

62. DECRETO DELLA CORTE DI APPELLO DI BOLOGNA

Sezione III Civile 25.11/14.12.2005

Opposizione promossa in unico grado a norma dell'art. 195 d.lgs. 24.2.98 n. 58 da Unicredit Banca spa e Mario Arbuffo, Giuseppe Armenise, Massimo Bianconi, Fabio Bolognini, Francesco Branciamore, Gerardo Broggin, Antonino Buccellato, Emanuele Caval-lotti, Alberto Cravero, Claudio Fermi, Peppino Fumagalli, Fausto Galmarini, Attilio Leonardo Lentati, Andrea Mecarelli, Roberto Nordio, Ettore Patricolo, Alessandro Profumo, Dario Prunotto, Fausto Sinagra, Salvatore Spiniello, Alessandro Trotter, Raffaello Vignoletti, Paride Costa, Guido Maria Barilla e Luca Malocchi
contro il Ministero dell'Economia e delle finanze e la Consob

La Corte di Appello di Bologna, Sezione terza civile, riunita in camera di Consiglio nelle persone dei magistrati:

[...omissis...] Presidente

[...omissis...] Consigliere

[...omissis...] Consigliere rel.

ha pronunciato il seguente

DECRETO

Visto l'atto di opposizione di Unicredit Banca S.p.A. nonché degli ulteriori venticinque opposenti, tutti esponenti aziendali dell'Istituto di credito: Mario Arbuffo, Giuseppe Armenise, Massimo Bianconi, Fabio Bolognini, Francesco Branciamore, Gerardo Broggin, Antonino Buccellato, Emanuele Cavallotti, Alberto Cravero, Claudio Fermi, Peppino Fumagalli, Fausto Galmarini, Attilio Leonardo Lentati, Andrea Mecarelli, Roberto Nordio, Ettore Patricolo, Alessandro Profumo, Dario Prunotto, Fausto Sinagra, Salvatore Spiniello, Alessandro Trotter, Raffaello Vignoletti, Paride Costa, Guido Maria Barilla e Luca Majocchi avverso il decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze, Dipartimento del Tesoro, del 29 marzo 2005, notificato a Unicredit Banca S.p.A. l'11 aprile 2005 e in date prossime agli altri opposenti, con cui, ai sensi degli artt. 190 e 195 del D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, accogliendo la proposta del 16 febbraio 2005 della Consob, il Ministero aveva decretato sanzioni amministrative,

differenziate, a carico dei suddetti esponenti aziendali per un importo complessivo di e 437.200,00 e ingiunto esclusivamente alla banca il pagamento della suddetta somma;

esaminati gli atti e i documenti del processo;

letto il parere del Procuratore Generale;

OSSERVA

1. A seguito di accertamenti, ispettivi condotti dalla Commissione Nazionale per le Società e la Borsa nel periodo compreso tra il 13 ottobre 2003 e il 10 marzo 2004, presso Unicredit Banca S.p.A. (avente fino al 1° luglio 2002, data della modifica, la denominazione di Credito Italiano S.p.A.) con sede in Bologna, via Zamboni n. 20, in merito all'operatività avente per oggetto titoli emessi o garantiti dalla Repubblica Argentina, ovvero da altre Amministrazioni pubbliche centrali o periferiche della medesima Repubblica, vennero ritenuti esistenti a Carico degli esponenti aziendali dell'istituto di credito i seguenti illeciti, consistenti nella violazione: a) dell'art. 21, comma 1, lett. d), del d.lgs. n. 58/98 e dell'art. 56 del reg. Consob n. 11522/98 (adottato ai sensi dell'art. 6, comma 2, del citato decreto legislativo), «per non essersi l'intermediario dotato di procedure interne idonee ad assicurare l'efficienza, ordinata e corretta prestazione dei servizi di investimento»; b) dell'art. 28, comma 2, del reg. Consob n. 11522/98, «per aver» 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»; c) dell'art. 29 del reg. Consob n. 11522/98, «per non essersi l'intermediario astenuto dall'effettuare operazioni non adeguate al profilo degli investitori»; d) dell'art. 21, comma 1, lett. c), del d.lgs. 58/98 e dell'art. 27 del reg. Consob n. 11522/98, «per non essersi l'intermediario astenuto dall'effettuare operazioni in conflitto d'interessi».

Avvalendosi della facoltà loro concessa dal comma 2 dell'art. 195 del d.lgs. 58/98, con distinti atti pervenuti tra il 28 settembre e il 3 novembre 2004, i destinatari degli accertamenti provvidero a formulare deduzioni in merito agli addebiti loro contestati.

All'esito del loro esame, ritenendo definitivamente acclarate le violazioni, con lettera di protocollo n. 5009609 del 16 febbraio 2005, la Consob trasmise la proposta di sanzione al Ministero dell'Economia e delle finanze che, con provvedimento n. 30771 del 29 marzo 2005, decretò a carico dei singoli esponenti aziendali di Unicredit Banca S.p.A. le sanzioni amministrative pecuniarie, per ciascuno di essi specificamente indicate, e ingiunse alla banca ai sensi dell'art. 195 d.lgs. 58/98 «di pagare con obbligo di regresso nei confronti dei responsabili» le somme nell'entità determinata.

2. I motivi di opposizione fatti valere dai ricorrenti avverso il suddetto decreto sono molteplici e investono sia questioni pregiudiziali che di merito; la loro trattazione deve essere tuttavia procrastinata, essendo necessario affrontare in primo luogo, per motivi di priorità logico-giuridica, le eccezioni sollevate in limine da Consob nella memoria di costituzione depositata il 19 settembre 2005.

Esse si sostanziano nell'affermazione della irricevibilità o inammissibilità del ricorso in quanto collettivamente proposto, uno actu, pur in presenza di posizioni processuali tra loro confliggenti, dalla società obbligata in solido e dai singoli responsabili degli illeciti e comunque della illegittimità della opposizione presentata dagli esponenti aziendali per difetto di legitimatio ad causam.

Al riguardo, per quanto attiene alla posizione dei singoli esponenti aziendali, autori materiali delle violazioni contestate, deve essere dichiarata, come eccepito da Consob, l'inammissibilità del gravame.

A tale conclusione inducono sia i principi generali, desumibili dalla legge n. 689/81 sulle sanzioni amministrative che la normativa specifica di cui al d.lgs. n. 58/98, Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria.

Per incontrastata opinione dottrinale e giurisprudenziale, invero, le disposizioni del citato d.lgs. n. 58/98, sia per quanto attiene ai principi generali che per quanto attiene ad alcune questioni procedurali (quali la decorrenza del termine di notizia delle infrazioni), devono essere integrate con quelle contenute nella legge n. 689/81, e ciò sia per ragioni di ordine sistematico che per specifiche previsioni normative [...omissis...].

La legge n. 689/81 è stata, infatti, emanata allo scopo, tra l'altro, di disciplinare in maniera unitaria le sanzioni amministrative e il relativo procedimento di applicazione; inoltre la legge delega 6 febbraio 1996 n. 52, con la quale sono stati fissati i principi e i criteri direttivi da seguire nella emanazione del T.U.F. di cui al citato d.lgs. n. 58/98, all'art. 21 comma 1, lett. r, ha espressamente imposto al legislatore delegato di attenersi, nel definire la materia delle sanzioni amministrative, ai principi di cui alla legge n. 689/81.

Quest'ultima poi, all'art. 12, prevede espressamente l'operatività, «in quanto applicabili e salvo che non sia diversamente previsto», delle disposizioni del capo 1, relative ai principi generali che disciplinano l'illecito amministrativo, per tutte le violazioni per le quali è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro.

Lo stesso T.U.F contiene, inoltre, espressi e molteplici riferimenti alle disposizioni della predetta legge (vedansi, in particolare, gli artt. 188 comma 2, 190 comma 4 e 196 comma 3) che ulteriormente denotano la necessità di una applicazione coordinata delle due discipline normative.

Nel sistema sanzionatorio così delineato il vincolo intercorrente tra l'autore materiale della violazione, rappresentante o dipendente della persona giuridica, e la persona giuridica stessa, della quale gli artt. 6, comma 3, della legge 689/81 e 195, comma 9, del d.lgs. n. 58/98 prevedono la responsabilità solidale, attribuisce all'Autorità amministrativa competente la facoltà di agire contro entrambi gli obbligati oppure contro l'uno o l'altro di essi (ferma la necessità della contestazione o della notificazione della violazione nei confronti del soggetto chiamato onde metterlo in grado di far pervenire le proprie difese) ma non determina, ex se, la legittimazione di ciascun obbligato in solido a impugnare il provvedimento sanzionatorio. Qualora tale provvedimento risulti dall'Autorità Amministrativa emesso solo nei confronti di uno o più degli obbligati in solido, unicamente il destinatario o i destinatari del provvedimento stesso possono infatti ritenersi, per univoco indirizzo della giurisprudenza di legittimità ed in quanto esclusivi titolari del corrispondente interesse, legittimati a proporre la relativa opposizione [...omissis...].

L'autonomia delle posizioni dei soggetti obbligati in solido, tra i quali non può sussistere litisconsorzio necessario [...omissis...], e la necessaria delimitazione dell'oggetto del giudizio di opposizione all'accertamento della legittimità e fondatezza della pretesa punitiva fatta valere dall'Amministrazione nei confronti del destinatario [...omissis...] non consentono, invero, di ritenere legittimate a tale impugnazione parti diverse dal destinatario o dai destinatari della pretesa punitiva «derivando la relativa legittimazione non già dall'interesse di fatto che il soggetto ricorrente possa avere alla rimozione del provvedimento (come quello di sottrarsi, all'eventuale azione di regresso) ma dall'interesse giuridico di cui lo stesso soggetto possa considerarsi investito quale destinatario del provvedimento medesimo» [...omissis...].

Coerentemente a tali principi è stato dalla suprema Corte affermato con la sentenza n. 18389/03 che la responsabilità solidale dell'ente o persona giuridica per l'infrazione amministrativa del proprio legale rappresentante o dipendente relativamente al pagamento della somma dovuta a titolo di sanzione può dall'Amministrazione essere fatta valere, nell'esercizio della sua facoltà punitiva, indipendentemente dall'identificazione dell'autore materiale dell'illecito trattandosi di elemento che può assumere rilievo nel giudizio di

opposizione solo per finalità di ordine probatorio e cioè quando sorgano questioni in ordine alla sussistenza dell'illecito o sul nesso soggettivo tra la commissione di questo e le funzioni o incombenze esercitate dal trasgressore.

Una siffatta impostazione non può d'altro canto ritenersi in qualche modo lesiva delle concrete possibilità di difesa dei responsabili solidali dell'infrazione i quali, benché non colpiti dal provvedimento sanzionatorio, potrebbero pur sempre, per i medesimi fatti, essere perseguiti autonomamente dall'Amministrazione e, comunque, diventare destinatari dell'azione di regresso da parte dei coobbligati escussi: la sentenza emessa nei confronti di questi ultimi, invero, non può, in alcun caso ed in alcuna sede, avere effetto nei confronti dei primi.

In particolare l'azione di regresso deve ritenersi «del tutto autonoma rispetto alla responsabilità per la sanzione amministrativa e, a sua volta, non idonea a condizionare il vincolo di solidarietà» [...omissis...] sicché il convenuto in via di regresso dal coobbligato solvens potrà, pur nell'ipotesi di soccombenza di quest'ultimo nel giudizio di opposizione, opporsi al pagamento richiestogli contestando sotto ogni profilo gli elementi costitutivi della pretesa creditoria. Ciò premesso e poiché il provvedimento impugnato ha ingiunto il pagamento delle sanzioni unicamente a Unicredit Banca S.p.A., deve senz'altro escludersi, come eccepito da Consob, la legittimazione degli esponenti aziendali, indicati nel provvedimento stesso quali autori materiali delle infrazioni, a proporre la relativa opposizione e conseguentemente dichiararsi l'inammissibilità di quest'ultima per quanto attiene alle posizioni soggettive corrispondenti.

In tale declaratoria, che necessariamente delimita l'esame della Corte alla fondatezza dell'opposizione proposta dall'Istituto di credito, rimane quindi assorbito l'esame della ulteriore eccezione di inammissibilità o irricevibilità (totale o parziale) del ricorso sollevata dalla difesa di Consob con riferimento all'unicità dell'atto pur in presenza di una evidente conflittualità, quanto meno sotto alcuni profili della impostazione difensiva, tra le posizioni, sostanziali e processuali dei firmatari dell'atto stesso (in particolare tra l'Istituto di credito e gli esponenti aziendali indicati quali responsabili delle infrazioni).

L'efficacia residuale del ricorso rimane pertanto limitata all'opposizione proposta dalla banca destinataria del provvedimento ingiuntivo, che non ha contestato la propria, concorrente, legittimazione passiva in veste di responsabile in solido ex art. 195, comma 9, d.lgs. n. 58/98 ed art. 6 legge n. 689/81.

3. Passando all'esame delle questioni di rito e di merito poste a fondamento di tale opposizione, si osserva quanto segue.

Con la prima eccezione la opponente deduce la illegittimità del provvedimento ministeriale impugnato con riferimento alla pretesa violazione, da parte dello stesso ed in relazione alla asserita genericità delle norme richiamate e dei comportamenti contestati dei principi di legalità e tassatività pur sempre vigenti in materia di illeciti amministrativi.

Tale rilievo viene formulato con specifico riferimento alle contestazioni attinenti alla violazione dell'art. 21 del d.lgs. n. 58/98 e degli artt. 27, 23, 29 e 56 del reg. Consob 11522/98, norme queste che, secondo la banca, dovrebbero considerarsi incompatibili con i principi fissati dalla legge 689/1981.

L'assunto non può essere condiviso.

Come la Corte di Cassazione ha affermato in più occasioni e in piena sintonia con l'orientamento espresso in materia dalla Corte Costituzionale [...omissis...], l'art. 1, comma 1, della legge n. 689/1 («Nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione») ha infatti introdotto per le sanzioni amministrative una riserva di legge soltanto analoga a quella posta in materia penale dall'art. 25 Cost., impedendo che dette sanzioni possano essere comminate direttamente da disposizioni contenute in fonti normative subordinate ma non anche che i precetti sufficientemente individuati dalla legge passano essere eterointegrati, in virtù del peculiare tecnicismo della materia in cui le fonti sono destinate ad operare, da norme regolamentari delegate, richiedendo unicamente che la legge stessa stabilisca i criteri idonei a regolare eventuali margini, di discrezionalità lasciati alla pubblica amministrazione nella determinazione in concreto della prestazione medesima [...omissis...].

Più precisamente e con specifico riferimento alle violazioni della normativa del settore bancario è stato dalla Suprema Corte affermato, con la sentenza n. 5743 del 2004, che «il principio di stretta legalità derivante dall'articolo 25 2° comma Cost., inteso come obbligo costituzionale di tipicità e determinatezza delle fattispecie sanzionatorie, si riferisce propriamente alla materia penale ma non si estende, sullo stesso piano, al dominio dell'illecito amministrativo essendo la sanzione amministrativa soggetta a differenti parametri costituzionali (artt. 23 e 97 Cost.) ... e normativi (legge n. 689/91) per cui la riserva di legge (art. 1 legge n. 689/81) non ha, in questo caso, rango costituzionale»; nella citata sentenza ha aggiunto che «la riserva di legge posta, in tema di sanzioni amministrative, dall'art. 1 legge n.

689/81, non è di rango costituzionale, a differenza di quella prevista direttamente dall'articolo 25 Cost. per l'illecito penale sicché è legittima l'introduzione di sanzioni amministrative mediante fonti secondarie, in base ad una legge ordinaria derogante la disposizione del citato art. 1, in via generale o per singoli settori; in ogni caso detta norma non contiene una riserva di legge talmente rigida da escludere la possibilità di integrare un precetto sanzionatorio avente base nella legge, mediante norme regolamentari delegate confacenti al particolare ambito tecnico-specialistico cui si riferiscono».

La riserva di legge resta dunque assoluta e totale solo per quanto attiene alla determinazione della sanzione esigendosi che la stessa sia comminata direttamente dalla legge senza alcuna possibilità di integrazione o specificazione da parte dell'autorità amministrativa.

A tali principi risulta essersi, pienamente uniformato (come del resto richiesto dall'art. 21 lett. r della legge delega n. 52/96 e al pari del precedente d.lgs. 415/96) il d.lgs. n. 58/98 che, all'art. 190, non delega all'autorità amministrativa la determinazione dei soggetti e dei comportamenti punibili ma, dopo avere identificato direttamente tanto gli uni, che gli altri definendo come fatti sanzionabili le inottemperanze agli atti e provvedimenti resi dalle autorità di vigilanza nelle materie e nell'ambito di attribuzioni specificamente indicate (anche in attuazione delle direttive del Consiglio CEE 93-6 e 93-22), rimette alla Banca d'Italia ed alla Consob, in relazione alla particolare tecnicità della materia ed al rapido evolversi degli strumenti di intermediazione finanziaria, il compito di integrare, alla stregua dei principi già individuati, il contenuto di elementi delle fattispecie sufficientemente delineati in sede legislativa.

Infondate risultano, pertanto, anche le censure della opponente relative alla pretesa violazione dei principi di tassatività e di determinatezza delle fattispecie punibili, risultando i principi stessi rispettati quando, sanzionando come infrazione l'inosservanza di specifici provvedimenti amministrativi, la norma di legge non lasci margine di incertezza sulla individuazione dei provvedimenti medesimi e dei soggetti tenuti a osservarli [...omissis...].

In particolare, e contrariamente a quanto assume la banca ricorrente, non si può dubitare della chiara e univoca portata precettiva degli obblighi imposti all'intermediario dagli artt. 21 d.lgs. n. 58/98 e 27, 28, 29 e 56 reg. Consob n. 11522/98 richiamati nelle contestazioni.

La prima norma, invero, stabilisce i criteri generali cui devono uniformarsi i soggetti abilitati nelle prestazioni dei servizi di investimento e accessori, mentre gli artt. 27, 28, 29 e 56 del regolamento citato (emanato da Consob ai sensi dell'art. 6 comma 2 d.lgs. 58/98) descrivono le

specifiche condotte cui detti soggetti devono attenersi per dare concreta attuazione al precetto di legge.

Da tali prescrizioni risultano dunque chiari i comportamenti imposti agli operatori, e sotto tale profilo ne va apprezzata l'idoneità, siccome efficacemente diretti a garantire, nell'ambito di operatività prescelta dall'intermediario stesso, l'ordinata, efficiente e trasparente prestazione dei servizi di investimento tramite l'adozione di procedure interne strumentali rispetto al fine di assicurare la puntuale osservanza degli obblighi di condotta normativamente previsti.

Sotto lo specifico aspetto dell'imposizione agli intermediari dell'obbligo di dotarsi di specifiche procedure interne non si potrebbe, del resto, ragionevolmente pretendere dal sistema, normativo una maggiore precisione: la varietà degli strumenti finanziari offerti dal mercato e, quindi, del possibile ambito operativo dell'intermediario e delle modalità organizzative da questi adottabili nell'ambito della propria autonomia imprenditoriale non consente, infatti, la previsione, ex ante, di tutti i possibili schemi procedimentali funzionali agli scopi indicati dalla normativa di settore rendendo inevitabile che, pur nella vincolatività dei relativi risultati, il concreto assetto di tali procedure sia rimesso alla discrezionalità dell'imprenditore (per il quale, tra l'altro, l'ordinamento prescrive il possesso di rigorosi requisiti, di professionalità).

La analitica esposizione degli addebiti contenuta nella proposta sanzionatoria di Consob, ritualmente richiamata dal Decreto Ministeriale [...omissis...] e, in ogni caso, desumibile dai precedenti atti della fase ispettiva regolarmente notificati all'istituto opponente e comunque da esso consultabili, rende poi totalmente ingiustificata la censura di genericità del provvedimento sollevata, sotto tale profilo, dalla ricorrente che del resto, con le ampie difese svolte nel corso del procedimento ispettivo e nel presente giudizio, ha chiaramente mostrato di avere ben compreso la consistenza ed il contenuto degli addebiti. Parimenti infondato appare il motivo dell'opposizione attinente alla pretesa violazione dell'art. 14 della legge n. 889/81 per mancato rispetto, da parte di Consob, del termine di novanta giorni dall'accertamento prescritto a pena di decadenza dai commi 2° e 6° di detta norma per la notifica della contestazione agli «interessati».

Ingiustificata risulta, infatti, la pretesa di Unicredit Banca S.p.A. di far decorrere tale termine dal 10 marzo 2003, data di conclusione delle operazioni ispettive di Consob, ovvero, a tutto concedere, da un periodo di tempo compreso tra tale data e il 30 aprile 2004.

Per orientamento ormai consolidata dalla giurisprudenza di legittimità, infatti, il dies a quo di decorrenza del termine in questione non può essere fatto coincidere con il momento in cui viene acquisito «il fatto» nella sua materialità, dovendosi tener conto anche dello «spatium deliberandi», ossia del tempo ragionevolmente necessario per la valutazione della idoneità del fatto stesso a integrare gli estremi (oggettivi e soggettivi) di comportamenti sanzionati come illeciti amministrativi [...omissis...].

Più precisamente nella specie, in relazione alla particolare struttura del procedimento ispettivo in esame, tale dies a quo deve individuarsi, non già nel momento in cui, i risultati dell'accertamento (e, quindi, la cd. relazione conclusiva) sono stati, dagli organi deputati alla relativa acquisizione, trasmessi agli organi deliberativi della Consob, bensì in quello in cui questi ultimi (e cioè la Consob in composizione collegiale) hanno esercitato il proprio potere deliberativo in ordine alla ravvisabilità di illeciti amministrativi da contestare [...omissis...].

Ove si consideri, quindi, che la relazione conclusiva risulta redatta dall'Ufficio di Vigilanza il 4 agosto 2004, che la delibera di Consob concernente l'effettivo riscontro degli illeciti e la formulazione delle relative contestazioni è stata assunta nella riunione dell'11 agosto 2004 [...omissis...] e che, come non è controverso tra le parti, le violazioni sono state contestate agli interessati con atti notificati nel periodo 26 agosto-30 settembre 2004, il termine di novanta giorni di cui al citato art. 14 risulta, nella specie, ampiamente rispettato.

Non si può neppure fondatamente dubitare della legittimità del comportamento di Consob sotto il profilo della necessaria ragionevolezza del tempo impiegato per la valutazione degli elementi acquisiti e trasmessi, nella loro esposizione definitiva, dagli organi ispettivi il 4 agosto 2004 risultando, all'opposto, l'attività valutativa e deliberativa dell'ente di vigilanza contenuta in un periodo assolutamente giustificato dalle caratteristiche e dalla straordinaria complessità della fattispecie concreta.

Con il terzo motivo di gravame la Banca opponente censura la legittimità del provvedimento impugnato per l'omessa comunicazione, ai soggetti responsabili delle infrazioni e all'Istituto obbligato, dell'avvio del procedimento sanzionatorio in sede ministeriale.

L'assunto non è condivisibile.

Come si desume dal disposto dell'art. 195 d.lgs. n. 58/98, che ha carattere speciale e, quindi, derogatorio rispetto alla norma generale di cui all'art. 18 della legge n. 689/81, il procedimento sanzionatorio in esame ha, invero, carattere unitario, essendo funzionalmente preordinato all'adozione di un unico provvedimento finale avente valenza esterna.

La fase del procedimento di competenza del Ministero dell'Economia e delle Finanze non ha pertanto autonoma rilevanza rispetto a quella di competenza della Consob e non richiede, quindi, l'adozione di ulteriori garanzie a tutela dei diritti difensivi degli interessati che, a seguito della ricezione della notifica, ai sensi dell'art 14 d.lgs. dianzi citato, dell'atto di contestazione delle irregolarità accertate da Consob, sono stati già posti in grado di contraddire (presentando memorie difensive) alle contestazioni loro rivolte.

Nessuna ulteriore comunicazione risulta prescritta dalla norma né, del resto, l'interessato sarebbe ammesso a interloquire ulteriormente prima che il Ministero si esprima sulla proposta sanzionatoria di Consob.

Infondato si rivela, poi, anche l'ulteriore motivo preliminare di doglianza, con il quale la banca opponente deduce l'illegittimità del provvedimento impugnato, assumendo che l'omissione dell'ingiunzione di pagamento nei confronti degli autori degli illeciti avrebbe determinata l'estinzione dell'obbligazione anche nei suoi confronti, quale unica parte destinataria dell'ingiunzione in veste di obbligata solidale.

Contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente, la generica previsione degli artt. 190 e 195 d.lgs. n. 58/98, che indicano gli autori materiali delle violazioni come destinatari delle sanzioni, non esclude, come si è dianzi rilevato ad altri effetti, che, avvalendosi del vincolo di solidarietà previsto dal 9° comma dell'art. 195 d.lgs. n. 58/98 e dal 3° comma dell'art. 6 della legge n. 689/91 tra le persone giuridiche e gli autori materiali delle violazioni che siano rappresentanti o dipendenti delle prime ed abbiano agito nell'esercizio delle rispettive funzioni o incombenze, l'Autorità amministrativa possa discrezionalmente agire contro entrambi gli obbligati o, invece, solamente contro l'uno o l'altro degli stessi, purché il soggetto chiamato in concreto a rispondere abbia ricevuto la notifica della violazione ai sensi dell'art. 14 della stessa legge.

L'ingiunzione di pagamento opposta rimane, pertanto, perfettamente valida pure se emessa nei soli confronti di Unicredit Banca S.p.A.

Non merita accoglimento neppure l'eccezione pregiudiziale di illegittimità del provvedimento impugnato per violazione dell'art. 2, secondo e terzo comma, della legge n. 241/1990.

A fondamento dell'eccezione la banca ha rilevato che il Ministero dell'Economia e delle Finanze aveva ricevuto la proposta di Consob il 23 febbraio 2005, mentre aveva emesso il provvedimento soltanto il 29 marzo 2005, sicché l'ingiunzione era stata pronunciata soltanto trentaquattro giorni dopo il ricevimento della proposta: ciò avrebbe comportato la sua

illegittimità, in quanto emessa dopo il decorso del termine di trenta giorni previsto dall'art. 2, terzo comma, della citata legge n. 241/1990.

La legge richiamata dalla banca stabilisce ai commi 2 e 3 dell'art. 2 che «le pubbliche amministrazioni determinano per ciascun tipo di procedimento, in quanto non sia già direttamente disposto per legge o per regolamento, il termine entro cui esso deve concludersi.

Tale termine decorre dall'inizio di ufficio del procedimento o dal ricevimento della domanda se il procedimento è ad iniziativa di parte» (secondo comma) e che «qualora le pubbliche amministrazioni non provvedano ai sensi del comma secondo, il termine è di trenta giorni» (terzo comma).

Dal combinato disposto delle disposizioni in esame si evince che il termine di trenta giorni previsto dal terzo comma ha carattere residuale, nel senso che esso si applica soltanto nei casi in cui un diverso termine non sia previsto per legge o per regolamento ovvero non sia stato appositamente determinata per quello specifico procedimento dalla pubblica, amministrazione competente.

Occorre dunque stabilire se, in relazione al procedimento di cui si discute, la pubblica amministrazione si sia dotata di una apposita regolamentazione interna che preveda, per l'emanazione del provvedimento finale, un termine superiore a quello previsto in via generale dalla legge.

Consob ha richiamato il D.M. 23 marzo 1992, n. 304, integrato dalle tabelle al medesimo allegato (aggiornate da ultimo con D.M. n. 325/1997), che, sia pure con riferimento al d.lgs. 415/1996, governa il procedimento volto alla «applicazione di sanzioni pecuniarie nei confronti degli amministratori, direttori e dipendenti, degli intermediari mobiliari, banche, SIM e agenti di cambio», fissandone il termine di conclusione in novanta giorni, decorrenti dal ricevimento da parte del Ministero della proposta formulata da Consob.

Secondo la banca opponente, tale disposizione non sarebbe applicabile per un duplice ordine di motivi: perchè il D.M. fa riferimento al procedimento sanzionatorio disciplinato dal d.lgs. n. 415/1996, superato dalla nuova normativa introdotta con il d.lgs. n. 58/1998, e perchè sia il Ministero del Tesoro che quello delle Finanze sono stati soppressi dal d.lgs. n. 300/1999, che ha previsto la contestuale istituzione del Ministero dell'Economia e delle Finanze, senza prevedere alcuna disposizione transitoria che consenta di ritenere applicabili al nuovo Ministero le norme adottate da quelli precedentemente esistenti.

Tali argomentazioni non possono essere condivise per le seguenti ragioni: il procedimento originariamente contenuto nel d.lgs. n. 415/1996 è stato pedissequamente riprodotto nell'art. 195 del d.lgs n. 58/1998, mentre il nuovo Ministero dell'Economia e delle Finanze è subentrato anche al cessato Ministero del Tesoro, cui erano devolute le competenze in materia di irrogazione delle sanzioni pecuniarie in tema di disciplina degli intermediari e dei mercati.

Si deve dunque ritenere che il termine di novanta giorni contenuto nel citato D.M. n. 304/1992 sia applicabile anche al procedimento di cui si discute, stante la perfetta coincidenza della sua struttura e delle sue scansioni, con quelle caratterizzanti il procedimento disciplinato dal d.lgs. n. 415/1996 e attesa l'identità delle funzioni oggi attribuite al Ministero dell'Economia e delle Finanze rispetto a quelle del Ministero del Tesoro, cui il primo è subentrato nella specifica materia, conservando il bagaglio di attribuzioni, di competenze e di assetto regolamentare già facente capo alla originaria struttura.

In ogni caso, mentre non può essere condivisa la tesi della Consob, secondo cui alla fattispecie in esame sarebbe applicabile la norma contenuta nel decreto legge 14 marzo 2005, n. 35, che fisserebbe ineluttabilmente in novanta giorni il termine per la conclusione del procedimento in assenza di diverso termine stabilito con regolamento (la norma è stata introdotta, soltanto in sede di conversione del citato decreto legge, dalla legge 14 maggio 2005, n. 80, entrata in vigore il giorno successivo alla sua pubblicazione sulla G.U. del 14 maggio 2005, sicché essa è divenuta operativa in epoca successiva all'adozione dell'impugnato decreto ministeriale che reca la data del 29 marzo 2005), può essere utilmente richiamato il principio secondo cui l'inosservanza del termine a provvedere non costituisce motivo di annullamento dell'atto amministrativo.

In proposito si osserva che, sia pure in fattispecie diverse da quella in esame, la Corte di Cassazione ha avuto più volte l'occasione di affermare che l'art. 2 della legge n. 211/1990 pone un termine acceleratorio per la definizione dei procedimenti amministrativi, ma non contiene alcuna prescrizione in ordine alla sua perentorietà né alla decadenza della potestà amministrativa né all'illegittimità del provvedimento tardivamente adottato [...omissis...], sicché si deve escludere che l'asserita inosservanza del termine a provvedere costituisca motivo di annullamento dell'atto amministrativo: ciò vale tanto più nel caso di specie, contraddistinto, come opportunamente rilevato dal Procuratore Generale, dall'emanazione di un provvedimento finale contenuta nel termine di trentaquattro giorni, che si risolve in un trascurabile allungamento dei tempi, presumibilmente dovuto al calcolo del termine a mesi

anziché a giorni, che non ha comportato alcuna apprezzabile violazione dei principi di buona fede e di buon andamento dell'attività amministrativa e neppure determinato situazioni idonee a ingenerare nel destinatario un incolpevole affidamento circa l'avvenuta conclusione del procedimento che lo riguardava.

A fondamento dell'ultima questione pregiudiziale la banca ha rilevato che il decreto ministeriale non era stato notificato a Massimo Bianconi e, in base a tale constatazione, ha sostenuto che, in relazione alla violazione da lui asseritamene commessa, era venuta meno la definitività dell'illecito e della correlata sanzione, sicché non era possibile configurare a suo carico la responsabilità solidale prevista dall'art. 195, nono comma, del d.lgs. n. 58/98.

La tesi non può essere condivisa.

Come correttamente rilevato dalla Consob, il vincolo di solidarietà intercorrente tra gli autori della violazione e la persona giuridica non può essere utilizzato per escludere l'autonomia dei due rapporti derivante da diversi titoli di responsabilità: una volta accertata l'esistenza dell'illecito, dopo l'instaurazione del contraddittorio con l'asserito autore materiale, che deve essere posto in grado di esercitare tutte le sue difese ai sensi del secondo comma dell'art. 195 del d.lgs n. 58/98, l'autorità amministrativa è libera di esercitare i suoi poteri di autotutela, irrogando la sanzione nei confronti di uno solo dei soggetti obbligati al suo pagamento e notificando il relativo provvedimento soltanto a quello prescelto per il pagamento della sanzione.

In tale comportamento non è possibile riscontrare alcuna violazione della normativa in materia, atteso che l'adempimento imposto a pena di estinzione della potestas sanzionatoria dell'amministrazione soltanto quello della tempestiva notificazione dell'atto di contestazione degli addebiti a tutti gli «interessati» ai sensi del secondo comma dell'art. 195 del d.lgs. n. 58/98. Tutte le questioni pregiudiziali poste da Unicredit Banca S.p.A. devono essere dunque rigettate.

Passando all'esame del merito, si osserva che con la prima «questione preliminare» la banca opponente si duole dell'imputazione delle riscontrate irregolarità agli esponenti aziendali individuati nella proposta della Consob alle pagine 9, 10 e 11; in particolare, viene argomentata la dedotta assenza dell'elemento soggettivo in relazione a detti esponenti, sostenendosi che le condotte illecite loro contestate si porrebbero al di fuori della sfera di controllo ragionevolmente esigibile, in considerazione della carica e delle funzioni da essi in concreto svolte all'interno della struttura.

La censura non appare fondata.

Correttamente, infatti, la violazione descritta al n. 1, relativa alla inidoneità delle procedure interne a consentire un corretto svolgimento del servizio, è stata imputata agli amministratori, trattandosi di violazione inerente alla predisposizione e al funzionamento dell'organizzazione aziendale la cui impostazione, per lo meno generale, secondo la disciplina del codice civile vigente all'epoca dei fatti e, in particolare, ai sensi dell'art. 2392 c.c. (non ha rilievo, nella specie, essendo entrata in vigore successivamente alla vicenda in esame, la nuova normativa societaria in materia di doveri degli amministratori e dei sindaci richiamata dalle opposenti) era riservata alla competenza istituzionale dell'organo amministrativo (senza distinzione tra amministratori delegati e deleganti in assenza di prova, nella specie non fornita, che questi ultimi non avessero potuto esercitare i propri, persistenti, poteri-doveri di controllo sull'attività dei primi a causa del comportamento ostantivo di alcuni) nonché soggetta, ai sensi degli artt. 2403 c.c., 8, 3° comma, e 149 d.lgs. n. 58/98, al controllo di regolarità, anche sostanziale, da parte dei collegio sindacale.

A ciò aggiungasi che, in relazione ai requisiti di competenza, professionalità e onorabilità richiesti per gli amministratori e i sindaci dalla normativa nel settore dell'intermediazione mobiliare (vedansi d.lgs. n. 58/98 e decreto Ministero del Tesoro n. 58/98) il grado di diligenza in generale richiesto a detti organi nell'espletamento delle rispettive funzioni non poteva che risultare sensibilmente innalzato.

La stessa violazione, poi, è stata giustamente imputata, in ragione della specifica competenza di tali organi a delle unità operative dagli stessi presiedute quale risulta dallo schema riportato a pag. 11 della proposta sanzionatoria di Consob, anche al Direttore Generale ed al Responsabile della Funzione di Controllo Interno rispettivamente in carica nel periodo oggetto dell'indagine.

Correttamente, poi, ai medesimi organi sono state addebitate, benché tipicamente comportamentali, le ulteriori violazioni indicate nel decreto, dato che esse si pongono quale inevitabile conseguenza delle carenze, contestate al n. 1), dell'assetto organizzativo e funzionale della Banca, imputabili a un non corretto esercizio, da parte degli amministratori, dei sindaci, del Direttore Generale e del Responsabile della Funzione di Controllo Interno, dei rispettivi poteri di gestione e di controllo.

Giustificata si rivela altresì la contemporanea imputazione delle medesime irregolarità comportamentali descritte ai nn. 1) , 2) e 3) ai soggetti che, all'epoca e come si precisa nella

proposta, presiedevano i settori aventi funzioni specifiche nel ramo di operatività oggetto di indagine e cioè ai Responsabili del Controllo interno, della Direzione Operativa, della Direzione Finanza, della Funzione Titoli, della Intermediazione Titoli, della Direzione Operativa, del Presidio Operativo Finanza.

Non può infine, nella specie, assumere rilievo l'eccezione, pure sollevata dalla opponente con specifico riferimento agli organi di vertice della banca, di pretesa carenza dell'elemento soggettivo della colpa attesa che, come ha precisato la Suprema Corte con la sentenza delle Sezioni Unite n. 10508 del 5 ottobre 1995, alla quale hanno fatto seguita decisioni costantemente conformi [...omissis...], il principio posto dall'art. 8 della legge n. 689/81 (applicabile per quanto si è più avanti rilevato, anche alle violazioni in materia di intermediazione finanziaria), secondo cui per le violazioni colpite da sanzione amministrativa è richiesta la coscienza e volontà della condotta attiva o omissiva, sia essa dolosa o colposa, deve essere inteso nel senso della sufficienza dei suddetti estremi senza che occorra la concreta dimostrazione del dolo o della colpa.

Tale norma pone, infatti, una presunzione di colpevolezza a carico di colui che, pur essendovi normativamente tenuto per la qualità rivestita, ponga in essere o manchi di impedire un fatto vietato, riservando a questo l'onere (sicuramente nella specie inadempito) di provare di aver agito senza colpa (in particolare è stato affermato da Cass. n. 7143/01, che «è legittima l'irrogazione della sanzione in assenza di deduzioni, da parte dell'opponente, atte a superare detta presunzione mediante la dimostrazione della propria estraneità al fatto o dell'impossibilità di evitarlo tramite un diligente espletamento dei compiti connessi alla carica ricoperta»).

Tutto quanto esposto induce a ritenere che, come correttamente osservato da Consob, la commissione degli illeciti «comportamentali», descritti nei punti 2) e 3) del provvedimento del Ministero, debba essere riferita anche agli amministratori, ai sindaci e agli esponenti dell'alta direzione della banca: posto che le regole dettate dal d.lgs. 58/98 e dalla normativa regolamentare di attuazione contenuta nella delibera Consob n. 11522/98 hanno come diretti destinatari i «soggetti abilitati», ossia le compagnie sodali autorizzate alla prestazione dei servizi di investimento, il rispetto delle regole (organizzative, procedurali e di condotta) gravanti sull'intermediario «persona giuridica» deve essere in primis assicurato dai soggetti persone fisiche» che hanno la guida dell'ente collettivo; essi dunque rispondono anche delle violazioni non da loro materialmente poste in essere, allorquando esse siano conseguenza

immediata e diretta dell'inosservanza dei precetti organizzativi e procedurali, strumentali ad assicurare l'efficiente, ordinato e corretto svolgimento del servizio di negoziazione espletato nei confronti del pubblico degli investitori. Il carattere diffuso dei comportamenti illeciti posti in essere nei rapporti con la clientela li rende, poi, sicuramente riconducibili alle contestate omissioni procedurali, escludendo che essi possano essere riferite, a iniziative individuali, dolose o colpose, di terzi (il singolo funzionario o il singolo operatore di sportello), delle quali peraltro la banca, cui, incombeva il relativo onere, non ha offerto alcuna prova.

A fondamento del secondo motivo «preliminare» di doglianza la banca lamenta l'erronea applicazione dei principi in materia di gruppi di società, sostenendo che qualsiasi potere «gestorio» (e quindi qualsiasi responsabilità civile e amministrativa) faceva capo a una società UBM che, nella logica del gruppo, concentrava in sé professionalità, specializzazione, competenza.

La tesi non può essere condivisa.

Come già in precedenza rilevato, le regole dettate dal d.lgs. 58/98 e dalla normativa regolamentare di attuazione contenuta nella delibera Consob n. 11522/98 hanno come diretti destinatari i «soggetti abilitati», ossia le compagnie sociali autorizzate alla prestazione di servizi di investimento, sicché il loro rispetto, gravante sull'intermediario «persona giuridica», deve essere necessariamente garantito dai soggetti «persone fisiche», che hanno la guida del singolo ente collettivo abilitato. Orbene, non vi è dubbio che le operazioni di cui si discute sono state poste in essere da Credito Italiano S.p.A. (ora denominato Unicredit Banca S.p.A.) che, quale soggetto abilitato, ha intrattenuto rapporti con i risparmiatori, espletando professionalmente in loro favore i servizi di investimento; a essa sono dunque direttamente ed esclusivamente riferibili le violazioni contestate, quale soggetto abilitato ai servizi di investimento e dotato di distinta personalità giuridica rispetto a quella delle altre società del gruppo, e quindi dotato di distinta «capacità a commettere illeciti amministrativi» mediante la condotta dei membri dei suoi organi sociali, senza che sia possibile invocare i principi dettati in tema di «gruppo» per conseguire una esenzione da responsabilità in danno della banca controllante o capogruppo.

Non sussiste poi, contrariamente a quanto sostenuto dalla opponente a sostegno del terzo motivo «preliminare di merito», la dedotta erronea applicazione della disciplina in materia di azienda.

La censura si basa, infatti, su una non corretta lettura della proposta della Consob che, con riguardo alla circolare del 5 marzo 1998 emanata da Unicredito Italiano, non ne rileva la mancata adozione da parte di Credito Italiano bensì la sua inadeguatezza a delineare le modalità, i tempi e le caratteristiche dei comportamenti posti in essere nella prestazione dei servizi.

Si passa quindi al punto fondamentale delle questioni «preliminari» poste dalla opponente, ossia a quello riguardante l'asserita erroneità dell'applicazione dei principi in materia di adeguatezza delle procedure; in proposito Unicredit Banca S.p.A. ha dedotto che il «concetto di procedura» delineato da Consob era «arbitrario» e non sorretto dalle norme in materia, atteso che l'art. 56 del Reg. n. 11522/1998 si limita a prescrivere la predisposizione delle procedure in questione senza indicarne il modello più idoneo per il raggiungimento degli scopi indicati nella stessa disposizione: «a) assicurare l'ordinata e corretta prestazione dei servizi; b) ricostruire le modalità, i tempi e le caratteristiche dei comportamenti posti in essere nella prestazione dei servizi; c) assicurare una adeguata vigilanza interna sulle attività svolte dal personale addetto e dai promotori finanziari».

La censura non può essere accolta.

Si è già avuto modo di rilevare che l'obbligo dell'intermediario di dotarsi di idonee procedure interne è considerato dalla disciplina in esame come mezzo rispetto al fine di garantire la conformità della prestazione dei servizi di investimento a tutte le norme di condotta prescritte dall'ordinamento di settore, essendo evidente che, ove dette procedure mancassero o fossero carenti, la correttezza del comportamento dell'intermediario sarebbe rimessa all'iniziativa e alla diligenza del singolo dipendente in rapporto diretto con la clientela, con esiti del tutto incerti e imprevedibili.

La mancata predeterminazione di un modello di procedure valido per tutti gli intermediari si giustifica con il fine di lasciare loro, anche in considerazione della professionalità di cui essi devono essere dotati, un ragionevole margine di autonomia: ciò tuttavia non esclude la possibilità di apprezzare l'adeguatezza delle procedure in concreto adottate dall'intermediario con riferimento alle attività da lui poste in essere nei confronti del pubblico degli investitori e di formulare un giudizio di congruità rispetto al fine cui esse sono preordinate: il fatto che il giudizio di idoneità sia stato da Consob formulato soltanto «a posteriori», dopo il verificarsi del noto default dei bond Argentina, non muta i termini della controversia, atteso che la violazione di un precetto non può che essere accertata successivamente alla sua commissione e

che la correttezza del giudizio in proposito espresso è correlata unicamente a una valutazione che si risolva, come è avvenuto nel caso di specie, in un giudizio ex ante sulla generale idoneità delle procedure ordinariamente seguite dalla banca a soddisfare gli adempimenti imposti dalla normativa di settore.

Anche l'ultima censura «preliminare», concernente un'asserita confusione logico-giuridica tra regole risarcitorie e regole di prevenzione, non può essere accolta risultando, anche da quando si dirà in seguito, che Consob ha affrontato la questione in corretti termini giuridici, rilevando che la mancata adozione di procedure interne costituiva la causa diretta e immediata delle singole infrazioni in concreto constatate.

Gli ulteriori motivi di opposizioni riguardano il merito degli illeciti addebitati.

Al riguardo si osserva quanto segue.

La prima infrazione contestata riguarda la violazione dell'art. 21 comma 1,° lett. d) d.lgs n. 58/98 e dell'art. 56, 2° comma, del regolamento Consob n. 11522/98 formulata con riferimento alla mancata predisposizione, da parte dell'intermediario, di procedure interne idonee ad assicurare l'efficiente, ordinata e corretta prestazione del servizio di negoziazione in conto proprio.

La opponente richiama, anzitutto, la censure di indeterminatezza della fattispecie contestata già proposte con il quarto motivo preliminare dei ricorso e che trovano risposta nelle considerazioni al riguardo effettuate dal Collegio.

Come si è precedentemente osservato, infatti, il requisito della «idoneità» delle procedure richiesto da entrambe le norme sopra richiamate (art. 21 comma 1° lett. d) d.lgs. n. 58/98 e art. 56, 2° comma, reg. Consob n. 11522/98), essendo chiaramente funzionale all'adempimento degli obblighi di condotta imposti agli intermediari dalla apposita normativa (primaria e regolamentare) di settore e in particolare di quelli dettagliatamente indicati nel 3°, 4° e 5° comma dello stesso art. 56 reg. n. 11522/98, nel contenuto di tale normativa (tra l'altro destinata ad operatori dotati di specifica competenza professionale) trova la propria adeguata determinazione.

In punto di fatto poi, alla luce degli elementi obiettivi emersi dall'indagine ispettiva, analiticamente descritti nella proposta sanzionatoria di Consob e sostanzialmente non contestati dall'Istituto opponente, non si può dubitare che le procedure predisposte e concretamente seguite da Credito Italiano S.p.A. fossero palesemente e oggettivamente inidonee ad assicurare, da parte della banca, una prestazione dei servizi di investimento

rispettosa degli obblighi comportamentali tassativamente imposti dalla disciplina sopra richiamata.

E' invero emerso, e del resto trattasi di circostanza incontrovertibile, che relativamente all'operatività «a paniere» (per tale intendendosi l'insieme degli strumenti o prodotti finanziari di titolarità della banca e immediatamente disponibili per negoziazioni «in contropartita diretta» tra quest'ultima e la clientela): non era stata predisposta alcuna procedura volta a definire le strategie generali di composizione del «paniere» stesso alle quali avrebbe dovuto rapportarsi la decisione di inserimento nel medesimo di nuovi titoli né, comunque, erano state impartite disposizioni interne volte a determinare, in via generale o per determinate categorie di titoli, limiti quantitativi di tale inserimento in relazione alla classe di rischio; era stato attuato un sostanziale «svuotamento del servizio di negoziazione per conto proprio», formalmente prestato da Credito Italiano, ma nella sostanza espletato da un soggetto terzo (UBM) con la concentrazione in capo allo stesso «della gestione dei rischi finanziari derivanti, tra l'altra, dall'attività in titoli nei confronti dei clienti»; non era stato concretamente posto in essere alcun presidio al fine della verifica dell'attività di UBM con riguardo, ad esempio, alla individuazione dei titoli da trattare, alla determinazione dei quantitativi da mettere a disposizione, alla determinazione del prezzo dei titoli; non erano state apprestate «procedure sintoniche alle intervenute modifiche di carattere organizzativo, che prevedevano UBM quale unica controparte di mercato»; può dirsi quindi accertato che, in violazione dei principi di diligenza, correttezza e trasparenza cui deve essere informata l'azione degli intermediari del servizio di negoziazione per conto proprio, la banca ha omesso di adottare le procedure funzionali alla preventiva e generale valutazione delle caratteristiche degli strumenti finanziari posti a disposizione immediata dei clienti (per il tramite di UBM), cosa che avrebbe potuto (e dovuto) fare anche attraverso procedure volte alla verifica dell'attività svolta dall'unico soggetto (UBM) sul quale, nell'ottica di gruppo, era accentrato l'accesso ai mercati.

La banca inoltre, come evidenziato nella proposta sanzionatoria, ha adottato procedure che non prevedevano specifici accorgimenti per garantire la conoscenza o, quanto meno, la conoscibilità delle caratteristiche peculiari dei titoli da parte degli addetti alle strutture periferiche in contatto diretto con la clientela: così mancavano procedure tali da indurre l'operatore di filiale ad acquisire informazioni specifiche sui titoli negoziati in conto proprio nei confronti della clientela, quand'anche tali informazioni fosse acquisite dalla struttura centrale di supporto tecnico e consultivo; la procedura informatica CAD aveva una funzionalità

tale da non garantire la segnalazione automatica all'operatore di filiale della rischiosità di un titolo; erano assenti disposizioni volte a disciplinare le modalità di adempimento degli obblighi di informazione nei confronti degli investitori, siccome puntualizzati dall' art. 28, comma 2, del reg. Consob n. 11522/98; tali fatti, non specificamente contestati nel ricorso e quindi definitivamente acclarati nella loro materialità, rendono evidente la fondatezza della contestazione sul piano giuridico.

Dagli accertamenti è inoltre emerso che, quanto alla individuazione del profilo finanziario del cliente, la banca non aveva impartito precise disposizioni che stabilissero i criteri di corrispondenza tra i valori riportati sui moduli cartacei e quelli previsti dalla procedura informatica, sicché il compito di delineare tale profilo era rimesso necessariamente all'addetto al rapporto con gli investitori: anche tale fatto non ha costituito oggetto di specifica contestazione da parte della opponente, che non ha neppure addotto specifici motivi atti a negare la fondatezza dell'ulteriore rilievo riguardante la contestata inidoneità delle procedure adottate a consentire la valutazione della «adeguatezza» dell'operazione rispetto al profilo del cliente: l'incompletezza dei criteri di classificazione dei titoli, tra cui non erano ricomprese, ad esempio, le caratteristiche e la qualità dell'emittente, e la mancanza di previsione dell'ipotesi di inadeguatezza con riguardo alla frequenza ovvero alla dimensione delle operazioni disposte dai clienti (parametri contemplati dall'art. 28 Reg. Consob n. 11522/98) rendono evidente che la valutazione dell'adeguatezza o meno veniva demandata al singolo operatore di sportello, cui, non erano stati mai forniti parametri a supporto della sua azione.

La banca ha violato anche il disposto dell'art. 28, comma 2, del Reg. Consob n. 11522/98 (vedi contestazione n. 2 contenuta nel decreto ministeriale), attesa che, in assenza di procedure interne dirette a veicolare i flussi informativi agli operatori di filiale e le informazioni che questi avrebbero dovuto fornire alla clientela circa la natura e i rischi delle negoziazioni, essa non è stata in grado di adempiere ai fondamentali obblighi di informazione nei confronti degli investitori.

Parte assai rilevante delle negoziazioni dei bond Argentina poste in essere dal Credito Italiano con la clientela si è realizzata nel periodo del c.d. grey market e cioè nel periodo che va dalla data di lancio dell'emissione obbligazionaria a quella (closing day) di primo regolamento della stessa quando ancora mancavano documenti informativi sui titoli (in particolare le offering circulars) che, per prassi sono formati dagli offerenti solo nei giorni immediatamente precedenti la data di regolamento e quando, essendo i prezzi ancora estremamente volatili,

esiste per la clientela il rischio di dover pagare un prezzo molto più alto di quello rilevato al momento delle negoziazioni.

Si consideri, poi, che gli acquisti da parte della clientela retail che intervengono nella fase di grey market finiscono con l'influenzare lo stesso mercato primario (riservato agli investitori professionali) liberando da sostanziali rischi i collocatori: l'emittente e i lead manager, invero, possono, di fatto, tener conto dell'andamento delle transazioni registratesi nel grey market e, in ipotesi, revocare, entro la chiusura del collocamento e con conseguente inefficacia di tutte le contrattazioni media tempore intervenute, l'effettiva emissione quando la stessa non abbia già registrato successo in tale fase ovvero aumentare l'ammontare dei titoli offerti in caso di risposta particolarmente positiva da parte del mercato.

Risultano quindi chiari i motivi per i quali la mancata predisposizione da parte della banca, a fronte di tali peculiarità, di una appropriata procedura interna in grado di orientare correttamente l'operatività dell'intermediario nei confronti della clientela abbia assunto i connotati specifici della violazione dell'art. 28, comma 2, del reg. Consob n. 11522/98.

Contrariamente all'assunto della opponente, tale violazione non è esclusa per il fatto che il default di un titolo di Stato non fosse all'epoca dei fatti facilmente prevedibile, dato che l'oggetto della contestazione esula dalla prevedibilità dell'evento e si incentra sulla mancata comunicazione alla clientela di tutte quelle informazioni sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni dell'operazione, che ben potevano essere acquisite dalla banca tramite il set informativo disponibile in quegli anni (2000-2002) .

Nella specie è altresì ravvisabile la violazione, descritta al numero 3) del provvedimento impugnato, dell'art. 29 del reg. Consob n. 11522/98, il quale prevede che «Gli intermediari autorizzati si astengono dall'effettuare con o per conto degli investitori operazioni non adeguate per tipologia, oggetto, frequenza a dimensione»; la valutazione di tale adeguatezza deve poi effettuarsi tenendo conto delle informazioni, volte ad individuare il profilo dell'investitore (esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari, complessiva situazione finanziaria, propensione al rischio) da questi rilasciate al sensi del precedente art. 28 comma 1° lett. a) (ai sensi della stessa norma l'eventuale rifiuto di fornire tali informazioni deve risultare dal contratto ovvero da apposita dichiarazione sottoscritta dall'investitore) e «di ogni altra informazione disponibile in relazione ai servizi prestati».

Lo stesso art. 29 stabilisce, altresì, al 3° comma, che «Gli intermediari autorizzati, quando ricevono da un investitore disposizioni relative ad una operazione non adeguata, lo informano

di tale circostanza e delle ragioni per cui non è opportuno procedere alla sua esecuzione. Qualora l'investitore intenda comunque dar corso all'operazione, gli intermediari autorizzati possono eseguire l'operazione stessa solo sulla base di un ordine impartito per iscritto ovvero, nel caso di ordini telefonici, registrato su nastro magnetico o su altro supporto equivalente in cui sia fatto esplicito riferimento alle avvertenze ricevute».

La violazione in esame si è concretizzata in un contesto caratterizzato dalla marcata adozione di procedure volte alla gestione e alla conservazione delle informazioni relative alle caratteristiche dei titoli inserite in «anagrafica», che ha impedito anche l'esatta ricostruzione del profilo attribuito dalla banca ai titoli in esame.

Dagli accertamenti effettuati da Consob, con riferimento a un campione di cinque emissioni Argentina, è emerso che esse risultavano censite in «anagrafica» con un valore di linea di investimento pari a «3» (propensione al rischio «media»): su un campione di centoventi depositi operativi sulle cinque emissioni selezionate (intestati a operatori non professionali) è emersa in particolare la posizione di diciannove clienti, per i quali l'operatività in obbligazioni Argentina è risultata palesemente «non adeguata» [...omissis...].

Le argomentazioni della opponente, volte a ridimensionare la portata dell'illecito, non convincono, atteso che le posizioni dei diciannove clienti indicati nella proposta costituiscono un mero esempio di una condotta generalizzata, determinata dalle deficienze procedurali accertate da Consob e non contestate dalla banca.

Ugualmente fondata risulta, infine, la contestazione di cui al n. 4 del decreto impugnato, relativa alla violazione dell'art. 27 dello stesso regol. n. 11522/98 per non essersi l'intermediario astenuta dall'effettuare operazioni in conflitto di interessi.

Dispone, infatti, detta norma che gli intermediari aventi, direttamente o indirettamente, un interesse, anche derivante «da rapporti di gruppo, dalla prestazione congiunta di più servizi o da altri rapporti di affari propri o di società del gruppo».

E' poi incontrovertibile che quest'ultima non si è neppure preoccupata di fornire ai detentori dei bond alcuna informazione in ordine al mancato rimborso dell'emissione «Cirio Finance 7,50%» in scadenza a novembre 2002 [...omissis...].

Nella specie è altresì ravvisabile la violazione, di cui al numero 4) del provvedimento impugnato, dell'art. 29 del reg. Consob n. 11522/98 prevedente che «Gli intermediari autorizzati si astengono dall'effettuare con o per conto degli investitori operazioni non adeguate per tipologia, oggetto, frequenza o dimensione»; la valutazione di tale adeguatezza

deve poi effettuarsi tenendo conto delle informazioni, volte ad individuare il profilo dell'investitore (esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari, complessiva situazione finanziaria, propensione al rischio) da questi rilasciate ai sensi del precedente art. 28 comma 1° lett. a) (ai sensi della stessa norma l'eventuale rifiuto di fornire tali informazioni deve risultare dal contratto ovvero da apposita dichiarazione sottoscritta dall'investitore) e «di ogni altra informazione disponibile in relazione ai servizi prestati.»

Lo stesso art. 29 stabilisce, altresì, al 3° comma, che «Gli intermediari autorizzati quando pubblici presidiati dalla normativa, non riveste alcuna importanza una eventuale mancanza di conseguenze dannose per gli investitori, non potendosi confondere la potenziale dannosità insita nella situazione di conflitto di interesse, che la norma violata vuole evitare, con il danno in ipotesi derivante della condotta abusiva, scaturita da quel conflitto, che può trovare ristoro in altra sede.

Conclusivamente, il complesso dei fatti dianzi esposti consente di ritenere accertato, nel periodo e nel settore oggetto dell'indagine, un comportamento di Credito Italiano gravemente lesivo non solo dei doveri imposti all'intermediario dalla specifica normativa in materia ma anche dei doveri, desumibili dal diritto comune, di correttezza e diligenza codificati, per l'adempimento delle obbligazioni in genere, dagli artt. 1175 e 1176 c.c., essendo emerso che la banca, relativamente alle obbligazioni Argentina, per effetto di carenze organizzative e funzionali del proprio sistema operativo, ha venduto «in contropartita diretta» alla clientela retail titoli, senza acquisire e trasmettere alla stessa elementi significativi del rischio dell'operazione e, comunque, senza una adeguata valutazione di tale rischio rispetto al profilo dell'investitore.

I motivi n. 12 e n. 13 del ricorso attengono alla pretesa inadeguatezza dei criteri seguiti dalla Consob nel determinare l'entità delle sanzioni formulate nella relativa proposta e interamente recepite dal provvedimento ministeriale.

Lamenta anzitutto la opponente l'inadeguatezza proporzionale delle pene applicate a ciascun responsabile nell'ambito delle varie categorie di appartenenza e in particolare eccepisce: a) l'inadeguatezza delle sanzioni irrogate ai direttori generali, Majocchi e Bianconi, che, pur avendo ricoperto l'incarico rispettivamente per nove e diciannove mesi, erano stati destinatari di una sanzione sostanzialmente analoga a quella irrogata al Presidente del Consiglio di Amministrazione, Cravero, che aveva ricoperto l'incarico per due anni e mezzo; b) l'inadeguatezza delle sanzioni irrogate ai consiglieri Fumagalli, Galmarini, Profumo, che erano stati destinatari

di una sanzione identica a quella applicata al Brogkini, che aveva rivestito la carica di vice presidente del Consiglio di Amministrazione; c) l'inadeguatezza delle sanzioni irrogate ai consiglieri Nordico, Vignoletti e Prunotto che, pur avendo ricoperto l'incarico per un periodo rispettivamente di diciotto, undici e otto mesi, erano stati destinatari di sanzioni sostanzialmente analoghe a quelle irrogate ai consiglieri Barilla, Bolognini e Lentati, che avevano ricoperto l'incarico per trenta mesi; d) l'inadeguatezza della sanzione irrogata al Presidente del Collegio Sindacale, cui era stato riservato un trattamento sanzionatorio identico a quello applicato agli altri componenti del Collegio; e) l'inadeguatezza delle sanzioni irrogate al Fermi, al Buccellato, al Sinagra e al Patricolo, che erano state applicate secondo criteri diversi rispetto a quelli adottati per il Branciamore; f) l'inadeguatezza della sanzione applicata al Buccellato che, pur avendo ricoperto l'incarico di responsabile della funzione di controllo interno per soli dieci mesi, era stato destinatario di una sanzione sostanzialmente identica a quelle irrogate a soggetti che avevano svolto lo stesso incarico o incarichi di maggiore responsabilità per più lunghi periodi; g) l'inadeguatezza della sanzione inflitta al Cavallotti, cui era stato riservato un trattamento peggiore rispetto a quello applicato al Mecarelli, che aveva svolto la medesima funzione per un periodo di tempo maggiore.

Tali censure non appaiano fondate.

Le precisazioni operate da Consob circa i criteri adottati per la quantificazione e graduazione delle sanzioni [...omissis...] consentono, infatti, di ravvisare l'assoluta congruità delle sanzioni applicate a ciascun responsabile per le violazioni rispettivamente contestate, e ciò sia in relazione ai criteri generali, normativamente fissati, di commisurazione della sanzione nell'ambito della misura minima (e 516,00) e massima (e 25.822,00) prevista dalla legge (art. 190 d.lgs. n. 58/98) e sia in relazione alla valutazione comparativa delle singole posizioni.

La quantificazione della sanzione risulta, invero, correttamente operata in base ai criteri soggettivi e oggettivi previsti dall'art. 11 L. n. 689/81 essendosi, in particolare, tenuto conto della funzione esercitata da ciascun responsabile e dell'effettivo ruolo da questo svolto all'interno della banca [...omissis...] della gravità obiettiva di ciascuna infrazione accertata in relazione agli interessi sottesi alla norma violata, alla diffusione, alle conseguenze dannose, anche potenziali, e alla durata di ciascuna irregolarità, dell'eventuale sussistenza di particolari circostanze obiettive idonee a incidere sulla responsabilità e dell'intervenuto ravvedimento operoso.

Correttamente, poi, la violazione più grave è stata ritenuta quella di cui al n. 1) (art. 21 comma 1° lett. d) d.lgs. 58/99 e art. 56 2° comma regol. n. 11522/98) in quanto relativa ad aspetti dell'organizzazione, che hanno inevitabilmente condizionato e caratterizzato l'intera operatività dell'intermediario.

Alla luce di tali criteri e tenuto conto delle puntuali e convincenti precisazioni, fornite da Consob nella propria memoria di costituzione con riguardo specifico alle singole doglianze espresse dalla opponente, queste devono ritenersi del tutto infondate.

In particolare, l'entità della sanzione applicata al Majocchi e al Bianconi (comunque lievemente inferiore a quella applicata al Cravero, presidente del Consiglio di Amministrazione) trova giustificazione nelle cariche da essi ricoperte; la differenziazione del trattamento sanzionatorio per i consiglieri Fumagalli, Galmarini e Profumo rispetto a quello applicata al Brogginì non dipende dalla carica di vice presidente ricoperta da quest'ultimo; il maggior rigore sanzionatorio adottato per il Costa, presidente del Collegio Sindacale, ha ragione d'essere, perchè la carica di presidente, di regola affidata a soggetti di grande competenza e di rilevante affidabilità, comporta speciali doveri di impulso e di coordinamento nell'ambito dell'organo collegiale; la violazione ascritta al Cavallotti e al Mecarelli si colloca in un lasso di tempo (4 maggio 2000-15 febbraio 2001), tale da giustificare un maggior rigore nei confronti del primo, in carica dall'1 aprile 2000 fino al 31 ottobre 2000, rispetto al secondo, la cui carica è iniziata il 19 ottobre 2000, sicché la violazione ascritta al Cavallotti è durata per sei mesi mentre quella a scritta al Mecarelli per soli quattro mesi.

In definitiva, può ritenersi che l'Amministrazione abbia correttamente applicato i criteri stabiliti per la determinazione delle sanzioni, graduandole con equilibrio in relazione alla posizione, complessivamente valutata, di ciascun responsabile.

La opponente non può neppure fondatamente dolersi del fatto che la sanzione, relativamente agli amministratori, sindaci, direttore generale, responsabile della funzione del controllo interno e responsabile della direzione operativa e, quindi, relativamente a tutti i soggetti a cui è stata contestata la violazione dell'art. 21 d.lgs. n. 58/98, sia stata dal Ministero determinata, come proposto da Consob, secondo il criterio del cd. cumulo giuridico (a concorso formale) di cui all'art. 3 Legge n. 689/82 anziché recando il criterio del cd. Cumulo materiale previsto, per le violazioni della stessa indole, dall'art. 8 bis della medesima legge.

Dal chiaro tenore delle norme citate risulta, invero, che l'applicazione dell'invocato art. 8 bis (che, ai sensi di quanto previsto al comma 4° comporterebbe, nel caso di infrazioni della stessa

indole commesse in tempi ravvicinati e riconducibili ad una programmazione unitaria, la irrilevanza, ai fini della sanzione, delle violazioni successive alla prima) è riservata all'ipotesi di pluralità di violazioni della stessa indole realizzate con più azioni od omissioni, mentre la commissione di più violazioni con un'unica azione od omissione ricade necessariamente nella previsione del precedente art. 8 1° comma [...omissis...] con conseguente irrilevanza agli effetti sanzionatori e salvo che si tratti di violazioni in materia di previdenza ed assistenza obbligatorie (soggette alla disciplina specifica di cui ai commi 2° e 3° della stessa norma) dell'eventuale identità dell'indole delle violazioni e della riconducibilità delle stesse a un medesimo disegno esecutivo.

Di tale norma, pertanto, il Ministero ha fatto corretta applicazione attesa che, come si è dianzi rilevato, le violazioni indicate ai numeri 2), 3) e 4) del provvedimento sanzionatorio sono state imputate ai predetti esponenti aziendali quale conseguenza diretta e inevitabile della stessa e unica violazione comportamentale di cui al n. 1), pure contestata ai medesimi, attinente alle carenze dell'assetto organizzativo della banca.

In conclusione, previa declaratoria di inammissibilità dell'opposizione proposta dagli esponenti aziendali, quella di Unicredit Banca S.p.A. deve essere respinta in quanto infondata.

Sussistono giusti motivi, tenuto conto della obiettiva difficoltà delle questioni trattate, per compensare integralmente tra le parti le spese del procedimento.

P.Q.M.

Dichiara l'inammissibilità dell'opposizione proposta da Mario Aruffo, Giuseppe Armenise, Massimo Bianconi, Fabio Bolognini, Francesca Branciamore, Gerardo Broggin, Antonino Buccellato, Emanuele Cavallotti, Alberto Cravero, Claudio Fermi, Peppino Fumagalli, Fausto Galmarin, Attilio Leonardo Lentati, Andrea Mecarelli, Roberto Mordio, Ettore Patricola, Alessandro Profumo, Dario Prunotto, Fausto Sinagra, Salvatore Spiniello, Alessandro Trotter, Raffaello Vignoletti, Paride Costa, Guido Maria Barilla e Luca Majocchi.

Rigetta l'opposizione proposta da Unicredit Banca S.p.A. avverso il decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze, Dipartimento del Tesoro, emanato il 29 marzo 2005.

Compensa integralmente tra le parti le spese del presente procedimento.

Così deciso in Bologna, 25 novembre 2005.

IL PRESIDENTE

[...omissis...]