

ESEMPLARE



04642-18

REPUBBLICA ITALIANA

Oggetto

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

*SANZIONI
AMMINISTRATIVE

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

R.G.N. 24079/2011

SECONDA SEZIONE CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Cron. 6642

STEFANO PETITTI - Presidente -

Rep. 01

GUIDO FEDERICO - Rel. Consigliere -

Ud. 14/09/2017

ALBERTO GIUSTI - Consigliere -

PU

ANTONELLO COSENTINO - Consigliere -

MILENA FALASCHI - Consigliere -

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso 24079-2011 proposto da:

CLAUDIO, in proprio oltre che in qualità di
Presidente e membro componente del comitato Promotore
BASI - BANCA SOLIDALE ITALIANA S.c.p.a., elettivamente
domiciliato in

2017

);

2164

- ricorrente -

contro

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

in

- **controricorrente** -

nonchè nei confronti di

PROCURATORE GENERALE presso la CORTE di CASSAZIONE,
PROCURATORE GENERALE presso la CORTE d'APPELLO di
ROMA;

- **intimati** -

avverso il decreto della CORTE D'APPELLO di ROMA,
depositato il 11/02/2011 R.G.V.G. n. 56681/2010;
udita la relazione della causa svolta nella pubblica
udienza del 14/09/2017 dal Consigliere GUIDO FEDERICO;
udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore
Generale LUCIO CAPASSO che ha concluso per il rigetto
del ricorso;
udito l'Avvocato ANTONIO ROMANO, difensore del
ricorrente, che ha chiesto l'accoglimento del ricorso;
uditi gli Avvocati GIANFRANCO RANDISI e MARIA GIOCONDA
DE GAETANO POLVEROSI, difensori della
controricorrente, che hanno chiesto il rigetto del
ricorso.

Esposizione del fatto

Il Comitato Promotore BASI - Banca Solidale Italiana scpa - in persona del Presidente dott. Claudio e quest'ultimo, in proprio e quale componente del predetto comitato, hanno proposto opposizione, ex art. 195 d.lgs.58/1998, avverso la delibera n.17323/2010, con la quale la Consob ha irrogato nei loro confronti la sanzione pecuniaria di 2.500.000,00 euro, nonché la sanzione accessoria ex art. 191 comma 3 TUF, per la durata di dodici mesi.

La condotta ascritta consisteva nell'abusiva offerta al pubblico di prodotti finanziari (azioni di una costituenda società), in violazione dell'art. 94 del TUF, mediante un sito internet, senza che, a differenza di quanto esposto dal Comitato, la pubblicazione del prospetto informativo fosse stata autorizzata dalla Consob.

La Consob, costituitasi, ha resistito all'opposizione.

La Corte d'Appello di Roma, con decreto depositato in data 11 febbraio 2011, ha respinto l'opposizione rilevando:

- che la data dell' "accertamento", quale *dies a quo* ai fini del calcolo del termine di centottanta giorni per la contestazione, andava individuata nel 3 dicembre 2008 e non anche nell'agosto 2008;
- che la contestazione doveva ritenersi tempestiva, in virtù del principio della "scissione" degli effetti della notificazione per il "notificante" ed il "notificato", affermato dalla Corte costituzionale con la sentenza n.477 del 2002: doveva dunque farsi riferimento alla data di spedizione dell'atto e non a quella di ricezione dello stesso da parte del destinatario;

- i singoli componenti del comitato promotore non erano destinatari dell'accertamento, della contestazione e delle sanzioni, per cui non dovevano essere informati del procedimento, mentre il solo comitato promotore rispondeva solidalmente ex art. 195 comma 9 del TUF, ed, in tale veste, era stato destinatario della contestazione;
- la condotta ascritta al solo _____ rientrava integralmente nella previsione di cui all'art. 94 TUF, sulla scorta della documentazione estratta dal sito internet a suo tempo attivato;
- nessun dubbio sussisteva sulla natura di prodotti finanziari delle azioni offerte ex art.1 comma 2 TUF;
- la sanzione appariva correttamente irrogata anche nel suo ammontare.

Per la cassazione del decreto ha proposto ricorso il _____, in proprio ed in qualità di componente del Comitato Promotore, sulla base di sette motivi.

La Consob ha resistito con controricorso.

In prossimità dell'udienza di discussione del 15 gennaio 2016, entrambe le parti hanno depositato memorie illustrative ex art. 378 cpc.

Con ordinanza interlocutoria dell'8 febbraio 2016, questa Corte ha chiesto al Primo Presidente di valutare l'opportunità della rimessione alle Sezioni Unite della questione di massima di particolare importanza, costituita dall'applicabilità o meno del principio della scissione degli effetti della notificazione anche agli atti amministrativi recettizi non negoziali, quale la contestazione di addebito in un procedimento finalizzato all'applicazione di sanzioni amministrative, oggetto del quarto motivo di ricorso.

Le Sezioni Unite, con la sentenza n.12332/2017 del 17 maggio 2017, hanno affermato che il principio di scissione degli effetti della notificazione trova applicazione anche in relazione all'atto di contestazione degli addebiti emesso nell'ambito del procedimento sanzionatorio della Consob, rigettando il *quarto motivo* di ricorso, ed hanno rinviato alla sezione rimettente per l'esame dei restanti motivi e la regolazione delle spese.

In prossimità dell'odierna udienza, la Consob ha depositato nuove memorie illustrative ex art. 378 cpc.

Considerato in diritto

Conviene preliminarmente prendere in esame le eccezioni di illegittimità costituzionale, sollevate dai ricorrenti nella memoria ex art. 378 codice di rito, depositata in prossimità della precedente udienza di discussione innanzi a questa sezione.

- La prima questione concerne la violazione del principio del "ne bis in idem".

Il nel depositare la sentenza con la quale il Tribunale di Napoli lo ha assolto dal reato di cui all'art. 166 c.1 lett c) in relazione all'art. 97 TUF con la formula " perché il fatto non sussiste", invoca l'applicazione del principio del "ne bis in idem", con riferimento alla sanzione amministrativa applicatagli dalla Consob, deducendo che, in caso contrario, sarebbero rilevanti i dubbi di legittimità costituzionale degli artt.187 bis e ter del TUF per contrasto con l'art. 117 Cost., alla luce della sentenza CEDU del 4.3.2014, nonché dell'applicazione del principio del "ne bis in idem" di cui agli artt. 2 e 4 Prot. 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

La prospettata questione di legittimità costituzionale appare inammissibile, per difetto di rilevanza.

Si osserva infatti che l'imputazione da cui il ricorrente è stato assolto ha ad oggetto il reato previsto dall'art. 166 comma 1 lett. c) TUF, che riguarda una situazione diversa da quella oggetto del presente giudizio, disciplinata dagli artt. 94 e 191 TUF, in quanto le diverse fattispecie sono caratterizzate da differenti elementi costitutivi.

L'art. 166 TUF sanziona infatti la condotta posta in essere da un "soggetto non abilitato" il quale svolga servizi o attività di investimento o di gestione collettiva del risparmio e prevede diverse condotte, comunque riconducibili al presupposto che le operazioni di investimento siano effettuate da operatori non abilitati, e quindi non assoggettati ai necessari requisiti di professionalità ed onorabilità: esso ha dunque ad oggetto la situazione soggettiva dell'agente.

La fattispecie disciplinata dagli artt. 191 e 94 TUF prende invece in considerazione la diversa condotta *dell'offerta al pubblico abusiva* di prodotti e strumenti finanziari, in quanto effettuata in assenza di prospetto preventivamente approvato dalla Consob ed investe dunque un profilo di natura oggettiva, vale a dire *le modalità* dell'offerta.

- Va del pari disattesa l'eccezione di legittimità costituzionale del rito camerale svoltosi innanzi alla corte d'Appello di Roma, la cui rilevanza viene motivata dai ricorrenti in relazione al primo motivo di ricorso, e dunque alla mancata audizione dell'interessato, che ne aveva fatto richiesta.

Pure tale censura appare inammissibile per difetto di rilevanza, posto che le modalità di svolgimento dell'udienza, secondo il rito previsto

dall'art.195 TUF , nella formulazione all'epoca vigente, non hanno alcun rilievo ai fini dell'audizione della parte che ne avesse fatto richiesta, facoltà specificamente prevista dall'art. 195 TUF e che non può evidentemente ritenersi incompatibile con lo svolgimento in forma camerale dell'udienza.

Non risulta inoltre che gli odierni ricorrenti abbiano fatto richiesta, nell'ambito del procedimento innanzi alla Corte d'Appello di Roma, né che abbiano prospettato nell'ambito di detto procedimento, alcuna specifica doglianza in merito alla trattazione in camera di consiglio.

Ciò premesso, si osserva anzitutto che il rito del procedimento di opposizione di cui all'art. 195 L. n. 58 del 1998, nella formulazione all'epoca vigente, il quale, pur traendo linfa da due distinti modelli normativi (l'opposizione a sanzioni amministrative prevista in generale dalla L. n. 689 del 1981 ed il rito camerale disciplinato dagli art. 737 ss. c.p.c.), si caratterizzava in termini di modello procedimentale autonomo (Cass. Ss.Uu. 20930/2009) , consentiva, come già evidenziato, la possibilità per la parte di essere sentita e di depositare atti e documenti difensivi ed, in generale, la piena esplicazione del diritto di difesa e di tutela del contraddittorio.

In assenza di specifica istanza della parte deve ritenersi che la stessa non abbia manifestato alcun interesse alla trattazione della causa in pubblica udienza.

Inoltre, e soprattutto, i ricorrenti non hanno posto a base del proprio ricorso l'assenza di pubblica udienza quale vizio di legittimità della sentenza impugnata, onde la relativa questione di legittimità costituzionale, dedotta nelle sole memorie ex art. 378 cpc, non attenendo

ad un motivo di impugnazione ritualmente proposto, difetta di rilevanza (in tal senso Cass. 24048 del 25 novembre 2015).

Ed invero, secondo il consolidato indirizzo di questa Corte, gli effetti di una pronuncia di illegittimità costituzionale, sopravvenuta in corso di causa, non possono essere dedotti per la prima volta con la memoria difensiva per il giudizio di cassazione, depositata ai sensi dell'art. 378 cod. proc. civ., allorquando riguardino una questione non proposta con i motivi di ricorso, atteso che in detto giudizio l'individuazione delle censure avviene attraverso i motivi contenuti nel ricorso e sulla base di questi (Cass.12962/2005) .

A maggior ragione, non può essere sollevata con la memoria ex art. 378 cpc, per difetto di rilevanza, una questione di legittimità costituzionale che, se pure accolta, non potrebbe applicarsi al rapporto per cui è causa, per formazione del giudicato interno sul punto.

Resta infatti fermo il principio che gli effetti dell'incostituzionalità non si estendono ai rapporti ormai esauriti in modo definitivo, per avvenuta formazione del giudicato o per essersi verificato altro evento cui l'ordinamento collega il consolidamento del rapporto medesimo (Cass.20381/2012).

- La terza questione di legittimità costituzionale prospettata dai ricorrenti concerne l'art. 6 D.lgs. 72/2015, che, nel dettare la disciplina transitoria, ha affermato l'applicabilità delle relative disposizioni alle sole violazioni commesse dopo l'entrata in vigore del decreto stesso.

Secondo la prospettazione dei ricorrenti, tale previsione violerebbe il principio del *favor rei*, poichè la nuova disciplina stabilita dal d.lgs.

72/2015, prevede per la medesima violazione un trattamento sanzionatorio inferiore a quello stabilito dalla normativa anteriore.

In particolare, premesso che la sanzione irrogata dalla Consob al ricorrente e determinata nella misura minima, è pari a 2.500.000,00 €, il ricorrente deduce che, per effetto delle disposizioni introdotte dal d.lgs. 72/2015, la sanzione minima è notevolmente inferiore, ammontando a 25.000,00 €.

Pure tale eccezione è manifestamente infondata.

Premesso che in materia di intermediazione finanziaria, le modifiche alla parte V del d.lgs. n. 58 del 1998 apportate dal d.lgs. n. 72 del 2015 si applicano alle violazioni commesse *dopo* l'entrata in vigore delle disposizioni di attuazione adottate dalla Consob, in tal senso disponendo l'art. 6 del medesimo decreto legislativo, deve anzitutto osservarsi, avuto riguardo alla *rilevanza* della questione di legittimità costituzionale, che lo stesso assunto da cui partono i ricorrenti, vale a dire che il trattamento sanzionatorio introdotto dal d.lgs. 72 del 2015 sarebbe più favorevole rispetto al precedente regime, si fonda unicamente sul raffronto tra il *minimo edittale* delle due discipline sanzionatorie.

E ciò, sulla base ^{di legge} ~~sulla~~ discutibile premessa che, nonostante il rilevante valore delle azioni offerte senza autorizzazione, sarebbe stato senz'altro irrogato per la medesima condotta il minimo edittale, anche in forza del nuovo regime sanzionatorio, che prevede una sanzione nel minimo di 25.000,00 euro, ma che arriva fino all'importo di 5.000.000,00 di euro.

Tale modalità di comparazione appare dunque fondata su una valutazione parziale, in contrasto con quanto, ancora di recente, affermato dalla Corte costituzionale, con la sentenza n.68 del 2017,

secondo cui, nell'ambito della successione delle leggi nel tempo, occorre verificare, in concreto, se il sopraggiunto trattamento sanzionatorio, *nel suo complesso*, denunci un carattere maggiormente afflittivo.

Si osserva inoltre che secondo il consolidato indirizzo di questa Corte (Cass. 4114 del 2 marzo 2016) , e come recentemente riconosciuto dalla Corte costituzionale (Corte cost. n.193 del 6.7.2016), il principio penalistico della c.d. *lex mitior* non si applica, *tout court*, alle sanzioni amministrative, atteso che il principio del "*favor rei*", di matrice penalistica, non si estende, in assenza di una specifica disposizione normativa, alla materia delle sanzioni amministrative, che risponde, invece, al distinto principio del "*tempus regit actum*".

Né tale impostazione 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 dalla Consob sui medesimi fatti violerebbe il principio del "*ne bis in idem*", in quanto tale arresto non può legittimare l'estensione, in ogni campo, dei principi propri della materia penale alla materia degli illeciti amministrativi.

Secondo quanto affermato dalla Corte cost. nella sentenza 193/2016, in particolare, nel nostro ordinamento non esiste una regola generale che preveda l'applicazione della legge successiva più favorevole agli autori degli illeciti amministrativi.

La giurisprudenza della CEDU, che ha enucleato il principio di retroattività della legge penale meno severa, infatti, non ha esteso tale principio al *complessivo sistema delle sanzioni amministrative*, bensì a *singole e specifiche discipline sanzionatorie*, idonee ad acquisire

caratteristiche punitive alla luce dell'ordinamento convenzionale, situazione che non risulta specificamente dedotta dagli odierni ricorrenti, assumendosi, piuttosto, una generale equiparazione del regime sanzionatorio Consob in materia di violazioni al TUF, rispetto alle parallele sanzioni di carattere penale.

Passando ai motivi di ricorso, il *primo motivo* denuncia la violazione dell'art. 195 TUF, in relazione all'art. 360 n.3) , nonché all'art. 360 nn. 4) e 5) del cpc, lamentando che la Corte d'Appello di Roma abbia omesso di procedere all'audizione del _____ nonostante questi avesse ritualmente chiesto di essere sentito personalmente.

I ricorrenti lamentano, sotto altro profilo, che la Corte abbia del tutto omesso di provvedere sull'istanza di audizione, senza dare contezza delle ragioni per le quali ha ritenuto inutile dare luogo all'audizione medesima, deducendo, conseguentemente, il vizio di carenza motivazionale .

La censura è immeritevole di accoglimento in relazione a tutti i profili dedotti.

Come questa Corte ha già affermato, nel procedimento sanzionatorio di cui all'art. 195 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, applicabile *ratione temporis* al caso in esame, il diritto di difesa dell'incolpato era garantito dalla previsione di un congruo termine(trenta giorni) per il deposito di difese scritte, mentre la sua audizione personale non costituiva un incumbente imprescindibile, come risulta dal confronto con l'art. 196 dello stesso T.U.F., riguardante i promotori finanziari (Cass. 1065/2014) e dall'omologa norma dell'art. 145 comma 6 TUB.

L'audizione personale della parte costituiva dunque una mera facoltà, onde non appare configurabile alcuna violazione di legge in conseguenza del mancato esercizio di tale facoltà.

Pure la censura di omessa motivazione del rigetto (implicito) sull'istanza di audizione è destituita di fondamento.

I ricorrenti non evidenziano infatti la facoltà difensiva che sarebbe stata in concreto compromessa o pregiudicata dalla lamentata mancata audizione.

Orbene, secondo il consolidato indirizzo di questa Corte la mancata pronuncia di un'istanza istruttoria non integra il vizio di omessa o insufficiente motivazione occorrendo che la risultanza processuale ovvero l'istanza istruttoria non esaminata attengano a circostanze che, con un giudizio di certezza e non di mera probabilità, avrebbero potuto dar luogo ad una decisione diversa da quella adottata.

Ed invero il giudice, il quale abbia ritenuto irrilevante un determinato incombente – nel caso di specie l'audizione personale dell'interessato , rimesso, in base alla normativa applicabile *ratione temporis*, ad una sua valutazione discrezionale - non è tenuto ad esplicitare le ragioni per cui lo ritenga irrilevante ovvero ad enunciare specificamente che la controversia può essere decisa senza necessità di ulteriori acquisizioni (Cass. 16499/2009).

Con il *secondo motivo* si denuncia la falsa applicazione dell' art. 195 TUF in relazione all'art. 360 n.3) , deducendo l'erronea applicazione dell'art. 195 TUF con riferimento al termine per l'effettuazione delle contestazioni da parte della Consob, avuto riguardo, in particolare, al "*dies a quo*" da cui far decorrere il termine suddetto.

Il motivo è infondato.

Secondo la prospettazione dei ricorrenti avrebbe errato la Corte territoriale nel far risalire il *dies a quo* del termine per la contestazione della violazione alla data del 3 dicembre 2008, piuttosto che al momento di acquisizione della *notitia criminis*.

Il *terzo motivo* denuncia la violazione e falsa applicazione dell'art. 195 TUF in relazione all'art. 360 n.5) cpc, in quanto la Corte d'Appello non avrebbe motivato le ragioni per le quali ha individuato nel 3 dicembre il *dies a quo* per la decorrenza del termine, limitandosi a recepire acriticamente la prospettazione della Consob, omettendo di considerare che già nell'agosto del 2008 l'Autorità di vigilanza aveva tutti gli elementi per l'effettuazione delle contestazioni nei confronti del ricorrente.

I motivi, che, per la stretta connessione, vanno unitariamente esaminati, sono inammissibili.

Essi, nonostante la rubrica, si risolvono di fatto nella sollecitazione ad un nuovo accertamento dei fatti e delle prove argomentatamente esaminati dalla Corte d'Appello per inferirne il superamento del termine tra accertamento degli illeciti e notifica degli estremi della violazione.

Conviene premettere che secondo il consolidato indirizzo di questa Corte, in tema di sanzioni amministrative previste per la violazione delle norme che disciplinano l'attività di intermediazione finanziaria, il momento dell'accertamento, dal quale decorre il termine di decadenza per la contestazione degli illeciti da parte della Consob, non deve essere fatto coincidere, necessariamente e automaticamente, né con il giorno in cui l'attività ispettiva è terminata, né con quello in cui è stata depositata la

relazione dell'indagine, né con quello in cui la Commissione si è riunita per prenderla in esame, poiché la "constatazione" dei fatti non comporta di per sé il loro "accertamento". Ne consegue che, mentre la redazione della relazione ed il suo esame debbono essere compiuti nel tempo strettamente indispensabile, senza ingiustificati ritardi, occorre invece individuare, secondo le particolarità dei singoli casi, il momento in cui ragionevolmente la contestazione avrebbe potuto essere tradotta in accertamento, momento dal quale deve farsi decorrere il termine per la contestazione stessa (Cass. 25836/2011).

Nel caso di specie la Corte territoriale ha ritenuto, con accertamento di fatto adeguatamente argomentato, che nell'agosto del 2008, data in cui la Consob ha vietato lo svolgimento dell'offerta al pubblico, non era stato completato l'accertamento, in quanto in tale data l'Autorità non aveva ancora acquisito tutti gli elementi, oggettivi e soggettivi, per valutare la sussistenza di una condotta sanzionabile ed individuato i potenziali responsabili della stessa.

Come rilevato dalla Corte territoriale, il provvedimento di divieto di svolgimento dell'offerta non implica accertamento delle condotte sanzionabili, in quanto, nel periodo tra l'agosto ed il 3 dicembre del 2008, la Consob ha effettuato attività d'indagine al fine di individuare, nell'ambito del Comitato promotore, i soggetti responsabili e le modalità e caratteristiche della eventuale condotta sanzionabile: solo nel dicembre 2008, dunque, la Consob ha acquisito la completa contezza della violazione da contestare, che costituisce evidentemente un *quid pluris*, implicante ulteriore attività d'indagine, rispetto alla mera commissione della violazione.

Passando al *quinto* motivo , con esso si denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 1 e 94 TUF in relazione all'art. 360 nn.3) e 5) cpc.

Si contesta anzitutto la statuizione della Corte territoriale che, confermando l'accertamento della Consob, ha ravvisato la violazione dell'art. 94 TUF per essere stati pubblicati, sul sito internet riferibile al Comitato promotore della banca , materiale ed informazioni idonee ad integrare un'offerta al pubblico di prodotti finanziari.

Secondo i ricorrenti la Corte territoriale avrebbe esaminato in modo parziale ed incompleto la documentazione prodotta dalla Consob ed avrebbe altresí omesso di scrutinare i documenti da essi depositati in ordine alle risultanze del sito internet ed alla concreta accessibilità dei suoi contenuti: da tale documentazione risultava che solo la lettura integrale del prospetto informativo, cui si poteva accedere registrandosi sul sito internet solo dopo il nulla osta alla raccolta da parte di Consob, avrebbe presentato un pericolo per il potenziale sottoscrittore.

Sotto altro profilo, si deduce che la Corte territoriale avrebbe errato nel qualificare le azioni di una costituenda banca cooperativa come prodotti finanziari ai sensi dell'art.1 comma 1 lett u) del TUF, dovendo applicarsi l'esenzione prevista dall'art. 33 Regolamento emittenti della Consob relativa alle offerte finalizzate al reperimento di mezzi per lo svolgimento di attività non lucrative di utilità sociale. Si rileva ancora che la Corte d'Appello non avrebbe fornito una specifica motivazione in relazione al rilievo che la Consob, con la propria comunicazione DAL/99018236 del 16 marzo 1999, aveva escluso l'applicabilità degli obblighi di cui all'art. 116 TUF alle banche di credito cooperativo.

Entrambe le censure sono infondate.

Con riferimento alla nozione di “offerta al pubblico” di cui agli artt. 1 e 94 TUF, contrariamente a quanto sostenuto dal ricorrente, non è necessaria la sottoposizione ai potenziali interessati del prospetto informativo, essendo sufficiente che siano reperibili informazioni “sulle condizioni dell’offerta e sui prodotti finanziari offerti, così da mettere un investitore in grado di decidere e di acquistare o sottoscrivere tali prodotti finanziari.”

Come evidenziato dalla Corte territoriale, del resto, nel sito internet del Comitato risultava che, contrariamente al vero, vi era stata nulla osta della Consob alla pubblicazione del prospetto informativo dal 12.7.2008; era inoltre indicato come prendere visione del prospetto e scaricarlo dal sito; quali e quante erano le azioni offerte e come ed in quali tempi aderire all’offerta.

Sulla base di tali elementi, che non risultano specificamente contestati dai ricorrenti, la Corte territoriale ha correttamente accertato l’esistenza di un’offerta al pubblico di prodotti finanziari abusiva, in quanto non corredata, contrariamente a quanto divulgato nel sito, dall’autorizzazione della Consob alla pubblicazione del prospetto informativo.

Del pari infondata l’ulteriore censura, avente ad oggetto la natura di “strumenti finanziari” delle azioni della costituenda banca di credito cooperativo.

Conviene premettere che, come questa Corte ha già affermato, dalla disposizione dell’art. 1, comma 1, lett. u), del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, può desumersi la natura “aperta” ed atecnica di “prodotto finanziario”, la quale rappresenta la risposta legislativa alla creatività del

mercato ed alla molteplicità degli strumenti offerti al pubblico, nonché all'esigenza di tutela degli investitori, in maniera da permettere la riconduzione nell'ambito della disciplina di protezione pure delle operazioni innominate.(Cass.2736/2013).

Ciò posto, non può dubitarsi che le azioni offerte rientrino nell'ampia nozione di "prodotti finanziari", che, come si è visto, può evincersi dall'art 1 del TUF.

In particolare, tale natura non risulta contraddetta dalle comunicazioni Consob citate dai ricorrenti.

Ed invero, seppure, come desumibile dalla citata Comunicazione Consob DAL/99018236 del 16-3-99, le azioni di banche di credito cooperativo non possono qualificarsi come "strumenti finanziari", non essendo riconducibili ad alcuna delle ipotesi di cui all'art. 1 comma 2 TUF, in ragione del loro particolare regime circolatorio, esse sono però qualificabili come *prodotti finanziari*, poiché rappresentano una forma di investimento di natura finanziaria di cui all'art. 1 comma 1, lett u) TUF, come evidenziato dalla stessa comunicazione Consob DAL/99018236 del 16-3-99, citata dai ricorrenti: " in effetti le conclusioni raggiunte circa la questione dell'eventuale appartenenza delle azioni di cooperative alla categoria degli strumenti finanziari, lascia impregiudicata ogni possibilità di considerare tali azioni "un investimento di natura finanziaria" e pertanto ove ne sussistano le condizioni, "*prodotti finanziari*" oggetto di sollecitazione all'investimento."

Ed invero, da un lato il conferimento del socio in banca di credito cooperativa non può essere "a fondo perduto", essendo statutariamente insopprimibile il suo diritto alla liquidazione della quota; dall'altro,

l'ordinamento qualifica dette banche non già come enti "senza scopo di lucro", bensì "con limitato scopo lucrativo", come risulta dal combinato disposto degli artt. 150 bis TUB e 2514 comma 1 c.c.

L'acquisto di azioni di una banca di credito cooperativo può dunque costituire una forma di investimento di natura finanziaria, comportando il pagamento di un prezzo (impiego di capitale) a fronte di un rischio ed un'aspettativa di rendimento (ossia incremento patrimoniale) in capo all'acquirente.

Non appare inoltre pertinente il richiamo all'esenzione di cui all'art.33 comma 1 lett d) del Regolamento di attuazione n.11971/99 in base al quale "le disposizioni contenute nel capo I della parte IV del T.U. e quelle del presente titolo non si applicano alle sollecitazioni finalizzate al reperimento di mezzi per lo svolgimento di attività non lucrative di utilità sociale", atteso che nel caso in esame non appare sussistente il preponderante profilo di utilità sociale, che caratterizzava la fattispecie oggetto della Comunicazione della Consob DEM/1027182 del 12-4-2001 ed in cui risultava che l'offerta fosse diretta ad incentivare lo spirito mutualistico tra gli utenti del servizio di distribuzione del gas da essa svolto, in quanto l'adesione da parte del cliente/utente all'offerta in oggetto era diretta non tanto a perseguire un rendimento in denaro, quanto a beneficiare dei vantaggi rappresentati da sconti e ristorni sul consumo di gas metano.

Con il *sesto motivo* si denuncia la violazione dell'art.112 cpc in relazione all'art.360 n.4) cpc, in quanto la Corte territoriale avrebbe omissso di pronunciarsi sulla quinta censura dell'opposizione, relativa alla posizione dell'organismo, il Comitato promotore, cui il sanzionato dott.

apparteneva, non rinvenendosi argomentazioni e /o motivazioni anche implicite sul punto.

La censura è infondata.

Conviene premettere che secondo il consolidato indirizzo di questa Corte, in materia di opposizione ad ordinanza ingiunzione, il ricorso per cassazione che denunci il mancato esame, da parte del giudice di merito, di un motivo dell'opposizione può condurre alla cassazione della sentenza impugnata soltanto se, vertendo su questione di diritto, esso sia fondato; e ciò in quanto nel caso di sua infondatezza, lo iato esistente tra la pronuncia di rigetto ed il mancato esame della censura deve essere colmato dalla Corte di Cassazione, facendo uso del proprio potere di correzione della motivazione della sentenza, integrando la decisione di rigetto mediante l'enunciazione delle ragioni di diritto che sostengono il provvedimento opposto, senza necessità di rimettere la causa ad altro giudice affinché dichiari infondato il motivo non esaminato (Cass. 8561/2006).

La mancanza di motivazione su questione di diritto e non di fatto deve infatti ritenersi irrilevante, ai fini della cassazione della sentenza, qualora il giudice del merito sia comunque pervenuto ad un'esatta soluzione del problema giuridico sottoposto al suo esame. In tal caso, la Corte di cassazione, in ragione della funzione nomofilattica ad essa affidata dall'ordinamento, nonché dei principi di economia processuale e di ragionevole durata del processo, di cui all'art. 111, comma 2, Cost., ha il potere, in una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 384 c.p.c., di correggere la motivazione anche a fronte di un "error in procedendo",

quale la motivazione omessa, mediante l'enunciazione delle ragioni che giustificano in diritto la decisione assunta (Cass. Ss.Uu.2731/2017).

Nel caso di specie, la Corte territoriale, accertato che la condotta riferita al solo _____ rientrava integralmente nella previsione dell'art. 94 TUF, ha correttamente affermato, ai sensi dell'art. 195 TUF, la responsabilità solidale del Comitato promotore, che discende dalla menzionata disposizione dell'art. 195 comma 9 TUF e prescinde, evidentemente, da ogni profilo di colpa dei suoi componenti.

Non è dunque pertinente il richiamo al d.lgs.231/2001, che disciplina la diversa ipotesi della diretta responsabilità amministrativa dell'ente, situazione che non è ravvisabile nel caso di specie, né il riferimento alla disposizione dell'art. 187 *quinquies* TUF, che, secondo la stessa allegazione dei ricorrenti (cfr. pag. 41 del ricorso), disciplina la differente ipotesi di violazioni che, pur essendo punite con sanzioni amministrative pecuniarie, è diretta a censurare vere e proprie condotte delittuose dei soggetti che agiscono nell'ambito di un organismo societario.

In tal caso, peraltro, all'ordinaria responsabilità dell'ente, quale obbligato solidale per le sanzioni amministrative pecuniarie, si aggiunge l'ulteriore ipotesi di responsabilità amministrativa diretta dell'ente medesimo, analoga a quella prevista per i reati dal d.lgs. 231/2001, in relazione alla quale, ai sensi del comma 4 dell'art. 187 *quinquies*, sono applicabili, in quanto compatibili, le regole di *esenzione organizzativa* previste dallo stesso decreto.

Il *settimo motivo* di ricorso denuncia la violazione e falsa applicazione dell'art. 191 TUF in relazione all'art. 360 nn. 3) e l'omessa, insufficiente

e contraddittoria motivazione ex art. 360 n. 5) cpc, deducendo l'errata determinazione della sanzione irrogata.

Secondo la prospettazione dei ricorrenti, la Corte territoriale avrebbe erroneamente individuato il "controvalore offerto", parametro sul quale andava determinata la sanzione, omettendo di considerare che l'offerta in oggetto era invece assolutamente indeterminata, in quanto la stessa era ricompresa tra un minimo di 6.300.000,00 euro ed un massimo di 15.000.000,00 di euro.

Ad avviso dei ricorrenti, dunque, la circostanza che, in una fase meramente incidentale della presunta attività di sollecitazione al risparmio, fosse comparso l'ammontare di 10.000.000,00 di euro, non poteva costituire elemento assorbente di quanto dichiarato nel programma di attività dai promotori.

La censura è infondata.

La Corte territoriale ha infatti correttamente determinato l'ammontare della sanzione sulla base del controvalore offerto, quale desumibile dalle indicazioni contenute nel sito internet, dal quale si traeva con chiarezza che l'offerta per cui è causa si riferiva a n.200.000 azioni del valore di 50,00 euro ciascuna, per un capitale sociale di 10.000.000 di euro.

Non può al riguardo condividersi la prospettazione dei ricorrenti, secondo cui il contenuto del programma di attività depositato presso un notaio nell'anno 2007 avrebbe dovuto prevalere su quanto indicato nell'anno 2008 sul sito internet, che costituisce il mezzo attraverso cui è stata concretamente perfezionata l'offerta al pubblico.

Il ricorso va dunque respinto ed i ricorrenti vanno condannati in solido alla refusione delle spese del presente giudizio, che si liquidano come da dispositivo.

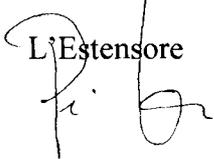
P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso.

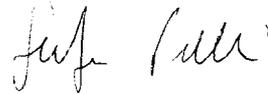
Condanna i ricorrenti, in solido, al rimborso delle spese del presente giudizio, in favore della Consob, che liquida in 18.200,00 € di cui 200,00 € per rimborso spese vive, oltre a rimborso forfettario spese generali, in misura del 15%, ed accessori di legge.

Così deciso in Roma il 14 settembre 2017

L'Estensore



Il Presidente



Il Funzionario Giudiziario
Valeria NERI

DEPOSITATO IN CANCELLERIA

Roma, 28 FEB. 2018

Il Funzionario Giudiziario
Valeria NERI