

Responsabilità degli amministratori per i doveri di vigilanza in tema di prestazione dei servizi di investimento

Corte di Cassazione, Sez. Un. Civ., 30 settembre 2009, n. 20933. Pres. Carbone, est. Travaglino.

Intermediazione finanziaria - Violazione dei doveri inerenti alla prestazione dei servizi di investimento - Amministratori di società - Responsabilità solidale - Fondamento - Obbligo di vigilanza sul regolare andamento della società.

In tema di sanzioni amministrative per violazione delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, i componenti del consiglio di amministrazione di una società, chiamati a rispondere, ai sensi dell'art. 190 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, per la violazione dei doveri inerenti alla prestazione dei servizi di investimento posti a tutela degli investitori e del buon funzionamento del mercato, non possono sottrarsi alla responsabilità adducendo che le operazioni integranti l'illecito sono state poste in essere, con ampia autonomia, da un altro soggetto che abbia agito per conto della società, gravando a loro carico un dovere di vigilanza sul regolare andamento della società, la cui violazione comporta una responsabilità solidale, ai sensi dell'art. 6 della legge 24 novembre 1981, n. 689, salvo che non provino di non aver potuto impedire il fatto. (Fattispecie anteriore al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5).

omissis

IN FATTO E IN DIRITTO

1. - Il giudizio di opposizione dinanzi alla Corte d'Appello. Con ricorso introdotto alla Corte d'Appello di Milano e notificato alla Consob (il 4 aprile 2005) e al Ministero dell'Economia e delle Finanze (il successivo 7 aprile), tutti gli odierni esponenti (la s.p.a. Intesa S. Paolo, gli amministratori e i sindaci del gruppo bancario) proposero opposizione avverso il decreto ministeriale con il quale era stato ingiunto alla Banca Intesa s.p.a. (poi Intesa Sanpaolo) il pagamento di una serie di sanzioni pecuniarie, diversamente determinate per ciascuno degli autori materiali delle contestate violazioni, con obbligo di regresso ex lege nei confronti di questi ultimi.

Il decreto ministeriale trovava la sua fonte in una complessa congerie di accertamenti ispettivi disposti dalla Banca d'Italia, su richiesta della Consob (ai sensi del D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 10, comma 2, applicabile razione temporis), con riguardo all'attività di Banca Intesa s.p.a. quanto al servizio di negoziazione per conto proprio di strumenti finanziari - nella specie, le obbligazioni "Cirio" e "Argentina" - nel periodo ricompreso fra il gennaio 1999 ed il novembre 2002.

All'esito delle relazioni e delle informazioni ricevute dalla Banca d'Italia, la Consob aveva proceduto alla notifica delle lettere di contestazione degli addebiti ai ricorrenti - e cioè alla Intesa S. Paolo, ai membri del consiglio di amministrazione, a quelli del collegio sindacale, ad alcuni esponenti aziendali tanto dell'ex Banca Intesa quanto dei tre istituti di credito in essa confluite (la Cassa di Risparmio delle Province Lombarde, la Banca Commerciale Italiana s.p.a., l'Ambroveneto s.p.a.): esaminate le controdeduzioni degli interessati, l'organo di controllo aveva, poi, in data 7 dicembre 2004, trasmesso al Ministero dell'Economia e delle Finanze la proposta di sanzione,

cui sarebbe seguito l'impugnato D.M. 25 febbraio 2005, n. 19409. Gli illeciti accertati vennero enucleati con riferimento a 5 violazioni di legge, e precisamente quelle:

- 1) Di cui al D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 21, comma 1, lett. D, art. 56 Reg. Consob n. 11522/98 (adottato ai sensi dell'art. 6, comma 2, del medesimo D.Lgs.), per non essersi gli intermediari dotati di procedure interne idonee ad assicurare l'efficiente, ordinata e corretta prestazione del servizio di negoziazione in conto proprio;
- 2) Di cui all'art. 26, comma 1, lett. E, del Reg. Consob cit., per non avere l'intermediario acquisito una conoscenza degli strumenti finanziari adeguata al tipo di prestazione fornita, rendendo immediatamente disponibile alla clientela emissioni dalle caratteristiche peculiari;
- 3) Di cui all'art. 28, comma 2, Reg. Consob cit., per avere l'intermediario effettuato operazioni nei confronti della clientela c.d. retali senza aver fornito agli investitori informazioni adeguate sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni delle specifiche operazioni;
- 4) Di cui all'art. 27 Reg. Consob cit., per non essersi l'intermediario astenuto dal compiere operazioni in conflitto di interessi;
- 5) Di cui all'art. 69, comma 1, lett. B, del medesimo Regolamento, per non avere l'intermediario adempiuto agli obblighi di conservazione della documentazione.

Nell'impugnare il provvedimento sanzionatorio dinanzi alla Corte d'Appello di Milano, gli oppositori sosterranno:

- 1) l'insussistenza di qualsivoglia responsabilità in capo agli amministratori, in assenza di un inadempimento colpevole dell'obbligo di diligenza, non ravvisabile in un contesto dimensionale quale quello assunto da Banca Intesa con le banche federate nell'ambito di un'impresa caratterizzata da diversi e distinti settori di operatività;
- 2) la contraddittorietà di una ritenuta, contestuale sanzionabilità di amministratori e sindaci da un lato e dei responsabili del controllo interno dall'altro;
- 3) la violazione del principio di legalità delle sanzioni amministrative ai sensi dell'art. 23 Cost., e della L. n. 689 del 1989, art. 1, in assenza di uno specifico obbligo degli intermediari di adottare specifiche procedure, peraltro, nella specie, nemmeno predeterminate;
- 4) l'insussistenza, nel merito, di tutti gli addebiti contestati;
- 5) l'illegittimità del provvedimento opposto in ragione: a) del tardivo esercizio tanto del potere sanzionatorio da parte del Ministero quanto della conclusione della fase procedimentale demandata alla Consob; b) dell'omessa notifica della contestazione ad alcuni sanzionati; c) della mancanza di autonoma motivazione del provvedimento Consob adottato in sede di contestazione e proposta; d) della violazione della L. n. 241 del 1990, art. 3, comma 3, e art. 8, commi 1 e 2, e art. 10, quanto alla contestazione degli addebiti, non avendo gli esponenti potuto prendere visione degli atti; e) della inadeguata valutazione della posizione di alcuni sanzionati con riguardo alla durata nella carica e della maggiore gravità della sanzione irrogata nei confronti dei membri dei comitati esecutivi, presidenti dei collegi sindacali e presidenti del c.d.a.; e) della intervenuta prescrizione, da dichiararsi ai sensi della L. n. 689 del 1981, art. 28, del diritto alla riscossione delle somme ingiunte; f) la illogica ed incongruente entità delle sanzioni irrogate. Nel costituirsi innanzi all'adita Corte d'Appello insieme con il Ministero, la Consob eccepirà, in limine litis, l'iammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione attiva delle persone fisiche. La Corte meneghina, con decreto depositato il 13 dicembre 2006, respinse l'opposizione (salvo che per le sanzioni irrogate a Mario Boselli e Mario Masini, dichiarate prescritte), ritenendo:
 - a) Che fosse ammissibile in rito l'opposizione proposta dalle singole persone fisiche, sebbene non destinatarie della ingiunzione di pagamento rivolta, ex lege, alla sola Banca Intesa s.p.a.;
 - b) Che non risultassero fondati tutti i motivi di doglianza attinenti tanto a pretesi vizi procedimentali, quanto ai contenuti di merito del decreto opposto.

2. - Il ricorso per cassazione.

Avverso il provvedimento della corte milanese hanno proposto ricorso per cassazione, ai sensi dell'art. 111 Cost., e art. 360 c.p.c., comma 4, la Intesa Sanpaolo s.p.a. e 51 tra amministratori e sindaci del gruppo bancario, sulla base di 44 motivi corredati da 24 quesiti di diritto.

I primi dieci motivi sono volti a censurare il decreto della Corte d'Appello nella parte in cui non è stato ravvisato un vizio di inesistenza delle notificazioni delle contestazioni rivolte ad alcuni dei soggetti sanzionati (Gramat, Merle, Autheman, Hockmann). in particolare:

Con il primo motivo, i ricorrenti hanno dedotto la violazione e falsa applicazione della L. n. 689 del 1981, art. 12, e art. 14, commi 2 e 6, D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 195, comma 2, (che, nel testo all'epoca vigente, attribuiva la competenza della proposta di sanzione alla Consob, previa contestazione degli addebiti da parte della medesima) e art. 160 c.p.c., e art. 156 c.p.c., comma 3, per inesistenza ed insanabilità della notificazione delle contestazioni ai predetti quattro amministratori, laddove la Corte d'appello ha ritenuto sussistere una mera irregolarità, in ragione della compiuta articolazione difensiva dei medesimi in giudizio.

Con il secondo motivo, i ricorrenti hanno dedotto la violazione della L. n. 689 del 1981, medesimi art. 12, e art. 14, commi 2 e 6, D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 195, comma 2, e art. 160 c.p.c., e art. 156 c.p.c., comma 3, per inapplicabilità della disciplina della sanatoria delle notificazioni degli atti processuali agli atti amministrativi, quali sono le contestazioni degli addebiti. Con il terzo motivo, i ricorrenti hanno denunciato l'omessa motivazione circa la piena conoscenza delle contestazioni da parte dei destinatari.

Con il quarto motivo, hanno dedotto la violazione della L. n. 689 del 1981, art. 12, e art. 14, commi 2, 4 e 5, D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 195, comma 2, artt. 143 e 160 c.p.c., per inesistenza o, in subordine, nullità insanabile della notificazione delle contestazioni a Gramat e Merle, non avendo la Consob provato di non avere a disposizione altri elementi circa la loro residenza. Con il quinto motivo, i ricorrenti hanno dedotto l'omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione sulla diligente attivazione della Consob per la ricerca della residenza, dimora o domicilio dei sigg.ri Gilles Gramat e Christian Merle. Con il sesto motivo, i ricorrenti hanno dedotto l'omessa e contraddittoria motivazione sulla sussistenza di una segnalazione del domicilio del sig. Ramat da parte della banca. Con il settimo motivo, i ricorrenti hanno lamentato la violazione della L. n. 689 del 1981, art. 12, e art. 14, commi 2 e 4, D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 195, comma 2, e art. 160 c.p.c., per inesistenza della notificazione ad Autheman, a cui la Consob aveva provveduto inviandola presso l'indirizzo fornitole dalla Banca Intesa s.p.a.. Con l'ottavo motivo, i ricorrenti hanno censurato l'omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione sulla riferibilità ad Autheman dell'ultimo indirizzo noto, alla Consob asseritamente fornito dalla Banca Intesa s.p.a..

Con il nono motivo, i ricorrenti hanno dedotto l'omessa motivazione in ordine alla mancata allegazione dell'avviso di ricevimento all'atto di contestazione, notificato all'Autheman, con conseguente inesistenza della stessa.

Con il decimo motivo, i ricorrenti hanno censurato l'omessa pronuncia sulla mancata notificazione delle contestazioni, ai sensi del D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 195, comma 2, vecchio testo, nei confronti dell'Hockmann.

I motivi dall'undicesimo al sedicesimo sono volti a censurare il decreto della Corte d'appello nella parte in cui non è stata rilevata l'inesistenza di una motivazione (foss'anche per relationem) con riferimento ai provvedimenti di contestazione delle violazioni (del 3 maggio 2004) e di proposta di sanzioni (del 7 dicembre 2004). In particolare:

Con l'undicesimo motivo, i ricorrenti hanno dedotto la violazione del D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 195, comma 2, (che, nel testo all'epoca vigente, attribuiva la competenza della proposta di sanzione alla Consob, previa contestazione degli addebiti da parte della medesima) e L. n. 241 del 1990, art. 3, commi 1 e 3, per avere la Corte d'appello ritenuto legittimo il procedimento sanzionatorio, nonostante l'omessa autonoma motivazione della Consob, la quale si era meramente limitata ad approvare quanto disposto dal proprio Ufficio di Vigilanza ispettiva interno, sebbene, ai sensi della norma indicata, sia la contestazione degli addebiti e sia la proposta di sanzione - quali provvedimenti amministrativi costituiscano atti collegiali propri della Commissione, dunque con obbligo di motivazione, sulla base delle citate disposizioni della L. n. 241 del 1990, le quali prescrivono che ogni provvedimento amministrativo deve essere dotato di un'autonoma ed effettiva motivazione. Con il dodicesimo motivo, i ricorrenti

hanno dedotto la violazione del medesimo D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 195, comma 2, e L. n. 241 del 1990, art. 3, commi 1 e 3, nonché della L. n. 241 del 1990, art. 21 octies, (introdotto dalla L. 11 febbraio 2005, n. 15), per avere la Corte d'Appello ritenuto applicabile al caso di specie tale ultima norma - secondo cui "non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti, qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato" - entrata in vigore in data 8 marzo 2005, mentre il decreto ministeriale sanzionatorio è stato emesso il 25 febbraio 2005, così finendo per mutare la qualificazione dell'atto amministrativo da annullabile a non più annullabile, con retroattività - in concreto imprevedibile - della legge stessa, in contrasto con il principio (per analogia) desumibile dall'art. 2 c.p.; anche perché, a voler considerare l'art. 21 octies citato come norma procedimentale di immediata applicazione ai procedimenti pendenti, ciò sarebbe vero soltanto per gli atti del procedimento ancora da compiersi, e non per quelli (come la contestazione e la proposta della Consob) già compiuti.

Con il tredicesimo motivo, i ricorrenti hanno denunciato la violazione del medesimo D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 195, comma 2, e della L. n. 241 del 1990, art. 3, commi 1 e 3, e art. 21 octies, (introdotto dalla L. 11 febbraio 2005, n. 15), per avere la Corte d'appello ritenuto applicabile tale ultima disposizione, in presenza non di un vizio formale del provvedimento, ma di un vizio sostanziale, come va qualificata l'omessa motivazione. Con il quattordicesimo motivo, i ricorrenti hanno dedotto la violazione del D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 195, comma 1, e L. n. 241 del 1990, art. 3, commi 1 e 3, nonché dell'art. 97 Cost., per avere la Corte d'appello - ritenendo che l'unica funzione della motivazione dei provvedimenti amministrativi (nella specie, la contestazione e la proposta della Consob) sia la tutela del diritto di difesa dei loro destinatari, laddove, invece, essa ha altresì la funzione di assicurare la trasparenza ed il buon andamento dell'azione amministrativa, nell'interesse della generalità dei consociati - giudicato legittimo il provvedimento impugnato, essendo stati i destinatari dell'atto comunque nella posizione di conoscere le ragioni delle sanzioni.

Con il quindicesimo motivo, i ricorrenti hanno dedotto la violazione del medesimo D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 195, comma 1, e L. n. 241 del 1990, art. 3, commi 1 e 3, per avere la Corte d'Appello ravvisato nei provvedimenti amministrativi della Consob (la contestazione e la proposta di sanzione) una motivazione per relationem mediante il richiamo ai "rilievi" dei propri uffici ispettivi interni, i quali però non costituiscono organo a sè e non pongono in essere un altro atto dell'amministrazione.

Con il sedicesimo motivo, i ricorrenti hanno dedotto, infine, la violazione del D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 195, comma 1, della L. n. 241 del 1990, art. 3, commi 1 e 3, art. 8, comma 2, lett. d), e art. 22, nonché dell'art. 24 Cost., per avere la Corte, d'Appello ritenuto sufficiente, ai fini della motivazione per relationem e della disponibilità dell'atto richiamato - la mera indicazione dell'unità organizzativa responsabile del procedimento, in calce alle lettere di contestazione degli addebiti.

I motivi diciassettesimo e diciottesimo censurano il decreto impugnato per non avere ravvisato la violazione del diritto dei ricorrenti a prendere visione degli atti del procedimento. In particolare:

Con il diciassettesimo motivo, i ricorrenti hanno dedotto la violazione della L. n. 241 del 1990, art. 3, comma 3, art. 7, comma 1, art. 8, commi 1 e 2, lett. d), art. 10, comma 1, lett. a), per avere la Corte d'Appello ritenuto soddisfatto il diritto dei ricorrenti di prendere visione degli atti del procedimento (in particolare, le relazioni ispettive della Banca d'Italia e dell'Ufficio Vigilanza), sebbene la Consob avesse ommesso, con le lettere di contestazione, di comunicare l'ufficio presso cui il diritto avrebbe potuto essere esercitato;

Con il diciottesimo motivo, i ricorrenti hanno dedotto la violazione dell'art. 24 Cost., e art. 97 Cost., comma 1, della L. n. 689 del 1981, art. 23, comma 2, della L. n. 241 del 1990, art. 10, comma 1, lett. a), e art. 22, e del D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 195, comma 1, e art. 196, comma 3, (nel testo previgente), per avere la Corte d'Appello ritenuto soddisfatto il diritto di difesa dei ricorrenti, pur avendo la Consob prodotto le relazioni ispettive dell'Ufficio Vigilanza e della Banca d'Italia in versione parzialmente oscurata, tramite omissis.

I motivi dal diciannovesimo al ventiduesimo censurano il decreto impugnato per avere ritenuto sanzionabili anche gli amministratori ed i sindaci del gruppo. In particolare:

Con il diciannovesimo motivo, i ricorrenti hanno dedotto la violazione della L. n. 689 del 1981, art. 3, comma 1, art. 2392 c.c., comma 2 (testo previgente), art. 2381 (nuovo testo) c.c., comma 3, e D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 190, commi 1 e 3, per avere la Corte d'appello ritenuto sussistente, in capo agli amministratori, l'obbligo di vigilare in modo diretto, attivo, concreto e permanente sull'adeguatezza e sull'attuazione delle procedure da parte dei singoli esponenti aziendali (laddove l'art. 190 cit., porrebbe un obbligo di vigilanza soltanto in capo a chi esercita funzioni di controllo, come i sindaci).

Con il ventesimo motivo, i ricorrenti hanno censurato l'omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione sull'esistenza di elementi tali, da consentire agli amministratori di percepire le supposte carenze procedurali e, quindi, da imporre loro un intervento.

Con il ventunesimo motivo, i ricorrenti hanno dedotto la violazione della L. n. 689 del 1981, art. 3, comma 1, e D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 149, commi 1 e 8, per avere la Corte d'appello ritenuto che l'obbligo di vigilanza dei sindaci imponga un dovere di controllo costante e concreto della prassi operativa e dell'adeguatezza delle procedure aziendali predisposte per la prestazione del servizio di negoziazione.

Hanno lamentato, in particolare, che, prima del profilo soggettivo della colpa, sarebbe stato necessario accertare l'elemento oggettivo della condotta: infatti, nelle imprese di grandi dimensioni, sui sindaci grava un obbligo di vigilanza mediato, ossia sulla base dei rilievi e delle informazioni rese dall'organo di controllo interno nell'esercizio delle sue funzioni proprie (c.d. internal auditing). Con il ventiduesimo motivo, i ricorrenti hanno censurato l'omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione sulla ritenuta sussistenza di accertate infrazioni inerenti la costituzione di un efficiente ed indipendente sistema di controllo, causate da carenze strutturali, asseritamente presenti presso la banca. I motivi dal ventitreesimo a.1 ventiseiesimo criticano il decreto impugnato lamentando la violazione del principio di legalità e tassatività delle sanzioni amministrative. In particolare:

Con il ventitreesimo motivo, i ricorrenti hanno lamentato la violazione del principio di legalità, in base all'art. 23 Cost., L. n. 689 del 1981, art. 1, D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 6, comma 2, lett. a) - c), art. 21, comma 1, lett. d), art. 190, comma 1, lett. a) - d), e art. 56 del Regolamento Consob n. 11522 del 1998, in quanto la Corte d'Appello ha confermato le sanzioni con riguardo alla mancata predisposizione di procedure interne aziendali, laddove non esisteva alcuna norma di legge che imponesse di predisporle e comunque non fossero state poi predeterminate dalla Consob (che solo con le modifiche all'art. 56 Reg. n. 11522 del 1998, introdotte con la Delib. n. 13710 del 2002, in vigore dal 18 agosto 2002, le aveva previste). Inoltre, pur prevedendo date procedure il suddetto regolamento Consob, esse erano estensive delle previsioni di legge e, quindi, l'art. 56 reg. citato (che, oltre alla efficiente prestazione dei servizi, imponeva anche procedure idonee alla corretta espletazione di essi) doveva essere disapplicato ai sensi della L. n. 2248 del 1865, art. 5.

Con il ventiquattresimo motivo, i ricorrenti hanno dedotto la violazione dell'art. 23 Cost., L. n. 689 del 1981, art. 1, D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 6, comma 2, lett. a) - c), art. 21, comma 1, lett. d), art. 190, comma 1, lett. a) - d), e art. 56, comma 2, lett. a), Regol. Consob n. 11522 del 1998, in quanto la Corte d'appello ha ritenuto sussistente, in capo alla Consob, il potere di creare nuove fattispecie incriminative, in quanto la L. n. 689 del 1981, art. 1, sarebbe stato sul punto derogato dalla norma speciale del D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 190, comma 1: laddove, invece, tale norma non deroga affatto alla prima, essendo stata la Consob per legge autorizzata soltanto a dettare le procedure per l'"efficiente" svolgimento dei servizi, e non per il "corretto" espletamento di essi, ossia per il rispetto di tutti gli obblighi comportamentali della banca.

Con il venticinquesimo motivo, i ricorrenti hanno dedotto la violazione dell'art. 23 Cost., L. n. 689 del 1981, art. 1, commi 1 e 2, D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 6, comma 2, lett. a), art. 21, comma 1, lett. d), art. 190, comma 1, e art. 56, comma 2, lett. a) Regol. Consob n. 11522 del 1998, per avere la Corte territoriale ritenuto che le modificazioni

all'art. 56 del regolamento Consob citato, introdotte con Delib. n. 13710 del 2002, non fossero

significativamente innovative, nella sostanza, delle norme previgenti quanto agli obblighi da esso previsti (mentre, soprattutto, la nuova disposizione impone di dotarsi di strumenti, anche informativi, non di mere procedure).

Con il ventiseiesimo motivo, i ricorrenti hanno dedotto la violazione dell'art. 23 Cost., L. n. 689 del 1981, art. 1, D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 6, comma 2, art. 21, comma 1, e art. 190, comma 1, per avere la corte d'appello ritenuto legittimo l'art. 56 Regol. Consob n. 11522 del 1998, nonostante che esso non abbia specificamente disciplinato e determinato le procedure interne, di cui gli intermediari si darebbero dovuti dotare.

I motivi dal ventisettesimo al trentanovesimo predicano a vario titolo l'insussistenza, nel merito, degli addebiti contestati ai ricorrenti. Essi mirano a censurare, rispettivamente, la ritenuta sussistenza della violazione di cui al punto 1 del capo di incolpazione (motivi 27 - 34) e di quelle di cui ai nn. 2, 3, 4, 5 (motivi 35 - 39). In particolare:

Con il ventisettesimo motivo, i ricorrenti hanno dedotto la violazione del D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 1, comma 5, lett. a), b), d), e), art. 21, comma 1, lett. a), e degli art. 32 e 43 Regol. Consob n. 11522 del 1998, nonché della L. n. 689 del 1981, art. 1, per avere la corte d'appello ritenuto - con riguardo all'addebito n. 1 del non avere predisposto la banca procedure interne, ai sensi degli art. 21 e 56 cit. - che l'adempimento degli obblighi di diligenza, trasparenza, correttezza nella prestazione del servizio di negoziazione imponga agli intermediari l'adozione di procedure per la selezione dei titoli da inserire a "paniere", come nel caso del diverso servizi di gestione di portafogli.

Con il ventottesimo motivo, i ricorrenti hanno dedotto la violazione dell'art. 23 Cost., D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 21, comma 1, lett. a), e della L. n. 689 del 1981, art. 1, commi 1 e 2, per avere la corte d'appello ritenuto che l'obbligo, sancito dall'art. 21 cit. come innovato dalla L. n. 262 del 2005, art. 14, di prevedere una classificazione del grado di rischio dei prodotti finanziari negoziati, non implichi che tale obbligo debba ritenersi insussistente prima della riforma stessa. Infatti, la L. n. 262 del 2005, art. 14, aveva introdotto l'obbligo, con ciò palesando che esso, in precedenza, non sussisteva.

Con il ventinovesimo motivo, i ricorrenti hanno dedotto la omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione sul fatto, controverso e decisivo per il giudizio, della supposta inidoneità delle procedure poste in essere dalla banca a garantire sufficientemente un filtro dei titoli da inserire a paniere: ciò, in quanto la corte d'appello ha ritenuto tale inidoneità con l'argomento che, dopo il 2003, dette procedure fossero state innovate.

Con il trentesimo motivo, i ricorrenti hanno dedotto la violazione dell'art. 23 Cost., L. n. 689 del 1981, art. 1, comma 1, D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 1, comma 5, lett. a) - b), e dell'art. 32, commi 5 e 6, Regol. Consob n. 11522 del 1998, per avere la corte d'appello ritenuto sussistente l'obbligo di predisporre procedure per filtrare i titoli, anche nell'ipotesi di negoziazione per conto terzi. Con il trentunesimo motivo, i ricorrenti hanno dedotto la omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione sulla presunta inesistenza di procedure interne idonee a garantire la conoscenza o, quanto meno, la conoscibilità, da parte dei gestori delle filiali, delle caratteristiche peculiari dei titoli negoziati con i clienti. Con il trentaduesimo motivo, i ricorrenti hanno lamentato la violazione dell'art. 23 Cost., L. n. 689 del 1981, art. 1, D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 6, comma 2, art. 21, comma 1, lett. d), art. 190, comma 1, e dell'art. 29, comma 2, e art. 56 Regol. Consob n. 11522 del 1998, per avere la corte d'appello ritenuto che l'idoneità delle procedure interne, finalizzate alla segnalazione di inadeguatezza al cliente della operazione, dipendesse necessariamente dalla predisposizione di un'apposita procedura per mantenere un aggiornamento costante del profilo finanziario dei clienti nel corso del rapporto.

Con il trentatreesimo motivo, i ricorrenti hanno dedotto la omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione sulla presunta inidoneità delle procedure interne, predisposte dalla banca, al fine di segnalare l'inadeguatezza delle operazioni richieste dai clienti rispetto al loro profilo di rischio.

Con il trentaquattresimo motivo, i ricorrenti hanno dedotto la omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione sulla presunta inidoneità delle procedure interne,

predisposte dalla banca, al fine di segnalare il conflitto di interessi nelle operazioni richieste dai clienti.

Con il trentacinquesimo motivo, i ricorrenti hanno dedotto la violazione della L. n. 689 del 1981, art. 23, comma 12, (applicabile al procedimento di cui al D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 195) e degli artt. 1218 e 1256 c.c., per avere la Corte d'Appello ritenuto onere della banca e dei suoi esponenti provare l'insussistenza di fatti costitutivi della pretesa sanzionatoria: viceversa, i principi circa l'onere della prova nel rapporto obbligatorio non sono mutuabili per la diversa fattispecie del rapporto sanzionatorio, per il quale - attesa l'insussistenza di alcun rapporto obbligatorio banca - Consob, che non è creditrice della prima (ma i risparmiatori sono i creditori, a fronte dell'obbligo della banca di adempiere ai doveri imposti dalla normativa di settore: ed essi potranno agire contro l'inadempimento della banca, ad esempio chiedendo il risarcimento del danno, valendo allora il principio richiamato incongruamente dalla Corte d'appello) - vige invece l'opposto principio, secondo cui il giudice "accoglie l'opposizione quando non vi sono prove sufficienti della responsabilità dell'opponente" (art. 23, comma 12, cit.). In caso contrario, ne deriverebbe che, in presenza di regole che impongano degli obblighi comportamentali, si dovrebbe presumere che essi siano stati violati ed i soggetti tenuti a quei comportamenti debbano essere quotidianamente sanzionati, a meno che non dimostrino giorno per giorno di averle rispettate (la questione è oggetto di richiesta di rimessione a queste sezioni unite).

Con il trentaseiesimo motivo, i ricorrenti hanno censurato l'omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa la violazione, da parte dei medesimi, dell'art. 26, comma 1, lett. e) Reg. Consob n. 11552 del 1998 (non avere la banca acquisito una conoscenza degli strumenti finanziari adeguata al tipo di prestazione in contro proprio): ciò, perché la Corte aveva desunto tale violazione dalle "appurate violazioni dei precetti che impongono l'adozione di procedure idonee", tuttavia in nessuna parte del decreto mai accertate; perché comunque tali precetti non esistono; perché, in ogni caso, la banca aveva dimostrato di avere adottato idonee procedure per il corretto ed ordinato svolgimento dei servizi di investimento; perché, infine, dalla pur ammessa violazione di legge su tali procedure non si sarebbe potuto desumere, sulla base di presunzioni, anche la sussistenza delle ulteriori violazioni contestate. Esponevano, quindi, le prove che ritenevano di aver dato circa l'adempimento a tutti i propri obblighi.

Con il trentasettesimo motivo, i ricorrenti hanno dedotto l'omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione sulla addebitata violazione, da parte dei medesimi, dell'art. 28, comma 2, lett. e) Reg. Consob n. 11552 del 1998, per avere l'intermediario effettuato operazioni nei confronti di clientela retail senza aver fornito agli investitori informazioni adeguate sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni della specifica operazione: hanno censurato l'uso inappropriato della prova presuntiva e il non avere ravvisato la Corte d'appello raggiunta la piena prova dell'assolvimento a tutti i propri obblighi. In particolare, la Corte aveva utilizzato una presunzione logicamente insostenibile, desumendo il fatto della mancata informazione degli investitori dalla supposta inidoneità delle procedure per assicurata la conoscenza dei titoli negoziati da parte dei gestori; il decreto aveva illogicamente desunto, inoltre, dalle relazioni della Banca d'Italia che le informazioni in possesso dei gestori non venissero utilizzate nelle negoziazioni con i clienti; non aveva motivato sulla presunta peculiarità della negoziazione delle obbligazioni "Cirio" ed "Argentina"; aveva ignorato il fatto che non fosse mai stata contestata alla banca l'inidoneità delle procedure per l'adempimento dell'obbligo informativo.

Con il trentottesimo motivo, i ricorrenti hanno dedotto l'omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione sulla addebitata violazione, da parte dei medesimi, dell'art. 27 Reg. Consob n. 11552 del 1998, per non essersi la banca astenuta dall'effettuare operazioni in conflitto di interessi: censuravano l'uso della prova presuntiva, non essendo invece ragionevolmente probabile l'effettuazione di tali operazioni in conflitto con i clienti, desunta solo dalla supposta inidoneità delle procedure per la individuazione e segnalazione dei conflitti di interessi. In particolare, era una presunzione logicamente insostenibile desumere il fatto della mancata segnalazione che Caboto fosse collocatore dalla mera circostanza che, per la rete c.d. ex Cariplo, questo dato non venisse segnalato in automatico, ma dovesse essere

riscontrato dai gestori sulla scheda titolo; la Corte d'appello non aveva individuato quale interesse concreto alla vendita dei titoli avesse il collocatore Caboto, e, di conseguenza, Banca Intesa s.p.a.. Argomentavano come il decreto impugnato erroneamente non avesse ritenuto sufficienti le prove addotte dai ricorrenti. Con il trentanovesimo motivo, i ricorrenti hanno dedotto l'omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione sulla riconduzione causale alla condotta dei ricorrenti dell'addebitata violazione, da parte dei medesimi, dell'art. 69 Reg. Consob n. 11552 del 1998, per non essere stati adempiuti gli obblighi di conservazione della documentazione. In particolare, la corte d'appello aveva trascurato come i calcoli delle indagini a campione di Banca d'Italia fossero errati, dato che, invece, si trattava di sporadici episodi di negligenza imputabili solo singoli gestori, mentre le banche avevano tutte idonee procedure a tal fine, profilo peraltro, questo delle procedure, nemmeno mai contestato dalla autorità di vigilanza.

I motivi quarantesimo e quarantunesimo lamentano la mancata declaratoria, da parte della corte territoriale, della prescrizione del diritto alla riscossione della sanzione nei confronti di sette dei ricorrenti (rectius, di cinque di essi, avendo il giudice del merito, contrariamente all'assunto di parte ricorrente erroneo in parte qua, già rilevato e dichiarato l'invocata prescrizione nei confronti di Mario Boselli e Mario Masini). In particolare:

Con il quarantesimo motivo, i ricorrenti hanno dedotto l'omessa, insufficiente, contraddittoria motivazione, sul fatto, controverso e decisivo per il giudizio, della "unicità" dell'infrazione addebitata ai ricorrenti Autheman, Boselli, Casu, Masini, Maurau, Valdembri e Viezzoli, con riferimento a tutto il periodo in cui i medesimi hanno ricoperto la carica di consiglieri e membri del comitato esecutivo, presso la banca ed altre società del gruppo. Infatti, ai sensi della L. n. 689 del 1981, art. 28, il diritto alla riscossione si era prescritto, per il decorso di oltre cinque anni dal giorno della presunta violazione (permanenza in carica presso Cariplo ed Ambroveneto sino al 14 aprile 1999 e contestazione notificata l'8 maggio 2004), non potendo affatto qualificarsi come condotta unitaria quella tenuta nell'amministrazione di banche diverse, così come palesavano le stesse distinte contestazioni effettuate dalla Consob e le modalità di computo delle pene da parte della medesima;

Con il quarantunesimo motivo, i ricorrenti hanno dedotto l'omessa, insufficiente, contraddittoria motivazione, sul fatto, controverso e decisivo per il giudizio, della prosecuzione nella carica del Maurau oltre il 14 aprile 1999.

I restanti motivi, dal quarantaduesimo al quarantaquattresimo, investono il quantum delle sanzioni irrogate. In particolare: Con il quarantaduesimo motivo, i ricorrenti hanno dedotto l'omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione sulla quantificazione delle sanzioni in capo al presidente del c.d.a. di Banca Intesa s.p.a., dei membri dei comitati esecutivi e dei presidenti dei collegi sindacali delle banche del gruppo. Con il quarantatreesimo motivo, i ricorrenti hanno lamentato - con riguardo alle posizioni dei ricorrenti D'Alì Staiti e Cerutti - l'omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione sull'asserita acquisizione del controllo della Banca Commerciale Italiana s.p.a. da parte di Banca Intesa s.p.a. a partire dal 15 ottobre 1999 (data di conclusione con successo dell'offerta pubblica di scambio sul 70% del capitale ordinario e di risparmio di Comit da parte di Banca Intesa s.p.a.), mentre tale controllo, in realtà, aveva avuto inizio solo il 10 dicembre 1999 (come risultava dal bilancio di Banca Intesa s.p.a.), ed entrambi i ricorrenti predetti erano cessati dalle loro cariche a novembre 1999.

Con il quarantaquattresimo motivo, i ricorrenti hanno censurato l'omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione sulla sufficienza del breve periodo di carica dei Dott.ri Passera, Fassati, Civaschi ed Anselmi, al fine dell'individuazione e rimozione delle lacune asseritamene esistenti nel sistema della banca.

È stato infine rilevato e segnalato a questa Corte il sopravvenuto decesso dell'incolpato Alfonso Desiata, con conseguente richiesta di annullamento senza rinvio della relativa sanzione, ai sensi della L. n. 689 del 1981, art. 7, (annullamento che questa Corte ha il dovere di pronunciare ex lege, stante il generale principio dell'intrasmissibilità agli eredi delle sanzioni amministrative irrogate al proprio de cuius).

3. - Il controricorso del Ministero dell'economia e delle finanze e della Consob.

Il Ministero ha resistito con controricorso, chiedendo il rigetto del ricorso principale e rinviando alle difese svolte nel precedente grado insieme a quelle della Consob. Con il proprio controricorso, cui accede altresì ricorso incidentale, la Consob ha chiesto preliminarmente, in rito, dichiararsi l'inammissibilità dell'originario ricorso in opposizione proposto dalle persone fisiche per difetto di legittimazione attiva; nel merito, il rigetto del ricorso Banca Intesa ovvero, in via gradata, l'inammissibilità e comunque il rigetto di tutti i motivi del ricorso principale. Il ricorso incidentale è fondato su un unico motivo, con relativo quesito di diritto.

Ha dedotto la Consob (così reiterando una doglianza già inutilmente svolta dinanzi alla corte territoriale) la violazione degli artt. 97 e 113 Cost., la violazione e falsa applicazione degli artt. 81 e 100 c.p.c., della L. 24 novembre 1981, n. 689, artt. 6 e 22, del D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 195, e dei principi generali in tema di legittimatio ad causam e di legitimatio processum, con omessa insufficiente e contraddittoria motivazione sul punto ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 3 e 5, per avere la Corte d'appello ritenuto i ricorrenti legittimati all'opposizione, sebbene non ingiunti nel provvedimento sanzionatorio. Ha osservato, in particolare, la ricorrente incidentale come destinatario dell'ingiunzione di pagamento sia unicamente l'istituto di credito, per ciò solo unico soggetto "interessato", per ciò solo unico legittimato a proporre opposizione - derivando tale legittimazione non dall'interesse di fatto, quale quello di sottrarsi all'esercizio dell'eventuale azione di regresso, ma dall'interesse giuridico a rimuovere il provvedimento di cui l'eventuale ricorrente sia destinatario diretto -, stante l'autonomia delle posizioni dei soggetti obbligati in solido, ai sensi della L. n. 689 del 1981, art. 6, e D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 195, (norma, quest'ultima, in nulla difforme rispetto alla prima salvo che per la presenza di un "obbligo" di regresso), che permette all'autorità amministrativa di chiamare a rispondere l'infrazione l'uno o l'altro o entrambi i soggetti obbligati, ossia la persona giuridica e l'autore materiale. Opina ancora la ricorrente incidentale che i ricorrenti ben potrebbero svolgere le loro difese "opponendosi al pagamento richiesto in via di regresso dall'intermediario che abbia pagato, in quella sede contestando la sussistenza degli elementi costitutivi dell'illecito amministrativo, ivi potendo il giudice decidere incidenter tantum e senza effetti per l'amministrazione: ciò per la diversa natura del giudizio di opposizione (avente ad oggetto l'annullamento o la riforma dell'atto amministrativo) e del giudizio di regresso (accertamento della responsabilità dell'illecito)", dacché "l'interesse dei ricorrenti all'accertamento negativo dell'illecito non viene compresso, ma traslato nell'ambito del giudizio di regresso, unico in cui tale interesse si presenta come concreto ed attuale; dalla legittimazione procedimentale, ossia dalla partecipazione delle persone fisiche al procedimento amministrativo (in virtù della notifica dell'atto di contestazione e del provvedimento sanzionatorio finale), non deriva la legittimazione processuale all'opposizione, essendo la prima finalizzata solo a fini istruttori e probatori; la notificazione del provvedimento sanzionatorio anche agli autori materiali è frutto di una mera prassi dell'amministrazione. Il giudizio di opposizione ha ad oggetto esclusivamente la legittimità del provvedimento amministrativo, ovvero dell'ordine di pagamento, onde resta irrilevante l'argomento, contenuto nel decreto impugnato, relativo al pregiudizio che i ricorrenti potrebbero patire in seguito alla prevista pubblicazione sul Bollettino Consob del provvedimento sanzionatorio. Nè sussiste una legittimazione straordinaria dei ricorrenti ai sensi dell'art. 81 c.p.c., in nome e per conto della banca, che in ipotesi avesse deciso di non opporsi. La lesione del diritto di difesa dei ricorrenti non si produce, anche in virtù dell'art. 1306 c.c., il quale esclude ogni possibile efficacia del giudicato della pronuncia resa in sede di giudizio di opposizione instaurato dal debitore escusso". La Consob ha, in via gradata, ancora esposto motivate argomentazioni a sostegno della richiesta di inammissibilità o infondatezza di tutti i motivi del ricorso principale.

4. - Il controricorso su ricorso incidentale di Intesa Sanpaolo s.p.a. ed altri.

Al ricorso incidentale resistono i ricorrenti ai sensi dell'art. 371 c.p.c., comma 4, soffermandosi sulla questione della legittimazione attiva delle persone fisiche sanzionate della quale riaffermano la configurabilità negando che le decisioni rese da questa Corte in subiecta materia possano utilmente invocarsi nella specie, avendo

esse, in realtà, riguardato i diversi casi diversi in cui il procedimento non aveva identificato i soggetti come "autori della violazione" sanzionata, laddove, nel caso in esame, il provvedimento impugnato aveva di converso decretato che "a carico delle persone di seguito indicate... sono inflitte le seguenti sanzioni..." (con provvedimento pubblicato sul Bollettino Consob), in tal modo considerando i ricorrenti/persone fisiche a loro volta destinatari del provvedimento sanzionatorio, ad essi ritualmente notificato. In ogni caso, rilevata l'esistenza di un contrasto in seno alla giurisprudenza di questa stessa corte di legittimità, essi hanno chiesto che lo stesso fosse composto da queste Sezioni Unite, concludendo, nel merito, per il rigetto del ricorso incidentale e precisando ancora, in ulteriore subordinata, che, ove il D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 195, comma 4, fosse interpretato nel senso di ritenere legittimati all'opposizione solo gli enti e società ingiunti, la norma risulterebbe incostituzionale, per contrasto con gli artt. 24 e 113 della Carta fondamentale.

5. - La rimessione del procedimento etile Sezioni Unite. I ricorsi sono stati così rimessi alle Sezioni Unite con riguardo a due questioni di massima di particolare importanza: a) Se sussista, in capo al singolo esponente aziendale dell'intermediario bancario non destinatario della ingiunzione di pagamento contenuta nel decreto ministeriale sanzionatorio per violazione della disciplina che conforma l'espletamento dei servizi di investimento, la legittimazione all'esperimento del ricorso in opposizione D.Lgs. n. 58 del 1998, ex art. 195, avverso la ingiunzione in detto decreto ministeriale contenuta (unico motivo del ricorso incidentale Consob), b) Se, ai sensi della L. n. 689 del 1981, art. 23, comma 12, applicabile anche nei procedimenti D.Lgs. n. 58 del 1998, ex art. 195, gravi sul titolare della pretesa sanzionatoria l'onere di provare i fatti integranti le singole violazioni o se, al contrario, sia il destinatario delle sanzioni a dover provare l'insussistenza del medesimo essendo sufficiente al primo allegare detti fatti" (trentacinquesimo motivo del ricorso principale). 6) Le altre questioni di rito e di merito: i quesiti di diritto. In ordine alla altra questione oggetto del ricorso, le difese pongono i seguenti quesiti di diritto, ex art. 366 bis c.p.c., (applicabile *ratione temporis*) in relazione ai sopraindicati motivi:

1) "Se la conoscenza di un atto, che il destinatario abbia acquisito aliunde nonostante la sua mancata notifica, possa escludere l'inesistenza della notifica stessa".

2) "Se sia ammissibile la sanatoria della nullità per raggiungimento dello scopo di un atto non processuale".

3) È censura ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, senza quesito.

4) "Se sussistano i presupposti per la notificazione di un atto ai sensi dell'art. 143 c.p.c., e/o della L. n. 689 del 1981, art. 14, comma 5, e, dunque, se la residenza, la dimora e il domicilio del destinatario della notifica di un atto possano considerarsi, rispettivamente, non... conosciuti o non... noti ai sensi dei predetti articoli, quando manchi la prova di qualsiasi diligente attività di ricerca dei menzionati luoghi ad opera del soggetto onerato della notifica stessa".

5) È censura ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, senza quesito.

6) È censura ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, senza quesito.

7) "Se, ai fini della valutazione dell'esistenza di una notifica, un luogo possa dirsi riferibile ad un soggetto per il solo fatto che detto luogo sia stato indicato quale domicilio del destinatario da parte di soggetti terzi".

8 - 9) Sono censure ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, senza quesito.

10) "Se, impugnato un provvedimento di applicazione di sanzioni amministrative anche per mancata notifica della preventiva contestazione, il giudice sia tenuto a pronunciarsi sull'annullamento per l'anzidetta ragione delle sanzioni applicate". 11)

"Se il principio secondo cui i vizi della motivazione del provvedimento irrogativo di sanzioni amministrative non rilevano ai fini della legittimità dello stesso, trovi applicazione anche nel caso in cui detto provvedimento sanzionatorio sia totalmente privo di motivazione (o sia dotato di motivazione apparente)". 12) "Se la L. n. 241 del 1990, art. 21 octies, introdotto dalla L. n. 15 del 2005, sia applicabile ai provvedimenti amministrativi adottati prima dell'entrata in vigore di detta legge".

13) "Se tra i vizi meramente formali dei provvedimenti amministrativi di cui alla L. n. 342 del 1990, art. 21 octies, rientrino anche i vizi di motivazione, o se, al contrario, questi ultimi rientrino nei vizi sostanziali dei provvedimenti amministrativi con

conseguente inapplicabilità dell'art. 21 octies, in questione ai provvedimenti amministrativi privi di motivazione".

14) "Se l'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi L. n. 241 del 1990, ex art. 3, esaurisca la sua funzione esclusivamente nel garantire ai destinatari dell'atto la verifica dell'iter logico- giuridico seguito dall'Amministrazione al fine di consentire agli stessi la predisposizione delle proprie difese, oppure persegua altresì il rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità, legalità e buon andamento cui l'azione amministrativa deve uniformarsi ex art. 97 Cost."

15) "Se l'obbligo di motivazione per relationem dei provvedimenti amministrativi L. n. 241 del 1990, ex art. 3, possa essere adempiuto dall'autorità amministrativa tramite il mero richiamo, oltre che alle risultanze istruttorie, altresì alle valutazioni ed argomentazioni di un proprio organo interno privo di autonomi poteri".

16) "Se, ai fini dell'integrazione della fattispecie della motivazione per relationem di cui alla L. n. 241 del 1990, art. 3, comma 3, sia sufficiente che nell'atto richiamante siano indicati semplicemente gli estremi del responsabile del procedimento ed i relativi recapiti o se, invece, sia necessario che l'atto cui si rinvia ai fini della motivazione sia espressamente richiamato dal primo, sia identificato con precisione con indicazione dei relativi estremi e sia liberamente ed integralmente acquisibile in copia in ogni momento dal destinatario del provvedimento".

17) "Se il diritto L. n. 241 del 1990, ex art. 10, comma 1, lett. a), (ed anche L. n. 241 del 1990, ex art. 3, comma 3, in caso di motivazione per relationem) dei destinatari di un provvedimento amministrativo di prendere visione degli atti ad esso relativi sia soddisfatto con la sola comunicazione dell'ufficio e della persona responsabile del procedimento L. n. 241 del 1990, ex art. 7 ed art. 8, commi 1 e 2, lett. c), o sia, altresì, necessaria la

specificazione di quale sia l'ufficio ove si possa prendere visione degli atti stessi L. n. 241 del 1990, ex art. 7, comma 1, ed art. 8, commi 1 e 2, lett. d)".

18) "Se il parziale oscuramento tramite omissioni da parte di Consob degli atti, documenti, informazioni sottesi ad un procedimento sanzionatorio nei confronti dei destinatari del procedimento medesimo costituisca una violazione del loro diritto alla piena, integrale e liberamente ottenibile conoscenza di detti atti, con conseguente nullità del procedimento sanzionatorio per violazione (oltre che dei principi di trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa ex art. 97 Cost., comma 1) in primo luogo dell'imprescindibile diritto di difesa ex dell'art. 24 Cost., spettante ai destinatari medesimi".

19) "Se, secondo il combinato disposto del D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 190, commi 1 e 3, (T.U.F.) (vecchia versione), nonché dell'art. 2392 c.c., comma 2 (vecchia versione) e dell'art. 2381 c.c., comma 3 (nuova versione), gli amministratori degli intermediari finanziari siano tenuto (e sanzionabili in caso di inadempimento) ad un personale controllo diretto, attivo, concreto, permanente e costante, sulla predisposizione, formalizzazione e prativa attuazione di procedure idonee in materia di servizi d'investimento, oppure se, al contrario, detto controllo possa essere mediato, nel senso che vada esercitato sulla base di rapporti provenienti dai responsabili operativi e con obbligo d'intervento nei casi di segnalazione di significative anomalie e/o carenze".

20) È censura ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 5, dunque senza quesito.

21) "Se nelle società quotate, specie se di grandi dimensioni, l'obbligo di vigilanza posto in capo al Collegio sindacale ex art. 149 citato T.U.F., debba essere inteso quale obbligo di vigilanza diretto e costante su tutta l'operatività aziendale ovvero debba intendersi quale obbligo di vigilanza mediato, vale a dire da adempiersi sulla base delle informazioni e dei rilievi forniti dalla funzione di controllo interno (su cui solo grava detto obbligo di vigilanza diretto e costante)".

22) È censura ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 5, senza quesito. 23) "Se, a norma dell'art. 190, comma 1; art. 21, comma 1; art. 6, comma 2 citato T.U.F., nonché dell'art. 56 Reg. Consob 11522/1998 tutti nel testo vigente all'epoca dei fatti) gli intermediari dovessero dotarsi di procedure interne idonee a garantire il rispetto di tutti gli obblighi comportamentali dettati dalla normativa primaria e secondaria di settore ovvero se - nel rispetto del principio di legalità di cui all'art. 23 Cost., e L. n. 689 del 1981, art. 1, - detti intermediari dovessero dotarsi soltanto delle procedure interne atte

a garantire esclusivamente "l'efficiente svolgimento dei servizi" ex art. 21, comma 1, lett. d), citato T.U.F., nonché di quelle, anche "di controllo interno", "relative ai servizi prestati" ed alla "tenuta delle evidenze degli ordini e delle operazioni effettuate" che la Consob avesse disciplinato con regolamento in forza dell'art. 6, comma 2, lett. a), citato T.U.F.". 24) "Se l'art. 56, comma 2, lett. a) Reg. Consob n. 11522/1998 emanato in forza dell'art. 6, comma 2, lett. a) citato T.U.F., sia legittimo nella parte in cui ha previsto l'obbligo in capo agli intermediari di dotarsi "di procedure idonee ad... assicurare (non solo) l'ordinata (ma altresì) la corretta prestazione dei servizi" d'investimento nonostante la normativa speciale del TUF non conferisse in tal senso un potere regolamentare alla Consob (in particolare, ne' l'art. 6, comma 2, ne' tanto meno l'art. 190, comma 1, citato T.U.F.) in deroga alla L. n. 689 del 1981, art. 1, (ed al principio di riserva assoluta di legge ivi sancito)". 25) "Se le modifiche apportate all'art. 56 Reg. Consob n. 11522/1998 dalla Delib. n. 13710 del 2002, (entrata in vigore il 18/8/2002) abbiano innovato la portata e la tipologia degli obblighi in esso art. 56 già previsti, con conseguente impossibilità di sanzionare anche per il periodo precedente la violazione di obblighi introdotti per la prima volta con detta riforma (in particolare l'obbligo per gli intermediari di dotarsi "...di procedure idonee a: a) assicurare l'ordinata e corretta prestazione dei servizi",) in violazione del principio di legalità di cui all'art. 23 Cost., ed L. n. 689 del 1981, art. 1".

26) "Se - nel caso in cui debba ritenersi che l'art. 6, comma 2, citato T.U.F., richieda alla Consob di disciplinare con regolamento le procedure interne relative, non solo all'efficiente, ma anche alla corretta prestazione dei servizi - l'art. 56, comma 2, lett. a), Reg. Consob debba considerarsi legittimo e la sua violazione sanzionabile, sebbene lo stesso abbia in concreto omesso di disciplinare dette procedure interne (in violazione del predetto art. 6, comma 2, citato T.U.F.)".

27) "Se, nello svolgimento del servizio di negoziazione ex art. 2, comma 5, lett. a), b) ed e), citato T.U.F., - a differenza che nel servizio di gestione di portafogli di cui alla diversa lett. d), del predetto art. 1, comma 4, citato T.U.F. - la Banca fosse tenuta, per rispettare i canoni di diligenza, correttezza e trasparenza di cui all'art. 21, comma 1, cit. T.U.F. (nel testo allora vigente), a dotarsi di procedure interne idonee a pre-selezionare e filtrare i titoli da inserire a paniere onde garantire ai clienti la bontà dei titoli su cui la banca stessa era disposta ad accettare gli ordini di negoziazione".

28) "Se le modifiche apportate all'art. 21, comma 1, lett. a), cit. T.U.F., ad opera della L. 28 dicembre 2005, n. 262, art. 14, abbiano innovato la portata e la tipologia degli obblighi in esso art. 21, già previsti, con conseguente impossibilità di sanzionare anche per il periodo precedente la violazione di obblighi introdotti per la prima volta con detta riforma (in particolare l'obbligo per gli intermediari di "classificare, sulla base di criteri generali minimi definiti con regolamento dalla CONSOB... il grado di rischiosità dei prodotti finanziari") in violazione del principio di legalità di cui all'art. 23 Cost., ed L. n. 689 del 1981, art. 1".

29) È censura ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 5, senza quesito. 30) "Se, nell'ambito del servizio di negoziazione per conto terzi, la Banca che acquista in nome proprio e per conto del cliente ordinante i titoli contenuti nel paniere o SSO di altro intermediario sia gravata dall'obbligo di (ed a tal fine debba predisporre procedure interne idonee a) garantire la selezione o filtro di detti titoli inseriti nel paniere gestito, appunto, dall'intermediario terzo". 31) È censura ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 5, senza quesito.

32) "Se le procedure che la Banca sia tenuta ad adottare per la valutazione (e segnalazione) dell'inadeguatezza delle operazioni prescelte dai clienti in relazione al relativo profilo di rischio debbano, ex art. 29 comma 2 Reg. Consob 11522/98, prevedere, oltre alla richiesta di informazioni sul profilo finanziario del cliente in occasione dell'apertura del rapporto ex art. 28, comma 1, lett. a) Re. Consob, altresì meccanismi di monitoraggio continuo e periodico sulla situazione del cliente al fine di tenerne aggiornato il predetto profilo di rischio a prescindere dal fatto che lo stesso cliente disponga o meno operazioni".

33 - 34) Sono censure ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 5, dunque senza quesito.

35) Formula il quesito n. 2 rimesso a queste SS.UU..

36 - 44) Sono censure ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 5, senza quesito.

7) Le questioni rimesse alle S.U..

7.1 - La legitimatio ad causam delle persone fisiche 7.1. a) La procedura, sanzionatoria prevista dal D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 195.

L'esercizio delle attività bancaria e di intermediazione finanziaria riveste un preminente interesse pubblico ed è presidiata, a tutela degli interessi generali del mercato, da numerosi precetti di condotta, dal cui inadempimento derivano sanzioni di ordine penale ed amministrativo in capo agli organi sociali ed agli altri esponenti aziendali.

La parte 5^a del D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, dopo avere delineato talune fattispecie penali (Titolo 1^o, artt. 166 e 179), contempla sanzioni penali ed amministrative con riguardo all'abuso di informazioni privilegiate e alla manipolazione del mercato (Titolo 1^o bis, introdotto dalla L. 18 aprile 2005, n. 62, artt. 180 e 187 - quaterdecies) prevedendo poi, con riguardo ad altre condotte, sanzioni soltanto amministrative (Titolo 2^o, artt. 187 quinquiesdecies e 196).

Per queste ultime, il D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 195, sotto la rubrica "Procedura sanzionatoria", detta alcune regole generali del procedimento di opposizione avverso il provvedimento amministrativo sanzionatorio.

La norma è formulata nel solco del preesistente D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385, art. 145, che (unica disposizione del capo 6^o del titolo 8^o, dedicato alle sanzioni), è parimenti rubricato "Procedura sanzionatoria".

La procedura disciplinata dall'art. 145 cit. rappresenta, difatti, il modello di riferimento nella disciplina sanzionatoria dell'ordinamento finanziario, modello che oggi si applica ai soggetti che compiono attività di intermediazione, bancaria o non. Il D.Lgs. n. 385 del 1993, art. 145, e il D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 195, prevedono, in particolare, una particolare procedura sia per l'irrogazione della sanzione, sia per l'impugnazione del relativo provvedimento, dettando disposizioni aventi carattere di specialità rispetto a quelle generali in materia di illeciti amministrativi contemplate dalla L. 24 novembre 1981, n. 689, (i due articoli sono stati sostituiti poi dalla L. 18 aprile 2005, n. 62, art. 9, comma 2, lett. c), in attuazione di una disposizione comunitaria del 2004: in particolare, la L. n. 62 del 2005, art. 9, comma 7, prevede che le disposizioni recate dall'art. 195 del testo unico di cui al D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, come sostituito dal comma 2, lett. c), del presente articolo, si applicano ai procedimenti sanzionatori avviati con lettere di contestazione inoltrate successivamente alla data di entrata in vigore della presente legge. Le disposizioni del citato art. 195, nel testo vigente alla data di entrata in vigore della presente legge continuano ad essere applicate ai procedimenti sanzionatori avviati prima della suddetta data", ed alcuni commi sono stati ancora modificati dal D.Lgs. 17 settembre 2007, n. 164). Alla vicenda processuale sottoposta all'esame di questa corte, pertanto, si applicano le disposizioni del D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 195, nel testo anteriore alle citate modificazioni, essendo stato così disposto con riguardo a tutti i procedimenti sanzionatori che, come nella specie, siano stati avviati con lettere di contestazione inoltrate prima del 12 maggio 2005. Il quadro normativo offerto dal D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 195, si compone come segue:

a) le sanzioni (oggi applicate dalla Banca d'Italia o dalla Consob, avendo il regime attuale rafforzato i poteri delle autorità tecniche di vigilanza) sono irrogate dal Ministero dell'economia e delle finanze, con decreto motivato, su proposta della Banca d'Italia o della Consob, secondo le rispettive competenze. Il procedimento, formalmente introdotto con la contestazione degli addebiti, prevede(va) la sola valutazione delle deduzioni degli interessati, presentate entro trenta giorni (oggi la legge richiede la contestazione entro centottanta giorni dall'accertamento - ovvero entro trecentosessanta giorni se l'interessato risiede o ha la sede all'estero -, valutate le deduzioni dallo stesso presentate nei successivi trenta giorni: all'esito, la Consob o la Banca d'Italia emettono un provvedimento motivato e, secondo la norma in vigore dal 12 maggio 2005, il procedimento amministrativo sanzionatorio è retto dai principi del contraddittorio, della conoscenza degli atti istruttori, della verbalizzazione, della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie);

b) il provvedimento sanzionatorio è pubblicato, per estratto, sul Bollettino della Banca d'Italia o della Consob (tuttavia, mentre il testo originario prevedeva solo il possibile rafforzamento della pubblicità stabilendo che il Ministero, su richiesta dell'autorità proponente, tenuto conto della natura della violazione e degli interessi coinvolti,

potesse stabilire modalità pubblicitarie ulteriori, ponendo le relative spese a carico dell'autore della violazione -, la norma attuale - completando la possibilità di modulare la pubblicità secondo gli eventi concreti - ha disposto che la Banca d'Italia o la Consob, tenuto conto della natura della violazione e degli interessi coinvolti, possano escludere la pubblicità del provvedimento, quando la stessa sia suscettibile di mettere gravemente a rischio i mercati finanziari o di arrecare un danno sproporzionato alle parti;

c) contro "il provvedimento di applicazione delle sanzioni è ammessa opposizione" innanzi alla corte d'appello del luogo in cui ha sede la persona giuridica cui appartiene l'autore della violazione, e, nei casi in cui tale criterio non sia applicabile, nel luogo in cui la violazione sia stata commessa (competenza precisata per le persone fisiche, nel 2007, in quella della Corte d'appello del luogo di domicilio dell'autore della violazione);

d) l'opposizione non sospende l'esecuzione del provvedimento, ma la corte d'appello, se ricorrono gravi motivi, può disporre la sospensione con decreto motivato (comma 5);

e) la corte d'appello, su istanza delle parti, può fissare termini per la presentazione di memorie e documenti, nonché consentire l'audizione anche personale delle parti (comma 6);

f) essa decide sull'opposizione in camera di consiglio, sentito il pubblico ministero, con decreto motivato (comma 7);

g) copia del decreto della corte d'appello è trasmessa a cura della cancelleria ai fini delle pubblicazioni, per estratto, nel Bollettino della Consob (comma 8);

h) "la società e gli enti ai quali appartengono gli autori delle violazioni rispondono, in solido con questi, del pagamento della sanzione e delle spese di pubblicità previste dal secondo periodo del comma 3, e sono tenuti ad esercitare il diritto di regresso verso i responsabili" (identica disposizione è contenuta al D.Lgs. n. 385 del 1993, art. 145, comma 10).

Con riguardo alla questione sottoposta a queste Sezioni Unite, le modificazioni normative intervenute medio tempore non ne hanno, peraltro, significativamente modificato termini e contenuto. In premessa, va rilevato come, forza delle menzionate disposizioni, il procedimento di opposizione di cui alla L. n. 58 del 1998, art. 195, tragga linfa da due distinti modelli normativi: l'opposizione a sanzioni amministrative prevista in generale dalla L. n. 689 del 1981, e il rito camerale disciplinato dall'art. 737 c.p.c. e ss.. Nel contempo, non avendo il legislatore inteso rinviare ad alcun altro schema (come testualmente disposto, per converso, dalla D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 187 septies, comma 6, a mente del quale "il giudizio di opposizione si svolge nelle forme previste dalla L. 24 novembre 1981, n. 689, art. 23, in quanto compatibili"), esso si caratterizza in termini di modello procedimentale autonomo, i cui caratteri di specialità devono essere pertanto ricostruiti dall'interprete. 7.1.b) - La legittimazione ad opponendum - Premesse normative e metodologiche.

Il problema della legittimazione attiva nel procedimento di cui al D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 195, già sollevato dinanzi alla corte territoriale da parte della Consob, si pone con riguardo alla persona fisica autrice della violazione, sanzionata ma non direttamente ingiunta, attesa la prassi (diffusa non solo nel settore finanziario, ma anche in quello previdenziale, ambientale, ecc, e dunque anche laddove si applicano le norme comuni sulle sanzioni amministrative di cui alla L. n. 689 del 1981) secondo cui la P.A., pur svolgendo l'intero procedimento amministrativo (anche) nei confronti degli autori materiali delle violazioni, emette poi, all'esito degli accertamenti, un decreto sanzionatorio unico a struttura complessa, il quale contiene, da un lato, l'accertamento della violazione commessa da ciascuna persona fisica e la sanzione alla medesima comminata, dall'altro, l'ingiunzione di pagamento rivolta soltanto alla persona giuridica, quale obbligata in solido, per l'intero importo sanzionato. Il decreto viene, peraltro, notificato a tutti i soggetti "interessati" e (va sottolineato) pubblicato - nell'ambito del settore bancario e finanziario - sul bollettino della Banca d'Italia o della Consob.

La delicata questione della legittimatio ad opponendum sorge, pertanto, in conseguenza di tale, peculiare vicenda procedimentale, all'esito della quale l'autorità ingiunge il pagamento unicamente alla persona giuridica, così che si è fortemente

dubitato e si dubita a tutt'oggi se solo quest'ultima possa proporre opposizione al decreto incardinando un giudizio al quale, in caso di rigetto dell'opposizione, seguiranno, secondo una scansione diacronica degli effetti, il pagamento da parte dell'ente, l'azione di rivalsa verso i singoli responsabili, il relativo pagamento di regresso - o se, invece, anche i singoli responsabili dell'illecito siano legittimati ad opporsi al decreto sanzionatorio onde rappresentare, in quel giudizio, le loro ragioni. La questione (che, attenendo al limite della potestas iudicandi del giudice adito, avrebbe potuto essere oggetto anche di esame officioso: per tutte, Cass., sez. 2^a, 11 febbraio 2009, n. 3401), è stata, come già sottolineato in precedenza, nuovamente sollevata, in sede di ricorso incidentale, dalla difesa della Consob che ha (pur se implicitamente) altresì sollevato l'interrogativo preliminare volto a stabilire quali ripercussioni abbiano, sul piano del processo, i particolari modelli sostanziali previsti dalla legge di settore, attese le irridimibili divergenze esistenti fra la disciplina comune e quella dettata in materia bancaria e finanziaria. Mentre la L. n. 689 del 1981, art. 22, prevede, difatti, che, contro l'ordinanza - ingiunzione di pagamento "gli interessati possono proporre opposizione", ne' il D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 195, (ove si legge che "contro il provvedimento di applicazione delle sanzioni è ammessa opposizione...", nel testo applicabile al caso di specie), nè il D.Lgs. n. 385 del 1993, art. 145, ("contro il provvedimento che applica la sanzione è ammessa, opposizione -) menzionano il soggetto legittimato all'opposizione stessa. La diversa formulazione delle norme non pare, peraltro, destinata ad incidere significativamente sui termini del problema, essendo del tutto ovvio che, secondo i principi che regolano i procedimenti civili, per introdurre un giudizio occorra "avervi interesse" (art. 100 c.p.c.) ed esservi legittimati.

Più approfonditi spunti di riflessione inducono ancora, a giudizio di questa corte, altre disposizioni normative, pur sopra ricordate. Da una parte, infatti, il provvedimento sanzionatorio è reso noto, sul mercato degli operatori e degli investitori, attraverso la pubblicazione per estratto sul Bollettino della Banca d'Italia o della Consob (art. 195, comma 3, e art. 145, comma 3, cit., il quale ultimo, a sua volta, il quale dispone, per talune particolari sanzioni, la pubblicazione su almeno due quotidiani a diffusione nazionale, di cui uno economico) mentre sul medesimo Bollettino va pubblicato anche il decreto della corte d'appello che decide l'opposizione (art. 195, comma 8, e art. 145, comma 8, cit.) - la pubblicazione del provvedimento sanzionatorio (che viene disposta immediatamente ed anche in pendenza del ricorso in opposizione) costituisce, in particolare, misura indubitabilmente afflittiva, sol che si consideri l'ambito bancario - finanziario di riferimento (tanto che in dottrina se ne è da più parti predicata la natura di sanzione accessoria a finalità punitiva).

D'altro canto, lo stesso D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 195, (allo stesso modo del D.Lgs. n. 385 del 1993, art. 145) si chiude con due rilevanti disposizioni sostanziali, secondo cui "la società e gli enti ai quali appartengono gli autori delle violazioni rispondono, in solido con questi, del pagamento della sanzione e delle spese di pubblicità previste dal secondo periodo del comma 3", e "sono tenuti ad esercitare il diritto di regresso verso i responsabili". La regola della solidarietà fra l'obbligazione gravante sull'autore materiale del fatto e quella posta a carico della persona giuridica - sancita dal D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 195, u.c., - risulta già prevista, come è noto, nell'ambito della disciplina generale in tema di sanzioni amministrative, dalla L. n. 689 del 1981, art. 6, (a mente del cui secondo comma "se la violazione è commessa dal rappresentante o dal dipendente di una persona o di un ente privo di personalità giuridica o, comunque, di un imprenditore, nell'esercizio delle proprie funzioni o incombenze, la persona giuridica o l'ente o l'imprenditore è obbligato in solido con l'autore della violazione al pagamento della somma da questo dovuta", e, al comma 4, "nei casi previsti dai commi precedenti chi ha pagato ha diritto di regresso per l'intero nei confronti dell'autore della violazione"); ma non pare senza rilievo che, se le norme dei menzionati artt. 6, 145 e 195, introducono tutte il principio della responsabilità solidale della persona giuridica, soltanto quelle concernenti il settore finanziario e bancario impongono di agire in regresso contro l'autore della violazione.

Il testo unico bancario ed il testo unico della finanza si sono, pertanto, discostati dalla disciplina generale nel sostituire all'agere licere in regresso un vero e proprio "obbligo" di agire onde ottenere dall'autore dell'illecito il rimborso della somma

pagata (tali indici di specialità sono stati puntualmente individuati dall'ordinanza della Seconda Sezione civile di questa Corte del 4 febbraio 2009, n. 2731, la quale, nel trasmettere gli atti al Primo Presidente per la conseguente rimessione a queste Sezioni Unite, non ha mancato di osservare come l'affermazione della carenza di legittimazione degli esponenti aziendali o dipendenti ad impugnare il decreto di applicazione delle sanzioni emesso ai sensi del D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 195, nel caso in cui non ne sia stato loro ingiunto il pagamento, deriva dal disconoscimento di una significativa specialità del relativo procedimento, nonostante che:

a) il decreto di applicazione delle sanzioni debba essere pubblicato per estratto sul bollettino della Consob e dalla pubblicazione derivino all'esponente aziendale ed al dipendente sanzionato, indipendentemente dall'ingiunzione del pagamento, effetti per lui direttamente ed immediatamente pregiudizievoli; b) il regresso della società - intermediario destinataria dell'ingiunzione nei confronti dei dipendenti sanzionati sia obbligatorio e non facoltativo; c) il giudizio di opposizione si svolga in unico grado; d) il decreto sia impugnabile con il ricorso straordinario previsto dall'art. 111 Cost.). Queste sezioni unite sono pertanto chiamate a dare preliminare risposta al quesito se tali previsioni - e, in particolare, quella afferente all'obbligo di regresso - siano indice di una portata sistematica più pregnante che all'apparenza e se esse siano conseguentemente idonee a spiegare influenza sulla soluzione della questione della legittimatio ad opponendum delle singole persone fisiche. Le soluzioni astrattamente predicabili, al riguardo, risultano:

1) Esclusione tout court della legittimatio ad opponendum delle singole persone fisiche, cui andrebbe conseguentemente riconosciuta la speculare facoltà di difendersi in sede di giudizio di regresso:

a tale soluzione consegue l'ulteriore questione dei limiti entro cui tali difese risulterebbero legittimamente proponibili (dei limiti, cioè, della eventuale opponibilità del giudicato formatosi nel procedimento di opposizione introdotto dall'ente sanzionato);

2) Riconoscimento di una legittimazione ad agire autonoma secondo il modello del litisconsorzio facoltativo c.d. originario (art. 103 c.p.c.), e/o 3) Riconoscimento di una legittimazione ad intervenire personalmente nel giudizio di opposizione introdotto dalla società sempre secondo un modello litisconsortile facoltativo c.d. successivo (art. 105 c.p.c.);

4) Riconoscimento di una posizione sostanziale inscindibilmente connessa tra l'autore della violazione e l'ente sanzionato, tale da generare una fattispecie di litisconsorzio necessario (art. 102 c.p.c.).

È convincimento di queste sezioni unite, da un canto, che la legittimatio ad opponendum della persona fisica non sia seriamente contestabile, quanto alla sua stessa esistenza, in seno al procedimento di opposizione dinanzi al giudice civile; dall'altro, che il regime processuale nella specie applicabile, con riguardo alla persona fisica sanzionata/non ingiunta, sia quello del litisconsorzio soltanto facoltativo.

A tale soluzione è lecito, peraltro, pervenire, soltanto all'esito di una (pur se inevitabilmente incompleta) analisi della fattispecie sotto il più generale profilo dell'interesse ad agire, dell'efficacia (eventualmente riflessa) del giudicato, del tipo di litisconsorzio predicabile nell'ipotesi di obbligazione solidale tanto "classica" quanto "atipica" (come quella di specie, astrattamente assimilabile, sia pur soltanto in parte qua, all'obbligo tributario), avuto riguardo alle posizioni assunte sia dalla giurisprudenza di questa corte sia dalla dottrina processualciviltistica occupatasi ex professo dell'argomento. 7.1.c/1 - Gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità - La tesi restrittiva.

Secondo l'orientamento più restrittivo, ormai prevalente anche fra i giudici di merito (benché disatteso dalla corte territoriale nel caso di specie) e pressoché unanime nella giurisprudenza di questa Corte, la legittimazione all'opposizione apparterebbe esclusivamente alla persona giuridica, in quanto unica concreta destinataria del provvedimento ingiuntivo di pagamento.

La tesi è seguita sia con riguardo al generale procedimento di opposizione all'ordinanza/ingiunzione a sanzioni amministrative previsto dalla L. n. 689 del 1981, art. 22, Cass. sez. 1^a, 14 aprile 2006, n. 8818; Cass. sez. 2^a, 28 febbraio 2006, n. 4506; Cass. sez. 1^a, 2 dicembre 2003, n. 18389; Cass. sez. lav., 19 settembre 2001, n.

11819; Cass. sez. 3[^], 17 gennaio 2001, n. 597; Cass., sez. lav. 4 febbraio 1998, n. 1144; Cass. sez. 1[^], 22 luglio 1996, n. 6573; nella giurisprudenza di merito, App. Brescia, sez. I, decr. 12 giugno 2008, P. / Consob, sia con più specifico riferimento al procedimento di opposizione alle sanzioni amministrative pecuniarie in materia di attività bancaria e di intermediazione finanziaria di cui (al D.Lgs. n. 385 del 1993, art. 145, e) al D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 195, (Cass. sez. 2[^], 11 febbraio 2009, nn. 3401 e 3402; 16 febbraio 2009, n. 3752; Cass. sez. 2[^], 4 luglio 2008, n. 18517; Cass. sez. 2[^], 23 maggio 2008, n. 13393; Cass. sez. 2[^], 29 aprile 2008, n. 10835; Cass. sez. 2[^], 6 marzo 2007, n. 5139; Cass. sez. 2[^], 15 dicembre 2006, n. 26944; Cass. sez. 1[^], 22 dicembre 2004, n. 23783; per la giurisprudenza di merito, App. Roma 21 luglio 2004). Essa si fonda sui seguenti passaggi logico- argomentativi:

- a) l'autorità pubblica ha piena discrezionalità di agire contro uno qualunque dei coobbligati, in quanto la legge pone una responsabilità solidale tra la persona giuridica ed i soggetti autori materiali delle violazioni, e, perciò, i destinatari del decreto di applicazione delle sanzioni possono essere, congiuntamente o disgiuntamente, le persone giuridiche solidalmente obbligate con gli autori delle violazioni e gli autori stessi, secondo la scelta dell'autorità, che può agire contro entrambi i coobbligati o contro uno o l'altro di questi, in virtù del vincolo intercorrente tra l'autore materiale della violazione e la persona giuridica;
- b) le posizioni dei coobbligati solidali sono autonome nei confronti del creditore;
- c) non sussiste alcun litisconsorzio necessario tra coobbligati solidali;
- d) sebbene l'oggetto del giudizio di opposizione a sanzione amministrativa sia l'accertamento negativo della pretesa dell'amministrazione espressa mediante l'ingiunzione, il procedimento è pur sempre strutturato come impugnatorio dell'atto amministrativo;
- e) la legittimazione all'opposizione non discende dal mero interesse c.d. procedimentale: la legge legittima all'opposizione il soggetto "interessato" e tale è non chi astrattamente abbia ricevuto la contestazione o alla cui condotta sia conseguita la sanzione, ma soltanto il soggetto colpito dall'ingiunzione;
- f) la legittimazione a proporre opposizione avverso il provvedimento sanzionatorio può derivare soltanto dall'interesse giuridico all'annullamento del provvedimento di cui il soggetto sia diretto destinatario, ossia a rimuovere il pregiudizio, derivante dall'essere il coobbligato l'immediato destinatario del provvedimento e la persona direttamente assoggettata, in forza di esso, al pagamento della sanzione in favore dell'autorità emittente, mentre chi non è destinatario dell'ingiunzione non ha nessun interesse a domandarne l'annullamento; nel caso in cui la società paghi, senza opposizione, si afferma che, parimenti, non può ravvisarsi un interesse giuridico della persona fisica a proporre l'opposizione;
- g) la legittimazione a proporre opposizione avverso il provvedimento sanzionatorio non può derivare da un interesse di fatto di uno dei coobbligati alla rimozione di esso;
- h) il condebitore non ingiunto potrà contestare il proprio obbligo di rispondere delle sanzioni e la sussistenza stessa della violazione nel giudizio di regresso promosso nei suoi confronti dalla società, venendo in tal modo tutelato il suo diritto di difesa; e ciò perché i) l'efficacia riflessa del giudicato non si estende ai terzi che siano titolari, non già di un diritto dipendente dalla situazione definita in quel processo, ma di un diritto autonomo rispetto al rapporto giuridico definito con il giudicato stesso;
- j) nessun particolare rilievo riveste la specifica previsione dell'obbligo di regresso del coobbligato nei confronti dell'autore della violazione, in ragione dell'inefficacia nei confronti di quest'ultimo del decreto di applicazione della sanzione emesso nei confronti del primo, inefficacia la quale esclude che nel relativo giudizio, sia esso facoltativo od obbligatorio, possa fare stato l'accertamento del debito nei riguardi del coobbligato e che in esso il convenuto trovi un qualsiasi limite alla possibilità di proporre tutte le eccezioni idonee a paralizzare la pretesa dell'attore, sia quanto al fondamento del provvedimento, sia quanto ai contenuti eventualmente emersi nel procedimento di opposizione, al quale egli non sia stato chiamato a partecipare.

7.1.c/2 - La tesi estensiva.

Del tutto minoritario risulta, per converso, l'orientamento secondo il quale, in materia di sanzioni amministrative pecuniarie, la legittimazione a proporre l'opposizione sussiste anche in capo agli esponenti aziendali, tutti ritenuti titolari di un interesse

effettivo ed attuale - oltre che giuridicamente rilevante - ad opporsi al decreto sanzionatorio sebbene non ingiunti del pagamento, essendo state le loro condotte puntualmente valutate dall'ente onde infliggere poi la sanzione per ciascuna condotta comminata. Una isolata pronuncia di questa Corte (Cass. sez. lav., 11 gennaio 1998, n. 415) ha, difatti, affermato il principio di diritto secondo il quale, in tema di violazioni soggette a sanzioni pecuniarie amministrative (nella specie, l'assunzione di un dipendente non per il tramite dell'ufficio provinciale del lavoro) il carattere solidale della responsabilità della persona giuridica in ordine alla somma dovuta dal suo rappresentante, autore dell'illecito, comporta non solo che sia l'una che l'altro devono considerarsi sinteressati, ai sensi della L. n. 689 del 1981, art. 22, comma 1, a contestare la legittimità della sanzione e quindi legittimati a proporre opposizione contro l'ordinanza - ingiunzione, ma anche che è configurabile un litisconsorzio necessario - attivo e passivo - tra la persona giuridica ed il responsabile dell'illecito, che rende procedibile l'opposizione solo se ad entrambi sia assicurata la possibilità di partecipare al giudizio".

Si legge, a quest'ultimo proposito, in motivazione, che, allorché l'opposizione a ordinanza-ingiunzione è proposta dal solo trasgressore o, come nella specie, dal solo responsabile solidale (a ciascuno dei quali sia stata eseguita la dovuta contestazione), sorge il problema se sia da configurare il necessario litisconsorzio dell'altro soggetto interessato", e la risposta negativa non è stata ritenuta convincente da quel collegio, sia per il rischio di un possibile contrasto di giudicati, sia per la tutela del diritto di difesa (un cenno alla problematica del litisconsorzio necessario è altresì contenuto nella pronuncia di cui a Cass. sez. 1[^], 19 aprile 2000, n. 5085, che lo risolve a sua volta in senso affermativo, ricorrendo, peraltro, alla fattispecie del litisconsorzio processuale).

Mette ancora conto di rammentare, onde rendere l'actio finium regundorum della specifica materia il più possibile completa, che la dottrina - benché non particolarmente appassionata alla specifica questione della legittimazione attiva della persona fisica non ingiunta - appare a sua volta divisa: se alcuni autori concordano nell'escluderla tout court, con riguardo al procedimento generale di cui alla L. n. 689 del 1981, non manca chi, con dovizia di argomentazioni, ha con forza sostenuto la tesi opposta, in quanto, pur nella astratta condivisibilità dell'orientamento negativo enunciato in linea generale, questo non si attaglierebbe al peculiare procedimento in esame, in ragione della non automatica trasferibilità delle soluzioni imposte dalla L. n. 689 del 1981, art. 6, al procedimento di cui al D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 195, attese la specialità rispetto alla disciplina generale delle sanzioni amministrative.

7.1.d) La ricostruzione sistematica della fattispecie alla luce dell'obbligo di regresso.

La ricostruzione in termini logico - sistematici della questione della legittimatio ad opponendum non può prescindere, a giudizio di queste sezioni unite, dal rilievo che va attribuito alla peculiare previsione normativa dell'obbligo di regresso di cui al D.Lgs. n. 385 del 1993, art. 145, comma 10, e D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 195, comma 9. Nella pur astratta condivisibilità dell'affermazione secondo cui, a parti invertite, la società non sarebbe legittimata ad opporsi al provvedimento sanzionatorio emesso a carico della persona fisica autrice della violazione, non sembra potersi ritenere per ciò solo appagante la soluzione che nega legittimazione alla persona fisica nello speculare caso di ingiunzione emessa a carico della sola società, come pure sostenuto sino ad oggi dalla pressoché unanime giurisprudenza di questa corte di legittimità.

A dissonante soluzione rispetto all'orientamento tradizionale pare lecito pervenire prendendo le mosse dal ben noto principio, pur costantemente affermato, secondo il quale la legittimazione ad agire, o legittimatio ad causam, attiene alla verifica, alla stregua della prospettazione offerta dall'attore, della regolarità processuale del contraddittorio - e la sua mancanza è rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio -, mentre l'accertamento dell'effettiva titolarità, attiva e passiva, del rapporto, riguardando il merito della controversia, è questione soggetta all'ordinaria disciplina dell'onere probatorio (in dottrina si discorre sovente di titolarità dell'azione, requisito che condiziona l'attitudine del processo a pervenire ad una pronuncia sul merito, e la parte processuale legittimata è anche detta giusta, parte o legittimo contraddittore). La legittimazione ad agire, dunque, è basata sull'esistenza, in capo al soggetto, di un interesse personale, qualificato e differenziato, che consente al medesimo di attivarsi

laddove ad altri non sia permesso ed anche se altri, benché legittimati, non intendano farlo:

la legittimazione (nella specie, all'opposizione avverso il provvedimento sanzionatorio), pertanto, può derivare soltanto da un interesse giuridico. Occorre, peraltro, considerare se sia tale non soltanto l'interesse esistente in capo all'obbligato immediato al pagamento della sanzione in favore dell'autorità emittente, ma anche quello di cui risulti titolare l'obbligato "mediato" per via dell'azione di regresso, azione, si badi, obbligatoria (e ad esito obbligato), contrariamente a quanto disposto in via generale in tema di solidarietà passiva.

Appare quantomeno dubbio, sulla base di tali premesse, che l'interesse del coobbligato/persona fisica alla rimozione del provvedimento (id est, così all'intervento come alla stessa opposizione autonoma), possa legittimamente relegarsi entro la (inaccettabilmente riduttiva) dimensione del mero interesse di fatto a sottrarsi all'esperienza dell'azione di regresso, perché altrettanto dubbia si appalesa la pur ricorrente affermazione secondo cui il condebitore non ingiunto potrebbe contestare tout court il proprio obbligo di rispondere delle sanzioni nel giudizio di regresso, eventualmente promosso nei suoi confronti dal condebitore ingiunto. Affermazione che, se appare del tutto legittima con riferimento al giudizio di regresso eventuale (ai sensi della L. n. 689 del 1981, art. 6, comma 4), risulta viceversa imprevedibile se trasposta acriticamente in seno al procedimento di regresso obbligatorio, ex lege di cui alla L. n. 58 del 1998, art. 195, comma 9.

L'analisi va pertanto proseguita con riguardo all'oggetto del giudizio di opposizione a sanzione amministrativa. Secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, il procedimento di opposizione - sebbene costruito formalmente come giudizio di impugnazione dell'atto - è pur sempre volto all'accertamento negativo della pretesa dell'amministrazione, di talché l'atto è il veicolo di accesso al giudizio di merito, al quale si perviene per il tramite dell'impugnazione dell'atto, (come è lecito ricavare dal disposto dell'art. 23, comma 2, sull'ordine alla pubblica amministrazione di depositare copia del rapporto con gli atti relativi all'accertamento, nonché dalla contestazione o notificazione della violazione, non giustificabili ove il giudizio fosse limitato all'atto), così che, dal punto di vista procedimentale, l'opposizione si configura come atto introduttivo di un processo civile, le cui regole generali - in difetto di espressa contraria disposizione - non possono non applicarsi -, nell'ambito di un giudizio su un rapporto giuridico obbligatorio che vede come creditore lo Stato - amministrazione (così, in motivazione, Cass., sez. un., 19 aprile 1990, n. 3271, con riguardo alla questione, risolta in senso affermativo, se nel giudizio di opposizione ad ordinanza-ingiunzione il giudice debba decidere in base alla domanda ed ai fatti e alle ragioni specificamente e ritualmente dedotti, sicché incorre nella violazione dell'art. 112 c.p.c., ove accolga l'opposizione per una causa petendi diversa da quella originariamente prospettata, quando essa comporti un vero e proprio mutamento degli elementi di fatto posti a base della pretesa stessa; nello stesso senso, di recente, Cass. sez. lav., 24 luglio 2008, n. 20375, a mente della quale il decorso del termine per proporre opposizione preclude ogni accertamento giudiziale, appunto, dell'inesistenza del credito dell'amministrazione per la sanzione. In tale prospettiva, sempre secondo queste SS.UU., la devoluzione al giudice amministrativo di talune controversie - analoghe, nei contenuti, a quelle degli artt. 145 e 195 cit., rimesse al giudice ordinario - non lede la Costituzione, perché anche ivi il giudice ha pieni poteri di accertamento, a tutela delle posizioni giuridiche lese. Difatti, con riferimento alla L. n. 57 del 2001, art. 6, che postula la giurisdizione del giudice amministrativo per le controversie concernenti i provvedimenti con cui il ministro irroga le sanzioni pecuniarie e disciplinari previsti dalle norme che disciplinano l'esercizio delle assicurazioni private, alla luce della giurisprudenza del giudice delle leggi, stante l'inscindibile intreccio tra diritti soggettivi e interessi legittimi in una materia delimitata e particolare come quella suddetta, la piena terzietà del giudice amministrativo e la pienezza dei poteri ad esso riconosciuti a tutela delle situazioni giuridiche lese, senza che, inoltre, possa configurarsi un procedimento amministrativo - quale quello che si snoda con modalità bifasica attraverso l'attribuzione dell'istruttoria all'Isvap e della valutazione definitiva ai fini dell'irrogazione della sanzione all'autorità ministeriale - che, sulla base della pretesa minore garanzia assicurata, renda necessaria

Riproduzione riservata

L'attribuzione delle controversie al giudice ordinario sul modello di discipline di materie solo in parte simili - tra le altre, quella bancaria -, è manifestamente infondata l'eccezione di illegittimità costituzionale in riferimento agli artt. 3, 24, 25, 102, 103, 111 e 113 Cost.: così, Cass., sez. un., 29 novembre 2007, n. 24816). La stessa giurisprudenza amministrativa, con riguardo al giudizio di opposizione alle sanzioni applicate in base alla disciplina della concorrenza e del mercato di competenza del G.A. in base alla L. 10 ottobre 1990, n. 287, art. 33, ha dal suo canto opinato (Cons. Stato, sez. 6^a, 16 marzo 2006, n. 1397) che il sindacato del giudice amministrativo sulle sanzioni pecuniarie irrogate dall'autorità garante della concorrenza e del mercato è pieno e può giungere sino alla sostituzione della sanzione irrogata a conclusione di un giudizio di merito sulla congruità del provvedimento sanzionatorio. Sul piano morfologico, pertanto, il giudizio di opposizione si struttura non solo come accertamento negativo della pretesa di pagamento dell'autorità, ma, più in generale, come verifica della correttezza della comminatoria della sanzione quale accertamento dell'esistenza dell'illecito secondo l'autorità medesima. Sul piano funzionale, scopo dell'opposizione è poi quello, più ampio, di accertare la sussistenza degli elementi costitutivi dell'illecito e della pretesa sanzionatoria dell'autorità irrogante - e, dunque, non della sola ingiunzione.

Così ricostruito il piano strutturale ed effettuale del giudizio, appare sempre meno condivisibile una soluzione che neghi il potere di c.d. impugnazione a chi abbia interesse a quell'accertamento. Nè pare legittima l'obiezione secondo cui il procedimento di opposizione e quello di regresso sarebbero tra sé del tutto eterogenei - in quanto il primo avrebbe ad oggetto l'annullamento o la riforma dell'atto amministrativo, il secondo l'accertamento della responsabilità del fatto illecito -, tali affermazioni peccando l'una per difetto, l'altra per eccesso: il giudizio di opposizione, difatti, non si limita a sindacare la regolarità dell'atto, ma accerta i presupposti sostanziali dell'illecito e della sanzione; il giudizio di regresso, dal suo canto, nel caso in esame, non può estendersi ad accertare ex nova i presupposti di applicazione della sanzione al fatto illecito, non risultando oggi seriamente sostenibile, anche alla luce dei nuovi principi costituzionali sul giusto processo, che il responsabile, convenuto in rivalsa obbligatoria, possa porre nuovamente e interamente in discussione (sia pur con riferimento alla propria posizione processuale) gli accertamenti del primo procedimento.

L'analisi della fattispecie si sposta, inevitabilmente, sulla struttura e sugli effetti dell'obbligazione solidale rispetto al processo di opposizione.

Non vi è dubbio che sia la legge a prevedere la solidarietà fra le obbligazioni della persona giuridica e dei soggetti autori delle violazioni, i quali possono, dunque, essere indifferentemente astretti all'adempimento dal creditore (pur non mancando, in dottrina, chi ha dubitato anche di tale affermazione, ritenendo che dall'obbligo di regresso derivi la corrispondente limitazione della discrezionalità dell'autorità di ingiungere il pagamento solo all'ente, dovendo ritenersi sempre obbligata anche a chiedere il pagamento direttamente agli autori materiali). Nè par lecito dubitare della legittimità dell'irrogazione di tua sanzione non congiunta ad ingiunzione di pagamento nei confronti della persona fisica responsabile dell'illecito, poiché, come opportunamente osservato funditus anche da una recente giurisprudenza di merito, ben può il provvedimento sanzionatorio contemplare il mero accertamento (e non anche l'ingiunzione di pagamento) della sanzione nei confronti del responsabile della violazione (senza che, in difetto, possa assumersene la invalidità per violazione di legge), prevedendo anzi la stessa disposizione normativa (art. 195, u.c.) che il regresso sia esercitato dall'istituto di credito di appartenenza del funzionario responsabile della violazione dopo il pagamento della stessa sanzione da parte della banca.

In virtù del generale meccanismo delle obbligazioni solidali, è fin troppo noto che il creditore può richiedere l'intero ad un condebitore ed il pagamento ha effetto liberatorio per tutti i condebitori (art. 1292 c.c.), anche se il vincolo che lega i condebitori non si atteggia in tutti i casi allo stesso modo: in particolare, nelle obbligazioni solidali ad interesse unisoggettivo (o solidali improprie o imperfette o disuguali), pur sussistendo i requisiti della pluralità dei soggetti e dell'unicità della prestazione, manca l'eadem causa obligandi, onde la funzione esclusiva della solidarietà è costituita dalla garanzia del creditore (per lo più disposta dalla legge) e

postula un nesso di pregiudizialità - dipendenza fra le obbligazioni, in quanto l'obbligo del soggetto vincolato in via principale si atteggia come fatto costitutivo dell'altro. Così, se il meccanismo dell'art. 1292 c.c., disegna, nei rapporti esterni, una architettura autonoma del vincolo di ciascun coobbligato verso il creditore - il quale può soddisfarsi chiedendo il pagamento dell'intero indifferentemente all'uno od all'altro dei condebitori, con conseguente liberazione degli altri -, nondimeno nei rapporti interni possono rinvenirsi situazioni soggettive condebitorie caratterizzate da un diverso grado di dipendenza.

Un indiscutibile vincolo di dipendenza fra obbligazioni sorge - nel caso del D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 195, comma 9, - in ragione della previsione (affatto peculiare) dell'obbligo di regresso, che ne esclude ipso facto ogni autonomia sostanziale. Nella fattispecie contemplata dalla norma in parola, difatti, la posizione dell'autore materiale/condebitore sembra destinata a restare inevitabilmente e definitivamente pregiudicata dal provvedimento sanzionatorio, ingiunto, peraltro, nei confronti della (sola) persona giuridica, la quale, dal suo canto, nei rapporti interni, è obbligata per legge a non lasciare a carico del proprio patrimonio la sanzione pecuniaria ed a chiedere il rimborso al suo dipendente (od organo) che il decreto sanzionatorio abbia ormai individuato come responsabile di una condotta applicando una conseguente sanzione; in capo alla persona giuridica nasce, dunque, un'obbligazione accessoria ex lege, che presuppone quella principale ma che, all'esito dell'accertamento, deve gravare per intero sul singolo responsabile.

Non sembra azzardato ipotizzare, dunque, che tale, peculiare meccanismo strutturale instauri, sia pur ai limitati fini della *legitimatio ad opponendum*, un legame funzionale fra le due obbligazioni di natura non del tutto omogenea a quello proprio delle obbligazioni solidali tipiche (in particolare quelle c.d. "ad interesse comune"), per le quali è prevista la semplice facoltà (e non l'obbligo) di regresso prò quota in capo al debitore che abbia pagato l'intero.

È proprio dall'analisi delle caratteristiche dell'azione di regresso "ordinaria", così come ricostruita in dottrina e in giurisprudenza, che la questione pare avviarsi a soddisfacente soluzione. Soluzione cui non può, peraltro, non precedere una preliminare ricostruzione, in tema di obbligazioni solidali ordinarie, del c.d. "effetto da giudicato".

La questione, come noto, è tutt'altro che pacifica in dottrina (parte della quale, sul tema dell'efficacia riflessa, ricorda che l'art. 2909 c.c., riguarda l'autorità del giudicato e non l'efficacia della sentenza, tanto da non rappresentare alcun ostacolo all'estensione ai terzi dell'efficacia della pronuncia; evidenzia l'estraneità al tema del giudicato del riconoscimento alla sentenza del valore di fatto storico, diversi essendo valore storico ed efficacia giuridica della decisione; specifica, ancora, come l'efficacia diretta riguardi i terzi titolari del rapporto deciso e l'efficacia riflessa i terzi titolari di un rapporto diverso ma collegato, di talché "i limiti soggettivi del giudicato sono un riflesso dei limiti oggettivi"), mentre la stessa giurisprudenza di questa corte appare oscillante, non avendo mancato di ammettere, da un canto, la legittimità dei c.d. effetti riflessi (Cass. 6 settembre 2007, n. 18725, predicativa dell'efficacia riflessa del giudicato verso il terzo in un giudizio di tema di risarcimento dei danni derivanti dalla falsità di una fideiussione, accertata in altro giudizio cui il terzo era rimasto estraneo; Cass. 3 settembre 1999, n. 9294, secondo cui il giudicato di annullamento del trasferimento a titolo oneroso dell'immobile, pronunciato nel giudizio instaurato dal locatore nei confronti dell'acquirente, produce i suoi effetti riflessi nei confronti del conduttore; Cass. 1 marzo 2007, n. 4864, a mente della quale il giudicato "oltre ad avere, ai sensi dell'art. 2909 c.c., una efficacia diretta nei confronti delle parti - nonché dei loro eredi o aventi causa -, è dotato di un'efficacia riflessa nel senso che la sentenza, come affermazione oggettiva di verità, produce conseguenze giuridiche anche nei confronti di soggetti terzi, rimasti cioè estranei al processo in cui è stata emessa, allorché tali soggetti siano titolari di un diritto dipendente dalla situazione definita in quel processo o comunque di un diritto subordinato a tale situazione, sicché, nel caso in cui tale situazione si determini, il terzo ben può far valere l'ingiustizia di una siffatta decisione ove questa sia nei suoi confronti produttiva di danno"), salvo, dall'altro, ad escluderla (Cass. sez. un., 12 marzo 2008, n. 6523, specificamente in tema di rapporti fra giudizio di opposizione a sanzione

amministrativa pecuniaria per indebita percezione di aiuti comunitari e giudizio per la restituzione degli aiuti stessi, secondo la quale "soltanto il collegamento di pregiudizialità - dipendenza in senso giuridico legittima l'efficacia riflessa del giudicato nei confronti di soggetti eventualmente estranei al relativo giudizio, ma detta categoria giuridica è riscontrabile, per opinione unanime anche della dottrina, solo allorché un rapporto giuridico - pregiudiziale o condizionante - rientri nella fattispecie di altro rapporto giuridico - condizionato, dipendente -, sicché ogni qual volta non possa riscontrarsi una tale coincidenza, sia pure parziale, ma emergano solo nessi di fatto o logici tra i due rapporti dedotti in giudizio, non vi sono i presupposti perché si determini detta efficacia riflessa"; Cass. 18 febbraio 2008, n. 3960, secondo cui il giudicato può spiegare efficacia riflessa anche nei confronti di soggetti estranei al rapporto processuale quando esso contenga un'affermazione obiettiva di verità che non ammette la possibilità di un diverso accertamento, ma tali effetti riflessi, oltre che dagli ordinari limiti soggettivi, sono impediti tutte le volte in cui il terzo vanta un proprio diritto autonomo rispetto al rapporto in ordine al quale il giudicato è intervenuto, non essendo ammissibile che egli ne possa ricevere un pregiudizio giuridico" - la fattispecie verteva in tema di diritti dello stipulante e del beneficiario di contratto a favore di terzi). Tanto premesso (e rammentato ancora come il regresso previsto dall'art. 1299 c.c., sia costruito dalla prevalente dottrina in termini di diritto autonomo, che si aggiunge alla surroga, da essa peraltro differenziandosene, anche se non mancano voci tese a ricostruirne i rapporti in termini di mere modalità di atteggiarsi dello stesso diritto, ovvero a negare la surrogazione al condebitore che abbia pagato perché egli avrebbe solo il diritto di regresso, o, infine, ad affermare che la surrogazione spetti soltanto nei rapporti di garanzia), appare necessario indagare la più specifica questione se, fra i presupposti necessari per l'accoglimento dell'azione di regresso da parte del giudice adito si collochi, oltre alla prova dell'avvenuto pagamento (nonché la valutazione della percentuale del debito gravante sul convenuto, peraltro ininfluente nel caso di specie), altresì la prova di avere "pagato bene", questione alla cui soluzione si ricollega quella in ordine alla ammissibilità della rivisitazione tout court di tutti gli accertamenti già compiuti innanzi al primo giudice (in ipotesi, anche attraverso la proposizione di una *exceptio litis malae gestae*).

La questione vede attestata su fronti di pensiero non omogenei tanto la dottrina, quanto la giurisprudenza di questa Corte. Quanto agli effetti della sentenza nel giudizio di regresso, pur non sembrando, a rigore, rilevare direttamente il disposto dell'art. 1306 c.c., (predicativo del principio dell'inefficacia del giudicato nel caso di nuovo giudizio intrapreso dal creditore contro un altro debitore, e non del giudizio di regresso fra condebitori: sulla base della lettera della norma, i limiti del giudicato in *subiecta materia* non potrebbero che essere ricercati, dunque, nella disposizione generale dell'art. 2909 c.c.), questa giurisprudenza di legittimità è parsa sovente orientata ad interpretare in senso ampio la norma de qua, opinando che i condebitori solidali non partecipino del giudizio conclusosi con la condanna di uno di essi assumano, rispetto al giudicato formatosi in quella sede, veste di terzi rispetto al creditore non meno che nei confronti del coobbligato che agisca in via di regresso, e, come terzi, sia nel primo che nel secondo caso, non debbano subire gli effetti propri della cosa giudicata (Cass. sez. 3^a, 21 settembre 2007, n. 19492 con la ulteriore specificazione, peraltro, secondo la quale, intervenuta l'accettazione da parte di tutti i condebitori in solido del giudicato formatosi tra uno di loro e il creditore, non è poi applicabile, nel giudizio di regresso instaurato dal condebitore soccombente, il principio dell'inopponibilità del giudicato stesso; così ancora Cass., sez. 1^a, 19 febbraio 2003, n. 2469; Cass. 26 ottobre 1982, n. 5591 e cospicua parte della dottrina processualcivile). In senso opposto, altra parte della dottrina non ha mancato di osservare, più pensosamente, che il giudicato formatosi fra il creditore e il coobbligato ingiunto possa far stato, per taluni accertamenti, anche con riguardo al coobbligato non ingiunto, attesa la discutibilità del principio dell'assoluta indifferenza ed inefficacia della sentenza pronunciata fra creditore e condebitore rispetto al giudizio di regresso da quest'ultimo intrapreso verso altro condebitore, e della (pretesa) assenza di limiti alle eccezioni che il condebitore convenuto in regresso potrebbe opporre, alla stregua dell'interpretazione degli artt. 1299, 1306 e 2909 c.c., (si è così ricordato che, nel vigore del codice del 1865, la dottrina dell'epoca, in assenza di una

norma analoga all'attuale art. 1306 c.c., era manifestamente orientata per la non estensione del giudicato verso il creditore o debitore solidale non in giudizio, mentre il nuovo art. 1306 c.c., pur negando l'estensione contro il terzo, ammette purtuttavia quest'ultimo a giovarsene: così risolta dal codice la questione nel rapporto con il creditore - si aggiunge - , il problema dell'efficacia della sentenza si ripresenta nel giudizio di regresso, senza che la norma introdotta nel 1942 possa fornire utili indicazioni a riguardo). Argomento "forte" adottato a fondamento dell'opponibilità in parte qua del giudicato nel successivo giudizio di regresso, la considerazione per cui il principio della solidarietà non trova come suo correttivo equitativo che quello del regresso, poiché, accolto il criterio secondo cui il debitore adempiente può vedere, in sede di regresso, disconosciuta la sentenza da parte dei condebitori per il solo fatto di esser *res inter alios*, ne deriverebbe un formidabile incentivo alla chiamata in causa - così che, in sede di cognizione, si priverebbe di contenuto positivo il principio della solidarietà che consente l'azione "unidirezionale". Di conseguenza, in sede di regresso, il convenuto potrebbe opporre soltanto eccezioni derivanti da rapporti interni (quale la compensazione) tra condebitori.

Alla predicabilità del (invero più convincente) principio dell'efficacia riflessa della sentenza di condanna del condebitore consegue (l'altrettanto determinante effetto) che, a quest'ultimo, non possa più essere disconosciuto un interesse (giuridicamente rilevante) all'intervento adesivo (perché la vittoria della lite genererebbe il favorevole effetto di evitare l'azione di regresso), in una dimensione processuale, attesa la *sedes materiae* (l'obbligazione solidale), di legittimato ad agire e difendere un proprio diritto in qualità di un interveniente *litisconsortile* (non diversamente, altra parte di una non meno attenta dottrina ha sostenuto che i condebitori convenuti in regresso non possano opporre all'attore tutte le eccezioni che avrebbero potuto opporre al creditore, ossia le eccezioni che incidono sulla fattispecie costitutiva del diritto; mentre, ancora di recente, è stata nuovamente colta l'insufficienza di una soluzione che non ponga limite alcuno alle eccezioni opponibili nel giudizio di regresso fra condebitori, sulla premessa per cui, alle eccezioni personali, si contrappongono quelle comunemente definite "reali", in quanto inerenti al rapporto soggettivamente complesso, così che, passata in giudicato la sentenza di condanna pronunciata nei confronti di uno dei condebitori, non potrebbe essere trascurata l'esigenza, fondamentale, di prevenire un contrasto fra provvedimenti giurisdizionali relativamente ad un fatto unitario quel è l'obbligazione soggettivamente complessa, destinato ad insorgere qualora il condebitore convenuto in regresso pretenda di rimettere in discussione l'esistenza o l'ammontare del debito comune eccedendone fatti limitativi o estintivi, il che si risolverebbe nel riaprire, in sede di regresso, un nuovo giudizio di cognizione sul rapporto soggettivamente complesso per nulla influenzato, sul piano formale, da quello già svoltosi e suscettibile, pertanto, di sfociare in un esito radicalmente diverso sia in punto di fatto che in punto di diritto - onde, per evitare tale, inappagante conclusione, non resterebbe che rivedere la tradizionale interpretazione dell'art. 1306 c.c., in stretta coordinazione sistematica con l'art. 1297 c.c.:

ciò che ha costituito oggetto di accertamento con efficacia di giudicato non potrà essere rimesso in discussione dal coobbligato convenuto nel giudizio di regresso se non sperando, nei confronti di quella sentenza, opposizione di terzo ex art. 404 c.p.c.). In definitiva, già nelle ordinarie obbligazioni solidali, nutrito è il numero degli interpreti che pongono limiti alla regola dell'irrilevanza della sentenza e del giudicato per il condebitore convenuto in regresso. La questione merita un ulteriore approfondimento, da svolgersi, peraltro, all'esito della soluzione del connesso quesito del tipo di intervento *litisconsortile* (o di legittimazione *litisconsortile*) riconosciuto alla persona fisica destinataria della sanzione ma non dell'ingiunzione di pagamento. L'indagine ermeneutica si sposta allora sulla connessa e non meno rilevante problematica del *litisconsorzio* tra coobbligati. 7.1.e) La ricostruzione sistematica della fattispecie alla, luce dei principi sul *litisconsorzio*.

Si rammenterà come sia in uso discorrere di *litisconsorzio* facoltativo allorché, nonostante la plurisoggettività del rapporto, la pronuncia su di esso possa utilmente regolare i rapporti fra alcuni di quei soggetti lasciando impregiudicata la posizione degli altri, come nel caso, appunto, del creditore nei confronti di due debitori solidali,

vicenda in cui la condanna di uno solo di essi non sarebbe inutiliter data - perciò solo il litisconsorzio risultando, in tal caso, non necessario: la legge consente, senza imporlo, che più soggetti agiscano o siano convenuti nello stesso processo per ragioni che non possono avere altro fondamento che quello della connessione (naturalmente oggettiva) tra le due azioni. Di tale fattispecie costituisce poi figura "speciale" il litisconsorzio c.d. unitario, nel quale, pur nella sua morfologica facoltatività, la legge impone, una volta volontariamente iniziato il giudizio da parte di più soggetti a legittimazione concorrente, la trattazione unitaria della causa, destinata ad essere decisa con unica sentenza (come accade nell'ipotesi prevista dall'art. 2378 c.c., comma 5, in tema di impugnazione delle deliberazioni assembleari, ove si realizza una fattispecie di litisconsorzio necessario quanto alla decisione, benché volontario quanto alla realizzazione).

Di converso, criterio idoneo ad identificare con sufficiente certezza la speculare fattispecie del litisconsorzio necessario può a tutt'oggi ritenersi quello (proposto da nutrita e qualificata dottrina) secondo il quale, per stabilire se la decisione non possa pronunciarsi che nei confronti di più parti, deve farsi riferimento agli interessi come astrattamente considerati dal legislatore, attesa la ormai riconosciuta e predicata (di recente, anche dalla giurisprudenza di queste ss. uu con la sentenza 4 giugno 2008, n. 14815) natura di norma in bianco dell'art. 102 c.p.c., destinata ad essere modellata dall'interprete sulla base delle esplicite disposizioni di legge che, non esaurendo la materia, diano indicazioni sulle relative, diverse rationes, onde estendere il litisconsorzio necessario ai casi omogenei.

Si sono, così, andate delineando tre categorie generali, per le quali il legislatore prevede il litisconsorzio necessario *expressis verbis*: a) per avere attribuito un'eccezionale legittimazione processuale sostitutiva; b) per semplice opportunità; c) per ragioni di diritto sostanziale, in quanto la sentenza sarà destinata a produrre effetti per i titolari di un rapporto plurisoggettivo. Mentre le prime due risultano, per definizione, non estensibili secondo identità di logica, l'ultima è quella che più direttamente investe la fattispecie delle obbligazioni solidali. Ed è orientamento costante di questa giurisprudenza di legittimità quello volto ad escludere il litisconsorzio necessario in relazione a tale tipologia di obbligazioni (senza alcuna pretesa di completezza, Cass. 11 febbraio 2009, n. 3338, che afferma altresì la scindibilità delle cause in appello; Cass. 10 novembre 2008, n. 26888, in tema di pluralità di danneggianti a causa dell'accertamento della simulazione di una locazione; Cass. 31 luglio 2008, n. 20891, con riguardo all'obbligazione solidale in capo al socio di società di persone; Cass. 25 luglio 2008, n. 20476, in tema di responsabilità solidale fra amministratori e sindaci ex artt. 2393 e 2394 c.c.;

Cass. 14 febbraio 2008, n. 3533 e 10 gennaio 2008, n. 239, entrambe in tema di fatto dannoso imputabile a più persone. Specifica *funditus* Cass. 27 giugno 2007, n. 14844 che, nelle ipotesi di solidarietà sia attiva che passiva dell'obbligazione, pur nella sussistenza di più soggetti creditori o debitori della stessa somma o della medesima prestazione, non si verifica un'ipotesi di litisconsorzio necessario in quanto la struttura del rapporto è congegnata in modo tale che ogni creditore può esigere ed ogni debitore è tenuto a corrispondere l'intero, salvo l'esercizio del diritto di rivalsa nei confronti degli altri concreditori o condebitori: Cass. 16 agosto 2005, n. 16957 preciserà, a sua volta, con riguardo alla responsabilità civile per il reato di bancarotta preferenziale posto in essere dai membri dei consigli di amministrazione di una società, che la sussistenza di una responsabilità solidale nei confronti del danneggiato tra gli autori materiali del fatto illecito - anche nell'ipotesi in cui questo costituisca reato e il responsabile civile non determina un'ipotesi di litisconsorzio necessario, potendo il creditore agire nei confronti di uno qualsiasi dei debitori tenuti in solido, ne' tale litisconsorzio potrebbe essere ravvisato per il fatto che l'accertamento della responsabilità del soggetto obbligato in solido con detto autore materiale - secondo il titolo che nelle diverse ipotesi configura la responsabilità civile - presuppone necessariamente l'accertamento del fatto-reato delle persone di cui il primo debba rispondere, atteso che, facendosi luogo a tale accertamento *incidenter tantum* nel giudizio civile, non si rende necessaria, in tale giudizio, la presenza delle suddette persone autore/i dell'illecito).

Tale, consolidato principio si ritiene, peraltro, derogabile, nell'ambito di sottosistemi normativi "speciali", laddove vi siano nessi di stretta connessione fra le varie responsabilità, quando, cioè, le posizioni dei coobbligati presentino obiettiva interrelazione, alla stregua della loro strutturale subordinazione anche sul piano del diritto sostanziale. Entro tale dimensione di ius singolare, assume peculiare connotazione la materia tributaria, in seno alla quale queste stesse Sezioni Unite - con specifico riguardo all'imposta sui redditi ed all'accertamento posto alla base della rettifica delle dichiarazioni dei redditi delle società di persone di cui al D.P.R. 22 dicembre, n. 917, art. 5, e dei soci delle stesse - hanno affermato che l'accertamento in rettifica compiuto dall'amministrazione, con un unico atto, e con riferimento ai maggiori redditi di una società di persone, interessa nel contempo sia la società ai fini Ilor, sia i soci ai fini Irpef, in guisa che, al processo introdotto dal ricorso contro tale accertamento, tutti devono partecipare, in quanto l'"oggetto del ricorso" riguarda inscindibilmente società e soci (norma sostanziale di riferimento essendo stata ritenuta, nella specie, il D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, art. 40).

La astratta rilevanza del principio così affermato non sembra seriamente revocabile in dubbio - senza che possa, peraltro, omettere di considerare come la vicenda dianzi riferita non abbia riguardo ad obbligazioni solidali in senso proprio e risulti altresì enunciato in presenza della particolare disposizione che regola il litisconsorzio nei processi tributari -, attesa l'afferenza ad un giudizio parimenti volto all'annullamento tanto di un atto dell'amministrazione quanto dell'accertamento in esso contenuto. Non sembra, per altro verso, seriamente contestabile che il litisconsorzio tributario ripeta tutta la sua disciplina autonoma da esplicite disposizioni di legge, quanto all'ipotesi che l'oggetto del ricorso riguarda inscindibilmente più soggetti, giusta disposto del D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, art. 14, fa mente del quale: 1. Se l'oggetto del ricorso riguarda inscindibilmente più soggetti, questi devono essere tutti parte nello stesso processo e la controversia non può essere decisa limitatamente ad alcuni di essi. 2. Se il ricorso non è stato proposto da o nei confronti di tutti i soggetti indicati nel comma 1 è ordinata l'integrazione del contraddittorio mediante la loro chiamata in causa entro un termine stabilito a pena di decadenza. 3. Possono intervenire volontariamente o essere chiamati in giudizio i soggetti che, insieme al ricorrente, sono destinatari dell'atto impugnato o parti del rapporto tributario controverso. 4. Le parti chiamate si costituiscono in giudizio nelle forme prescritte per la parte resistente, in quanto applicabili. 5. I soggetti indicati nei commi 1 e 3, intervengono nel processo notificando apposito atto a tutte le parti e costituendosi nelle forme di cui al comma precedente. 6. Le parti chiamate in causa o intervenute volontariamente non possono impugnare autonomamente l'atto se per esse al momento della costituzione è già decorso il termine di decadenza", disposizione che, secondo la giurisprudenza di questa stessa Corte, non costituisce (a differenza dell'art. 102 c.p.c.) "norma in bianco", ma indica positivamente il presupposto della inscindibilità della causa come dipendente, appunto, dall'oggetto del ricorso (in particolare, secondo Cass., sez. un. 18 gennaio 2007, n. 1052, resa in un caso di imposta di registro su bene del quale i comproprietari avevano proceduto a divisione, in una siffatta prospettiva, "appare chiara una dimensione esclusivamente processuale del litisconsorzio", perché la realizzazione dell'ipotesi litisconsortile è connessa, strutturalmente e intimamente, alla domanda introdotta nel giudizio: "è la domanda, infatti, a determinare l'oggetto del processo e, quindi, a costituire, in ultima analisi, il parametro per valutare la inscindibilità della causa tra più soggetti, non senza, peraltro, disconoscersi" - si legge ancora in motivazione - "un profilo sostanziale, secondo cui vi è litisconsorzio necessario quando l'atto autoritativo presenti elementi comuni ad una pluralità di soggetti e siano proprio tali elementi ad esser posti a fondamento della impugnazione proposta da uno dei soggetti obbligati", ciò che rende palese come la disposizione di cui al D.Lgs. 546 del 1992, art. 14, comma 1, si muova in una prospettiva diversa da quella nella quale si collocano le regole relative all'obbligazione solidale, "la cui (eventuale) sussistenza non realizza un presupposto per l'applicazione della norma in questione" - così ribadendosi che non è la nera solidarietà comune a fondare il litisconsorzio necessario. Non si manca, ancora, di precisare che non sussiste litisconsorzio necessario quando il contribuente svolga una difesa solo sulla base di eccezioni personali).

Riproduzione riservata

L'interrogativo che si pone alla corte, a questo punto della disamina della fattispecie, è quello se le pronunce che hanno così complessivamente ricostruito i caratteri del giudizio tributario possano offrire utili parametri di riferimento anche per il caso in esame ai fini della corretta individuazione della tipologia di litisconsorzio legittimamente applicabile al procedimento di opposizione a sanzione irrogata nella materia finanziaria, ricordando ancora che gli obiettivi del litisconsorzio tributario sono, in definitiva, quelli di impedire la parcellizzazione delle controversie e di perseguire una giusta imposizione, risultato, invero, potenzialmente ostacolato dal formarsi di giudicati tra loro contrastanti in separati giudizi nei quali pur si dibatta una posizione comune ad una pluralità di soggetti obbligati, così che, di quest'esito patologico, il litisconsorzio necessario è la profilassi (Cass., sez. un., 18 gennaio 2007, n. 1052), mentre l'obiezione secondo la quale tale tipo di litisconsorzio necessario andrebbe considerato un ostacolo alla ragionevole durata del processo va comunque calibrata alla luce della considerazione per cui quest'ultima è un valore solo nella misura in cui sia funzionale all'effettività della tutela giurisdizionale, che non può risolversi esclusivamente nella celerità del giudizio, ma richiede l'operatività di strumenti processuali capaci di garantire la realizzazione di una omogenea disciplina sostanziale dei rapporti giuridici: in questi casi, il giudice dovrà disporre la riunione dei giudizi proposti, oppure, se non ancora proposti, l'integrazione del contraddittorio (Cass., sez. un., 4 giugno 2008, n. 14815). 7.1.f.) - La fattispecie dell'obbligo solidale di cui al D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 195, comma 9.

Essa (con quella del D.Lgs. n. 385 del 1993, art. 145, comma 10) potrebbe a prima vista ritenersi astrattamente idonea ad integrare una delle prospettate ipotesi di rapporto di obiettiva interrelazione tra le posizioni dei diversi condebitori, sotto il duplice, concorrente aspetto dell'obbligo di regresso e del vincolo di dipendenza fra le obbligazioni che giustifica la legittimazione e l'intervento di tutti i responsabili.

Pur vero, difatti, che la disciplina litisconsortile nel processo tributario risponde a regole non omogenee a quelle che presidiano la disciplina avente lo stesso oggetto nel processo ordinario, nondimeno, proprio in virtù dell'obbligo di regresso, parrebbe che alcune delle considerazioni poc'anzi riportate possano essere non infondatamente svolte anche con riguardo al giudizio di opposizione a sanzione amministrativa previsto dal D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 195:

si pensi, accanto alla domanda così come individuata da causa petendi e petitum ed all'oggetto sì come vertente sull'intero rapporto, alla stessa finalità dissuasiva delle sanzioni previste nel testo unico della finanza a tutela del risparmio e del mercato (art. 47 Cost.), la quale verrebbe frustrata ove si lasciasse, infine, permanere il peso della sanzione sulla persona giuridica, in luogo che sui responsabili, evento che ben potrebbe ipoteticamente verificarsi in ipotesi di giudicati contrastanti resi nei separati giudizi (di opposizione e di regresso) nei quali pur si discuta degli identici presupposti di applicazione della sanzione. È peraltro fermo convincimento di queste sezioni unite che, indiscussa la legittimatio ad opponendum in capo alla persona fisica sanzionata ma non direttamente ingiunta, a quest'ultima vada peraltro riconosciuta la posizione processuale del litisconsorte facoltativo (ovvero dell'interveniente in causa in qualità di litisconsorte facoltativo).

Nonostante le indiscutibili analogie con il processo tributario, difatti, non va dimenticato (nè pare seriamente revocabile in dubbio) come l'obbligazione oggetto dell'ingiunzione abbia (pur se nelle sue indiscutibili peculiarità) struttura e natura solidale, e come il procedimento di opposizione, pur nella sua altrettanto indiscutibile specialità, vada pur sempre ricondotto alla disciplina generale di cui alla L. n. 689 del 1981.

Ne consegue che, non ravvisandosi a tutt'oggi valide e convincenti ragioni per incamminarsi sulla via di un radicale revirement di giurisprudenza in ordine alla natura meramente facoltativa del litisconsorzio tra co-obbligati legati da un vincolo obbligatorio di natura solidale, per quanto questo possa porsi in rapporto di species a genus rispetto alla solidarietà "classica", deve escludersi tout court, nel caso di specie, la predicabilità di un rapporto litisconsortile necessario tra l'ente destinatario dell'ingiunzione di pagamento e le persone fisiche raggiunte dalla sanzione amministrativa (con conseguente esclusione della necessità di integrazione del

contraddittorio tra tutti i soggetti destinatari delle sanzioni irrogate dal Ministero in relazione alla complessa vicenda che occupa la Corte).

Tale esclusione trova fondamento tanto sotto il profilo strutturale quanto sotto quello funzionale del rapporto processuale: come segnalato dalla più avvertita dottrina, difatti, le conseguenze processuali che l'ordinamento ricollega al litisconsorzio necessario - tra tutte, la rimessione della causa al primo giudice ai sensi dell'art. 354 c.p.c., commi 1 e 2, e art. 383 c.p.c., comma 3, ove il rilievo del vizio avvenga in sede di impugnazione, ovvero la sostanziale "inefficienza" di un processo con decine e decine di parti necessarie -, sono talmente gravi da indurre a fare ricorso a tale istituto in modo estremamente oculato (del pari, non è seriamente contestabile la imprevedibilità di un litisconsorzio necessario nella ipotesi del giudizio di opposizione intrapreso da un altro obbligato autore della violazione, per la sanzione a lui direttamente comminata, ossia fra i coautori dell'illecito, e ciò perché ciascuna sanzione è personale, senza solidarietà alcuna fra le persone fisiche: nel caso di più persone concorrenti nell'illecito - come in quello in cui ciascuno abbia commesso violazioni autonome -, tutte vengono sanzionate dalla Consob, a seconda della gravità della colpa, ma non vi è vincolo alcuno di solidarietà ex art. 2055 c.c., perché si tratta delle conseguenze affittivo-sanzionatorie di un illecito - e dunque, sotto tale profilo, le analogie vanno operate piuttosto con il diritto penale). Deve allora più proficuamente discorrersi di legittimazione a partecipare al giudizio di opposizione (in via originaria, mediante la proposizione di autonoma opposizione da parte della persona fisica; in una fase successiva, mediante l'intervento in causa) da parte dell'autore materiale dell'illecito sanzionato secondo le regole proprie del litisconsorzio (sia esso originario o successivo), non necessario bensì soltanto facoltativo.

7.1.g) - L'Interesse ad agire della persona fisica.

Dalle considerazioni sinora esposte ne deriva, sul piano tanto sostanziale quanto procedimentale:

- Che il tipo di interesse riconducibile alla persona fisica non può in alcun modo definirsi "di mero fatto", attese, da un canto, la qualità di destinataria diretta della sanzione pecuniaria, dall'altro, la immediata sottoposizione alla sanzione accessoria della pubblicazione della sanzione stessa nei modi e nelle forme di legge;

- Che l'interesse di cui il soggetto risulta portatore è, viceversa, interesse effettivo ed attuale, giuridicamente rilevante, all'accertamento negativo dei presupposti degli illeciti a lui addebitati nell'ambito procedimentale sanzionatorio che precede il giudizio di opposizione: tale interesse ne legittima tanto un'autonoma ed originaria facoltà di proporre opposizione, quanto un successivo intervento in giudizio - ove l'opposizione stessa sia stata già proposta dalla persona giuridica (giusta la correlazione funzionale fra litisconsorzio originario ex art. 103 c.p.c., e art. 79, litisconsorzio successivo ex artt. 105, 106 e 107 c.p.c.);

- Che la persona fisica ha diritto ad opporsi al provvedimento sanzionatorio dell'autorità senza che ciò implichi l'esigenza o l'opportunità del litisconsorzio necessario - come invece ritenuto da una isolata e già citata pronuncia di questa corte nonché, incidenter factum, da una recente giurisprudenza di merito (App. Milano 26.11.03, in relazione ai medesimi fatti oggetto del presente procedimento), potendosi riconoscere il diritto di impugnazione e di intervento a tutti gli interessati senza per questo giungere alla necessità dell'integrazione del contraddittorio, soluzione che, sul piano funzionale, apparirebbe, oltretutto, in aperto contrasto sia con la stessa ratio legis del Decreto n. 58 del 1998 (che postula, di converso, una ineludibile celerità di definizione della vicenda sanzionatoria), sia con i principi generali in tema di obbligazioni solidali (nei confronti di tutti gli esponenti aziendali che non abbiano utilizzato tali facoltà);

- Che la fattispecie del litisconsorzio facoltativo è del tutto compatibile con il riconoscimento della legittimazione attiva anche degli autori materiali dell'illecito. L'esigenza - peraltro, meramente teorica - di assicurare una corretta informazione agli esponenti aziendali in ordine all'esistenza di una procedura amministrativa a loro carico e di un eventuale giudizio di opposizione intrapreso dalla società è sufficientemente garantita ex lege quanto al suo primo aspetto - poiché detti autori materiali sono chiamati a partecipare al procedimento amministrativo di accertamento che ha inizio con "la contestazione degli addebiti agli interessati"

Riproduzione riservata

(D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 195, comma 2), in seno al quale hanno il diritto di intervenire ed esercitare il diritto di difesa previo accesso agli atti -, ed è assai facilmente raggiungibile, quanto al secondo profilo, attraverso l'esplicazione di una elementare attività di informazione da parte degli interessati presso gli organi sociali competenti ad introdurre la lite.

7.1.h) - L'Intervento successivo.

In particolare, quanto all'ipotesi di intervento successivo, è noto che la norma che regola la fattispecie è l'art. 105 c.p.c., il quale, al comma 1, ammette l'intervento del terzo per far valere, nei confronti di tutte le parti o anche nei confronti solo di talune di esse, un diritto relativo all'oggetto o dipendente dal titolo dedotto nel processo medesimo; a seconda che si proponga contro tutte le parti o solo contro una di esse, si è usi discorrere di intervento principale ovvero intervento litisconsortile o adesivo autonomo (ai fini dell'intervento principale o litisconsortile, l'art. 105 c.p.c., esige che il diritto vantato dall'interventore non si limiti ad avere una generica comunanza di riferimento al bene materiale, in relazione al quale si fanno valere le contrapposte richieste delle parti, essendo peraltro sufficiente che la domanda dell'interventore presenti una connessione o un collegamento con quella delle altre parti, tali da giustificare il *simultaneus processus*: Cass. 27 giugno 2007, n. 14844.; 12 giugno 2006, n. 13557; 3 novembre 2004, n. 21060;

15 maggio 2002, n. 7055, la quale precisa che la domanda debba essere "connessa e collegata" a quella oggetto del giudizio, in quanto il soggetto sia "titolare di un rapporto giuridico dipendente da quello oggetto del giudizio), mentre il secondo comma contempla l'intervento adesivo c.d. dipendente, al quale il terzo può ricorrere per sostenere le ragioni di una delle parti quando vi abbia un proprio interesse inteso in senso sostanziale e non processuale, ai sensi dell'art. 100 c.p.c.: il terzo, in tal caso, non fa valere un proprio autonomo diritto, ma si limita a sostenere le ragioni della parte adiuvata, e il rapporto giuridicamente dipendente agisce da sola situazione legittimante all'intervento, senza che il predetto terzo proponga alcuna domanda relativa al suo diritto e senza alcun allargamento dell'ambito oggettivo del processo originario (unico con pluralità di parti), nel quale la pronuncia che lo definisce è la medesima rispetto alle parti principali e all'interveniente, i cui poteri sono pertanto limitati all'espletamento di un'attività accessoria e subordinata a quella svolta dalla parte adiuvata, potendo egli sviluppare le proprie deduzioni ed eccezioni esclusivamente nell'ambito delle domande ed eccezioni proposte da detta parte.

L'interveniente adesivo dipendente fa pertanto valere un mero interesse, vale a dire una posizione soggettiva più attenuata del diritto soggettivo, giacché la sua attività processuale tende a provocare un giudicato che, seppure possa riuscirgli utile in via mediata, ha per oggetto immediato l'attuazione della volontà della legge a favore di una delle parti, mediante l'attribuzione ad essa del bene della vita che l'altra gli contende, secondo Cass. 9 maggio 2007, n. 10545 e 16 febbraio 2009, n. 3734 (afferma di principi non condivisi, peraltro, da una attenta dottrina, che opina, in senso contrario, come, tutte le volte in cui l'interventore adesivo sia soggetto all'efficacia riflessa della cosa giudicata tra le parti originarie, non gli si possa impedire di compiere atti di impulso o dispositivi ed abbia poteri di autonoma impugnazione, perlomeno quando sia soggetto a taluni effetti riflessi della sentenza resa fra le parti originarie).

La giurisprudenza di questa Corte in tema di intervento del terzo ai sensi degli artt. 105 e 106 c.p.c., in seno al procedimento di opposizione a sanzione amministrativa appare invero oscillante: in linea generale, si è sostenuto (Cass., sez. 1^a, 14 gennaio 1997, n. 286) l'inammissibilità dell'intervento, sia autonomo che ad adiuvandum (in considerazione del fatto che il procedimento di opposizione ha oggetto circoscritto all'accertamento della legittimità della pretesa sanzionatoria dell'amministrazione nei confronti dell'autore dell'illecito amministrativo o dell'obbligato in solido e che esso è strutturato in unico grado sulla base di regole che non sono compatibili ne' con l'introduzione di istanze volte ad affiancare le ragioni dell'una o dell'altra parte, ne' con l'inserimento di distinte domande, che restano pur sempre proponibili in separata sede dal terzo estraneo al giudizio di opposizione, onde, nel caso di concorso di persone nella violazione amministrativa, posto che ciascuna di esse soggiace alla sanzione disposta per la violazione stessa, pur verificatasi l'ipotesi che siano state

opposte dai singoli coautori le distinte ordinanze-ingiunzioni emesse nei confronti di ciascuno di essi, a seconda delle circostanze processuali e sostanziali, potranno soccorrere, ove concretamente applicabili, gli istituti della continenza, della connessione o della riunione di procedimenti relativi a cause connesse, che preservano l'autonomia di ciascuna causa e, quindi, di ciascun procedimento di opposizione: nel caso di ordinanza-ingiunzione emessa nei confronti dell'obbligato in solido al pagamento della sanzione pecuniaria amministrativa, l'azione di regresso attribuita al responsabile solidale che ha pagato la sanzione medesima, presupponendo, appunto, sia l'accertamento della responsabilità a tal titolo sia il pagamento, potrà essere esercitata in separato giudizio): ma ciò, in verità, è accaduto ora con riguardo alla proposizione di autonome domande contro un terzo diverso dal responsabile dell'illecito, ora in ordine ad altre domande (quali quelle risarcitorie) del tutto distinte, ora in relazione alla domanda di regresso proposta direttamente nel giudizio di opposizione. Tutte pretese, dunque, aventi oggetto diverso da quello tipico del giudizio di opposizione, che resta l'accertamento della legittimità della pretesa sanzionatoria. In casi meno dissonanti rispetto a quello di specie, invece, l'intervento è stato ammesso (Cass. 30 agosto 1995, n. 9152), affermandosi che, nel procedimento di opposizione all'ordinanza-ingiunzione di pagamento di sanzioni amministrative, mentre legittimata a resistere all'opposizione è l'autorità che ha emesso il detto provvedimento, il soggetto destinatario dei proventi delle sanzioni pecuniarie, se diverso dall'autorità competente ad applicare tali sanzioni, è legittimato ad intervenire nel giudizio di opposizione, ed a proporre impugnazione anche nell'inerzia della parte principale, in quanto titolare del credito per il pagamento della sanzione stessa, atteso che nel giudizio suddetto, attraverso l'indagine sulla legittimità del provvedimento sanzionatorio, il giudice pronunzia anche sul diritto di credito del soggetto destinatario del provento, ed ancora (Cass., sez. 1^a, 27 aprile 1990, n. 3545) che, se anche la L. n. 689 del 1981, non prevede espressamente la possibilità dell'intervento volontario o coatto di altri soggetti nel procedimento (ex) pretorile di opposizione al provvedimento di applicazione di sanzioni amministrative, nulla si oppone a tale possibilità, in assenza di una norma che introduca preclusioni del tipo di quelle previste dall'art. 419 c.p.c.;

ritenuta l'astratta ammissibilità dell'intervento, anche in mancanza di un'espressa previsione, i suoi tempi e le sue forme, anche nel giudizio di opposizione all'ordinanza - ingiunzione disciplinata dalla ricordata L. n. 689 del 1981, non possono che ricavarsi dalle norme generali del codice di procedura civile. In senso ancora affermativo, va altresì ricordata la sentenza 24 luglio 1995, n. 363 della Corte Costituzionale, la quale - premesso che anche alle società di intermediazione mobiliare di cui alla L. 2 gennaio 1991, n. 1, pur in mancanza di espressa previsione in proposito, si applica il principio stabilito dalla L. 24 novembre 1981, n. 689, art. 6, secondo cui le società per azioni ed i loro amministratori sono solidalmente responsabili, con diritto di regresso reciproco, del pagamento delle sanzioni amministrative, con la conseguenza che l'accennata mancanza di previsione del principio nella legge di settore non contrasta con l'art. 3 Cost. - in motivazione contiene un significativo cenno al fatto che l'ente, in sede di giudizio sull'applicazione della sanzione, ben potrebbe chiamare in causa l'autore materiale: l'azione di regresso può essere esercitata solo se consentita dalla legge: per cui nel giudizio riguardante il pagamento della sanzione amministrativa, la società ha interesse a sapere che l'obbligo si estende solidalmente ai suoi amministratori, al fine di porsi eventualmente nella condizione di chiamarli in giudizio per rivalsa.

Anche nell'ambito della giustizia amministrativa, infine, il Consiglio di Stato ha ammesso l'intervento di terzi portatori di meri interessi procedurali e diffusi, sia pure non legittimandoli all'opposizione (Cons. Stato, sezione 6^a, 30 dicembre 1996, n. 1792). Premessa e condivisa, dunque, l'ammissibilità dell'intervento, è convincimento di queste sezioni unite che, con riferimento alla peculiare fattispecie di cui del D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 195, ne sia legittimamente predicabile il primo tipo, e cioè l'intervento litisconsortile (autonomo), piuttosto che quello volto al mero sostegno delle ragioni della persona giuridica (adesivo dipendente) contro l'autorità che ha emesso l'ordinanza ingiunzione per un comportamento che, invero, è dello stesso interveniente, il quale fa valere un diritto soggettivo e non un mero interesse (senza

che assuma, in proposito, rilievo assorbente la circostanza per cui, poiché l'oggetto dell'accertamento richiesto al giudice è lo stesso di quello che già appartiene al processo in seguito all'opposizione proposta dalla persona giuridica, non può dirsi che si ampli l'oggetto stesso, ciò in analogia, piuttosto, con quanto si afferma comunemente per l'intervento adesivo dipendente). 7.1.i) - Gli effetti del giudicato.

Resta, infine, da esaminare il tema degli effetti del giudicato formatosi tra l'autorità amministrativa e la società ingiunta - nell'ipotesi in cui la persona fisica non abbia ne' proposto autonomamente opposizione, ne' abbia spiegato intervento litisconsortile facoltativo in seno al giudizio di opposizione introdotto dalla persona giuridica destinataria dell'ingiunzione di pagamento che abbia visto respinta la propria opposizione -, alla luce di quello che può dirsi principio costante dell'ordinamento processualciviltistico, e cioè la diretta correlazione tra effetto di giudicato e facoltà di interloquire e difendersi nel giudizio da cui quel giudicato discenda.

L'estensione dell'efficacia del giudicato a soggetti diversi dalle parti del giudizio in cui esso si è formato non può prescindere, infatti, dalla possibilità di svolgimento del processo nel contraddittorio delle parti in condizioni di parità, ai sensi dell'art. 101 c.p.c., e dell'art. 111 Cost., comma 2, nonché dal rispetto del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost.. Specularmente rilevanti, per la questione in esame (come di recente osservato da una attenta dottrina), appaiono peraltro i principi di ragionevole durata del processo di cui all'art. 111 Cost., comma 2, - il quale si collega a quello del giudicato postulando che gli accertamenti compiuti dal giudice acquistino, nel regolare una data situazione concreta, stabilità entro tempi ragionevoli, onde non poter essere costantemente ridiscussi - e di tutela effettiva dell'attore, parimenti rinvenibile nell'art. 24 Cost., comma 1, (attore inteso in senso sostanziale in seno al processo, laddove, invece, il principio del contraddittorio specificamente rileva per il convenuto e il terzo).

La motivata possibilità di estensione a terzi degli effetti di un provvedimento giurisdizionale deve, pertanto, ritenersi del tutto conforme a Costituzione, laddove essa riposi il proprio fondamento su altri e prevalenti interessi protetti di rilevanza generale o collettiva, ovvero derivi dagli stessi connotati strutturali della situazione sostanziale del terzo: in tali casi, peraltro, come ancora rileva di recente una pensosa dottrina, è sempre necessario tutelare efficacemente il diritto di difesa del terzo ai sensi dell'art. 24 Cost..

Vere tali premesse, va preliminarmente considerato che, laddove non vi sia obbligo, ma mero diritto di regresso (come nella disciplina comune in tema di solidarietà nelle sanzioni amministrative di cui alla L. n. 689 del 1981, art. 6, comma 3) o laddove, del regresso medesimo, non vi sia ne' diritto ne' tanto meno obbligo (come nell'ipotesi in cui sanzionato sia lo stesso autore materiale, ma non l'ente), pare tuttora corretta e condivisibile la soluzione che vede legittimato attivo all'opposizione soltanto il soggetto ingiunto: nel primo caso, può essere legittimamente predicata l'irrilevanza della sentenza resa inter alios (sebbene non manchino, in dottrina, voci discordi anche in tal caso); nel secondo, l'ente non versa in situazione di minorata difesa, essendo l'obbligazione solidale soltanto "unilaterale" (come implicitamente rilevano Cass. 3 novembre 2008, n. 26387 e 21 gennaio 2008, n. 1193 in tema di opposizione L. n. 689 del 1981, ex art. 6, a mente delle quali l'estinzione dell'obbligazione dell'autore materiale dell'infrazione estingue anche quella dell'ente, obbligato in via solidale), cosicché la persona fisica non solo non è obbligata al regresso, ma neppure ne ha diritto, e, dunque, l'ente non può essere pregiudicato da un suo qualsivoglia comportamento successivo, ed ha comunque l'autonomo potere di impugnare il provvedimento sanzionatorio, qualora fosse, poi, direttamente ingiunto dall'autorità.

Pertanto, mentre la previsione del diritto di regresso contenuta nella L. n. 689 del 1981, art. 6, u.c., può dirsi nella sostanza "superflua" o, comunque, meramente esplicativa, avendo ribadito il disposto del codice civile sul meccanismo del regresso per l'intero nelle obbligazioni solidali ad interesse unisoggettivo di cui all'art. 1298 c.c., (Cass. 21 gennaio 2008, n. 1193), di ben diversa portata sistematica appare la disposizione di cui all'ultimo comma delle due norme contenute nel testo unico bancario e nel testo unico della finanza.

Come più volte sottolineato in precedenza, in modo affatto singolare per il nostro ordinamento, il diritto di regresso, situazione soggettiva di vantaggio, viene affiancato

ad una posizione soggettiva di svantaggio, qualificabile in senso tecnico come obbligo di regresso, di fonte legale. Quale sia la sanzione per la violazione di tale obbligo, la legge non dice. Così, se, nei rapporti esterni, può opinarsi che l'autorità di vigilanza possa "valutare" l'inadempimento all'obbligo di regresso onde adottare eventuali, successivi provvedimenti, nei rapporti interni tra l'ente sanzionato e la persona fisica societaria non sembra un fuor d'opera immaginare l'applicazione delle ordinarie regole societarie circa le conseguenze dell'inadempimento di specifici doveri da parte dell'organo amministrativo (ossia quello che, in virtù del rapporto di immedesimazione organica, agisce per l'ente): inadempimento che potrà costituire il presupposto per i rimedi previsti dal codice (art. 2383 c.c., art. 2393 c.c. e ss., art. 2409 c.c.), tutti interni alla società (salvo la residua iniziativa del P.M. ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 2409 c.c., per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, e, ancora, l'indiretto potere di denuncia posto in capo alla Consob, ai sensi del D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 152, nei confronti dell'organo di controllo che non si sia attivato a fronte dell'inadempimento all'obbligo di regresso da parte degli amministratori).

La legge non detta neppure - per quanto in questa sede maggiormente interessa - alcuna particolare disposizione con riguardo alle conseguenze di tale (facoltà) obbligo sulla posizione dei condebitori solidali quanto alle eccezioni personali opponibili al condebitore ingiunto ed al valore nei loro confronti dell'accertamento sanzionatorio contenuto nel provvedimento amministrativo, nonché, all'esito del giudizio di opposizione, dell'accertamento compiuto dal giudice: in una parola, alle caratteristiche concrete della loro obbligazione di rimborso. Come si è avuto modo di rilevare in precedenza, nell'ambito del meccanismo comune delle obbligazioni solidali di cui all'art. 1292 c.c. e ss., l'orientamento tuttora prevalente è nel senso che il condebitore, convenuto con l'azione di regresso, potrà opporre le sue eccezioni personali, mentre la sentenza pronunciata fra creditore e condebitore non ha effetto per gli altri condebitori, salvo che siano essi stessi a volerla opporre al creditore e purché non sia fondata su eccezioni personali al condebitore escusso (art. 1306 c.c.).

È convincimento di queste sezioni unite che tale meccanismo non appaia legittimamente esportabile alla fattispecie D.Lgs. n. 58 del 1998, ex art. 195.

Ritiene la corte che, comminata la sanzione ai soggetti ritenuti autori delle violazioni, e però ingiunto il pagamento soltanto alla persona giuridica solidalmente responsabile con essi, allorché questa, esaurite le proprie difese nel corso del procedimento amministrativo e poi del giudizio di opposizione, abbia pagato la sanzione, all'autore materiale del fatto non resterà che pagare in rimborso l'intero (salve limitate eccezioni personali che abbia da opporre alla società, ad esempio di compensazione), senza che egli possa più far valere alcun argomento circa l'illegittimità della sanzione nel corso del giudizio che lo veda convenuto dall'ente con l'azione di regresso.

La conclusione appare coerente con la poc'anzi riconosciuta (e definitivamente affermata) *legitimatio ad opponendum* in capo alla persona fisica (sia sotto il profilo dell'opposizione proposta in via principale, sia sotto quello dell'intervento litisconsortile nel procedimento instaurato dall'ente destinatario dell'ingiunzione di pagamento, entrambi entro la non negoziabile dimensione del litisconsorzio soltanto facoltativo).

Contrariamente opinando, invero, si toglierebbe qualsiasi significato alla disposizione che impone all'ente il regresso e lo considera soltanto come l'"autore materiale" del pagamento (quasi in guisa di delegato ex lege ad anticipare la somma pecuniaria alla p.a.), fermo restando il suo obbligo non derogabile a rivalersi sulle persone fisiche autrici della violazione.

Superata nei sensi sopra indicati la precedente e pressoché unanime giurisprudenza di questa Corte in tema di *legitimatio ad opponendum* (a mente della quale, si rammenti, nessuna influenza, al fine di negare la legittimazione all'opposizione degli autori materiali non ingiunti, era da annettersi all'obbligatorietà dell'azione obbligatoria di regresso, tanto da sostenere - per tutte, Cass. n. 26944 del 2006 - che, nel giudizio di regresso ai sensi del D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 195, il condebitore solidale può rimettere in discussione "l'accertamento del debito", "il fondamento del provvedimento" e tutto "quanto eventualmente emerso nel giudizio di opposizione",

in tal modo applicando assai estensivamente la regola dell'art. 1306 c.c.), deve viceversa ritenersi che la previsione dell'obbligo di regresso abbia, nella specie, un significato assai più pregnante di quanto appaia a prima vista: se la società è obbligata al regresso, l'accertamento compiuto in sede (amministrativa e, poi,) giurisdizionale è destinato a spiegare legittimo effetto (nei sensi di cui all'art. 2909 c.c.) nei confronti il responsabile convenuto con l'azione di regresso che abbia assunto una posizione del tutto agnostica nel primo giudizio di opposizione (che non abbia, cioè, ne' proposto autonoma opposizione, ne' spiegato intervento litisconsortile nel corso di quel procedimento). Militano sul fronte di tale interpretazione:

- la ratio della norma ex art. 195, che pone a fondamento della responsabilità solidale dell'ente nel sistema delle sanzioni in materia finanziaria un obbligo non per fatto proprio, nemmeno a titolo di colpa in eligendo o in vigilando (Cass. 15 dicembre 2006, n. 26944), ma per un fatto altrui, quale titolare di una posizione passiva di garanzia volta ad assicurare il pagamento della somma (anche allo scopo di agevolare l'individuazione dell'autore della violazione, così evocando, ancor più che la fattispecie della fideiussione ex lege, l'istituto del Garantievertrag), salva la connessa e inscindibile tutela legale del patrimonio dell'azienda, mera responsabile del pagamento.

- La conseguente incongruità di una soluzione che consentisse invece di far gravare il peso finale della sanzione restasse a carico dell'ente, qualora il materiale responsabile potesse nuovamente porre in discussione il fondamento della sanzione. La attribuzione, in ultima analisi, alla persona fisica ossia l'autore dell'illecito cui è imputabile la violazione - del carico sanzionatorio, in connessione con il ruolo determinante rivestito in questa materia dal momento afflittivo-repressivo, finalità realizzata proprio attraverso l'obbligo di regresso nei rapporti interni onde assicurare l'effettività del principio di responsabilità patrimoniale personale dell'autore della violazione commisurato alle competenze effettivamente esercitate dal medesimo a tutela del risparmio e degli investimenti ex art. 47 Cost. - mentre la previsione dell'obbligatorietà dell'azione di regresso sarebbe vanificata consentendosi all'autore materiale qualsiasi difesa e contestazione nel giudizio di regresso, così potenzialmente "scardinando" il meccanismo predisposto dal legislatore e strutturato (qualora l'autorità scelga di ingiungere solo la persona giuridica, come di regola) secondo un ben definito iter procedimentale (articolato secondo una scansione di: accertamento dell'illecito della persona fisica/irrogazione della sanzione alla persona stessa/ingiunzione del pagamento all'ente/giudizio - eventuale - di opposizione /regresso obbligatorio verso il responsabile effettivo/ carico sanzionatorio gravante in capo all'effettivo responsabile della violazione), potendo essere posto nuovamente in discussione proprio tale ultimo, fondamentale passaggio in caso di accoglimento della tesi della *res inter alios acta* rispetto alla persona fisica estranea non opponente. L'esigenza di riconoscere in concreto il significato e l'effetto innovativo della previsione legale dell'obbligo di regresso, che, altrimenti, risulterebbe superflua: anche in mancanza della previsione de qua, ben si sarebbe potuto predicare l'esistenza dell'obbligo stesso in capo agli amministratori dell'ente, non essendo, per legge, l'ente il destinatario finale della sanzione (e, dunque, rientrando nel dovere di diligenza dei suoi amministratori provvedere alla rivalsa di quanto l'ente abbia pagato). Le garanzie offerte dal profilo processuale della complessiva vicenda sanzionatoria, atteso che il relativo decreto accerta gli elementi costitutivi, oggettivo e soggettivo, dell'illecito in capo alle persone fisiche, uniche responsabili, imputando loro la violazione di una data norma e fissa la sanzione pecuniaria per ciascuno di essi, destinata a gravare - alfine - esclusivamente sul loro patrimonio;

esso, dunque, contiene sia un accertamento, sia una sanzione, sia un'ingiunzione, sotto forma di ordine di pagamento: l'opposizione degli autori materiali non ingiunti si appunta sull'accertamento e sulla sanzione, che essi mirano a far dichiarare illegittimi (determinando essi un immediato pregiudizio, quantomeno con riferimento alla pubblicazione sul Bollettino). Il procedimento amministrativo, dunque, non solo si svolge (il che, per quanto sinora detto, sarebbe probabilmente irrilevante), ma si conclude con l'emissione del provvedimento finale nei confronti delle persone fisiche, cui soltanto l'ingiunzione non è materialmente rivolta, nel senso che l'ente sanzionante non suole loro richiedere il pagamento diretto. Ma il fatto che

la P.A., come è suo potere, richieda il pagamento soltanto alla banca non significa che la prima non accerti e pretenda il pagamento della sanzione anche da parte degli autori materiali delle condotte: vi è solo la scelta di esigerlo dalla garante (più sicuramente solvibile) e lasciare che sia questa, poi, ad ottenerne il rimborso dalle persone fisiche (spesso di numero elevato), così evitando l'autorità pubblica di disperdere la pretesa in innumerevoli rinvii processuali, e concentrando il tutto in un unico pagamento.

L'autore materiale convenuto in regresso che non si sia attivato nel giudizio di opposizione potrà, pertanto, opporre alla società soltanto le eccezioni personali.

Diversa appare l'ipotesi in cui la società stessa paghi senza, opposizione.

In tal caso, la evidente mancanza di un giudicato sostanziale sui fatti oggetto dell'imputazione, coniugata con il già predicato principio della natura meramente facoltativa del litisconsorzio da instaurarsi in ipotesi dinanzi al giudice ordinario, induce a ritenere, anche alla luce del dettato costituzionale sul diritto di difesa, che, nella causa di regresso intrapresa dalla società contro l'autore materiale dell'illecito, questi sia legittimato a far valere qualsiasi eccezione a sostegno dell'insussistenza di tutti i fatti costitutivi dell'obbligazione (mentre non potrebbe dirsi legittima la eventuale domanda riconvenzionale spiegata, ancora, confronti della società che non abbia adeguatamente provveduto alla difesa - anche - della relativa posizione soggettiva, attesa la riconosciuta facoltà di proposizione di un'autonoma opposizione). Una indiretta conferma della legittimità di tale soluzione pare, infine, potersi ricavare dall'analisi di una fattispecie non del tutto disomogenea rispetto a quella oggetto del presente giudizio. Nel caso in cui un'impresa assicuratrice sia posta in liquidazione coatta amministrativa nel corso del giudizio risarcitorio intrapreso dal danneggiato, difatti, l'impresa designata, da un lato, è soggetta al giudicato, ma, dall'altro, poteva intervenire nel processo e proporre tutte le sue difese (ex L. n. 990 del 1969, mentre, dopo la riforma del 2005, il processo prosegue direttamente anche nei confronti dell'impresa designata). Questa corte di legittimità, fondando il decum sulla sussistenza di un obbligo di fonte legale in capo all'impresa designata, ha più volte affermato che l'impresa stessa, obbligata per legge "per ragioni di solidarietà sociale e di equità", non subisce il giudicato formatosi nella causa promossa dal danneggiato nei confronti del conducente e del proprietario dell'auto investitrice - applicandosi invece l'art. 1306 e. e. quanto alla sussistenza dell'obbligo risarcitorio del danneggiato e del correlativo debito - perché essa non aveva partecipato al giudizio: così Cass. 30 ottobre 2007, n. 22881. Pur avendo così radicalmente mutato la propria, precedente giurisprudenza (ex multis Cass. 12 maggio 2005, n. 10017, secondo cui la sentenza emessa nei confronti del conducente o del proprietario del veicolo investitore convenuti in giudizio dal danneggiato ai sensi dell'art. 2054 c.c., senza la partecipazione, neppure successiva, dell'assicuratore, spiegava invece efficacia riflessa nei confronti dell'assicuratore medesimo, nel senso che essa faceva stato quanto alla sussistenza dell'obbligo risarcitorio del danneggiante e del correlativo debito, non disconoscibili come affermazione oggettiva di verità), il nuovo orientamento del 2007 pare fondato comunque sull'indissolubilità del binomio costituito dagli effetti riflessi del giudicato e dalla possibilità di difesa dell'obbligato, sistema "operazionale" che la soluzione complessivamente adottata nella specie ampiamente garantisce.

La disamina che precede va condotta a conclusione nei sensi che seguono:

a) alla persona fisica destinataria della sanzione, ma non ingiunta del pagamento, va riconosciuta una autonoma legittimatio ad opponendum, concretantesi tanto nella facoltà di proporre autonoma opposizione quanto nel diritto di spiegare intervento litisconsortile nel giudizio instaurato dalla società;

b) Il rapporto processuale che si instaura tra la società e le persone fisiche intervenute nel giudizio di opposizione è di tipo litisconsortile facoltativo, sub specie dell'intervento adesivo autonomo;

c) Nell'ipotesi di proposizione di diverse opposizioni, in via autonoma, tanto da parte della società quanto da parte della persona fisica, soccorrono, al fine di evitare ipotetici contrasti tra giudicati, le ordinarie regole processuali in tema di connessione e riunione di procedimenti;

d) Nell'ipotesi di inerzia da parte della persona fisica rispetto al giudizio di opposizione intentato dalla società, il giudicato formatosi in quel processo spiega

effetti nel successivo giudizio di regresso quanto ai fatti accertati (con conseguente preclusione delle eccezioni c.d. "reali"), salva l'opponibilità di eccezioni personali;
 e) Nell'ipotesi di mancata opposizione da parte della società (e di pagamento della sanzione inflitta), nessuna preclusione si verifica, di converso, in seno al giudizio di regresso, ove la persona fisica potrà spiegare tutte le opportune difese (anche) sul merito della sanzione.

7.2) - Sanzioni amministrative e onere della prova.

7.2. a) - La morfologia del procedimento di opposizione - Cenni generali.

Nell'ambito della legge c.d. "di depenalizzazione", indiscutibilmente ispirate al diritto penale devono ritenersi le norme sostanziali degli artt. 1 (principio di legalità, irretroattività e divieto di analogia), 2 (imputabilità), 3 (responsabilità per fatto proprio colpevole ed errore sul fatto), 5 (concorso di persone). Sul piano processuale, pur se sulla falsariga delle disposizioni dettate dalla L. n. 689 del 1981, (quale quella sulle modalità introduttive mediante l'opposizione), il procedimento D.Lgs. n. 58 del 1998, ex art. 195, come si è già avuto modo di notare in precedenza, se ne differenzia presentando caratteri suoi propri e dettando regole che derogano, in più punti, a quelle predisposte dallo statuto della *lex generalis*, informandosi ad un'ispirazione genuinamente civilistica (laddove il procedimento di cui alla L. n. 689 del 1981, art. 22, sembra piuttosto riconducibile al procedimento di opposizione a decreto penale di condanna). La scelta del procedimento camerale di cui all'art. 737 c.p.c. e ss., rappresenta, poi, un indubbio aspetto di specialità di tale opposizione, secondo un rito che, come questa stessa corte ha avuto modo di affermare (Cass., S.U., 19 giugno 1996, n. 5629), assolve ad uno schema di procedimento "neutro" per la tutela contenziosa dei diritti, da ritenersi senz'altro idoneo ad assicurare tutela ai diritti soggettivi specie quando, come nel caso dell'attività bancaria, la controversia sia caratterizzata da contenuti tecnici e da fonti di conoscenza prevalentemente documentali, mentre la scelta, del decreto motivato, in deroga, alla normativa comune sui procedimenti di applicazione delle sanzioni amministrative, deve ritenersi non irragionevole, in considerazione del carattere di specialità della disciplina bancaria e creditizia e della continuità con la precedente regolamentazione della materia (principi nella sostanza riaffermati, con riguardo al D.Lgs. n. 385 del 1993, art. 145, da Corte cost. 4 marzo 1999, n. 49).

In sostanziale consonanza con la pressoché unanime dottrina (che ritiene il procedimento necessariamente improntato ai canoni fondamentali del processo civile contenzioso innanzi al tribunale), la giurisprudenza di questa corte ha, di volta in volta, ritenuto applicabili i principi della domanda e della corrispondenza del chiesto e pronunciato di cui agli artt. 99 e 112 c.p.c. (Cass. 16 maggio 2007, n. 11298; Cass. 21 febbraio 2007, n. 4019; Cass., sez. lav., 19 gennaio 2007, n. 1173, ex multis) e dei limiti alla modificabilità della domanda come individuata nella opposizione ai sensi degli artt. 183 e 184 c.p.c., (Cass. 27 giugno 2002, n. 9387;

Cass. 4 febbraio 1993, n. 1399; Cass. 30 marzo 1992, n. 3883), oltre alle regole sulla esibizione dei documenti, ai sensi dell'art. 210 c.p.c. e ss., (sia pur con riguardo alla opposizione di cui al D.Lgs. n. 385 del 1993, art. 145, Cass. 2 luglio 2003, n. 10415). Pertanto, pur avendo il giudizio ad oggetto l'accertamento di un fatto illecito, può dirsi ormai acquisito comunemente, in dottrina come in giurisprudenza, che, in concreto, il principio della domanda, applicato in sede di opposizione, comporta che la cognizione giudiziale sia circoscritta ai profili dedotti dall'opponente (onerato della allegazione dei fatti integranti la causa petendi ed il petitum, ossia a dei fatti che fondano l'opposizione), mentre limiti non meno pregnanti trovano le allegazioni dell'amministrazione, la quale non può dedurre fatti diversi da quelli posti a fondamento del provvedimento (precisa, difatti, che nè il sanzionato può modificare la domanda, ne' l'autorità può introdurre fatti diversi rispetto a quelli che hanno fondato la sanzione, Cass. 30 marzo 1992, n. 3883).

7.2.b) - Il riparto dell'onere della prova - L'elemento oggettivo dell'illecito.

L'onere che grava su ciascuna parte anche nello speciale procedimento di opposizione in esame si connota, non diversamente che nel giudizio ordinario, secondo un duplice aspetto: l'applicabilità dell'art. 2697 c.c., in ordine alla parte gravata della *demonstratio* di quanto affermato, l'utilizzabilità dell'art. 115 c.p.c., sull'ingresso dei mezzi di prova in giudizio, rimessi alla disponibilità delle parti. Sotto il primo profilo,

dispone la L. n. 689 del 1981, art. 23, comma 12, che "il giudice accoglie l'opposizione quando non vi sono prove sufficienti della responsabilità dell'opponente". La norma individua, pertanto, nell'autorità sanzionante il soggetto gravato dell'onere di dimostrare la responsabilità del trasgressore. Tale principio (sebbene non richiamato dal cit. D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 195, mentre lo è, invece, nel precedente art. 187 septies, comma 6) è ritenuto espressione dei criteri ordinari dettati in tema di onere della prova che regolano il processo civile (Cass. 7 marzo 2007, n. 5277), e dunque, come di consueto, i fatti costitutivi della pretesa sanzionatoria competono, quoad probationem, all'amministrazione, quelli estintivi, modificativi ed impeditivi all'opponente (nel procedimento di opposizione al provvedimento irrogativo di una sanzione amministrativa pecuniaria, infatti, l'amministrazione, pur essendo formalmente convenuta in giudizio, assume sostanzialmente la veste di attrice e ad essa spetta, ai sensi dell'art. 2697 c.c., fornire la prova dell'esistenza degli elementi di fatto integranti la violazione contestata e della loro riferibilità all'intimato, mentre compete all'opponente, che assume formalmente la veste di convenuto, la prova dei fatti impeditivi o estintivi: così, esplicitamente, la stessa dottrina con riguardo alle sanzioni disposte in materia bancaria e finanziaria). Sotto il secondo profilo, va preliminarmente ricordato che la disposizione della L. n. 689 del 1981, art. 23, comma 6, ("nel corso del giudizio il giudice dispone, anche d'ufficio, i mezzi di prova che ritiene necessari e può disporre la citazione di testimoni anche senza la formulazione di capitoli") non è in nessun modo richiamata nell'art. 195 cit., che postula, pertanto, lo svolgimento di un procedimento secondo il principio dispositivo, con conseguente applicazione dell'art. 115 c.p.c., sulla normale disponibilità dei mezzi di prova ad istanza di parte, senza che il giudice possa ammettere prove in modo informale, ai sensi dell'art. 738 c.p.c., essendo vincolato ai mezzi tipici ed alle iniziative istruttorie delle parti, salvo incorrere in violazione di legge avverso un decisimi così argomentato.

In linea generale, quanto alla corretta individuazione dei fatti costitutivi e dei fatti modificativo - estintivo - impeditivi, va osservato, da un canto, che tre risultano i presupposti costitutivi della sanzione: la sussistenza della norma sanzionatoria, la sua violazione per effetto di una condotta responsabile, l'atto applicativo; dall'altro, che gli argomenti enunciati dall'opponente sono i fatti contrari a quelli che fondano la situazione dell'autorità l'inapplicabilità della norma, l'insussistenza della condotta o della colpa, i vizi del provvedimento (sotto quest'ultimo profilo, peraltro, non trattandosi di uso del potere discrezionale, non sono deducibili i vizi ordinari, in particolare l'eccesso di potere, ma si chiede al giudice di valutare soltanto se la norma precettiva è stata rispettata, ossia il vizio sarà solo quello di violazione di legge).

Sulla generale premessa per cui la responsabilità va provata dall'amministrazione, questa Corte - dopo avere ribadito il pieno rispetto del principio dell'onere della prova ai sensi dell'art. 2697 c.c., in capo all'ente sanzionante - suole peraltro ricorrere con ampiezza a presunzioni idonee in ordine alla prova, da parte dell'amministrazione, dell'elemento oggettivo della condotta. Si ritiene, infatti, che, sebbene la prova della condotta illecita debba esser fornita dall'autorità, essa, peraltro, possa sempre essere desunta anche da semplici presunzioni (di recente Cass. 10 agosto 2007, n. 17615, che ammette il ricorso a presunzioni, ogni volta che "i fatti sui quali esse si fondano siano tali da far apparire l'esistenza del fatto ignoto come la conseguenza del fatto noto, alla stregua di canoni di ragionevole probabilità"). In particolare, in ordine alla condotta omissiva - e dunque in presenza di una norma di comando che imponga un *facere* - due sono i dominanti orientamenti di questa giurisprudenza di legittimità, in relazione sinergica tra loro: a) la condotta omissiva del responsabile è dimostrabile, da parte dell'autorità, mediante presunzioni; b) l'onere di provare la condotta attiva dovuta grava sul responsabile, il quale può, altresì, provare la sussistenza di elementi tali da rendere inesigibile il comportamento attivo (Cass. 22 agosto 2006, n. 18235; Cass. 24 giugno 2004, n. 11751, in tema di obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione di una società di capitali, mentre, con riguardo alla legge bancaria di cui al R.D.L. 12 marzo 1936, n. 375, conv. in L. 7 marzo 1938, n. 141, Cass., sez. I, 25 maggio 1994, n. 5107, in un'ipotesi di fatti imputati ad un direttore generale di una banca, ha dal suo canto ritenuto che, in concreto, poiché all'opponente erano stati imputati fatti omissivi, su di lui incombeva l'onere di provare di avere adempiuto

l'obbligo, senza che con ciò si realizzasse alcuna inversione del relativo principio). Nella specie, essendo i cinque illeciti contestati agli opposenti (non essersi dotati di procedure, non avere acquisito una conoscenza adeguata degli strumenti finanziari, non avere fornito agli investitori informazioni adeguate, non essersi astenuti dall'effettuare operazioni in conflitto di interessi e non avere adempiuto agli obblighi di conservare la documentazione) essenzialmente di tipo omissivo, la corte territoriale, con il provvedimento oggi impugnato, ha legittimamente e condivisibilmente riaffermato l'orientamento secondo cui la prova della condotta positiva di adempimento di un obbligo attivo spetta, a fronte della contestata omissione, al soggetto tenuto ad attivarsi (richiamando, ad abundantiam, la sentenza di queste sezioni unite del 30 ottobre 2001, n. 13533 - che, com'è noto, nella diversa materia dei rapporti contrattuali, ha sancito che il creditore, agendo in giudizio sia per l'adempimento del contratto sia per la risoluzione ed il risarcimento del danno, deve fornire la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto, potendosi peraltro limitare ad allegare l'inadempimento della controparte, su cui incombe l'onere della dimostrazione del fatto estintivo costituito dall'adempimento - , e precisando ancora come, dalla citata sentenza, discenda il principio secondo cui "in materia di onere della prova, vige in via generale - dovendosi tener conto, ai fini della certezza del diritto, dell'esigenza di riportarsi ad un criterio di massima caratterizzato, nel maggior grado possibile, da omogeneità onde evitare che le distinzioni di tipo concettuale e formale divengano fonte di difficoltà per gli operatori pratici del diritto - il principio della "vicinanza della prova", nel senso che l'onere grava in ogni caso sul soggetto tenuto ad un comportamento positivo nella cui sfera si è prodotto l'inadempimento, e che è quindi in possesso degli elementi utili per paralizzare la pretesa del creditore, fornendo la prova del fatto estintivo del diritto azionato, costituito appunto all'avvenuto adempimento": diverso il caso di inadempimento di obbligazioni negative, perché "laddove venga, dedotta la violazione di una obbligazione di non fare, la prova dell'inadempimento è sempre a carico del creditore - così, testualmente, il decreto impugnato a folio 107).

Nel predicare il principio di diritto dianzi ricordato, dapprima le sezioni unite di questa Corte con la sentenza del 2001, poi lo stesso giudice milanese con il provvedimento oggi impugnato, mostrano di aderire e di far proprio quel rigoroso e condivisibile orientamento (manifestatosi anche in dottrina) secondo il quale, per il principio di presunzione di persistenza del diritto (quale regola probatoria di equivalenza fra l'effetto di acquisto del diritto e la titolarità attuale del medesimo), una volta dimostrata l'esistenza di un diritto destinato ad essere soddisfatto entro un certo termine, grava sul soggetto passivo l'onere di provare il fatto estintivo costituito dall'adempimento, onde, sebbene l'inadempimento rappresenti elemento costitutivo della pretesa del creditore, dalla relativa prova quest'ultimo è in concreto sollevato, spettando al debitore l'onere di dimostrare l'adempimento come fatto estintivo dell'obbligazione. Altrettanto correttamente è poi richiamato il principio (predicato, tra l'altro, dalla 3^a sezione di questa Corte in tema di responsabilità professionale: per tutte Cass. 14488/04) di c.d. "vicinanza della prova", a mente del quale il relativo onere va posto a carico del soggetto nella cui "sfera di controllo" si è prodotto l'inadempimento stesso.

In definitiva, il richiamo, contenuto nei decreti della Corte d'appello impugnati, alle più recenti pronunce di legittimità in tema di riparto degli oneri probatori mira esclusivamente ad affermare che, in caso di condotta omissiva, grava sull'esponente aziendale l'onere di provare la condotta attiva tenuta e contrario, non senza aver prima evidenziato, in concreto, la sicura esistenza di una prova presuntiva delle condotte omissive. Accertata e dimostrata la materiale configurabilità di illeciti per omissionem commissa, i sanzionati avevano, pertanto, l'onere di dimostrarne l'insussistenza (ovvero la riconducibilità a dolo d'altri) attraverso la prova positiva dell'esistenza di una contraria condotta per commissionem idonea ad escluderli, in consonanza con una consolidata giurisprudenza di questa corte da cui il collegio non rinviene motivi per discostarsi.

1.2.c) - Il riparto dell'onere della prova - L'elemento soggettivo dell'illecito.

La L. n. 689 del 1981, art. 3, che si applica a tutte le sanzioni amministrative, sotto la rubrica "elemento soggettivo" dispone:

"nelle violazioni cui è applicabile una sanzione amministrativa ciascuno è responsabile della propria azione od omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa", disciplinando poi l'errore di fatto, onde "nel caso in cui la violazione è commessa per errore sul fatto, l'agente non è responsabile quando l'errore non è determinato da sua colpa". La fattispecie soggettiva dell'illecito amministrativo è, dunque, ricalcata su quella dei reati penali contravvenzionali.

Sebbene l'art. 27 Cost., comma 1, sia espressamente riconducibile alla sola responsabilità penale, con conseguente legittimità di eventuali eccezioni alla regola della responsabilità personale e colpevole da illecito amministrativo (Corte cost., ord. 21 aprile 1994, n. 159; ord. 10 dicembre 1987, n. 502; ord. 19 novembre 1987, n. 42, secondo le quali il principio costituzionale della responsabilità personale e della personalità della pena di cui al citato art. 27 concerne esclusivamente le pene vere e proprie, non le sanzioni di altra natura, come quelle di carattere amministrativo, stante la spiccata specificità e l'autonomia del sistema sanzionatorio amministrativo, retto invece dagli artt. 23 e 97 Cost., e dalla L. n. 689 del 1981, rispetto al sistema sanzionatorio penale), tali eccezioni non si rinvengono nella normativa generale di settore di cui alla L. n. 689 del 1981, e questa stessa corte di legittimità ha ancora di recente riaffermato la validità del principio della responsabilità personale dell'autore dell'illecito (Cass. 25 maggio 2007, n. 12216).

Tale criterio, sancito nel poc'anzi ricordato art. 3, e dunque previsto da una norma di legge ordinaria, risulta come tale derogabile da altra legge di uguale rango entro il limite in cui non risultino violati i precetti costituzionali di correttezza ed imparzialità della pubblica amministrazione, contenuti negli artt. 23 e 97 della Carta fondamentale: ma (nè il D.Lgs. n. 385 del 1993, art. 145, nè) il D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 195, tessono trame di responsabilità oggettiva, elevando a loro volta a presupposto della responsabilità l'imputabilità diretta alla persona fisica - che risponde per fatto proprio colpevole nelle fattispecie monosoggettive, e per il proprio colpevole contributo alla realizzazione dell'illecito in quelle plurisoggettive. Del pari, tanto il fortuito quanto la forza maggiore, pur non essendo espressamente contemplati per le infrazioni amministrative dalla l. n. 689 del 1981, sono comunemente ritenuti a loro volta ostativi ad una affermazione di responsabilità in quanto escluderebbero l'elemento psicologico (pur esistendo, in subiecta materia, un perdurante contrasto, sia pur nel diverso sottosistema della responsabilità aquiliana, in seno alla giurisprudenza di questa corte in ordine all'elemento dell'illecito che sarebbe "inciso" dal fortuito, se, cioè, quello oggetto vo costituito dal nesso di causalità ovvero quello soggettivo della colpa), sì come integrati dalla imprevedibilità ed inevitabilità del fatto estraneo. Come condivisibilmente osservato dalla migliore dottrina penalistica, nell'ambito dei reati omissivi impropri, o commissivi mediante omissione, quanto al rispettivo contenuto, "dovere di diligenza e obbligo di impedire l'evento finiscono, in concreto, con l'intersecarsi e coincidere: il garante è tenuto a fare, per impedire la verificazione di determinati eventi, quanto gli è imposto dall'osservanza delle regole di diligenza dettate dalla situazione particolare", sebbene concettualmente le due entità siano distinte; e con specifico riguardo alle sanzioni amministrative previste nel testo unico bancario, da un canto, la stessa Corte Costituzionale ha ritenuto l'elemento della colpa, anche quando non previsto dalla norma, coesistente al concetto di illecito (escludendo, in particolare - a proposito delle sanzioni in materia di attività creditizia -, che i dirigenti responsabili possano subire sanzioni indipendentemente da esso), dall'altro, questa Corte di legittimità avrebbe riaffermato - sempre con riguardo alle sanzioni in materia bancaria agli esponenti aziendali per violazione dei propri doveri di controllo e vigilanza sugli autori diretti del comportamento illecito -, che la responsabilità gravante sugli autori materiali richiede sempre almeno la colpa quanto agli amministratori, ai direttori, ai sindaci - pur non mancandosi di precisare come, in ipotesi di omessa vigilanza su altri soggetti o su interi uffici, specialmente allorché l'intera struttura sia disorganizzata o agisca sistematicamente in modo irregolare, sia legittimamente ritenuto responsabile il soggetto che ricopre una carica da cui derivi l'obbligo di controllo e vigilanza (Cass. 25 maggio 1994, n. 5107).

In ordine all'ignoranza incolpevole della illiceità del fatto (L. n. 689 del 1981, art. 3, comma 2; art. 5 c.p.) risultano poi ampiamente definiti i presupposti che integrano la relativa fattispecie. Si richiede, difatti, il concorso di un elemento positivo esterno,

idoneo ad indurre il soggetto in errore ed estraneo alla sua condotta, non ovviabile con ordinaria diligenza e prudenza (nel senso che risulti che il trasgressore abbia fatto tutto quanto possibile per conformarsi al precetto di legge), ed un elemento negativo "interno", inteso nel senso che nessun rimprovero possa essere mosso all'agente (da ultimo, Cass. 18 dicembre 2008, n. 29709; 8 ottobre 2008, n. 24812; 11 giugno 2007, n. 13610), con l'ulteriore precisazione per cui la particolare qualità professionale del soggetto, anche con riguardo alla carica ricoperta, rende esigibile un maggior grado di diligenza - e quindi non configurabile l'errore sulla illiceità del fatto (ove l'ignoranza interessi un operatore professionale, egli è pertanto gravato ipso facto di un dovere di conoscenza e di informazione in ordine ai limiti e condizioni del proprio operare particolarmente intenso, con l'effetto che la sua condotta, sotto il profilo considerato, deve essere valutata con maggior rigore: così Cass. 22 novembre 2006, n. 24803; 11 ottobre 2006, n. 21779; 13 settembre 2006, n. 19643).

Tanto premesso, per quanto più specificamente attiene al tema proposto con il trentacinquesimo motivo del ricorso, che ha concorso alla rimessione del procedimento a queste sezioni unite, la questione, cioè, del soggetto gravato dall'onere di provare la colpa, del tutto consolidato può dirsi, in subiecta materia, in seno alla giurisprudenza di legittimità, il principio della c.d. presunzione di colpa, rettalmente inteso (non nel senso della immotivata e irragionevole inversione tout court dell'onere della relativa prova, ma) nel senso che, una volta integrata e provata la fattispecie tipica dell'illecito, il trasgressore viene gravato dell'onere di provare di aver agito in assenza di colpevolezza. Queste stesse Sezioni Unite hanno, difatti, da tempo hanno affermato che spetta a colui che ha trasgredito la norma dimostrare di aver agito senza colpa o dolo con riguardo all'illecito amministrativo in generale, poiché "alla luce del disposto della L. 24 novembre 181, n. 689, art. 3, modellato sull'art. 52 c.p., comma 4, per le violazioni colpite da sanzione amministrativa è richiesta la coscienza e volontà della condotta attiva e omissiva, sia essa dolosa e colposa, ed il principio deve essere inteso nel senso della sufficienza dei suddetti estremi, senza che occorra la concreta dimostrazione del dolo o della colpa, nel senso che dalla norma si desume altresì una presunzione di colpa in ordine al fatto vietato a carico di colui che lo abbia commesso, incombendo a questi l'onere di provare di avere agito senza colpa" (Cass., sez. un., 6 ottobre 1995 n. 10508, cui si sono in seguito uniformate le sezioni semplici con le sentenze di cui a Cass. 21 gennaio 2009, n. 1554/ 12 giugno 2007, n. 13610; 25 ottobre 2006, n. 22890, tra le tante conformi), ribadendosi poi il principio anche nello specifico ambito del testo unico della intermediazione finanziaria, ove più volte si è affermata l'esistenza di una presunzione iuris tantum di colpa di chi, nel rivestire una delle qualità che la legge espressamente contempla come costitutive dell'obbligo di tenere un comportamento diverso, ponga in essere o manchi di impedire un fatto vietato; e giudicandosi così legittima l'irrogazione della sanzione in assenza di prove idonee a superare la presunzione di colpa in relazione proprio a quei soggetti che il testo unico individua come potenziali responsabili delle violazioni (cioè di coloro che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo, in capo ai quali grava una presunzione relativa di colpevolezza che essi hanno l'onere di superare apportando deduzioni e prove atte a dimostrare la propria estraneità ai fatti, o l'impossibilità di evitarli tramite un diligente espletamento dei compiti connessi alle cariche ricoperte:

da ultimo, Cass., 28 febbraio 2008, n. 5239).

Non ignora il collegio che il principio della presunzione iuris tantum di colpa (peraltro condiviso anche da una recente giurisprudenza amministrativa: Cons. Stato, sez. 6^a, 30 gennaio 2007, n. 341), non si è sottratto ad una serrata critica di quella parte della dottrina che, con riferimento alle sanzioni amministrative in generale, fonda su argomentazioni riprese oggi dai ricorrenti l'anelito ad un radicale revirement sulla questione da parte di questa corte di legittimità.

A mente di tali critiche, l'"univocità del quadro normativo" che emergerebbe dalla L. n. 689 del 1981, sarebbe, difatti, "tale da negare ogni spazio di legittimità all'inversione, totale o parziale, dell'onere probatorio in tema di colpa in senso sfavorevole al trasgressore"; in particolare, "le previsioni espresse di presunzione di colpa a carico dell'agente, contenute nella L. n. 689, art. 2, comma 2, e nell'art. 6, commi 1 e 2, dimostrerebbero che, se il legislatore si è preoccupato di esplicitare per

specifici casi che il sanzionando è tenuto a provare l'assenza di colpa nella sua condotta, con queste eccezioni si è voluto implicitamente confermare la regola generale rappresentata dalla presunzione di non colpevolezza". Nondimeno, sotto il profilo processuale, l'art. 23, starebbe a confermare che, di regola, "il trasgressore non è tenuto ad addurre prove a sostegno della propria innocenza ma è l'organo procedente a doverne provare la colpevolezza", salve le ricordate eccezioni afferenti a peculiari ipotesi "critiche", nelle quali sarebbe troppo agevole per il sanzionando sfuggire all'accertamento. Non diversamente, con specifico riferimento al D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 195, si è affermato che la tesi tradizionale condurrebbe inammissibilmente a concludere - ove al riguardo risultassero alfine carenti deduzioni e prove a discarico - che la sola circostanza di ricoprire una delle cariche previste dalla legge sarebbe sufficiente a fondare una pronuncia predicativa della sussistenza del requisito soggettivo dell'illecito, così, peraltro, consentendosi, al di là delle apparenze, la configurazione di una vera e propria responsabilità oggettiva.

Di converso, i principi costantemente affermati dalla giurisprudenza di questa corte hanno trovato conforto in seno ad altra corrente dottrina, sulla condivisa premessa secondo cui la regola iuris di cui alla L. n. 689 del 1981, art. 3, vada necessariamente coordinata tanto con il D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 190, - il quale contempla una serie assai ampia di illeciti c.d. "di mera trasgressione" -, quanto con la attuale realtà macro - societaria in cui è destinato ad operare la singola persona fisica, inserita in una fitta rete di rapporti che collega i diversi livelli dell'organizzazione aziendale (e, in particolare, deleganti e delegati). Il D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 190, disciplina infatti una serie di fattispecie a carattere ordinatorio, destinate a salvaguardare procedure e funzioni ed incentrate sulla mera condotta, secondo un criterio di agire o di omettere doveroso. Ed è innegabile come, negli illeciti di mera trasgressione, la loro stessa morfologia renda impossibile individuare, sul piano funzionale, un'intenzione o una negligenza nell'azione, ossia una condotta esterna onde ricostruire i tratti dell'atteggiamento interiore: l'azione, dolosa o colposa che sia, esaurendosi in una mera trasgressione, si identifica allora con la condotta inosservante (la c.d. *suitas*), la quale appare neutra proprio sotto l'ulteriore profilo del dolo o della colpa. Ciò perché la condotta illecita, in tal caso, è priva di un risvolto naturalistico e non fornisce indizi percepibili dell'atteggiamento soggettivo e psicologico, onde la tipicità del dolo o della colpa si riducono alla mera "suità" della condotta inosservante, il cui aspetto esteriore appare compatibile con entrambi i possibili atteggiarsi dell'elemento soggettivo dell'illecito. Così, tanto in caso di illecito monosoggettivo di mera trasgressione, quanto in caso di concorso omissivo nell'illecito medesimo (e con riferimento tanto a un divieto quanto a un comando), la mancanza di indizi visibili da cui inferire l'atteggiamento colpevole induce legittimamente a presumerlo entro la (soddisfacente) dimensione della *suitas* della condotta, e ciò per evitare impraticabili e defatiganti indagini di tipo introspettivo dal punto di vista dell'accertamento processuale, ove la mancanza in rerum natura di un'azione che rechi le stimmate di un atteggiamento predicabile come colpevole consente ed anzi impone al giudice di limitarsi ad individuare l'autore imputabile dell'inosservanza, senza necessità di ulteriori indagini in ordine ad una condotta da verificarsi come modulata sul piano del dolo o della colpa. In questi sensi ed entro questi limiti va pertanto condiviso l'acuta riflessione della migliore dottrina penalistica secondo cui il giudizio di colpevolezza è un giudizio "normativo", inteso sia come verifica della mancanza di elementi di inesigibilità, sia come valutazione legale del processo motivazionale, così che per autori "normali" che agiscono in situazioni "normali" si può supporre la rimproverabilità della condotta, una volta constatata con certezza la *suitas*, qualora possa specularmente escludersi l'esistenza di circostanze anomale che abbiano reso incolpevole il comportamento trasgressivo e, dunque, inesigibile quello osservante. Il giudizio di "colpevolezza colposa" è ancorato, dunque, a parametri normativi, esterni al dato puramente psicologico.

Tale, condivisibile impostazione del problema della prova dell'elemento soggettivo è del tutto idonea, a giudizio di queste sezioni unite, a fondare, *mutatis mutandis*, la legittimità della c.d. "presunzione di colpa", e della conseguente "inversione" dell'onere probatorio: sarà lo stesso autore "normale" - e dunque presuntivamente

colpevole - che dovrà allegare quelle circostanze "anomale" impeditive di un giudizio di riprovevolezza, non potendo essere chiamato ad impossibilia.

In particolare, quanto all'omissione di vigilanza - tipica di numerose fattispecie di illeciti amministrativi di cui al testo unico dell'intermediazione finanziaria - essa risulta ontologicamente incompatibile con l'effettiva rappresentazione degli illeciti da impedire, mentre è perfettamente compatibile con la loro "rappresentabilità" - e, dunque, con la colpa: l'inosservanza dei doveri di informazione/sorveglianza varrà, quindi, a fondare la legittimità una sanzione "colposa" laddove seguano illeciti del delegato, poiché non occorre, per la configurabilità di illeciti di tal guisa, la prova che il "garante primario" conoscesse in concreto ogni aspetto dell'attività posta in essere dai "garanti secondari", essendo viceversa sufficiente la sola "potenzialità di conoscenza", legittimamente destinata a presumersi, salva la prova di fatti impediendi (ovvero salva la prova che anche l'osservanza dei doveri di controllo, in ogni suo aspetto, non sarebbe servita a conoscere ed evitare le condotte trasgressive altrui, come nell'ipotesi di doloso camuffamento dello scorretto operare da parte dei delegati, ossia, come ancora condivisibilmente osserva una acuta dottrina, "salva la difficile prova di una convincente, seria e ben organizzata mise en scene di liceità, poco o punto smascherabile attraverso i normali flussi informativi").

Alla luce di tali, assorbenti considerazioni, il motivo di ricorso va respinto, e vanno conseguentemente tenuti fermi e ribaditi, in questa sede, tutti i principi ormai consolidati in seno a questa giurisprudenza di legittimità in tema di elemento oggettivo dell'illecito, di riparto dell'onere della, prova, in materia di illeciti omissivi, di ammissibilità della prova presuntiva dell'illecito amministrativo, di ammissibilità della c.d. "presunzione di colpa" in ordine al fatto vietato a carico di colui che lo ha commesso, e ciò tanto con riguardo alla materia delle sanzioni amministrative in generale, quanto nello specifico ambito del testo unico della finanza.

8) Le ulteriori questioni di diritto sollevate con il ricorso. 8.a.) - L'inesistenza delle notificazioni delle contestazioni ai ricorrenti Gramat, Merle, Autheman, Hockman.

Le censure variamente rappresentate e argomentate nei motivi da 1 a 10 del ricorso (supra, p. 4), ripropongono, nella sostanza, questioni già affrontate e (correttamente) risolte dalla corte territoriale. Tutte le critiche mosse alla pronuncia del giudice milanese (inesistenza a vario titolo, e conseguente insanabilità, delle singole notificazioni; inapplicabilità della disciplina della sanatoria degli atti processuali agli atti amministrativi, mancata allegazione all'atto di contestazione dell'avviso di ricevimento notificato all'Authemann; mancata notificazione delle contestazioni all'Hockmann) sono difatti destinate ad infrangersi sul corretto e da questa corte condiviso impianto motivazionale che sorregge il decisum oggi contestato in parte qua, del tutto scevro da errori logico-giuridici nella parte in cui, con esso:

- si rileva (f. 39 del decreto impugnato) come tutti i soggetti abbiano comunque tempestivamente presentato articolate deduzioni difensive - onde la legittima conclusione che essi avessero piena conoscenza delle contestazioni, dei fatti addebitati e delle relative sanzioni, corredata dall'ulteriore, non contestabile corollario secondo il quale non di inesistenza, ma di mera irregolarità della notificazione fosse lecito discorrere (sull'impossibilità di considerare la notificazione inesistente in ipotesi - qual quella di specie - di potenziale collegamento tra il destinatario e il luogo di notifica è la consolidata giurisprudenza di questa Corte: Cass. 18822/06 e 17054/05, tra lo molte conformi), vizio più lieve e senz'altro sanato dalla presentazione in termini delle cennate difese (specificandosi inoltre che l'ambito di rilevanza della questione della tardività, circoscritto al problema della decorrenza dei termini difensivi e della conseguente decadenza, risultava comunque, nella specie ininfluenza, non avendo minimamente inciso sul diritto di difesa degli opposenti);

si rileva (f. 40 del decreto impugnato) che la nota di contestazione indirizzata al Gramat era stata infruttuosamente inviata tanto al domicilio indicato dalla Banca di Francia quanto a quello della società Eurazeo, del cui consiglio di amministrazione egli era membro, di talché la mera allegazione di una certificazione anagrafica non era idonea a dimostrare una negligenza della Consob nella misura in cui l'autorità di vigilanza, correttamente, aveva osservato la disposizione della L. n. 689 del 1981, art. 14, che rendeva addirittura non obbligatoria la notifica in caso di residenza estera sconosciuta (quanto, in particolare, all'applicabilità, in subiecta materia, del principio

di buona fede che impedisce di far carico alla P.A. delle conseguenze dei dati errati ad essa forniti, Cass. 157/03 e, per la giurisprudenza amministrativa, Cons. Stato 4239/01);

si rileva (f. 41 del decreto impugnato) che la notificazione al Merle era comunque avvenuta ex art. 143 c.p.c., nonostante essa non fosse obbligatoria per le stesse motivazioni svolte con riferimento alla posizione Gramat;

si rileva (ff. 41 - 42 del decreto impugnato) che la notificazione all'Autheman era stata effettuata nei luoghi a lui riferibili secondo le indicazioni fornite dalla stessa banca di appartenenza del notificando, con conseguente, legittima desumibilità della circostanza per cui la notificazione era stata inviata all'ultimo domicilio noto, come tale avente sicuro e concreto riferimento con il destinatario.

A tale, condivisibile motivazione va ancora aggiunto che gli eventuali vizi del provvedimento riferibili a vizi del procedimento (ovvero alla forma degli atti) non sono, a giudizio di questa Corte, nella specie rilevanti, in quanto risulta palese tanto la natura vincolata del provvedimento stesso quanto la immodificabilità del relativo contenuto (in argomento, queste sezioni unite, con la sentenza 24.1.05 n. 1362, hanno già avuto modo di affermare, con motivazione dalla quale il collegio non intende discostarsi, che le sanzioni amministrative irrogate per la violazione delle norme in tema di intermediazione finanziaria ne postulano una irredimibile tassatività, e il D.Lgs. n. 58 del 1998, stessi artt. 188 - 195, non lasciano dubbi in proposito, risultando incontestabile espressione del principio stabilito in via generale dalla L. n. 689 del 1981, art. 1).

Tanto è a dirsi ai sensi e per gli effetti della L. n. 15 del 2005, art. 21 octies, norma la cui natura processuale (e la cui conseguente applicabilità ex tunc) è facilmente desumibile dal disposto del suo secondo comma (a mente del quale il provvedimento non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello adottato), e la cui ratio (sulla quale, funditus, Cons. di Stato 5419/06) è indiscutibilmente da rinvenirsi nell'intento di sanare, con efficacia retroattiva, tutti gli eventuali vizi procedurali non influenti sul diritto di difesa in relazione a provvedimenti vincolati adottata in una materia l'intermediazione finanziaria - in cui il bilanciamento, anche costituzionale, dei valori individuali e collettivi destinati a tutela consente al legislatore ordinario interventi che privilegino la tutela del risparmio e della trasparenza e buon andamento dei mercati e delle operazioni finanziarie (per la natura processuale della disposizione in esame si è, d'altronde, espressa la quasi unanime giurisprudenza amministrativa: Cons. di Stato 4614/07, 6194/06, 2763/06, 5969/05;

Tar Lazio 345/07, 6359/05, 6358/05; Tar Sicilia 14/06; Tar Liguria 1408/05. In senso opposto, per la natura sostanziale della norma, la sola pronuncia di cui a Cons. Stato 1307/07).

Tanto premesso (e rilevato altresì in limine l'infondatezza della censura, di cui al secondo motivo di ricorso relativo alla posizione dell'Hockmann, per il quale valgono evidentemente le motivazioni di cui al f. 39 del decreto in relazione alle difese dal medesimo ritualmente svolte - onde escludere ogni ipotesi di inesistenza della notificazione - da leggersi sinergicamente con quanto dianzi rilevato in tema di applicabilità dell'art. 21 octies), i motivi in esame devono essere rigettati.

8.b) - L'illegittimità della procedura sanzionatoria per inesistenza della motivazione.

Anche censure sollevate con i motivi dall'11[^] al 16[^] del ricorso (supra, p. 5) ripropongono a questa corte, nella sostanza, questioni esaminate e (correttamente) risolte dalla corte territoriale. Lamentano i ricorrenti la mancata rilevazione, da parte del giudice milanese, di una sostanziale inesistenza (sia pur per relationem) di qualsivoglia motivazione della contestazione e della proposta di sanzioni provenienti dalla Consob (che si sarebbe nella specie limitata ad approvare quanto disposto dal proprio ufficio di vigilanza ispettiva interno).

Le doglianze sono destituite di fondamento.

Esse risultano contraddette dall'assorbente considerazione (che questa Corte ha già avuto modo di esprimere con la sentenza n. 21594 del 2004) secondo la quale nessuna concreta rilevanza sono destinati ad assumere gli eventuali vizi inerenti la sola motivazione dei provvedimenti de quibus alla luce della natura e dell'oggetto del

giudizio di opposizione, in seno al quale il sindacato del giudice (destinato ad estendersi all'intero rapporto sanzionatorio) abbraccia la stessa validità sostanziale del provvedimento impugnato attraverso un autonomo esame dei presupposti di fatto e di diritto dell'illecito contestato (onde nessun autonomo rilievo sono destinati ad assumere gli eventuali vizi del provvedimento relativi all'omessa valutazione delle deduzioni difensive dell'incolpato da parte dell'autorità, inidonei ex se a produrre un effetto invalidante sul provvedimento).

Esse risultano altresì superate dall'assorbente considerazione, già svolta nell'esaminare i motivi che precedono (supra, sub 8 - a), secondo cui l'art. 21 octies poc'anzi citato spiega efficacia sanante dei vizi lamentati, attese (contrariamente a quanto opinato dai ricorrenti) la sua certa applicabilità alla fattispecie in esame, attese il carattere di norma processuale.

Quanto, in particolare, alla lamentata inesistenza della motivazione, la censura risulta del tutto infondata nel merito, come osservato dalla corte milanese (ff. 47 ss. del decreto impugnato) nella parte in cui correttamente e condivisibilmente si evidenzia come l'obbligo di motivazione vada pur sempre individuato e valutato in funzione del suo scopo - quello, cioè, di consentire al destinatario della sanzione la tutela dei propri diritti -, opinandosi ancora, con argomentazioni del tutto esenti da vizi logico-giuridici, che lo scopo medesimo sia stato ampiamente realizzato, nella specie, attraverso una (del tutto legittima: e pluribus, Cass. 28238/08) opera di relatio ad atti individuati in modo preciso ed in equivoco, nonché rientranti nella sfera di conoscibilità dell'interessato onde consentirgli una perfetta conoscenza del contenuto sostanziale dell'addebito (non senza osservare, ancora, come l'attività istruttoria demandata agli uffici interni della Commissione faccia comunque capo a quest'ultima, quale unico soggetto giuridico dotato di rilevanza esterna, al di là ed a prescindere da eventuali ripartizioni interne di competenze e attribuzioni - onde tutti i risultati delle rispettive incombenze specifiche sono destinati a confluire e a formare l'unica volontà dell'organo a rilevanza esterna).

8.c) - La violazione del diritto del ricorrenti a prendere visione degli atti del procedimento.

Le doglianze relative al diritto di accesso costituiscono oggetto del diciassettesimo e diciottesimo motivo di ricorso (supra, p. 7). Esse sono destituite di fondamento.

- Quanto alla presunta omissione, da parte della Consob, della comunicazione, attraverso le lettere di contestazione, dell'ufficio presso cui il diritto di accesso poteva essere esercitato, già il giudice di merito ne ha rilevata la totale mancanza di riscontri fattuali, specificando come, in calce alle singole lettere di contestazione degli addebiti, risultasse viceversa apposta un'informazione del tutto completa ed esauriente, corredata dell'indicazione del responsabile del procedimento e pertanto idonea a consentire a ciascuno dei destinatari di esercitare il diritto di accesso agli atti di cui alla L. n. 241 del 1990, art. 22 e ss., (f. 49 - 50 del decreto impugnato): tale esauriente e condivisibile motivazione resiste, pertanto, alle critiche mosse dai ricorrenti con il diciassettesimo motivo di doglianza.

- Quanto alla violazione del diritto di accesso, per essere stato questo consentito in misura soltanto parziale, queste sezioni unite condividono in toto le osservazioni svolte dalla corte territoriale in ordine alla totale mancanza di qualsivoglia, significativa rilevanza delle parti dell'accertamento coperte da omissis e poi disvelate all'esito della sentenza 2068 del Consiglio di Stato (resa al termine del giudizio amministrativo introdotto dai ricorrenti ai sensi della L. n. 241 del 1990, art. 25), che nulla aggiunsero, nella sostanza, al contenuto degli addebiti e al relativo fondamento probatorio, attese la inidoneità ad incidere sulla sostanza del nucleo fattuale posto a fondamento delle contestazioni e sulla coerenza dell'iter logico - giuridico destinato a sorreggere l'esercizio della potestà sanzionatoria, oggi non diversamente da allora invano censurata dai ricorrenti. Questa corte non può che confermare, pertanto, le considerazioni svolte in parte qua. dal giudice territoriale (ff. 55 - 59 del decreto impugnato), che del tutto correttamente individua nella motivazione dell'atto di contestazione degli addebiti e nei relativi allegati un corpus provvedimentale del tutto idoneo a far comprendere a ciascuno dei destinatari le effettive ragioni dell'incolpazione, e desume, altrettanto correttamente sul piano logico, dalla sostanziale e coerente "stabilità" delle difese dei destinatari delle sanzioni rispetto alle

nuove conoscenze conseguenti al di svelamento degli omissis la sostanziale irrilevanza di questi ultimi (nè va sotto altro e più generale profilo omesso di considerare, in subiecta materia, il dictum del giudice delle leggi di cui alla sentenza 26.1.2005, n. 32, che, dichiarata la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale del D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 4, comma 10, - sollevata in riferimento agli artt. 3, 24, 76 e 97 Cost., - nella parte in cui assoggetta al segreto d'ufficio l'intera documentazione in possesso della CONSOB in ragione dell'attività di vigilanza, afferma non ravvisarsi alcuna violazione del diritto di difesa, ne' alcuna irragionevolezza della disposizione censurata in quanto, contrariamente a quanto sostenuto dal remittente, la stessa disciplina dell'accesso ai documenti, acquisiti dalla CONSOB in ragione della sua attività di vigilanza, non si sostanzia in un divieto assoluto, mentre l'impossibilità di accedere alla documentazione in riferimento alla quale viene adottato il provvedimento conclusivo del procedimento svolto dalla CONSOB contempera non irragionevolmente l'interesse del destinatario del provvedimento e le garanzie delle quali l'attività di vigilanza deve essere circondata per risultare funzionale alle finalità cui essa è preordinata, sicché la disposizione censurata appare ispirata al criterio di buon andamento dell'amministrazione e di imparzialità dell'azione amministrativa).

8.d) - La ritenuta sanzionabilità degli amministratori e dei sindaci I motivi dal diciannovesimo al ventiduesimo censurano il decreto impugnato per aver irrogato le sanzioni opposte anche agli amministratori e ai sindaci del gruppo (supra, p. 8). Anche sotto tale profilo, le doglianze costituiscono riproduzione pressoché integrale di quanto già lamentato dalle difese dei ricorrenti in sede di opposizione.

Anche con riferimento a tali doglianze, questa corte non può che rilevare la assoluta correttezza logico-giuridica e la assoluta condivisibilità del ragionamento (e del relativo sillogismo) probatorio così come ampiamente e rigorosamente sviluppato dalla corte milanese (ff. 60 ss. del decreto oggi impugnato) che, premesse in limine alcune, più generali considerazioni sul tema dell'elemento soggettivo dell'illecito (sulle quali, amplius, supra sub 7/b), e dopo aver evidenziato, puntualmente e analiticamente, contenuto portata e limiti della responsabilità degli amministratori (in particolare, ai ff. 65 - 69), sottolinea poi, in particolare, come la complessa articolazione della struttura organizzativa della banca sotto alcun profilo potesse comportare, ipso facto, un affievolimento del potere - dovere di vigilanza a carico degli amministratori medesimi. Nè, per altro verso - soggiunge, ancora condivisibilmente, la corte territoriale - i segnali "tranquillizzanti" emersi dalle relazioni di servizio provenienti dal controllo interno potevano ritenersi idonei a giustificare l'omissione del dovere di una adeguata vigilanza (non senza considerare ancora che la misura delle singole sanzioni pecuniarie irrogate era stata, all'uopo, diversamente graduata proprio sulla base del tipo e dell'entità delle rispettive responsabilità, delle cariche rivestite, delle specifiche funzioni svolte, della durata degli incarichi di ciascuno degli incolpati - tenendo rigorosamente in conto, in definitiva, il diverso grado di partecipazione ai processi decisionali e la conseguente responsabilità sul piano operativo e psicologico). A tale, rigorosa architettura motivazionale è ancora opportuno aggiungere che, alla luce di una condivisibile e condivisa giurisprudenza di questa stessa corte di legittimità (Cass. 24 giugno 2004, n. 11751), dalla quale il collegio unite non vede motivo per discostarsi, in tema di obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione di una società di capitali, questo non viene meno neppure nell'ipotesi di attribuzioni assegnate espressamente al comitato esecutivo o ad uno (ovvero ad alcuni soltanto) dei componenti del consiglio di amministrazione: poiché la L. 24 novembre 1981, n. 689, art. 6, prevede la responsabilità solidale di chi viola il dovere di vigilanza, salvo che non provi di non aver potuto impedire il fatto, il componente del consiglio di amministrazione di una società di capitali, chiamato a rispondere come coobbligato solidale per omissione di vigilanza, non può sottrarsi alla responsabilità adducendo che le operazioni integranti l'illecito sono state poste in essere, con ampia autonomia, da altro soggetto che aveva agito per conto della società".

A non diversa soluzione perviene (ancora una volta, del tutto condivisibilmente) la corte territoriale con riguardo alla ritenuta responsabilità dei sindaci del gruppo, in capo ai quali esattamente si sottolinea l'esistenza di un obbligo di vigilanza in

funzione non soltanto della salvaguardia degli interessi degli azionisti contro eventuali atti di abuso di gestione da parte degli amministratori - come di norma nelle ordinarie vicende societarie: Cass. 16608/03 -, ma anche di controllo del corretto operato (secondo parametri procedurali dettati dalla normativa regolamentare Consob) dell'intermediatrice - attesa la peculiarità dell'attività economica svolta - a garanzia degli investitori, rilevandosi, per converso, come le accertate infrazioni in ordine alla costituzione di un indipendente ed efficiente sistema di controllo avessero potuto trovare realizzazione proprio in conseguenza delle rilevate carenze strutturali delle discipline operative adottate, mentre un vero e proprio obbligo legale di denuncia immediata ("senza indugio", D.Lgs. n. 58 del 1998, ex art. 8) alla Banca d'Italia e alla Consob gravava sull'intero collegio sindacale proprio in relazione a fenomeni ("tutti gli atti o fatti"), quali quelli di specie, integranti violazione delle norme dettate in tema di intermediazione mobiliare, destinata ad un'attività di costante e penetrante vigilanza, tra l'altro, proprio dell'adozione di quelle procedure la cui clamorosa deficienza era poi stata patentemente constatata.

Inconferente risulta, pertanto - come correttamente rileva il giudice dell'opposizione - il reiterato richiamo delle difese dei sindaci incolpati al codice di autodisciplina delle società quotate in borsa, attesa l'ampiezza dell'ambito dei doveri riconducibili alla prestazione dei servizi di investimento e specificamente posti a tutela degli investitori non meno che dell'integrità e del buon funzionamento del mercato, mentre la irrilevanza degli omissis disvelati all'esito della già ricordata sentenza del Consiglio di Stato (sulla quale, *amplius*, *supra*, *sub c*) doveva ritenersi sicura conferma dell'infondatezza delle tesi difensive volte invece a contestare la predicabilità dell'elemento soggettivo in capo ai sindaci, atteso, anche in questo caso, che la natura "tranquillizzante" delle relazioni degli organi interni preposti appariva conferma del fatto che, in un'organizzazione di servizi lacunosa, strumenti operativi inadeguati e procedure di controllo inadeguate non avrebbero mai consentito l'emersione dei gravi fatti poi in concreto verificatisi (così, del tutto condivisibilmente, il decreto impugnato ai ff. 70 - 76).

8. e) - La violazione del principio di legalità delle sanzioni amministrative.

I motivi dal 23 al 26 (*supra*, p. 9) censurano il decreto impugnato sotto il profilo della (pretesa) violazione dei principi di legalità e di tassatività delle sanzioni amministrative.

Essi risultano, ancora una volta, la costante ripetizione di doglianze già svolte dinanzi al giudice dell'opposizione e da questi disattese (ff. 76 ss. del decreto impugnato) con motivazione puntuale, esauriente, del tutto immune da vizi logico - giuridici, che questa corte interamente condivide e intende far propria, con peculiare riferimento alla parte in cui viene correttamente sottolineato:

1) quanto al principio di legalità, come nessuna violazione risulti, nella specie, seriamente predicabile in relazione alla vicenda sanzionatoria oggetto del giudizio (sulla legittima premessa della non riconducibilità delle sanzioni amministrative alle norme di cui agli artt. 25 e 27 cost., afferenti alle sanzioni penali, quanto piuttosto a quelle di cui agli artt. 23 e 97 della Carta fondamentale, *ex multis*, Corte cost. 245/03, 250/92, 447/88, 19/70), atteso che la tipicità dei procedimenti amministrativi sanzionatori (sancita, in linea generale, per tutti gli illeciti amministrativi, dalla legge fondamentale del 1981) deve ritenersi del tutto legittimamente derogabile in presenza di disposizioni di pari forza e grado, quali certamente risultano le norme dettate in tema di intermediazione finanziaria, creditizia e bancaria, segnatamente (con riferimento al caso di specie) il più volte citato D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 190, contenente una evidente (sia pur parziale), legittima, motivata deroga alla *lex generalis* di cui all'art. 1, della normativa del 1981, attribuendo all'autorità di vigilanza la facoltà di integrare la disciplina sanzionatoria legale con l'adozione di provvedimenti di natura regolamentare. Al di là ed a prescindere dalla questione (del tutto teorica, che non vede la dottrina amministrativa a tutt'oggi concorde) se, attraverso il meccanismo del regolamento "delegato" o "autorizzato" si realizzi un fenomeno di delegificazione della materia, ovvero si possa (più propriamente) opinare che la disposizione regolamentare assurga a rango di norma primaria per effetto del "trascinamento di forza" operato dalla legge delega, è indubitabile come la fonte incriminatrice punitiva possa e debba essere ricercata, nella specie, anche nelle

disposizioni regolamentari per essere ciò consentito da espressa disposizione di una legge speciale la quale, *ratione temporis atque materiae*, risulta evidentemente (quanto legittimamente) derogatoria (a far tempo già dal procedimento di contestazione delle violazioni) rispetto alla *lex (prior) generalis*;

2) quanto al principio di tassatività (del quale si assume la violazione per presunta illegittimità di una contestazione di inosservanza di disposizioni limitate a dettare linee di indirizzo secondo principi generali e di massima, così lasciando - nella sostanza - affatto indeterminate le condotte prescritte o vietate), come la genericità della previsione normativa risulti, nella specie, legittimamente integrata dalla motivazione - rigorosa, specifica, esauriente - del provvedimento irrogati vo della sanzione non meno che dalla motivazione del decreto del giudice dell'opposizione (restando in tal modo del tutto assicurato e garantito all'incolpato il più ampio e incondizionato diritto di difesa ex art. 24 Cost.). Come correttamente osservato dalla corte territoriale, l'invocato principio di tassatività, non riconducibile all'art. 25 Cost., non è destinato ad operare con la medesima intensità nella sfera dell'illecito amministrativo e in quella del reato penale, specie in una materia contraddistinta da specifiche e per certi versi uniche peculiarità - quale l'intermediazione finanziaria, ove si configurano condotte e comportamenti in ipotesi contrarie all'interesse dei risparmiatori e del mercato, di talché in alcun modo e sotto alcun profilo è lecito discorrere di norma sanzionatorie "in bianco", essendo i poteri regolamentari della Consob rigorosamente individuati ex ante secondo principi e direttive contenute in fonti primarie, onde la relativa portata precettiva si sostanzia in una analitica specificazione di contenuti già sufficientemente delineati dalla legge (in senso analogo, *funditus*, Cass. 5743/04, senza dimenticare, ancora, come la giurisprudenza della prima sezione di questa stessa corte, con la sentenza 13.7.1990, n. 7262, abbia avuto modo di affermare un principio di diritto che, pur nella evidente dissonanza rispetto alla fattispecie oggi portata all'esame di questo collegio, non può che apparire indiretta conferma della bontà del *decisum* adottato dalla corte milanese con il decreto opposto: si legge, difatti, nella motivazione di quella pronuncia, che in tema di infrazioni amministrative, qualora, dopo la contestazione della violazione in conformità della normativa all'epoca vigente, sopravvenga una nuova disciplina legislativa, applicabile al fatto, l'irrogazione della sanzione pecuniaria, in conformità dello *ius superveniens*, con ordinanza - ingiunzione, non esige un'ulteriore contestazione, ove l'illecito, ancorché con differente definizione giuridica, rimanga inalterato nel nucleo essenziale dei relativi fatti costitutivi, non verificandosi alcun effetto negativo sul contraddittorio e sul diritto di difesa dell'incolpato, mentre non rileva, quale ragione ostativa all'adozione del provvedimento sanzionatorio, che l'incolpato medesimo, dopo aver deciso di non avvalersi della definizione con pagamento in misura ridotta, non abbia potuto rivedere il proprio atteggiamento in proposito alla luce della nuova norma, in considerazione dell'irrevocabilità della relativa scelta). 8. f) L'insussistenza nel merito degli addebiti contestati ai ricorrenti - La quantificazione della sanzione.

I motivi dal ventisettesimo al trentanovesimo contestano, poi, la sussistenza nel merito degli addebiti contestati ai ricorrenti (in particolare, quanto al primo addebito, con i motivi 27 - 34, quanto ai rimanenti secondo, terzo, quarto e quinto, con le doglianze 35 - 39).

Il quarantaduesimo motivo lamenta la omessa, contraddittoria e insufficiente motivazione in ordine alla quantificazione delle sanzioni in capo al presidente di banca Intesa, dei membri dei comitati esecutivi e dei presidenti dei collegi sindacali delle banche del gruppo.

Il quarantatreesimo motivo lamenta vizi motivazionali con riguardo alle posizioni dei ricorrenti D'Alì Staiti e Cerutti. Il quarantaquattresimo motivo censura la motivazione del provvedimento impugnato con riferimento al periodo di durata delle cariche sociali dei ricorrenti Passera, Fassati, Civaschi e Anselmi. Del trentacinquesimo motivo è ampia disamina retro, sub 7/b. I restanti motivi, nella parte in cui non risultano inammissibili per travalicamento dei limiti imposti al ricorso per cassazione "speciale", quale quello in esame, risultano del tutto immeritevoli di accoglimento.

Premessa la assoluta infondatezza della doglianza di omissione di motivazione, che risulta, di converso, puntualmente sviluppata e analiticamente articolata in ben 30

pagine dell'impugnato decreto (da f. 90 a f. 120), tutti i motivi, sì come articolati, pur lamentando formalmente una violazione di legge sotto profili comunque motivazionali, si risolvono, in realtà, nella (non più ammissibile) richiesta di rivisitazione di fatti e circostanze ormai definitivamente accertati in sede di merito. I ricorrenti, lungi dal prospettare a questa corte un vizio della sentenza gravata rilevante sotto il profilo di cui all'art. 111 Cost., e art. 360 c.p.c., comma 4, si volgono in realtà ad invocare, puntigliosamente, una diversa lettura delle risultanze procedurali così come accertate e ricostruite dalla corte di merito, muovendo così all'impugnato provvedimento censure invero irricevibili in questa sede perché la valutazione delle risultanze probatorie (non meno che il giudizio sul contenuto di atti e documenti), al pari della scelta, fra esse, di quelle ritenute più idonee a sorreggere la motivazione, involgono apprezzamenti di fatto riservati in via esclusiva al giudice di merito il quale, nel porre a fondamento del proprio convincimento e della propria decisione una fonte di prova con esclusione di altre, nel privilegiare una ricostruzione circostanziale a scapito di altre (pur astrattamente possibili e ipoteticamente verosimili), non incontra altro limite (ampiamente rispettato, nel caso di specie) che quello di indicare le ragioni del proprio convincimento, senza essere peraltro tenuto ad affrontare e discutere ogni singola risultanza processuale ovvero a confutare ogni e qualsiasi deduzione difensiva. È principio di diritto ormai consolidato quello per cui l'art. 360 c.p.c., non conferisce in alcun modo e sotto nessun aspetto alla corte di Cassazione il potere di riesaminare il merito della causa, consentendo ad essa, di converso, il solo controllo - sotto il profilo logico/formale e della correttezza giuridica - delle valutazioni compiute dal giudice del merito, al quale soltanto, va ripetuto, spetta l'individuazione delle fonti del proprio convincimento valutando le prove, controllandone l'attendibilità e la concludenza, scegliendo, fra esse, quelle funzionali alla dimostrazione dei fatti in discussione (eccezion fatta, beninteso, per i casi di prove c.d. legali, tassativamente previste dal sottosistema ordinamentale civile). I ricorrenti, nella specie, pur denunciando, apparentemente, una deficiente motivazione del decreto della corte milanese, inammissibilmente (perché in contrasto con gli stessi limiti morfologici e funzionali del giudizio di legittimità) sollecita una nuova valutazione delle (ormai cristallizzate quoad effectum) risultanze fattuali del processo ad opera di questa Corte, onde trasformare surrettiziamente il giudizio di Cassazione in un nuovo grado di merito, nel quale ridiscutere analiticamente tanto il contenuto di fatti e vicende processuali, quanto l'attendibilità maggiore o minore di questa o di quella risultanza procedimentale, quanto ancora le opzioni espresse dal giudice di appello non condivise e per ciò solo censurate al fine di ottenerne la sostituzione con altre più consone ai propri desiderata (quasi che la fungibilità nella ricostruzione di un fatto fosse ancora legittimamente predicabile in seno al giudizio di Cassazione). Va altresì ribadito, quanto, in particolare, all'interpretazione adottata dai giudici di merito con riferimento al contenuto del complesso tessuto documentale sul quale è andato ad innestarsi il procedimento di opposizione, che, alla luce di una giurisprudenza più che consolidata di questa Corte regolatrice, in tema di interpretazione, il sindacato di legittimità non può investire il risultato interpretativo in sé, che appartiene all'ambito dei giudizi di fatto riservati al giudice di merito, ma esclusivamente il rispetto dei canoni legali di ermeneutica e la coerenza e logicità della motivazione addotta (ampiamente predicabili con riferimento alla motivazione adottata dalla corte territoriale): l'indagine ermeneutica, è, in fatto, riservata esclusivamente al giudice di merito, e può essere censurata in sede di legittimità solo per totale inadeguatezza della motivazione (che, nella specie, per essere rilevante, dovrebbe integrare gli estremi dell'omissione) o per violazione delle relative regole di interpretazione, con la conseguenza che deve essere ritenuta inammissibile ogni critica della ricostruzione operata dal giudice di merito che si traduca solo nella prospettazione di una diversa valutazione degli stessi elementi di fatto da quegli esaminati.

8.g) La ha prescrizione del diritto alla riscossione della sanzione per alcuni incolpati. I motivi 41 e 42 lamentano la mancata rilevazione della prescrizione del diritto alla riscossione dell'importo della sanzione irrogata a sette degli odierni ricorrenti, giusta disposto della L. n. 689 del 1981, art. 28.

I motivi risultano consonante reiterazione delle doglianze già svolte in sede di opposizione, riproponendo, peraltro, questioni già favorevolmente decise nei sensi invocati dai ricorrenti con riferimento alle posizioni dei ricorrenti Boselli e Masini, per i quali, avendo il giudice milanese correttamente rilevato la inconfigurabilità di addebiti a loro carico in relazione a violazioni contestate in epoca successiva alla loro permanenza nelle rispettive cariche, la invocata prescrizione risulta già correttamente ed espressamente dichiarata (f. 130) in seno al decreto opposto, sì che la reiterazione delle relative doglianze dinanzi a questa corte sono, in parte qua, destinate alla declaratoria di inammissibilità, dovendo esse ritenersi frutto di un evidente lapsus calami.

Quanto alle posizioni degli altri ricorrenti, il collegio condivide la motivazione adottata dalla corte territoriale, attese la correttezza logico-giuridica, nella parte in cui (f. 121 - 122), dopo aver individuato la data del primo atto interruttivo, ha esattamente rilevato come l'illecito contestato a ciascuna delle persone fisiche (oggi invano opposenti una non compiuta prescrizione), pur se distinto, nel decreto sanzionatorio o, con riferimento ai periodi di permanenza in carica presso ciascuna delle banche del gruppo Intesa per motivi di migliore intelligenza nella riferibilità e determinatezza della sanzione irrogata (per motivi, in definitiva, attinenti ad una miglior tutela del diritto di difesa dell'incolpato), fosse destinata pur sempre a configurare una violazione unitaria e unitariamente considerata, protrattasi, nei periodi in cui ciascuno dei cinque soggetti oggi ricorrenti ebbero a ricoprire le stesse cariche in relazione alle quali sono state mosse analoghe contestazioni, nell'ambito delle altre banche del gruppo - così rendendo tempestiva, a fini interruttivi, la contestazione rivolta al Casu, al Maurau, all'Autheman, al Valdembri e al Viezzoli.

La motivazione, nella parte in cui condivisibilmente discorre di un concetto di gruppo bancario sostanzialmente unitario, atteso il tipo di attività in contestazione e le relative modalità attuative, resiste, pertanto, alle critiche mosse in proposito dai ricorrenti con i suindicati motivi.

Correttamente individuato risulta, difatti, il concetto di "gruppo" da parte della corte territoriale che, ancora una volta, con ampiezza di respiro argomentativo e dovizia di contenuti tecnico-giuridici si diffonde (restando esclusa, nella specie, qualsivoglia interpretazione "riduttiva" quanto alla pretesa rilevanza del concetto stesso "nei soli casi stabiliti dalla legge") sulle precise significazioni giuridico - economiche del termine. È soltanto il caso di precisare come, ai fini de quibus, non sia affatto richiesto un nesso di occasionalità necessaria tra la commissione dell'illecito e lo svolgimento del rapporto di servizio, essendo di converso sufficiente un collegamento oggettivo tra violazione e persona fisica, onde l'ambito soggettivo suscettibile di unificazione nell'altrettanto unitario "interesse del gruppo" è anche quello delle società controllate o collegate, o comunque a direzione e coordinamento unitari. Diviene allora inevitabile la "comunicazione" del contestato illecito amministrativo dal singolo (persona fisica o ente) alle altre società del gruppo, una volta rilevata e comprovata, come nella specie, la indiscutibile unità economica e organizzativa (così come normativamente considerata in termini di rilevanza dall'art. 2497 c.c. e ss., ovvero ancora dalla attribuzione di responsabilità ambientale di cui alla Direttiva 2004/35/CE, ovvero ancora dalla imputazione "circolare" degli stati soggettivi e delle informazioni rilevanti tra società del gruppo), onde, in conclusione, il rapporto funzionale di cooperazione con l'ente collettivo rileva non solo in conseguenza di una formale preposizione organica, ma per effetto della partecipazione a vario titolo alla cura concreta dell'interesse collettivo (non senza considerare, ancora, che le condotte ascritte al singolo soggetto si appalesano del tutto legittimamente riconducibili al plesso delle compagini societarie cui esse risultano strumentalmente e funzionalmente destinate onde realizzare un interesse "finale" palesemente riconducibile ad una struttura policentrica in cui la unitarietà di intenti risulti peraltro palesata dall'accentramento del potere decisionale al suo interno onde pervenire allo scopo di esprimere una volontà affine unitaria capace di informare tutte le singole compagini che, di quel gruppo, facevano indiscutibilmente parte). In conseguenza delle suesposte considerazioni va rigettato il ricorso incidentale, con particolare riferimento ai punti 3 e 4. Va infine annullata la sanzione irrogata ad Alfonso Desiata

per morte dell'incolpato, con conseguente detrazione dall'importo complessivo della sanzione inflitta del quantum di pertinenza del predetto.

La complessità dei temi trattati legittima un provvedimento di integrale compensazione delle spese del giudizio.

omissis