero riferibili né all'inosservanza di precetti specificamente rivolti al presidente, né a una situazione di fatto, espressamente indicata, apprezzabile in concreto come indicativa di una maggiore gravità della condotta del soggetto. Si tratta di un apprezzamento di fatto incensurabile in questa sede (v. Cass., sez. un., n. 20934/2009, in motiv. p. 8f, seppur con un esito diverso in concreto). In altri termini, non è il solo fatto di



rivestire una posizione apicale in seno all'organo collegiale che può giustificare in modo automatico l'inasprimento della sanzione, ma il compimento o l'omissione di specifici atti inerenti alla funzione presidenziale che, tra l'altro, devono essere tempestivamente contestati all'interessato.

5.- In conclusione, il ricorso principale è rigettato, l'incidentale è inammissibile. Le spese possono essere compensate, in considerazione della soccombenza reciproca e della complessità delle questioni controverse.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso principale e dichiara inammissibile il ricorso incidentale; compensa le spese del giudizio di cassazione.

Sussistono i presupposti per il versamento, da parte di entrambi i ricorrenti, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, a norma dell'art. 13, comma 1 *quater*, DPR n. 115/2002.

Roma, 27 gennaio 2016.

Il cons. rel.


IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
Franca Calderola

Il Presidente

