

ESEMPL. C.1



30499-22

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SECONDA SEZIONE CIVILE

Composta da

Oggetto:
Sanzioni amministrative - Violazioni
TUF -

Felice MANNA	· Presidente -	Oggetto Sanzioni amm
Milena FALASCHI	· Consigliere Rel. -	R.G.N. 14515/2019
Giuseppe FORTUNATO	· Consigliere -	Cron. 30499
Mauro CRISCUOLO	· Consigliere -	CC - 12/04/2022
Luca VARRONE	· Consigliere -	

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sul ricorso iscritto al n. 14515/2019 R.G. proposto da
(omissis) , rappresentato e difeso dagli avvocati
(omissis) del foro di Venezia e (omissis) del foro di
Padova, giusta procura in calce al ricorso, elettivamente domiciliato
in (omissis) , presso lo studio dell'Avv.
(omissis) ;

- ricorrente -

contro

COMMISSIONE NAZIONALE PER LA SOCIETA E LA BORSA -
CONSOB, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata
e difesa dagli avvocati (omissis) e (omissis) ,
con domicilio eletto in (omissis) ;

- controricorrente -

avverso la sentenza della Corte d'appello di Venezia n. 126/2018,
depositata in data 6 novembre 2018.

02
764122

Mey

Udita la relazione svolta nella camera di consiglio del 12 aprile 2022 dal Consigliere Milena Falaschi.

Osserva in fatto e in diritto

Ritenuto che:

- con delibera n. 19934/2017, la Consob ha applicato a (omissis) (omissis), Direttore Generale dal 18.03.2008 al 12.05.2015, componente del Comitato Esecutivo dal 29.04.2014 al 12.05.2015, Consigliere Delegato dal 13.02.2015 al 12.05.2015, componente del Comitato Soci dal 27.04.2013 al marzo 2015, la sanzione pecuniaria di euro 160.000,00, oltre a quella accessoria della perdita per la durata di otto mesi dei requisiti di onorabilità previsti dal t.u.f. per gli esponenti aziendali dei soggetti abilitati e l'incapacità, per il medesimo periodo, ad assumere incarichi di amministrazione, direzione e controllo nell'ambito di società aventi titoli quotati nei mercati regolamentari o diffusi tra il pubblico in maniera rilevante e di società appartenenti al medesimo gruppo, per violazione dell'art. 94, comma 1 t.u.f., per avere la banca realizzato una campagna sollecitatoria volta ad offrire ai clienti, in contropartita diretta, i titoli azionari presenti nel Fondo Acquisto Azioni Proprie, da intendere quale ipotesi di offerta al pubblico di prodotti finanziari ex art. 1, comma 1 lett. t) t.u.f., senza la preventiva pubblicazione del prospetto informativo. In particolare, veniva rilevato che dall'attività ispettiva emergeva la vendita di azioni del detto Fondo nel periodo dal 1 gennaio 2014 al 28 febbraio 2015 in maniera sistematica ed in regime di contropartita diretta ai clienti della stessa banca, ciò tramite una serie di iniziative volte ad incentivare tale acquisto, indirizzate ad una pluralità di persone non individuabili *ex ante*, coinvolgendo sia coloro che erano già soci sia coloro che ancora non lo erano, il tutto applicando condizioni di prezzo uniformi.

Il (omissis) ha proposto opposizione avverso siffatta delibera, con ricorso depositato in data 14.06.2017, cui ha resistito la Consob chiedendone la reiezione.

La Corte d'Appello di Venezia con la sentenza n. 126 del 6 novembre 2018 ha rigettato l'opposizione condannando l'opponente al rimborso delle spese di lite.

Disattese le questioni preliminari relative alla pretesa decadenza dal potere sanzionatorio per il decorso del termine di cui all'art. 195 co. 1 t.u.f. e per il superamento del termine ragionevole di definizione del procedimento sanzionatorio, la sentenza ribadiva la legittimità dell'applicazione del principio *tempus regit actum* nel caso di specie, esclusa la retroattività alla legge più favorevole, non trattandosi di sanzioni di natura penale.

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

Quindi, riassunte le vicende del gruppo (omissis), con il richiamo all'intervento della BCE che aveva proceduto ad un attento riesame dei requisiti patrimoniali dei vari istituti di credito, così da evitare squilibri nell'applicazione degli obblighi di ricapitalizzazione, ricordava come fossero stati resi oltre modo stringenti i presupposti per l'acquisto di azioni proprie, stabilendo una soglia massima per l'utilizzo del Fondo Azioni Proprie, in conformità della disciplina codicistica (artt. 2357 e 2357 ter c.c.) e di quella comunitaria (REG. UE n. 575/2013).

Dalle verifiche svolte in sede ispettiva risultava confermato che la (omissis) al fine di sostenere l'acquisto del proprio titolo azionario, in vista del comprehensive assessment della BCE, e tenuto conto delle imminenti operazioni di aumento del capitale, tra il 2014 ed il 2015

aveva in maniera continuativa sollecitato ad un'ampia platea di clienti l'acquisto delle azioni proprie sul mercato secondario, con condizioni di prezzo uniformi, facendo però figurare le operazioni come esecutive di ordini impartiti su iniziativa degli stessi clienti.

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

L'opponente, "nel ruolo centrale assunto...all'interno di ^(omissis), in un significativo arco temporale" dal 2008 sino al maggio 2015, cumulando le cariche rivestite nel corso del tempo, aveva condiviso ed avallato l'offerta compiuta con tali modalità, autorizzando anche sistematiche operazioni di vendita in contropartita diretta con i clienti.

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

Non rilevava altresì che l'attività fosse stata comunicata senza avvalersi di mezzi di comunicazione di massa, ma mediante l'informativa realizzata nei confronti dei vari clienti della banca, a tal fine appositamente contattati (e senza che rilevasse la non uniforme modalità di comunicazione).

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

La stessa era funzionale anche all'esigenza di consentire il soddisfacimento delle richieste di disinvestimento della clientela,

che sollecitava la vendita delle azioni della banca, assicurando così che il fondo azioni proprie fosse contemporaneamente svuotato con la collocazione delle azioni presso la clientela.

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

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

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

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

Ancora risultava nota al ricorrente, in considerazioni della pluralità delle cariche apicali rivestite all'interno di ^(omissis), anche a supporto del CdA, l'enorme quantità di richieste di cessioni di azioni della ^(omissis) da parte dei soci, e ciò per i numerosi reclami presentati a causa dei lunghi tempi per l'evasione delle richieste.

Era quindi nota la situazione di sbilanciamento delle operazioni sul Fondo Acquisto Azioni Proprie, che aveva indotto i vertici aziendali a promuovere la detta campagna svuotafondo.

Ciò indusse anche ad una gestione opportunistica del cd. blocking period, essendosi rimossi i limiti alle operazioni sulle azioni in forza

di decisioni ampiamente discrezionali della banca, con una serie di deroghe non predeterminate in maniera oggettiva.

Il blocco venne nella sostanza eluso quanto alla alienazione delle azioni ricadenti nel Fondo, e ciò anche al fine di far acquisire al maggior numero di clienti la qualità di soci, onde poter poi essere coinvolti nelle successive operazioni di aumento del capitale.

Il ricorrente aveva avuto modo, quale Direttore Generale, senza l'ausilio di un amministratore delegato, e poi quale Consigliere delegato, di assolvere la funzione di gestione di supervisione strategica, stabilita dall'art. 8 Reg. Cong. Ed anzi era a lui direttamente ascrivibile la condotta esaminata, avendo egli in concreto il potere, per lo specifico assetto organizzativo datosi dalla Banca, di concepire, dirigere e controllare, sul piano operativo, l'operazione de qua.

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

La Corte di merito ha - infine - ritenuto superflue le richieste istruttorie formulate dal ricorrente quanto alla prova testimoniale, poiché vertenti su circostanze già accertate in giudizio, e ha giudicato congrua la sanzione complessiva comminata per le contestazioni mosse al ricorrente.

Per la cassazione di tale sentenza ha proposto ricorso (omissis) (omissis) sulla base di quattro motivi, cui ha resistito la Consob con controricorso.

In prossimità dell'adunanza camerale entrambe le parti hanno curato il deposito di memoria illustrativa.

Atteso che:

- con il primo motivo il ricorrente deduce la violazione e/o la falsa applicazione dell'art. 4, comma 10 TUF, degli artt. 22, comma 3 e 24, commi 1, 3 e 7 legge n. 241 del 1990, dell'art. 53, par. 1 della Direttiva 2013/36/UE relativamente al rifiuto opposto all'accesso degli atti acquisiti nel corso dell'ispezione, rilevando come gli stessi, ancorchè non utilizzati dall'Autorità a fondare le contestazioni, avrebbero potuto essere utilizzati a fini defensionali dal destinatario del procedimento sanzionatorio. La Corte di merito nel negare siffatto diritto avrebbe fatto scorretta applicazione delle norme indicate e degli orientamenti della giurisprudenza formatasi sul punto.

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

"posti a fondamento di un procedimento disciplinare, sicché questi, nei confronti dell'interessato, non sono affatto segreti e sono invece pienamente accessibili" (cfr. Corte cost. n. 460 del 2000 e n. 32 del 2005), purchè assuma carattere di stretta indispensabilità ai fini dell'esercizio dell'attività difensiva e venga esercitato in modo circoscritto e mirato, mentre resta escluso da una generica ed indistinta istanza di accesso generalizzato a tutta la documentazione (Cons. Stato n. 1692 del 2017).

Ad avviso del ricorrente l'affermazione contenuta nella sentenza impugnata avrebbe fatto una falsa applicazione del principio espresso dal Consiglio di Stato perché avrebbe esteso quelle modalità di equilibrio delle contrapposte istanze di riservatezza delle parti alla diversa ipotesi in cui – in un procedimento sanzionatorio – sia in discussione la contrapposizione tra il diritto di difesa del richiedente e una generica istanza di segretezza opposta dall'Autorità. Aggiunge che l'art. 4, comma 10 del TUF se interpretato nel senso proposto dalla Corte veneta risulterebbe in contrasto anche con la previsione di cui al terzo comma del paragrafo 1 dell'art. 53 della Direttiva 2013/36/UE che esclude dalle comunicazioni in forma sommaria o aggregata gli enti creditizi falliti o in liquidazione coatta, disposta nella specie dal Ministero dell'economia e delle finanze, su proposta della Banca d'Italia, con decreto n. 186 del 2017 la sottoposizione di (omissis) a liquidazione coatta amministrativa. Viene sul punto richiamata la sentenza del 13 settembre 2018 della Corte di giustizia che nel procedimento rubricato C-594/2016 "Buccioni c. Banca d'Italia" per avere il ricorrente chiesto l'accesso dei soli documenti indicati nei verbali allegati alla Relazione ispettiva e non già un generalizzato accesso a tutta la documentazione in possesso dell'amministrazione; né potevano meglio essere specificati i files allegati alla Relazione ispettiva perchè constano solo di un'elencazione con nomi per nulla indicativi del contenuto del documento.

La censura non può trovare ingresso.

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

Trattasi di una ricaduta del principio secondo cui (Cass, n. 8046/2019) le garanzie del contraddittorio previste per il procedimento sanzionatorio davanti alla CONSOB prima delle modifiche introdotte dalla delibera n. 29158 del 29 maggio 2015 della medesima CONSOB sono da ricondurre al livello proprio del contraddittorio procedimentale, di solito di tipo verticale, svolgendosi esso tra l'amministrazione e l'interessato su un piano non di eguaglianza, ma in funzione collaborativa, partecipativa e non difensiva, non già di quello di matrice processuale, di tipo orizzontale, che riguarda due parti in posizione paritaria rispetto ad un decidente terzo e imparziale (nella specie, la S.C., dissentendo dall'interpretazione offerta dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 1596 del 2015, ha ritenuto che le menzionate garanzie fossero soddisfatte dalla previa contestazione dell'addebito e dalla valutazione, prima dell'adozione della sanzione, delle eventuali controdeduzioni dell'interessato, non essendo necessarie né la trasmissione a quest'ultimo delle conclusioni dell'Ufficio sanzioni amministrative della CONSOB né la sua personale audizione; conf. Cass. n. 20689/2018).

Infatti, è opinione consolidata quella secondo, cui, soprattutto in caso di sanzioni non penali dal punto di vista sostanziale, il procedimento sanzionatorio della Banca d'Italia, ai sensi dell'art. 195 TUF, non viola l'art. 6, par. 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, perché questo esige solo che, ove il procedimento amministrativo sanzionatorio non offra garanzie equiparabili a quelle del processo giurisdizionale, l'incolpato possa sottoporre la questione della fondatezza dell'"accusa penale" a un organo

indipendente e imparziale, dotato di piena giurisdizione, come la disciplina nazionale gli consente di fare tramite l'opposizione alla corte d'appello (Cass. n. 25141 del 2015, che richiama anche Corte europea dei diritti dell'uomo, 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri c. Italia; Cass. n. 9371 del 2020; Cass. n. 16517 del 2020, per la quale è esclusa la diretta applicabilità, in tale ambito, dei precetti costituzionali degli artt. 24 e 111 Cost., invocabili solo con riferimento al processo che si svolge davanti al giudice), innanzi al quale l'incolpato può impugnare il provvedimento sanzionatorio con piena garanzia del diritto di difesa e del contraddittorio.

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

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

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

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

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

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

Né la sentenza della Corte di Giustizia invocata da parte ricorrente (13 settembre 2018 pronunciata nel procedimento rubricato C-594/2016 "Buccioni c. Banca d'Italia") va di contrario avviso laddove al punto 37 nel richiamare la giurisprudenza consolidata, secondo cui "si deve adottare un'interpretazione restrittiva delle eccezioni, previste dalla direttiva 2013/36, al divieto generale di divulgare informazioni riservate (v., in tal senso, sentenza del 22 aprile 2010, Commissione/Regno Unito, C-346/08, EU:C:2010:213, punto 39 e giurisprudenza ivi citata), al punto 38 specifica che per

escludere l'obbligo del segreto professionale, ai sensi dell'articolo 53, paragrafo 1, terzo comma, di detta direttiva, richiede che la domanda di divulgazione verta su informazioni in merito alle quali il richiedente fornisca indizi precisi e concordanti che lascino plausibilmente supporre che esse risultino pertinenti ai fini di un procedimento civile o commerciale in corso o da avviare, il cui oggetto dev'essere concretamente individuato dal richiedente e al di fuori del quale le informazioni di cui trattasi non possono essere utilizzate. In altri termini, la domanda di divulgazione deve riguardare informazioni in merito alle quali il richiedente fornisca indizi precisi e concordanti che lascino plausibilmente supporre che esse risultino pertinenti ai fini di un procedimento civile o commerciale, il cui oggetto dev'essere concretamente individuato dal richiedente e al di fuori del quale le informazioni di cui trattasi non possono essere utilizzate". Tutto ciò che è stato escluso in concreto nella specie, proprio sulla base di un bilanciamento effettuato dal giudice di merito tra l'interesse del richiedente a disporre delle informazioni di cui trattasi e gli interessi legati al mantenimento della riservatezza delle informazioni coperte dall'obbligo del segreto professionale, prima di procedere alla divulgazione di ciascuna delle informazioni riservate richieste;

- con il secondo motivo il ricorrente lamenta la violazione e/o la falsa applicazione dell'art. 191 t.u.f. come modificato dall'art. 5 d.lgs. n. 72 del 2015, nonché dell'art. 6, comma 2 d.lgs. n. 72/2015, in relazione all'art. 360 n. 3 c.p.c., e alla luce dei più recenti principi dettati dalla giurisprudenza della Corte costituzionale (v. sent. n. 69 del 2019).

Precisa il ricorrente che il d.lgs. n. 72 del 2015 ha modificato l'impianto sanzionatorio del t.u.f. concentrando sui soggetti abilitati (società o enti) e non delle persone fisiche, le quali, in base al nuovo art. 190-*bis*, potrebbero essere destinatari di sanzioni solo ove ricorrano specifiche condizioni, insussistenti nel caso di specie

e mai contestate da Consob. Si assume che in tal modo sarebbe intervenuta una norma più favorevole che, in virtù del principio della *lex mitior* avrebbe dovuto trovare immediata applicazione, anche alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 63 del 2019 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 6, comma 2 d.lgs. n. 72 del 2015.

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

In primo luogo, in relazione alla censura in esame, e interessando la questione anche la risoluzione di alcuni dei profili implicati dai successivi motivi di ricorso, deve affermarsi che, diversamente da quanto rimarcato dal ricorrente, deve escludersi per le sanzioni oggetto di causa la loro natura sostanzialmente penale.

Risulta, invero, incensurabile la conclusione del giudice di merito che ha ritenuto che (cfr. Cass. n. 20689 del 2018) le sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dalla CONSOB diverse da quelle di cui all'art. 187 ter TUF non sono equiparabili, quanto a tipologia, severità, incidenza patrimoniale e personale, a quelle appunto irrogate dalla CONSOB per manipolazione del mercato, sicchè esse non hanno la natura sostanzialmente penale che appartiene a queste ultime, né pongono, quindi, un problema di compatibilità con le garanzie riservate ai processi penali dall'art. 6 CEDU, agli effetti, in particolare, della violazione del "ne bis in idem" tra sanzione penale ed amministrativa comminata sui medesimi fatti.

Trattasi di principio già affermato in precedenza (cfr. Cass. n. 8855 del 2017; Cass. n. 1621 del 2018) e che risulta confermato anche dalla successiva giurisprudenza di legittimità, la quale ha ribadito che (cfr. Cass. n. 4 del 2019; Cass. n. 5 del 2019; Cass. n. 31632 del 2019) con riferimento alle stesse, non si pone un problema di

compatibilità con le garanzie riservate ai processi penali dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo né di applicabilità del successivo art. 7 della medesima Convenzione.

Da tale premessa, Cass. n. 1621/2018 ha poi tratto l'ulteriore corollario che in tema di sanzioni amministrative il procedimento preordinato alla loro irrogazione sfugge all'ambito di applicazione della legge 7 agosto 1990, n. 241, in quanto, per la sua natura sanzionatoria, è compiutamente retto dai principi sanciti dalla legge 21 novembre 1981, n. 689.

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

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

Va quindi confermato l'orientamento già espresso in passato secondo cui le modifiche alla parte V del d.lgs. n. 58 del 1998 apportate dal d.lgs. n. 72 del 2015 non si applicano alle violazioni commesse prima dell'entrata in vigore delle disposizioni di attuazione adottate dalla Consob e dalla Banca d'Italia, poiché in tal senso dispone l'art. 6 del d.lgs. n. 72 cit., né trova applicazione alle sanzioni amministrative, in assenza di una specifica disposizione amministrativa, il principio del c.d. "favor rei", di

matrice penalistica. Tale interpretazione non viola i principi convenzionali enunciati dalla Corte EDU nella sentenza 4 marzo 2014 (Grande Stevens ed altri c/o Italia) - secondo la quale l'avvio di un procedimento penale a seguito delle sanzioni amministrative comminate sui medesimi fatti violerebbe il principio del "ne bis in idem" - atteso che tali principi non possono indurre a ritenere che una sanzione, qualificata come amministrativa dal diritto interno, abbia sempre ed a tutti gli effetti natura sostanzialmente penale, con conseguente irrilevanza di un'eventuale questione di costituzionalità ai sensi dell'art. 117 Cost. (Cass. n. 13433/2016; Cass. n. 26131/2015).

Sebbene i criteri Engel - alla cui stregua va accertata l'eventuale natura penale della sanzione - siano alternativi e non cumulativi (Grande Stevens, § 94) e che, ai fini dell'applicazione del criterio della gravità della sanzione, deve aversi riguardo alla misura della sanzione di cui è a priori passibile la persona interessata e non alla gravità della sanzione alla fine inflitta (Grande Stevens, § 98) - va tuttavia considerato che la valutazione sull'afflittività economica di una sanzione non può essere svolta in termini totalmente astratti, ma va necessariamente rapportata al contesto normativo nel quale la disposizione sanzionatoria si inserisce.

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

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

Più di recente questa Corte ha ribadito tale soluzione (cfr. Cass. n. 16323 del 2019, in motivazione), che ha disatteso analogo censura proprio in relazione a sanzioni irrogate ai sensi dell'art. 190 t.u.f. E' stato sottolineato che i principi di legalità, irretroattività e di divieto dell'applicazione analogica di cui all'art. 1 della legge 24.11.1981 n. 689, in tema di sanzioni amministrative, comportano infatti l'assoggettamento della condotta illecita alla legge del tempo del suo verificarsi, con conseguente inapplicabilità della disciplina posteriore più favorevole, sia che si tratti di illeciti amministrativi derivanti da depenalizzazione, sia che essi debbano considerarsi tali "ab origine", senza che possano trovare applicazione analogica, attesa la differenza qualitativa delle situazioni considerate, gli opposti principi di cui all'art. 2, commi 2 e 3, c.p., i quali, recando deroga alla regola generale dell'irretroattività della legge, possono, al di fuori della materia penale, trovare applicazione solo nei limiti in cui siano espressamente richiamati dal legislatore (Cass. n. 29411 del 2011). E' stata altresì ritenuta irrilevante un'eventuale questione di costituzionalità ai sensi dell'art. 117 Cost., aggiungendosi che le conclusioni risultavano confortate anche dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, la quale con la pronuncia n. 193 del 20.7.2016 ha ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 della legge 24 novembre 1981 n. 689, impugnato, in riferimento agli artt. 3, 117, primo comma Cost., 6 e 7 CEDU, nella parte in cui — nel definire il principio di legalità che consente di irrogare sanzioni amministrative solo in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione e nei casi e per i tempi ivi considerati — non prevede l'applicazione della legge successiva più favorevole agli autori degli illeciti amministrativi. In tal senso la Consulta ha osservato che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha enucleato il principio di retroattività della legge penale meno severa, non ha mai avuto ad oggetto il complessivo sistema delle sanzioni amministrative, bensì singole e specifiche

discipline sanzionatorie che, pur qualificandosi come amministrative ai sensi dell'ordinamento interno, siano idonee ad acquisire caratteristiche punitive alla luce dell'ordinamento convenzionale. L'invocato intervento additivo risulta travalicare l'obbligo convenzionale e disattende la necessità della preventiva valutazione della singola sanzione come convenzionalmente penale. Nel quadro delle garanzie apprestato dalla CEDU, come interpretate dalla Corte di Strasburgo, non si rinviene l'affermazione di un vincolo di matrice convenzionale in ordine alla previsione generalizzata, da parte degli ordinamenti interni dei singoli Stati aderenti, del principio di retroattività della legge più favorevole, da trasporre nel sistema delle sanzioni amministrative. Né sussiste un analogo vincolo costituzionale poiché rientra nella discrezionalità del legislatore, nel rispetto del limite della ragionevolezza, modulare le proprie determinazioni secondo criteri di maggiore o minore rigore. Il differente e più favorevole trattamento riservato ad alcune sanzioni, come quelle tributarie e valutarie, trova fondamento nelle peculiarità che caratterizzano le rispettive materie e non può trasformarsi da eccezione a regola, coerentemente con il principio generale di irretroattività della legge e con il divieto di applicazione analogica delle norme eccezionali (artt. 11 e 14 delle preleggi). Le considerazioni in questione hanno poi portato ad affermare che, proprio in ragione dell'esclusione della natura penale delle sanzioni in esame, non si profila nemmeno un ipotetico vizio di eccesso di delega (tenuto conto che la legge in questione affidava al legislatore delegato una valutazione autonoma in merito all'opportunità di estendere il principio del favor rei a seguito della novella), né appariva configurabile la dedotta violazione degli artt. 117 e 3 Cost., dovendosi quindi disattendere la richiesta di sollevare la questione di legittimità costituzionale, da ritenere peraltro manifestamente infondata proprio alla luce della motivazione del precedente della Consulta sopra indicato (in senso conforme Cass. n. 17209 del

2020, nonché Cass. n. 16517 del 2020, quanto alle sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia).

Né infine può deporre in senso contrario l'intervento della Corte Costituzionale di cui alla sentenza n. 63/2019, che ha ritenuto costituzionalmente illegittimo l'art. 6, comma 2, del decreto legislativo 12 maggio 2015, n. 72, in relazione agli artt. 3 e 117 comma 1 della Costituzione, quest'ultimo per rinvio all'art. 7 della CEDU, nella parte in cui esclude l'applicazione retroattiva delle modifiche favorevoli apportate dal terzo comma dello stesso art. 6 alle sanzioni amministrative previste per l'illecito disciplinato dall'art. 187-bis del decreto legislativo 24 febbraio 1998 n. 58, avendo chiaramente ribadito che la regola di derivazione penale deve ritenersi applicabile anche agli illeciti amministrativi aventi natura e funzione punitiva, salvo che vi sia la necessità di tutelare interessi di rango costituzionale prevalenti tali da resistere al « vaglio positivo di ragionevolezza », al cui metro debbono essere valutate le deroghe al principio di retroattività *in mitius*.

La dedotta esclusione del carattere sostanziale penale delle sanzioni oggetto di causa esclude quindi la possibilità di invocare a favore della tesi del ricorrente l'arresto del giudice delle leggi e, di conseguenza, la illegittimità costituzionale della interpretazione fornita dal giudice di merito;

- con il terzo motivo il ricorrente denuncia la violazione e/o la falsa applicazione, ex art. 360 n. 3 c.p.c., degli artt. 2381 e 2396 c.c. per avere la Corte di merito trattato l'elemento soggettivo pervenendo alla conclusione della piena responsabilità del ^(omissis) a titolo di dolo sulla scorta, da un lato, del complesso delle disposizioni normative che ha ritenuto applicabili alla specie e, dall'altro, sulla base di "argomenti di ordine logico". Quanto al primo profilo vengono dal giudice di merito richiamate le pluralità di cariche apicali rivestite dal ricorrente all'interno delle ^(omissis), rafforzando l'argomento dall'assenza di un amministratore delegato

che accresce la centralità della funzione gestoria del direttore generale, in aperto contrasto con gli artt. 2381 e 2396 c.c. Eguali considerazioni vengono svolte con riferimento alle ulteriori cariche ricoperte dal ^(omissis).

Con il quarto ed ultimo motivo (per mero errore materiale indicato come terzo) viene denunciata la violazione e/o la falsa applicazione ex art. 360 n. 3 c.p.c. degli artt. 42 e 43 c.p., dell'art. 3 legge n. 689 del 1981, per avere la Corte di appello ritenuto di dovere addebitare a titolo di dolo le asserite violazioni del t.u.f. ascritte al ricorrente, senza tenere conto dei diversi approdi consolidati del diritto vivente in materia di elemento soggettivo di sostegno degli illeciti finanziari di natura amministrativa. Ad avviso del ricorrente sarebbe stata valutata soggettivamente una condotta senza alcuna considerazione dei suoi obiettivi, con ciò in totale non senso sulla differenza fra colpa e dolo; nel dolo risulta essere necessario il perseguimento di un risultato sapendo che la sua realizzazione comporta in modo certo la realizzazione del tipo di offesa desumibile come significativo della fattispecie tipica.

Le due censure – da trattare congiuntamente per l'unitarietà delle critiche svolte in ordine all'elemento soggettivo degli illeciti contestati, seppure sotto diversi profili – sono prive di pregio.

Se infatti, in linea generale, è stato affermato che, in virtù della modifica dell'art. 2392 c.c. avvenuta a seguito della riforma delle società di capitali del 2003, gli amministratori privi di deleghe (c.d. non operativi) non sono più sottoposti ad un generale obbligo di vigilanza, tale da trasmodare di fatto in una responsabilità oggettiva, per le condotte dannose degli altri amministratori, ma rispondono solo quando non abbiano impedito fatti pregiudizievoli di quest'ultimi in virtù della conoscenza - o della possibilità di conoscenza, per il loro dovere di agire informati ex art. 2381 c.c. – di elementi tali da sollecitare il loro intervento alla stregua della diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze (in questi termini Cass. n. 17441 del 2016), va

tuttavia considerato, per contro, che, nell'ordinamento sezione del credito, il dovere di agire informati si connota con caratteristiche di particolare incisività, perché si iscrive in una sfera di responsabilità dell'amministratore che non è soltanto quella, di natura contrattuale, di cui il medesimo è gravato nei confronti dei soci della società ma è anche quella, di natura pubblicistica, di cui il medesimo è gravato nei confronti dell'Autorità di vigilanza. Questa Corte, infatti, non ha mancato di sottolineare che, ai fini del contenimento del rischio creditizio nelle sue diverse configurazioni nonché dell'organizzazione societaria e dei controlli interni, l'art. 53, lett. b) e d), del d.lgs. n. 385 del 1993 e le disposizioni attuative dettate con le Istruzioni di vigilanza per le banche, mediante la circolare n. 229 del 1999 (e successive modificazioni e integrazioni), sanciscono doveri di particolare pregnanza in capo al consiglio di amministrazione delle società bancarie, che riguardano l'intero organo collegiale e, dunque, anche i consiglieri non esecutivi, i quali sono tenuti ad agire in modo informato e, in ragione dei loro requisiti di professionalità, ad ostacolare l'evento dannoso, sicché rispondono del mancato utile attivarsi (cfr. Cass. n. 22848 del 2015).

Nelle sentenze n. 2737 del 2013, n. 5606 del 2019 e n. 24851 del 2019 si è poi ulteriormente precisato che, in tema di sanzioni amministrative previste dall'art. 144 del d.lgs. n. 385 del 1993, il dovere di agire informati dei consiglieri non esecutivi delle società bancarie, sancito dagli artt. 2381, commi 3 e 6, e 2392 c.c. non va rimesso, nella sua concreta operatività, alle segnalazioni provenienti dai rapporti degli amministratori delegati, giacché anche i primi devono possedere ed esprimere costante e adeguata conoscenza del "business" bancario e, essendo compartecipi delle decisioni di strategia gestionale assunte dall'intero consiglio, hanno l'obbligo di contribuire ad assicurare un governo efficace dei rischi di tutte le aree della banca e di attivarsi in modo da poter efficacemente esercitare una funzione di monitoraggio sulle scelte

compiute dagli organi esecutivi non solo in vista della valutazione delle relazioni degli amministratori delegati, ma anche ai fini dell'esercizio dei poteri, spettanti al consiglio di amministrazione, di direttiva o avocazione concernenti operazioni rientranti nella delega. Ne consegue che il consigliere di amministrazione non esecutivo di società per azioni, e a maggior ragione il direttore generale, in conformità al disposto dell'art. 2392, comma 2, c.c., che concorre a connotare le funzioni gestorie tanto dei consiglieri non esecutivi, quanto di quelli esecutivi, è solidalmente responsabile della violazione commessa quando non intervenga al fine di impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose.

Ed invero (fermo il principio, in materia di sanzioni amministrative, di tipicità e di riserva di legge fissato dall'art. 1 della legge n. 689/1981) la portata precettiva del 2° co. dell'art. 191 t.u.f., nella formulazione applicabile *ratione temporis*, si specifica anche in conformità al disposto del 2° co. dell'art. 2392 cod. civ., che concorre a connotare le funzioni gestorie - e dunque pur le funzioni sottese alla prefigurazione normativa di cui al vigente 2° co. dell'art. 191 cit., "chiunque viola gli articoli 94, commi 2, 3, 5, 6 e 7 (...)" - e dei consiglieri esecutivi e dei consiglieri non esecutivi di società per azioni altresì "in chiave omissiva" alla stregua dell'inciso "in ogni caso gli amministratori (...) sono solidalmente responsabili se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose".

In tal guisa appieno si legittima la contestazione di "omessa vigilanza", in toto si accredita l'affermazione della corte distrettuale secondo cui "l'eventuale responsabilità dell'amministratore non delegato (...) discende pur sempre dal peculiare compito istituzionale attribuito al medesimo in seno all'organismo societario" (così decreto impugnato, pag. 8) e per nulla si giustifica la prospettazione del ricorrente secondo cui "deve (...) escludersi

che gli amministratori non esecutivi possano essere ritenuti responsabili per la violazione di altri soggetti (...) delle condizioni di svolgimento delle attività indicate dagli artt. 94 e 113 T.U.F." (Cass. n. 27365 del 2018).

Il ricorso deve pertanto essere rigettato, dovendosi regolare le spese in base al principio della soccombenza, come da dispositivo. Poiché il ricorso è stato proposto successivamente al 30 gennaio 2013 ed è rigettato, sussistono le condizioni per dare atto - ai sensi dell'art. 1, comma 17, della legge 24 dicembre 2012, n. 228 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - Legge di stabilità 2013), che ha aggiunto il comma 1-quater dell'art. 13 del testo unico di cui al d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 - della sussistenza dei presupposti processuali dell'obbligo di versamento, da parte del ricorrente, di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione.

P . Q . M .

La Corte rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al rimborso in favore della controricorrente delle spese del presente giudizio che liquida in complessivi euro 7.500,00, di cui euro 200,00 per esborsi, oltre spese generali, pari al 15% sui compensi, ed accessori di legge.

Ai sensi dell'art. 13, co. 1 *quater*, del d.P.R. n. 115/2002, inserito dall'art. 1, co. 17, l. n. 228/12, dichiara la sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte del ricorrente, di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato per il ricorso principale a norma dell'art. 1 *bis* dello stesso art. 13, se dovuto.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della 2^a Sezione Civile, in data 12 aprile 2022.

Il Presidente

~~Funzionario Giudiziario~~
Valeria NERI

DEPOSITATO IN CANCELLERIA

Roma, 18 OTT 2022

~~Funzionario Giudiziario~~
Valeria NERI