

08855-17



ESENTE

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SECONDA SEZIONE CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Oggetto

Dott. STEFANO PETITTI

- Presidente -

SANZIONI
AMMINISTRATIVE

Dott. LUIGI ABETE

- Consigliere -

Ud. 27/02/2017 -
PU

Dott. RAFFAELE SABATO

- Consigliere -

R.G.N. 7838/2014
Rom 8855

Dott. ANTONIO SCARPA

- Rel. Consigliere -

Rep.

Dott. CHIARA BESSO MARCHEIS

- Consigliere -

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso 7838-2014 proposto da:

CONSOB - COMMISSIONE NAZIONALE PER LA SOCIETÀ E LA
BORSA - 80204250585, elettivamente domiciliata in ROMA, .

i
,

;

- **ricorrente** -

contro

IARCO, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA
TOSCANA 10, presso lo studio dell'avvocato ANTONIO RIZZO,

550/17

che lo rappresenta e difende unitamente agli avvocati

- controricorrente -

nonchè contro

IVANO;

- intimato -

avverso l'ordinanza della CORTE D'APPELLO di MILANO, depositata il 21/01/2014;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 27/02/2017 dal Consigliere Dott. ANTONIO SCARPA;

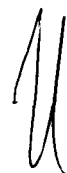
uditi gli Avvocati

;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. LUCIO CAPASSO, che ha concluso per il rigetto del ricorso.

FATTI DI CAUSA

La CONSOB (COMMISSIONE NAZIONALE PER LA SOCIETÀ E LA BORSA) ha proposto ricorso per cassazione, articolato in quattro motivi, avverso l'ordinanza della CORTE D'APPELLO di MILANO, depositata il 21/01/2014, la quale ha accolto l'opposizione formulata da MARCO e da IVANO contro la delibera della Commissione n. 18517 del 3 aprile 2013, che aveva inflitto agli opposenti la sanzione pecuniaria di € 50,000,00 per violazione dell'art. 10 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (TUF). La contestazione assumeva che MARCO e IVANO in qualità, rispettivamente, di Responsabile della Direzione Controlli di Rete e Compliance e di Responsabile del Servizio di Compliance presso la Banca Popolare di Milano, avessero fornito alla CONSOB informazioni non corrispondenti al vero in



merito alla distribuzione effettuata in occasione dell'offerta di obbligazioni "Prestito Convertendo" BPM 2009/2013.

La Corte d'Appello di Milano riteneva fondata l'eccezione di *ne bis in idem* formulata dal [redacted] stante la contemporanea pendenza nei suoi confronti di procedimento penale per assunta violazione dell'art. 2638 c.c. La Corte di Milano evidenziava all'uopo come tra l'illecito penale previsto dall'art. 2638 c.c. e quello amministrativo previsto dall'art. 190 TUF, in relazione all'art. 10 TUF, corresse un rapporto di specialità da risolvere in base all'art. 9 della legge n. 689/1981, nel senso che tutte le condotte incriminate dalla prima norma rientrano nella più generale fattispecie sanzionata dal TUF, ed essendo perciò speciale, sia sotto il profilo oggettivo che sotto il profilo soggettivo, l'art. 2638 c.c. rispetto all'art. 190 TUF.

Resiste con controricorso MARCO [redacted] mentre IVANO [redacted] intimato, non ha svolto attività difensiva. Ricorrente e controricorrente hanno presentato memorie ai sensi dell'art. 378 c.p.c.

RAGIONI DELLA DECISIONE

Il primo motivo di ricorso della CONSOB deduce violazione degli artt. 190 e 10, d. lgs. n. 58/1998. Si contesta l'interpretazione offerta dalla Corte d'Appello con riferimento all'art. 190, in relazione all'art. 10 TUF, come norma sanzionatrice di una condotta di ostacolo ai poteri di controllo e di vigilanza della stessa CONSOB, laddove, nel caso in esame, ciò che era stato perseguito era la violazione del dovere dei soggetti abilitati, nel corso di ispezione CONSOB o BANCA D'ITALIA, di consegnare documenti e comunicare informazioni veritieri ai funzionari incaricati, ovvero di fornire corretto riscontro agli ispettori. Piuttosto, sarebbero altre le disposizioni del d.lgs. n. 58/1998 poste a presidio delle funzioni di vigilanza

(artt. 170-bis e 187-quinquiesdecies TUF), da porre in relazione di concorso di norme con l'art. 2638 c.c.

Il secondo motivo di ricorso denuncia la falsa applicazione dell'art. 9, comma 1, legge n. 689/1981, in relazione all'art. 2638 c.c. ed agli artt. 190 e 10 del d.lgs. n. 58/1998. La ricorrente CONSOB critica l'ordinanza della Corte d'Appello di Milano, giacchè il citato art. 9 non poteva qui trovare applicazione, in quanto manca il requisito dello "stesso fatto" occorrente ai fini dell'applicazione del principio di specialità: l'art. 2638 c.c. e gli artt. 190 e 10 del d.lgs. n. 58/1998 riguardano fattispecie diverse, autonome e non assimilabili sul piano dei comportamenti sanzionati.

Il terzo motivo denuncia la falsa applicazione dell'art. 9, comma 1, legge n. 689/1981, in relazione all'art. 2638 c.c. ed agli artt. 190 e 10 del d.lgs. n. 58/1998, in quanto tra le norme ritenute concorrenti sarebbe, al più, ravvisabile un rapporto di cosiddetta "specialità bilaterale bilateralmente per aggiunta", presentando le due fattispecie sanzionatrici entrambe, accanto ad un nucleo di elementi comuni, elementi speciali. In tal caso, non opera l'art. 9, comma 1, legge n. 689/1981, ma si verifica, piuttosto, un concorso reale di norme.

Il quarto motivo deduce ancora una volta la falsa applicazione dell'art. 9, comma 1, legge n. 689/1981, in relazione all'art. 2638 c.c. ed agli artt. 190 e 10 del d.lgs. n. 58/1998, avendo la Corte di Milano erroneamente ritenuto applicabile la sola sanzione penale ex art. 2638 c.c., in quanto norma speciale, laddove, al più, sarebbe l'art. 190 TUF a dover essere applicato, in quanto speciale rispetto alla prima disposizione (relazione definita dalla ricorrente "specialità bilaterale unilateralmente per aggiunta").

I quattro motivi di ricorso, che vanno esaminati congiuntamente per la loro stretta connessione, si rivelano infondati.

Va premesso che non trovano applicazione nel caso in esame le modifiche alla parte V del d.lgs. n. 58 del 1998 apportate dal d.lgs. n. 72 del 2015, trattandosi di violazioni commesse prima dell'entrata in vigore delle disposizioni di attuazione adottate dalla Consob e dalla Banca d'Italia, poiché in tal senso dispone l'art. 6 del d.lgs. n. 72 cit. D'altro canto, le sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dalla CONSOB ai sensi dell'art. 190 TUF non sono equiparabili, quanto a tipologia, severità, incidenza patrimoniale e personale, a quelle irrogate dalla CONSOB ai sensi dell'art. 187 ter TUF per manipolazione del mercato, sicché esse non hanno la natura sostanzialmente penale che appartiene a queste ultime, né pongono, quindi, un problema di compatibilità con le garanzie riservate ai processi penali dall'art. 6 CEDU, agli effetti, in particolare, della violazione del "ne bis in idem" tra sanzione penale ed amministrativa comminata sui medesimi fatti (cfr. Cass. Sez. 1, 30/06/2016, n. 13433; Cass. Sez. 1, 02/03/2016, n. 4114; Cass. Sez. 2, 24/02/2016, n. 3656, tutte in rapporto a Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri c. Italia).

Rileva, piuttosto, alla luce delle censure formulate nei suoi quattro motivi dalla ricorrente CONSOB avverso l'ordinanza della Corte d'Appello di Milano, il rapporto intercorrente tra l'art. 2638 c.c. e l'art. 190, in relazione all'art. 10 TUF, agli effetti dell'art. 9, comma 1, legge n. 689/1981, secondo il quale "quando uno stesso fatto è punito da una disposizione penale e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa, ovvero da una pluralità di disposizioni che



prevedono sanzioni amministrative, si applica la disposizione speciale”.

La condotta contestata dalla CONSOB a Marco e Ivano oggetto della sanzione pecuniaria irrogata ai sensi degli artt. 190 e 10 TUF, concerneva i dati non veritieri esposti dagli stessi, in qualità, rispettivamente, di Responsabile della Direzione Controlli di Rete e Compliance e di Responsabile del Servizio di Compliance presso la Banca Popolare di Milano, nella “Relazione in tema di verifiche di conformità presso la rete commerciale in ordine al collocamento del prestito obbligazionario convertendo”, da loro sottoscritta nel marzo 2010. L’opponente in particolare, aveva evidenziato la pendenza a suo carico, per la stessa vicenda, di un procedimento penale per il reato di cui all’art. 2638 c.c. Per la CONSOB fra il contestato illecito amministrativo previsto nel TUF ed il delitto configurato dall’art. 2638 c.c. intercorre soltanto una relazione di “specialità bilaterale per aggiunta”, potendo quindi legittimamente concorrere le due sanzioni di diversa natura. La Corte di Milano condivideva l’eccezione definita del “*ne bis in idem*” formulata da uno dei ricorrenti, in ordine appunto alla contemporanea pendenza di un procedimento penale proposto nei suoi confronti in merito agli stessi fatti e faceva pertanto applicazione dell’art. 9, legge n. 689/1981 per dipanare il ravvisato concorso apparente di norme sanzionatorie. Dall’analisi delle due fattispecie astratte, i giudici del merito raggiungevano la conclusione che tutte le condotte incriminate contemplate nell’art. 2638 c.c. rientrano nel più ampio ambito applicativo dell’art. 190 TUF, ove questo persegue l’inosservanza dell’art. 10 dello stesso TUF. Osservava la Corte d’Appello che le ulteriori condotte illecite



colpite dall'art. 190 TUF, relative ad ipotesi estranee a quelle volte ad ostacolare i poteri di vigilanza ispettiva della CONSOB, non attengono al medesimo fatto, e sono perciò irrilevanti ai fini della configurabilità della relazione di specialità. Così, la Corte di Milano individuava gli elementi specializzanti oggettivi e soggettivi dello schema astratto predisposto dall'art. 2638 c.c., per inferirne l'applicabilità, nel caso in esame, soltanto di quest'ultima disposizione sanzionatrice.

Deve considerarsi come, allo scopo di verificare l'effettiva sussistenza, o meno, dell'identità del fatto materiale, rispettivamente vagliato in sede penale come delitto ex art. 2638 c.c. e in sede amministrativa come violazione degli artt. 190 - 10 TUF (identità che la CONSOB contesta), sarebbe stato pregiudizialmente utile che la ricorrente avesse indicato e trascritto in ricorso, ai sensi dell'art. 366, comma 1, n. 6, c.p.c., gli atti del procedimento penale contenenti l'imputazione contestata a Marco .

La decisione dell'indicata questione di diritto adottata dalla Corte d'Appello di Milano è comunque conforme ai principi indicati dalla giurisprudenza di questa Corte.

L'art. 190 TUF dispone che la sanzione amministrativa pecuniaria, negli importi ivi stabiliti, si applica nei confronti dei soggetti abilitati, dei depositari e dei soggetti ai quali sono state esternalizzate funzioni operative essenziali o importanti, per la mancata osservanza, fra l'altro, dell'art. 10. L'art. 10 concerne i poteri di vigilanza ispettiva della Banca d'Italia e della CONSOB, le quali, vi si afferma, nell'ambito delle rispettive competenze, e in armonia con le disposizioni comunitarie, possono effettuare ispezioni e richiedere



l'esibizione dei documenti e il compimento degli atti ritenuti necessari presso i soggetti abilitati.

L'art. 2638 c.c., rubricato "Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza ", fissa, invece, al primo comma, la pena della reclusione da uno a quattro anni per gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori di società o enti e gli altri soggetti sottoposti per legge alle autorità pubbliche di vigilanza, o tenuti ad obblighi nei loro confronti, i quali, nelle comunicazioni alle predette autorità previste in base alla legge, al fine di ostacolare l'esercizio delle funzioni di vigilanza, esponcano fatti materiali non rispondenti al vero, ancorché oggetto di valutazioni, sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria dei sottoposti alla vigilanza ovvero, allo stesso fine, occultano con altri mezzi fraudolenti, in tutto o in parte, fatti che avrebbero dovuto comunicare, concernenti la situazione medesima. Il secondo comma dell'art. 2638 c.c. estende poi la stessa pena agli amministratori, ai direttori generali, ai dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, ai sindaci e ai liquidatori di società, o enti e agli altri soggetti sottoposti per legge alle autorità pubbliche di vigilanza o tenuti ad obblighi nei loro confronti, i quali, in qualsiasi forma, anche omettendo le comunicazioni dovute alle predette autorità, consapevolmente ne ostacolano le funzioni.

L'art. 9 (Principio di specialità), comma 1, della legge 24 novembre 1981, n. 689, prescrive, a sua volta, che "quando uno stesso fatto è punito da una disposizione penale e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa, ovvero



da una pluralità di disposizioni che prevedono sanzioni amministrative, si applica la disposizione speciale”.

L'interpretazione costantemente data dalla giurisprudenza di questa Corte all'art. 9, legge n. 689/1981, è nel senso che esso opera se, e nei limiti in cui, le disposizioni punitive si riferiscano allo "stesso fatto": la fattispecie prevista nella disciplina generale deve, cioè, essere compresa in quella speciale, la quale contiene un elemento ulteriore rispetto alla prima, così che, ove non fosse prevista la disposizione speciale, la fattispecie rientrerebbe nella disposizione generale. Non ha quindi rilievo decisivo, al fine di individuare il rapporto di specialità occorrente per dissolvere un concorso apparente di norme, il criterio del bene o dell'interesse protetto dai precetti punitivi concorrenti, quanto il dato che le previsioni sanzionatrici coincidano sotto il profilo dell'identità dell'avversato comportamento del trasgressore e si differenzino per il fatto di dar rilievo, l'una e non l'altra, ad ulteriori elementi tipizzanti, appunto, "speciali" (Cass. Sez. 2, 22/01/2008 n. 1299; Cass. Sez. 1, 10/09/1991, n. 9494; v. anche Cass. Sez. 2, 30/11/2012, n. 21502).

La giurisprudenza penale di questa Corte spiega come il delitto di cui al primo comma dell'art. 2638 c.c. è un reato di mera condotta, integrato sia dall'omessa comunicazione di informazioni dovute che dal ricorso a mezzi fraudolenti volti ad occultare l'esistenza di fatti rilevanti per la situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società, mentre il reato previsto dal secondo comma dello stesso art. 2638 c.c. è un delitto di evento, che richiede la verifica di un effettivo e rilevante ostacolo alla funzione di vigilanza, quale conseguenza di una condotta che può assumere qualsiasi



forma, tra cui anche la mera omessa comunicazione di informazioni dovute; ne consegue che tra le due fattispecie è configurabile un concorso formale ex art. 81, comma 1, codice penale, qualora la condotta illecita si concretizzi nell'omessa comunicazione alle autorità di vigilanza di informazioni dovute (Cass. pen. Sez. 5, 12/11/2015, n. 6884, dep. 22/02/2016; Cass. pen. Sez. 5, 04/07/2013, n. 51897, dep. 30/12/2013). Così, si è ritenuto integrasse il reato di cui all'art. 2638 c.c. la condotta del presidente di un istituto di credito che aveva inviato all'autorità di vigilanza una nota, ancorché successiva all'ispezione, con la quale si esponevano fatti materiali non rispondenti al vero, considerando che si trattasse di comunicazione pertinente e rilevante al fine dell'esercizio della funzione di vigilanza e che alla falsità dei fatti esposti era conseguito un ostacolo alla vigilanza stessa (Cass. pen. Sez. 6, 13/01/2006, n. 17290, dep. 18/05/2006; anche Cass. pen. Sez. 6, 09/11/2010, n. 40164, dep. 15/11/2010).

D'altro canto, il riconoscimento della legittimazione della CONSOB a costituirsi parte civile nei procedimenti relativi al delitto di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza, viene fondato appunto sull'esigenza di tutela degli interessi diffusi propri del mercato mobiliare, in ordine ai quali il legislatore ha affidato a detta autorità i compiti di vigilanza informativa previsti dall'art. 8 T.U.F. (Cass. pen. Sez. 5, 03/02/2015, n. 28157, dep. 02/07/2015).

Rispetto, dunque, alla generica mancata osservanza, da parte dei soggetti abilitati, ai doveri collaborativi imposti dall'art. 10 TUF per il compiuto esercizio della vigilanza ispettiva affidata alla Banca d'Italia ed alla CONSOB, l'art. 2638 c.c. postula, in aggiunta, non soltanto l'occultamento di fatti, ma altresì che gli



stessi siano rilevanti per la situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società, che si tratti di fatti che il soggetto agente avrebbe dovuto comunicare, indipendentemente dal fatto che sia in corso un'ispezione dell'autorità di vigilanza, che la loro comunicazione sia pertinente all'interpello dell'ente di vigilanza, e che la condotta sia consapevolmente volta al fine precipuo di ostacolare l'esercizio delle funzioni di vigilanza.

Che poi il rapporto tra l'art. 2638 c.c. e l'art. 190, in relazione all'art. 10, TUF, sia non di specialità unilaterale, ma, come insiste la ricorrente CONSOB, di specialità bilaterale, in astratto neppure precluderebbe l'operatività del principio di cui all'art. 9, legge n. 689/1981, dovendosi, in una tale situazione, comunque individuare la norma applicabile allo stesso fatto con riferimento al criterio della "maggiore specialità", per il quale, in presenza di elementi specializzanti bilaterali, va attribuita la prevalenza a quello che sia più conforme ed idoneo alle esigenze di tutela delle fattispecie in raffronto (cfr. Cass. pen. Sez. U, 24/04/1976, n. 10, dep. 30/04/1976).

D'altro canto, non serve rimarcare che l'art. 190 TUF contempla anche fattispecie eterogenee che nulla hanno a che vedere con la condotta delle false o omesse informazioni e l'ostacolo alle funzioni delle autorità pubblica di vigilanza, in quanto, come premesso, il concorso apparente di norme sanzionatrici, da risolvere col principio di specialità, si verifica solo per la parte in cui due o più disposizioni (indipendentemente dalla loro ulteriore portata precettiva) si presentano - *prima facie* - come egualmente applicabili ad un medesimo fatto.

In definitiva, confermandosi la ricostruzione prospettata dalla Corte d'Appello di Milano, deve affermarsi che: 1) la disposizione penale dell'art. 2638 c.c. e la disposizione



sanzionatrice amministrativa di cui all'art. 190, in relazione all'art. 10 TUF, puniscono entrambe lo stesso fatto, nella specie costituito dalla condotta consistente nella trasmissione all'autorità di vigilanza di una relazione inerente verifiche di conformità sul collocamento di un prestito obbligazionario, con la quale si esponevano fatti materiali non rispondenti al vero; 2) peraltro, la generale violazione delle prerogative spettanti all'autorità di vigilanza nell'espletamento dell'attività ispettiva rimane del tutto compresa nella disposizione speciale penale che persegue l'ostacolo all'esercizio delle funzioni stesse di vigilanza; 3) ne consegue che, agli effetti dell'art. 9, comma 1, legge n. 689/1981, deve trovare applicazione la sola disposizione speciale di cui all'art. 2638 c.c.

Ne discende il rigetto del ricorso. La novità della questione di diritto oggetto di causa giustifica la compensazione delle spese del giudizio di cassazione nei rapporti tra la ricorrente e il controricorrente MARCO mentre non occorre provvedere al riguardo dell'altro intimato IVANC il quale non ha svolto attività difensiva.

Sussistono le condizioni per dare atto - ai sensi dell'art. 1, comma 17, della legge 24 dicembre 2012, n. 228, che ha aggiunto il comma 1-quater all'art. 13 del testo unico di cui al d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 - dell'obbligo di versamento, da parte della ricorrente CONSOB, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione integralmente rigettata.

P. Q. M.

La Corte rigetta il ricorso e compensa tra le parti le spese sostenute nel giudizio di cassazione.



Ai sensi dell'art. 13, comma 1-quater, del d.P.R. n. 115 del 2002, inserito dall'art. 1, comma 17, della legge n. 228 del 2012, dichiara la sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del comma 1-bis dello stesso art. 13.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Seconda sezione civile della Corte Suprema di Cassazione, il 27 febbraio 2017.

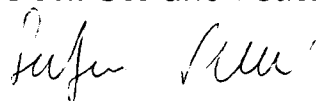
Il Consigliere estensore

Dott. Antonio Scarpa



Il Presidente

Dott. Stefano Petitti



Il Funzionario Giudiziario
Dot.ssa Donatella D'ANNA

INDEPOSITATO IN CANCELLI

Roma, - 5 APR. 2017

Il Funzionario Giudiziario
Dot.ssa Donatella D'ANNA