

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE SECONDA CIVILE

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 8758/2009 proposto da:

**CONSOB COMMISSIONE NAZIONALE SOCIETA' BORSA (OMISSIS), IN PESONA
DEL PRESIDENTE LEGALE RAPP.TE;**

- ricorrente -

contro

SIM SPA (OMISSIS);

- controricorrente -

e contro

C.L., PROCURA GENERALE REPUBBLICA PRESSO CORTE APPELLO GENOVA;

- intimati -

avverso il decreto della CORTE D'APPELLO di GENOVA, depositato il 21/02/2008; (n. 703/07 V.G.);

Svolgimento del processo

Con delibera n. 16000 del 27 giugno 2007 la Consob irrogava al sig. C.L., nella qualità di responsabile della sala di negoziazioni conto terzi della Sim spa, la sanzione di Euro.25.823, 00 avendo accertato che lo stesso aveva posto in essere per conto di alcuni clienti della Sim una strategia operativa speculativa intenzionalmente e consapevolmente basata sul ricorso al *fail* e, cioè sulla mancata esecuzione delle operazioni concluse in borsa, attraverso il sistema di liquidazione alla data normativamente prevista.

Il pagamento della sanzione irrogata al C. nella delibera veniva ingiunto alla sola società Sim spa con obbligo di regresso verso l'autore della violazione ai sensi del D.Lgs. N. 58 del 1998, art. 195, comma 9.

Avverso la delibera della Consob proponevano opposizione davanti alla Corte di appello di Genova, la società Sim spa., e C.L..

Si costituiva la Consob, chiedendo che venisse dichiarata l'inammissibilità del ricorso presentato dal C. per difetto di legittimazione attiva e venisse respinta l'opposizione della società Sim spa., per infondatezza dell'opposizione.

La Corte di Appello di Genova, con decreto n. 51 del 2008:

a) rigettava l'opposizione proposta da C. con compensazione delle spese tra le parti per difetto di legittimazione, posto che la legittimazione all'opposizione apparteneva ai soli soggetti destinatari in concreto dell'ingiunzione al pagamento e nel caso in esame il pagamento dell'importo della sanzione di cui si dice era stato ingiunto unicamente alla Sim spa e non anche al C. che rimaneva perciò privo della predetta legittimazione.

b) accoglieva l'opposizione della società Sim spa. e, per l'effetto, dichiarava la nullità della delibera della Consob, compensava tra le parti le spese del giudizio. Secondo la Corte genovese la Consob non avrebbe osservato le prescrizioni di cui al D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 195, così come modificato e integrato dalla L. 18 aprile 2005, n. 62, il quale prevedeva che l'intero procedimento sanzionatorio fosse retto dal principio del contraddittorio, e nel caso in esame, la Consob non aveva assicurato il contraddittorio rispetto alle valutazioni dell'Ufficio Sanzioni Amministrative perchè queste non sarebbero state riportate agli interessati per eventuali loro conclusive osservazioni.

La cassazione di questa sentenza è stata chiesta dalla Consob con ricorso affidato a due motivi, illustrati con memoria. La società Sim spa., ha resistito con controricorso, illustrato con memoria. C. e la Procura della Repubblica presso la Corte di Appello di Genova intimati in questa fase non hanno svolto alcuna attività giudiziale.

Motivi della decisione

1.- Con il primo motivo la Consob denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 24 e 111 Cost., artt. 99, 101, 183 e 359 c.p.c., L. 24 novembre 1981, n. 689, artt. 22 e 23, D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 195, nonchè la violazione del principio del contraddittorio del sollecito e del leale svolgimento del processo, carenza di *potestas iudicandi*, nullità del decreto e del procedimento (art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4). Secondo la ricorrente, la Corte genovese avrebbe

definito la controversia in base ad una questione rilevata di ufficio e non prospettata nei termini dagli oppositori e mai dibattuta nel processo e, cioè la questione relativa alla ritenuta violazione del principio del contraddittorio nell'ambito della procedura sanzionatoria della Consob in conseguenza della mancata comunicazione agli interessati delle valutazioni e conclusioni formulate dall'Ufficio sanzioni Amministrative nella propria relazione finale della Commissione. In particolare specifica la ricorrente la Corte territoriale ha disatteso la censura di violazione del principio della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie, come pure ha respinto il richiamo al giusto processo ed ha, invece, accolto la censura di violazione del principio del contraddittorio, ma a tale decisione è pervenuta attraverso l'esame della questione della mancata comunicazione all'interessato delle valutazioni e conclusioni formulate dall'Ufficio Sanzioni Amministrative nella propria relazione finale per la Commissione. Pertanto, secondo la ricorrente la questione esaminata dalla Corte territoriale sarebbe all'evidenza diversa da quella sollevata da parte ricorrente, e sarebbe una questione sollevata d'ufficio e che non ha sottoposto al contraddittorio delle parti. Piuttosto, il principio del contraddittorio vuole che qualora la parte chieda l'accertamento dell'invalidità di un atto a sé pregiudizievole la pronuncia del giudice, debba esser circoscritta alle ragioni enunciate dall'interessato e non possa, quindi, solitariamente fondarsi su elementi rilevati di ufficio o tardivamente indicati.

Pertanto conclude la ricorrente, dica l'Ecc.ma Corte che il giudice, che reputi di decidere la lite in base ad una questione (o ad un fatto) rilevato *ex officio* e non formalmente sollevata dalle parti, debba astenersi dal decidere solitariamente e deve procedere alla segnalazione della questione aprendo su di esso la discussione e dando spazio alle consequenziali attività assertive e probatorie delle parti; dica dunque l'Ecc.ma Corte di Cassazione che la decisione assunta solitariamente dal Giudice sia affetta da vizi enunciati nell'epigrafe del presente motivo di ricorso violando in particolare il diritto di difesa in ragione del mancato esercizio del contraddittorio e che nella fattispecie tali errores affliggano l'operato della Corte di appello di Genova che ha accolto l'opposizione promossa D.Lgs. n. 58 del 1998, ex art. 195, ritenendo fondata la censura di violazione del principio del contraddittorio nella procedura sanzionatoria, disciplinata dalla delibera della Consob n. 15086 del 21 giugno 2005 in ragione della mancata comunicazione agli interessati delle valutazioni e conclusioni formulate dall'Ufficio sanzioni Amministrative nella propria relazione finale alla Commissione, questione non oggetto di discussione nel corso del giudizio in quanto non sollevato dalla parte ricorrente nel relativo atto introduttivo nè, successivamente senza sottoporre tale questione alle parti, perchè svolgessero in contraddittorio le loro difese.

1.1.- Il motivo è fondato.

Vero che la società Sim spa aveva denunciato la lesione del principio del contraddittorio con il primo sottomotivo del ricorso, tuttavia, le ragioni addotte erano diverse da quelle per le quali la Corte genovese ha ritenuto che la Consob aveva violato il principio del contraddittorio. Ora non vi è dubbio che il principio del contraddittorio è rispettato se gli interessati in giudizio sono posti nelle condizioni di conoscere le eccezioni e le deduzioni dell'altra parte e di esporre le proprie difese. Sicché, il giudice che ritenga, dopo l'udienza di trattazione, di sollevare una questione rilevabile d'ufficio e non considerata dalle parti, deve sottoporla ad esse al fine di provocare il contraddittorio e consentire lo svolgimento delle opportune difese, dando spazio alle conseguenziali attività.

Questa Suprema Corte ha in altra occasione (Cass. n. 21108 del 31/10/2005) specificato che la mancata segnalazione da parte del giudice comporta la violazione del dovere di collaborazione e determina nullità della sentenza per violazione del diritto di difesa delle parti, private dell'esercizio del contraddittorio, con le connesse facoltà di modificare domande ed eccezioni, allegare fatti nuovi e formulare richieste istruttorie sulla questione che ha condotto alla decisione solitaria. Qualora la violazione, nei termini suindicati, si sia verificata nel giudizio di primo grado, la sua denuncia in appello, accompagnata dalla indicazione delle attività processuali che la parte avrebbe potuto porre in essere, cagiona, se fondata, non già la regressione al primo giudice, ma, in forza del disposto dell'art. 354 c.p.c., comma 4, la rimessione in termini per lo svolgimento nel processo d'appello delle attività il cui esercizio non è stato possibile. Ove, invece, la violazione sia avvenuta nel giudizio di appello, la sua deduzione in cassazione determina, se fondata, la cassazione della sentenza con rinvio, affinché in tale sede, in applicazione dell'art. 394 c.p.c., comma 3, sia dato spazio alle attività processuali messe. Eguale soluzione va adottata nel caso di sentenza non soggetta ad appello e come tale ricorribile per cassazione.

1.1.a).- Ora, nel caso in esame la società Sim spa, aveva sollevato la questione relativa alla lesione del principio del contraddittorio perchè non aveva avuto la possibilità di interloquire con la Commissione Collegio, epperò, la Corte genovese ha ritenuto fondata la censura relativa alla violazione del contraddittorio per la mancata comunicazione all'interessato delle valutazioni e conclusioni formulate dall'Ufficio Sanzioni Amministrative cui sono affidate funzioni e competenze diverse da quella della Commissione Collegio.

Pertanto, la questione esaminata dalla Corte genovese e su cui ha fondato la sua decisione è diversa da quella sollevata dalle parti.

La Corte genovese avrebbe dovuto - e non sembra lo abbia fatto - porre all'attenzione delle parti la questione che ha esaminato e posta a fondamento della sua decisione, e consentire sulla stessa il contraddittorio *inter partes*.

2.- Con il secondo motivo la ricorrente denuncia la violazione e falsa applicazione del D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 195, della L. 28 dicembre 2005, n. 262, art. 24, e della L. 24 novembre 1981, n. 689, artt. 14 e 16, (art. 111 Cost., e art. 360 c.p.c., n. 3). Secondo la ricorrente al decisione impugnata sarebbe illegittima ed ingiusta nella parte in cui ha ritenuto condivisibile la censura riguardante la violazione del principio del contraddittorio per il ravvisabile contrasto con la legge del regolamento atteso che il contraddittorio endoprocedimentale, secondo la normativa vigente, verterebbe esclusivamente sui fatti contestati, e non si estenderebbe, come, invece, ha ritenuto la Corte genovese alle valutazioni e alle conclusioni cui perviene l'Ufficio Sanzioni Amministrative. In particolare, specifica la ricorrente la decisione della Corte genovese incorre negli errori di diritto indicati nell'epigrafe del motivo sia laddove attribuisce portata innovativa all'espressa previsione del principio del contraddittorio nell'ambito dei procedimenti sanzionatori alla Consob e sia laddove prescrive alla Consob un supercontraddittorio, non ritenendo idonea ad assicurare il contraddittorio la sola contestazione degli estremi del fatto illecito addebitato. Piuttosto, ritiene la ricorrente la menzione del contraddittorio tra le regole del procedimento sanzionatorio di cui al D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 195, è puramente ricognitivo di un principio immanente all'ordinamento che non si colora di un'intensità maggiore o diversa nell'ambito dei procedimenti punitivi regolati da tale norma di legge. Sicchè, giuridicamente infondata sarebbe, sempre secondo la ricorrente, la tesi della Corte territoriale secondo cui la formale previsione del principio del contraddittorio risponderebbe alle finalità di assicurare l'esigenza di una maggiore accentuazione dei diritti degli interessati e avrebbe quindi in sostanza portata innovativa. Con l'ulteriore conseguenza che non vi sarebbe alcuna differenza sotto il profilo del contraddittorio tra il procedimento sanzionatorio disciplinato dall'art. 195 TUF vecchio rito e il procedimento regolato dallo stesso articolo nel testo attualmente vigente.

Pertanto, il principio del contraddittorio e il diritto di difesa, nella fase amministrativa prodromica all'emanazione dell'ordinanza ingiunzione, è concentrato alla contestazione al

presunto trasgressore del fatto di cui è incolpato, individuato in tutte le circostanze oggettive e soggettive che valgono a caratterizzarlo e siano rilevanti ai fini della pronuncia del provvedimento finale. Una volta chiarito, conclude la ricorrente, che il contraddittorio endoprocedimentale verte esclusivamente sui fatti contestati va ribadita la piena idoneità del procedimento sanzionatorio, disciplinato dalla delibera 15G86 del 2005 ad assicurare il diritto dell'interessato al contraddittorio.

Dica, dunque, l'Ecc.ma Corte di cassazione, conclude la ricorrente che la previsione del principio del contraddittorio nel D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 195, comma 2, come modificato dalla L. 18 aprile 2005, n. 62, art. 9, e nella L. 28 dicembre 2005, n. 262, art. 24, non ha portata innovativa bensì puramente ricognitiva di un principio immanente all'ordinamento che, conseguentemente, anche alla luce della disciplina di cui alla L. 24 novembre 1981, n. 689, artt. 14 e 18, così come ricostruita dalla giurisprudenza di questa Ecc.ma Corte, l'oggetto del contraddittorio della contestazione che lo introduce nel procedimento sanzionatorio di cui al D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 195, sia nella vecchia che nell'attuale formulazione è unicamente il nucleo fattuale della violazione nei suoi estremi soggettivi ed oggettivi, dica, dunque, l'Ecc.ma Corte di Cassazione, che incorre nella violazione e falsa applicazione delle disposizioni enunciate nell'epigrafe del presente motivo la pronuncia che affermi, come in concreto e nel caso di specie la Corte di Genova ha affermato ai fini della legittimità dell'atto conclusivo del procedimento sanzionatorio di cui al D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 195, nuovo rito, la necessità che il contraddittorio endoprocedimentale si sviluppi sulle valutazioni svolte dall'Ufficio sanzioni Amministrative della Consob in punto di sussistenza dell'illecito e in punto di quantificazione della sanzione da applicare e che, pertanto, nella specie tali vizi affliggono l'impugnato decreto della Corte d'Appello di Genova che ha statuito in tal senso.

2.1- Il motivo, per ovvie ragioni, rimane assorbito dall'accoglimento del primo motivo, atteso che la questione prospettata non potrà che riproporsi all'attenzione del giudice del rinvio.

In definitiva, va accolto il primo motivo del ricorso e rigettato il secondo, la sentenza impugnata va cassata e la causa rinviata ad altra sezione della Corte di Appello di Genova, anche per il regolamento delle spese del presente giudizio di cassazione.

P.Q.M.

La Corte accoglie il primo motivo del ricorso e dichiara assorbito secondo, cassa la sentenza impugnata e rinvia la causa ad altra sezione della Corte di appello di Genova, anche per il regolamento delle spese del presente giudizio di cassazione.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio della Sezione Seconda Civile della Corte Suprema di Cassazione, il 27 settembre 2013.

EX PARTE CREDITORIS.IT