**RITENUTO IN FATTO**

1. - Con ricorso notificato il 22.6.2010, il Comitato Promotore BASI- Banca Solidale Italiana soc. coop. p.a. in persona del Presidente dott. Claudio Noschese e quest'ultimo personalmente e quale componente del predetto comitato, hanno proposto opposizione, ai sensi del testo unico in materia di intermediazione finanziaria (TUF), approvato con il D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 195, comma 4, avverso la Delibera CONSOB n. 17323/2010 con la quale è stata irrogata, nei confronti del Noschese, in proprio e quale presidente e membro del Comitato Promotore della BASI, la sanzione amministrativa pecuniaria di €. 2.500.000,00, nonché la sanzione accessoria ex art. 191 comma 3 per la durata di dodici mesi ed è stato altresì ingiunto il pagamento della predetta somma sia al Noschese che al Comitato, quale obbligato in solido. La condotta addebitata consisteva nell'aver consentito l'offerta di strumenti finanziari (azioni della costituenda società) mediante la pubblicazione in Internet del prospetto informativo in assenza della prescritta autorizzazione della Consob.

Si è costituita la CONSOB, resistendo all'opposizione.

2. - La Corte d'appello di Roma, con decreto depositato in data 11.2.2011, ha respinto l'opposizione proposta rilevando:

- che la data dell'accertamento, da considerare come dies a quo ai fini del calcolo dei centottanta giorni per la contestazione, andava individuata nel 3.12.2008 e non

nell'agosto 2008;

- che la contestazione doveva ritenersi tempestiva perché - facendosi applicazione della regola della scissione degli effetti della notificazione affermata dalla Corte Costituzionale - occorreva avere riguardo alla data di spedizione dell'atto (29.5.2009) e non a quella di ricezione da parte del destinatario, per cui era infondata la relativa eccezione degli opponenti i quali avevano rilevato di avere ricevuto il provvedimento il 3.6.2009 e quindi, a loro dire, fuori termine, anche a voler considerare come data dell'accertamento quella del 3.12.2008;

- che i singoli componenti del comitato promotore non erano destinatari dell'accertamento, né della contestazione, né delle sanzioni, per cui non dovevano essere informati del procedimento, mentre il solo comitato promotore rispondeva solidalmente ai sensi dell'art. 195 comma 9 del T.U.F. ed in tale veste è stato destinatario della contestazione;

- che l'esame del rispetto del termine annuale per l'esaurimento del procedimento sanzionatorio, trattandosi di termine decadenziale non è prescritto da disposizioni di legge;

- che la condotta ascritta al solo Noschese rientrava integralmente nella previsione di cui all'art. 94 T.U.F. , sulla scorta della documentazione estratta dal sito Internet a suo tempo attivato;

- che nessun dubbio sussisteva sulla natura di prodotti

finanziari delle azioni offerte, secondo la previsione dell'art. 1 comma 2 T.U.F.;

- che la sanzione appariva correttamente irrogata anche nel suo ammontare.

**3.** - Per la cassazione del decreto della Corte d'Appello di Roma ha proposto ricorso il Noschese in proprio e nella qualità di Presidente e membro componente del Comitato Promotore sulla base di sette motivi.

La CONSOB resiste con controricorso.

In prossimità dell'udienza le parti hanno depositato memorie ex art. 378 cpc.

**CONSIDERATO IN DIRITTO**

**1.1** Con il primo motivo (violazione, ai sensi dell'art. 360 n. 3,4 e 5 cpc, dell'art. 195 D. L.vo n. 58/1998, vizio del procedimento e omessa motivazione) il ricorrente si duole della mancata audizione personale prevista dal comma 6 dell'art. 195 D. Lvo 58/1998 e ritualmente richiesta, considerata anche la pesantissima entità delle sanzioni irrogate.

**1.2** Col secondo motivo si denunzia violazione dell'art. 195 D. L.vo n. 58/1998 rimproverandosi alla Corte d'Appello di avere erroneamente calcolato il *dies a quo* ai fini della tempestiva contestazione degli addebiti. Si ritiene che il termine di 180 giorni dall'accertamento debba essere interpretato con riferimento al momento in la CONSOB ha contezza dell'evento perché, diversamente ragionando, si finirebbe per

concedere un tempo non meglio definito per acquisire gli elementi volti all'accertamento soggettivo in ordine alla condotta, in contrasto con la ratio ispiratrice della norma che è quella di evitare dilatazioni e lungaggini.

**1.3.** Col terzo motivo si denunzia ancora violazione dell'art. 198 D. L.vo 58/1998 e omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su un fatto controverso e decisivo.

Rileva il ricorrente che non sussiste alcun obbligo di contestazione simultanea in caso di molteplicità di soggetti destinatari. Di conseguenza, la Corte ben avrebbe potuto procedere nei confronti di colui per il quale la contestazione fosse già possibile, come appunto il dott. Noschese. Richiama in proposito il contenuto della contestazione (che faceva riferimento alla pubblicazione sul sito Internet di una serie di elementi ingannevoli e non autorizzati) e rileva che anche la documentazione prodotta dalla Consob stessa evidenziava come tutti i fattori posti a base della contestazione mossa al Noschese fossero già acquisiti dalla Commissione sin dal luglio 2008. Secondo il ricorrente, dunque, la libera scelta della Consob di reiterare a più riprese la richiesta di informazioni in ordine a soggetti a cui ricondurre l'attività di pubblicazione e di promozione non poteva però portare allo slittamento del dies a quo per la formulazione della contestazione.

**1.4.** Col quarto motivo si denunzia ancora violazione

dell'art. 198 D. Lvo 58/1998 e deliberazione CONSOB 12697 del 2.8.2000 e successive modificazioni e integrazioni in relazione all'art. 360 n. 3 e 5 cpc. Omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su un fatto controverso e decisivo.

Rileva innanzitutto il ricorrente che ai fini della tempestività della contestazione occorre avere riferimento alla data della ricezione da parte dell'incolpato e non della spedizione sicché, anche a voler considerare come dies a quo la data del 3.12.2008, il termine di 180 giorni previsto dalla legge risultava non rispettato, essendo la consegna avvenuta in data 3.6.2009 e non il 1.6.2009.

Secondo il ricorrente, la Corte d'Appello non avrebbe potuto applicare analogicamente la regola della scissione degli effetti della notificazione in tema di comportamenti già penalmente rilevanti e che, sebbene degradati ad atti amministrativi, scontano l'applicazione di severissime sanzioni di carattere patrimoniale ed interdittivo personale. La contestazione - prosegue il ricorrente - va qualificata come atto recettizio indirizzato all'incolpato ed il termine sancito dalla legge può ritenersi utilmente assolto solo quando l'atto è recapitato al destinatario messo quindi in condizione di conoscere i contenuti e le ragioni, atteso che il temine per la effettuazione della contestazione è certamente stabilito a garanzia del presunto reo ed è di per sé sufficientemente congruo per l'amministrazione. Procede ad analizzare la

locuzione "*effettuazione*" adoperata al legislatore, osservando che tale espressione indica un a realizzazione efficace e quindi sta a significare il completamento delle attività di incolpazione del presunto responsabile, ivi compresi gli "*effetti*" che se ne vogliono conseguire entro il termine di centottanta giorni.

Rileva che, ragionando diversamente, qualora il piego non venisse mai consegnato al destinatario, l'amministrazione non consumerebbe la sua *potestas puniendi*, il che è contrario ad ogni principio di conoscenza, partecipazione e ragionevolezza.

Sotto altro profilo il ricorrente critica la decisione della Corte romana laddove non ha fatto discendere alcuna conseguenza dal superamento del termine annuale per l'esaurimento del procedimento fissato con delibera CONSOB 12697/2000. Osserva in proposito che l'orientamento giurisprudenziale seguito dalla Corte d'Appello non si applica nel caso di specie in cui tutte le funzioni e le potestà sono state concentrate nella CONSOB. Inoltre - a suo dire - sarebbe contraddittorio, irragionevole e contrario al principio di garanzia prevedere un termine perentorio per la contestazione ed un termine meramente ordinatorio per l'ultimazione dell'intero procedimento.

**1.5** Col quinto motivo si denunzia violazione degli artt. 1 e 94 D. L.vo 58/1998 e omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su un fatto controverso e decisivo (condotta

illecita e pericolosità: la Corte d'Appello non avrebbe effettuato, ad avviso del ricorrente, nessuno scrutinio della documentazione da lui depositata in ordine alle risultanze del sito internet e alla concreta accessibilità dei suoi contenuti. Rileva che il prospetto informativo inserito nel sito era visualizzabile solo quale mero "*riferimento di cornice*" nella pagina iniziale e al suo contenuto poteva accedersi solo tramite concessione di apposite *password* di ingresso nell'area riservata. Evidenzia poi lo spirito collaborativo da lui dimostrato nei confronti della Consob, l'esiguità degli accessi in rete, e la sostanziale assenza di movimenti sul conto corrente.

Nega il carattere di strumento di finanziario alle azioni di società cooperative.

**1.6** Col sesto motivo il Noschese denunzia il vizio di omessa pronuncia ex art. 112 e 360 n. 4 cpc : la Corte d'Appello avrebbe omesso di provvedere sulla quinta censura (di cui riproduce il contenuto) in ordine alla sussistenza dell'elemento psicologico in capo al Comitato Promotore.

**1.7** Infine, col settimo motivo, denunzia violazione e falsa applicazione dell'art. 191 D. L.vo 58/1998 e vizio di motivazione sul quantum della sanzione amministrativa: la Corte d'Appello non avrebbe considerato che nel programma di attività ricevuto dal notaio era indicato un capitale sociale variabile tra i 6.300.000,00 e i 15.000.000. Il ricorrente richiama anche

la lettera del 27.5.2008 con cui la Consob chiedeva chiarimenti nel corso dell'istruttoria avendo ravvisato incompletezza delle informazioni sulle caratteristiche rilevanti dell'offerta (ammontare minimo e massimo della sottoscrizione, numero di azioni offerte e ammontare complessivo dell'offerta.

Sostiene pertanto il ricorrente che l'offerta doveva ritenersi indeterminata, con conseguente applicazione delle sanzioni previste per tale ipotesi (da 100.000,00 a 2.000.000,00 di euro).

**2** Ritiene il Collegio che la prima questione di diritto sottesa al quarto motivo di ricorso, del tutto autonoma da tutte le altre, pone una delicata opzione interpretativa che non sembra avere trovato una completa definizione nel panorama della giurisprudenza di legittimità, neppure dopo la recentissima sentenza n. 24822/2015 delle sezioni unite depositata il 9.12.2015.

Il tema che oggi si è chiamati ad affrontare riguarda ancora una volta il principio della scissione degli effetti della notificazione per le parti interessate, ma in fattispecie particolare, riguardante cioè una contestazione di addebito in un procedimento sanzionatorio quale è quello previsto dall'art. 195 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 - Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52.

La norma in questione al primo comma, primo periodo, dispone che "*le sanzioni amministrative previste nel presente titolo sono applicate dalla Banca d'Italia o dalla Consob, secondo le rispettive competenze, con provvedimento motivato, previa contestazione degli addebiti agli interessati, da effettuarsi entro centottanta giorni dall'accertamento ovvero entro trecentosessanta giorni se l'interessato risiede o ha la sede all'estero*".

Una prima peculiarità sta nel fatto che la disposizione non riguarda l'osservanza di termini di prescrizione, ma termini di decadenza (v. Sez. 2, Sentenza n. 25836 del 02/12/2011 Rv. 620363; Sez. 1, Sentenza n. 9456 del 19/05/2004 Rv. 572933).

Ora, è noto che la contestazione di un'incolpazione rappresenta un atto tipicamente recettizio (v. ad es. in materia di procedimenti disciplinari nei rapporti di lavoro, Sez. L, Sentenza n. 5527 del 18/03/2004 Rv. 571306; Sez. L, Sentenza n. 20074 del 21/07/2008 Rv. 604306; Sez. L, Sentenza n. 5393 del 07/05/1992 Rv. 477127; v. anche, nella giurisprudenza amministrativa, Consiglio di Stato, Sez. 04 DEC. num. 01201 del 13/12/1977).

La fattispecie che ci occupa presenta la seguente ulteriore particolarità: si discute di una contestazione di addebito nell'ambito di un procedimento amministrativo per violazione di disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, e quindi si è certamente al di fuori della materia

negoziale (ove invece opera, per espressa previsione di legge, il principio dell'art. 1334 cc a norma del quale "*gli atti unilaterali producono effetto dal momento in cui pervengono a conoscenza della persona alla quale sono destinati*").

Si tratta quindi di rimeditare sulla cd. "*capacità espansiva*" dei principi affermati nella sentenza 447/2002 della Corte Costituzionale, per usare l'espressione contenuta nella recente sentenza 24822/2015.

Con tale pronuncia le sezioni unite hanno osservato che la tecnica del bilanciamento, frutto dell'applicazione del principio di ragionevolezza, opera solo per talune categorie di atti, e precisamente per gli atti processuali, senza alcuna distinzione tra atti processuali difensivi e atti processuali ad effetti sostanziali, come nel caso della notifica dell'atto di citazione in revocatoria, quale atto necessario ad interrompere la prescrizione ex art. 2903 e 2943 cc (ed era proprio questa l'ipotesi specifica sottoposta a scrutinio).

Le sezioni unite hanno affermato che gli opposti esiti del bilanciamento derivano dalla opposta natura degli atti che vengono in rilievo: atti sostanziali e atti processuali precisando che per gli atti negoziali unilaterali un diritto non può dirsi esercitato se l'atto non perviene a conoscenza del destinatario, mentre per gli atti processuali il diritto (processuale) è esercitato con la consegna dell'atto all'ufficio notificante.

Si legge ancora in motivazione che la *ratio* posta a base di queste opposte soluzioni (atti negoziali unilaterali e atti processuali) implica una fondamentale *actio finium regundorum*: la soluzione a favore del notificante vale nel solo caso in cui l'esercizio del diritto può essere fatto valere solo mediante atti processuali. In ogni altro caso - e indipendentemente dalle scelte del soggetto che intende interrompere la prescrizione (l'ordinamento non può consentire che il pregiudizio per la parte destinataria, incolpevole, derivi dalle scelte arbitrarie e ad libitum della controparte) - opera la soluzione opposta.

Pertanto - hanno concluso le sezioni unite - quando il diritto non si può far valere se non con un atto processuale, non si può sfuggire alla conseguenza che la prescrizione è interrotta dall'atto di esercizio del diritto, ovvero dalla consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario per la notifica (v. sez. unite n. 24822/2015 cit.).

Ora, sulla base di una tale ricostruzione resta ancora una zona d'ombra, persistendo il dubbio sulla sorte degli atti unilaterali recettizi non negoziali, ma di chiara natura procedimentale, quale è indubbiamente quello di cui si discute oggi (contestazione di addebito in procedimento finalizzato alla applicazione di sanzioni amministrative).

Certo, si potrebbe replicare che nel nostro ordinamento vi sono atti sostanziali non processuali, neppure inquadrabili nella categoria di quelli negoziali, ma di natura

procedimentale, ai quali si applica ormai pacificamente la regola della scissione: si pensi agli atti impositivi tributari come gli avvisi di accertamento (v. in proposito, tra le tante, sezione 5 sentenza n. 2722 del 31.1.2011 Rv 616401; Sez. 6 - 5, Ordinanza n. 26053 del 2011, non massimata; Sez. 5, Sentenza n. 1647 del 29/01/2004 Rv. 569786; Sez. 5, Sentenza n. 15298 del 10/06/2008 Rv. 603592; Sez. 6 - 5, Ordinanza n. 22320 del 21/10/2014 Rv. 632741); oppure si pensi ai verbali di accertamento di violazioni o alle ordinanze ingiunzione di cui alla legge n. 689/1981 (v. Sentenza n. 10844 del 10/07/2003 Rv. 564941).

Ma in tali casi sussiste un preciso aggancio normativo: nel caso degli atti tributari impositivi, il riferimento è dato dall'art. 60 DPR 29 settembre 1973 n. 600 che prevede per gli avvisi di accertamento l'applicazione delle norme sulle notificazioni del processo civile (v. tra le varie, sezione 5, sentenza n. 2722 del 31.1.2011 cit.; Sez. U, Sentenza n. 19854 del 05/10/2004 Rv. 577521).

Per gli atti procedimentali di cui alla legge n. 689/1981 il richiamo alle norme del codice di procedura civile è contenuto invece nell'art. 14 della legge (in tema di notificazione delle violazioni e dal comma 4 dell'art. 18 in tema di notificazione dell'ordinanza ingiunzione).

La scissione dunque in tali ipotesi trova la sua fonte normativa proprio nella previsione dell'art. 149 terzo comma cpc

in tema di notificazione a mezzo del servizio postale.

La giurisprudenza di questa Corte ha più volte affermato che il procedimento sanzionatorio di cui al D. Lvo n. 58/1998 è retto dai principi sanciti dalla legge 21 novembre 1981, n. 689 (tra le varie, v. Sez. 2, Sentenza n. 4363 del 04/03/2015 Rv. 635014; Sez. 1, Sentenza n. 19041 del 12/12/2003 Rv. 568828).

Si potrebbe quindi attraverso tale richiamo estendere la portata del principio della scissione anche al procedimento in esame, ma qui non si verte in tema di notificazione bensì di comunicazione.

Nel panorama giurisprudenziale così delineato si inserisce inoltre il principio affermato da Sez. 3, Sentenza n. 552 del 16/01/2004 Rv. 569454, secondo cui la regola stabilita dalla sentenza della Corte costituzionale n. 477 del 2002 - che ha anticipato, per il notificante, il perfezionamento della notificazione a mezzo posta alla data di consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario (salvo restando, per destinatario, il perfezionamento della notificazione alla data della ricezione) - è applicabile solo allorché risulti certa la data di consegna dell'atto a chi dovrà procedere alla sua spedizione, il che si verifica solo nei casi in cui la parte impugnante si rivolga all'ufficiale giudiziario (abilitato a utilizzare il servizio postale), e non in quelli di spedizione diretta da parte dell'interessato a mezzo del servizio postale, sia pure con la richiesta del servizio raccomandato (la fattispecie esaminata

riguardava la tempestività dell'impugnazione al Consiglio nazionale dei geometri avverso il provvedimento di un collegio provinciale irrogativo di sanzione disciplinare).

Ebbene, nel caso di cui si discute, la contestazione è stata spedita dalla Consob per posta il 29.5.2009 (come riporta il decreto della Corte d'Appello a pag. 5) e dunque, se si applicasse il principio di cui all'ultima massima citata – o, attraverso una interpretazione analogica, quello valevole per gli atti negoziali recettizi – non dovrebbe operare la regola della scissione.

Come si vede, la questione resta aperta e assume valore decisivo nel caso in esame perché dalla sua risoluzione potrebbe dipendere la decadenza per la CONSOB dal potere di applicazione della rilevante sanzione economica (€. 2.500.000,00) nei confronti del ricorrente.

Sulla scorta delle considerazioni che precedono, questo Collegio ritiene opportuno un intervento chiarificatore delle sezioni unite su tale tematica, di particolare importanza, concernente i limiti di estensione del principio della "*scissione*" degli effetti della notificazione, nelle ipotesi di atti procedimentali quali la contestazione dell'incolpazione prevista nei procedimenti sanzionatori come quello di cui si discute.

**P.Q.M.**

visto l'art. 374 cpc, rimette gli atti al Primo Presidente per

l'eventuale assegnazione alle sezioni unite.

Roma, 15 gennaio 2016

Il Presidente

Il Funzionario Giudiziario
Valeria NERI

DEPOSITATO IN CANCELLERIA
Roma, 08 FEB. 2016

Il Funzionario Giudiziario
Valeria NERI

CORSO FGLAW MAGISTRATURA – ESAME AVVOCATO
MATERIALI RISERVATI OTTENIBILI SOLO MEDIANTE ACCESSO A SISTEMA INFORMATICO PROTETTO CON CREDENZIALI PRIVATE E PASSWORD INCEDIBILI
SE NON SEI UN UTENTE AUTORIZZATO SEI TENUTO A DISTRUGGERLI
Corsi in VIDEOCONFERENZA Italia I Docenti a casa tua!
COPYRIGHT FGLAW 2015/2016