



PROCURAGENERALE
della Corte di Cassazione

R.G. n. 11195/2019

IL PUBBLICO MINISTERO

letti gli atti;

PREMESSO

che, con regolamento preventivo di giurisdizione notificato in data 27/3/2019, la Banca d'Italia ha chiesto il riconoscimento della giurisdizione del giudice amministrativo;

che tale regolamento è stato richiesto nella pendenza del giudizio davanti al giudice ordinario (Tribunale di XX), instaurato dalla Srl C., nei confronti della Banca d'Italia e della Consob, al fine di ottenere il risarcimento dei danni conseguenti all'asserita omessa/carente/negligente vigilanza delle convenute sull'operato della Banca Popolare di XX;

che la suddetta Società e il C., ai quali è stata notificata ritualmente l'istanza di regolamento preventivo di giurisdizione, hanno resistito con controricorso, insistendo per la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario, mentre la Consob non ha svolto attività difensiva;

OSSERVA

Il presente ricorso - affidato sostanzialmente a tre motivi che, per la loro connessione, possono essere oggetto di scrutinio congiunto - appare fondato (v. anche i rilievi in pari data di questo Ufficio negli analoghi procedimenti R.G. nn. 8973/2019 e 11680/2019).

Va premesso che la corretta individuazione del giudice munito di giurisdizione postula, innanzitutto, che vengano focalizzate le pretese azionate nel giudizio pendente innanzi al Tribunale ordinario di XX, che sia fatta luce, poi, sulle norme applicabili al caso di specie - e, segnatamente, sulle disposizioni del Codice del processo amministrativo (d.lgs. 2/7/2010, n. 104), riguardanti la giurisdizione esclusiva per le controversie afferenti alla vigilanza sul credito - e, infine, che venga richiamata la riflessione giurisprudenziale della Suprema Corte in materia, anche anteriore all'entrata in vigore del C.P.A., non solo per il carattere riepilogativo e compilatorio di tale testo normativo, ma anche per ripercorrere l'evoluzione giurisprudenziale, inevitabilmente correlata ai "mutamenti" normativi, in ordine alla tutela risarcitoria degli "investitori" e degli "azionisti" per i danni da essi

risentiti e derivati da omessa vigilanza da parte della Banca d'Italia e della Consob, tenendo ben presente che, nelle nodali pronunce anteriori al d.lgs. 104/2010, era stata soprattutto scrutinata la posizione degli investitori-risparmiatori nei confronti dell'Autorità di Vigilanza, sottolineandosi come la stessa assumesse veste e consistenza di "diritto soggettivo" che, non essendo collegato ad alcuna relazione di potere con la Pubblica Amministrazione - ed in questo cruciale passaggio distinguendosi la posizione dei "risparmiatori" da quella degli "azionisti" della Banca soggetta a vigilanza - in caso di violazione, doveva essere tutelata innanzi al giudice ordinario.

Quanto al primo dei suindicati profili - concernente il contenuto delle azionate pretese, le ragioni poste a fondamento delle stesse, la specifica veste dedotta dagli istanti - va rilevato che la parte attrice ha invocato il risarcimento del danno derivatogli da carenze e negligenze della Banca d'Italia nell'esercizio dell'attività di vigilanza sulla Banca Popolare di XX - omissioni e negligenze consistite, per un verso, nel non aver rilevato le anomalie dei finanziamenti concessi dalla Banca vicentina per l'acquisto delle proprie azioni, con conseguente alterazione degli indici di solidità di detto Istituto di credito e, per altro verso, nel non aver impedito che le azioni fossero poste in vendita ad un prezzo del tutto sproporzionato rispetto al loro effettivo valore - danni cagionati alla parte attrice quale azionista della suddetta Banca.

Orbene, per valutare la fondatezza o meno dell'azionata pretesa risarcitoria, non si può prescindere dallo scrutinare la congruità e la ragionevolezza degli interventi dell'Autorità di Vigilanza che la parte attrice lamenta essere stati omessi e che - a suo avviso - avrebbero evitato, ove espletati, la produzione dei danni patiti da essa azionista della Banca vicentina.

Sul punto, si osserva che la Banca d'Italia, nel porre in essere l'attività di vigilanza, sia con riferimento alla tipologia degli atti ritenuti idonei che ai tempi di intervento, dispone di discrezionalità tecnica, a differenza di quanto avviene nel caso di irrogazione di sanzioni amministrative, dove l'attività della Banca d'Italia risulta del tutto vincolata, rinvenendosi nel dettato normativo la disciplina dei presupposti e delle modalità di esercizio del potere sanzionatorio - v. Cass. n. 13709/2004; Cass. n. 9600/2006; Cass. n. 5396/2007, attinente a sanzioni irrogate dalla Consob, ma espressione di un unitario principio; Cass. S.U. n. 16577/2010 - con le conseguenziali ricadute in ordine al riparto giurisdizionale, rientrando nella giurisdizione del giudice ordinario le controversie relative alle predette sanzioni.

Relativamente alla veste di "azionista" della Banca vicentina dedotta dalla parte attrice ed alle differenze esistenti tra detta posizione e quella del mero "risparmiatore" investitore, si ritiene che esigenze di organicità della trattazione rendano opportuno rinviare l'analisi dello specifico tema all'esame del terzo suindicato profilo, riguardante la ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale in ordine alle domande risarcitorie proposte da risparmiatori o da azionisti delle stesse banche

soggette a vigilanza, per danni cagionati dall'omesso esercizio dell'attività di vigilanza da parte della Banca d'Italia e della Consob.

Quanto al secondo profilo - relativo all'individuazione del reticolo normativo applicabile alla fattispecie in questione - si evidenzia che il Codice del processo amministrativo (d.lgs. 2/7/2010, n. 104), avente funzione compilatoria e riepilogativa delle preesistenti espressioni normative riportandone la portata precettiva come intesa dalla giurisprudenza della Suprema Corte - limitando, nella presente sede, l'analisi alle norme rilevanti per la soluzione della controversia *de qua* - all'art. 7, comma 1, prevede la devoluzione alla giurisdizione amministrativa delle controversie nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediamente all'esercizio di tale potere (e, quindi, con esclusione di comportamenti meramente materiali) posti in essere da Pubbliche Amministrazioni (o da soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo, come chiarito dal comma 2 del predetto art. 7).

Il comma 3 della suindicata disposizione ripropone la suddivisione della giurisdizione amministrativa in: generale di legittimità, esclusiva ed estesa al merito, mentre il comma 4 nel disciplinare, segnatamente, l'ambito della giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo, come attinente alle controversie relative ad atti, provvedimenti od omissioni delle Pubbliche Amministrazioni, in essa ricomprende quelle relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi - risarcibilità riconosciuta da una novella lettura dell'art. 2043 c.c. operata dall'epocale pronuncia delle Sezioni Unite n. 500/1999 - e agli altri diritti patrimoniali, pure se introdotte in via autonoma.

Il comma 5, nel riconoscere che le materie oggetto della giurisdizione esclusiva del G.A., sono espressamente previste dalla legge e dall'art. 133 dello stesso C.P.A. - che, come detto, non crea nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva, limitandosi ad operarne un riepilogo sulla scorta delle preesistenti fonti normative come interpretate dalla Suprema Corte - chiarisce che il giudice amministrativo conosce, pure ai fini risarcitori, anche delle controversie nelle quali si faccia questione di diritti soggettivi.

Ulteriore disposizione rilevante ai fini del presente regolamento è costituita dall'art. 30 del predetto C.P.A. che, al comma 1, stabilisce che l'azione di condanna - ovviamente nei confronti della P.A. e dei soggetti ad essa equiparati - possa essere proposta contestualmente ad altre azioni o, nei soli casi di giurisdizione esclusiva e nei casi di cui al predetto articolo, anche in via autonoma; il comma 2 del predetto art. 30 chiarisce che può essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di

quella obbligatoria e che, nei casi di giurisdizione esclusiva, può essere altresì chiesto il risarcimento del danno da lesione di diritti soggettivi; infine, il comma 6 dell'art. 30 puntualizza che di ogni domanda di condanna al risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi o, nelle materie di giurisdizione esclusiva, di diritti soggettivi, conosce esclusivamente il giudice amministrativo.

Dal canto suo, l'art. 133 del C.P.A. stabilisce che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, salvo ulteriori previsioni di legge, tra l'altro, le controversie in materia di pubblici servizi o relative a provvedimenti adottati dal gestore o relativi all'affidamento di un servizio pubblico nonché - per quanto segnatamente interessa nella presente sede - "afferenti alla vigilanza sul credito" (art. 133, comma 1, lett. c, C.P.A.).

E' alla luce del sopra delineato quadro normativo - e ribadito che il C.P.A. provvede al riordino, quanto ai criteri di riparto giurisdizionale, di espressioni normative preesistenti cogliendone la portata precettiva come intesa dalla riflessione giurisprudenziale della Suprema Corte - che vanno, pertanto, analizzate le pronunce, rese sul tema dal giudice di legittimità anche in periodi antecedenti il predetto d.lgs. n. 104/2010.

Nell'ambito di tale analisi, va, innanzitutto, richiamata la pronuncia di Cassazione n. 3132/2001 - resa in relazione a fattispecie disciplinata dalla legge n. 216/1974 e, quindi, anteriormente alle riforme del 1991, del 1998 e dello stesso T.U.F. - che, tuttavia, pone un punto fermo sugli *standards* di controllo che l'Autorità di Vigilanza è tenuta ad applicare nell'esercizio della propria attività, stabilendo che l'attività della P.A., anche nel campo della pura discrezionalità, deve svolgersi nei limiti posti non solo dalla legge, ma anche dalla norma primaria del *neminem laedere* costituente limite esterno alla attività discrezionale (principi ribaditi, di recente, da Cass. n. 9067/2018).

Il profilo proprio del riparto giurisdizionale è affrontato da Cass. S.U. n. 6719/2003, secondo cui spetta al giudice ordinario conoscere della pretesa "meramente risarcitoria" azionata dal "risparmiatore" nei confronti della Consob - ma il principio è destinato ad operare, *mutatis mutandis*, anche nei confronti della Banca d'Italia quale Autorità di Vigilanza in relazione ai compiti propri di quest'ultima - per il danno subito come effetto del modo in cui i poteri di vigilanza sulle società di intermediazione mobiliare siano stati esercitati o non, in quanto tale tipo di controversia, sebbene generata nell'area delle attività riconducibili alla nozione di pubblico servizio - ascrivibile alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo *ex art. 33 d.lgs. 31/3/1998, n. 80*, come modificato dall'art. 7 della legge 21/7/2000, n. 205 - è volta a realizzare il risarcimento del danno non come mezzo di completamento della tutela, ma come unico strumento di tutela che l'ordinamento offre a soggetti rimasti danneggiati per colpa del titolare del servizio, sicché deve predicarsi che la domanda esuli dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per ricadere nell'ambito delle "controversie meramente risarcitorie" che riguardano il danno alla persona o cose.

I punti cruciali della suddetta pronuncia della Suprema Corte sono costituiti dal fatto: *a)* che la domanda era stata proposta dal “risparmiatore” investitore (e non dall’azionista della società sottoposta a vigilanza), ossia da soggetto sul quale l’Autorità di vigilanza non esercita alcun potere autoritativo; *b)* che la posizione soggettiva del risparmiatore nei confronti della Autorità di vigilanza - nel caso in esame trattavasi della Consob - ha la consistenza di “diritto soggettivo”; *c)* che, sul piano processuale, la domanda risarcitoria del risparmiatore esaurisce (e non completa) la domanda del danneggiato nei confronti dell’Autorità di vigilanza ricadendo nelle “controversie meramente risarcitorie” che riguardano il danno alle persone o cose; e *d)* che, ai fini del riparto giurisdizionale, va esclusa la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, dovendosi affermare, invece, quella del giudice ordinario alla luce del *petitum* sostanziale.

I suindicati punti risultano ribaditi da Cass. n. 15916/2005, riaffermandosi che l’esercizio del potere di vigilanza nei confronti dei “soggetti abilitati” - e bisogna stabilire a tal proposito se gli “azionisti” di società soggette a vigilanza recepiscono la disciplina dell’Ente cui partecipano o possano essere comunque equiparati ai “risparmiatori” - comporta che le situazioni soggettive correlate al potere di vigilanza assumono, di regola, consistenza di interessi legittimi, mentre la posizione dei “risparmiatori”, sottratti come tali al potere di controllo dell’Autorità di vigilanza, assume consistenza di diritto soggettivo e ribadendosi, altresì, che per i “risparmiatori” la domanda risarcitoria costituisce l’unico mezzo che l’ordinamento appresta a soggetti sottratti al potere di vigilanza e rimasti danneggiati dal mancato o incongruo esercizio di tale potere sul “soggetto abilitato”.

Il principio dell’estraneità dell’investitore (risparmiatore o cliente) rispetto al potere di vigilanza dell’Istituto centrale sulle Banche trova conferma in numerose pronunce della Suprema Corte anche relative a fattispecie diverse da quella oggetto del presente regolamento - come Cass. S.U. n. 7037/2006 e Cass. S.U. n. 5396/2007 - e che la differenza del mero “investitore-risparmiatore” dagli “azionisti” della società sottoposta a vigilanza va colta nel fatto che solo i secondi sono sottoposti ai poteri autoritativi della Banca d’Italia, poteri riflettenti, tra l’altro, la fattispecie di sospensione del diritto di voto (art. 24 T.U.B.), la convocazione dei soci, la distribuzione degli utili (art. 53 T.U.B.) la sospensione delle funzioni dell’assemblea dei soci per effetto dell’amministrazione straordinaria (art. 70 T.U.B.), con la conseguenza che gli azionisti risultano legittimati ad impugnare i provvedimenti di vigilanza che, a loro avviso, pregiudicano la rispettiva posizione e possono altresì sollecitare l’adozione di provvedimenti, impugnando eventualmente il diniego dell’Amministrazione, con l’ulteriore corollario che, non potendo gli azionisti essere considerati meri beneficiari della tutela del risparmio attribuita alla Banca d’Italia quale Autorità di vigilanza, ma risultando coinvolti dagli interventi della predetta Autorità, la tutela risarcitoria per essi non costituisce l’unico mezzo di tutela

offerto dall'ordinamento, a presidio di posizioni di diritto soggettivo, ma uno strumento processuale concorrente alla tutela della posizione di interesse legittimo dai predetti vantata;

Dall'analisi del sopra delineato indirizzo giurisprudenziale, risultano enucleabili gli elementi differenziali rispetto alla fattispecie oggetto del presente regolamento, sicché potrebbe predicarsi la giurisdizione del giudice amministrativo già in virtù dell'utilizzo dell'*argumentum a contrariis*, ma significativi indici confermativi di tale conclusione vanno colti anche nel percorso argomentativo della pronuncia delle Sezioni Unite n. 10095/2015.

Infatti, con la suindicata ordinanza, la Suprema Corte, pur dando atto che la questione di giurisdizione non atteneva alla domanda "risarcitoria", ma unicamente a quella di c.d. "inibitoria" contestualmente proposta - per essa intendendosi la domanda volta ad ordinare alla Consob di porre termine al proprio comportamento omissivo, adottando le misure idonee a ripristinare la corretta informazione degli investitori circa la reale situazione patrimoniale della Banca - e pur evidenziando che detta domanda non poteva essere considerata "una diversa declinazione di quella risarcitoria", essendo rivolta ad elidere un rischio di danni futuri e non certo a risarcire danni già verificatisi, osserva come la pretesa a che un'Autorità amministrativa - nella specie, la Consob quale Autorità di vigilanza, ma i principi sono destinati ad operare anche nei confronti della Banca d'Italia che assolve analoga funzione - eserciti i poteri che la legge le assegna per la tutela, essenzialmente, di un interesse pubblico (quale l'interesse alla trasparenza ed al corretto andamento del mercato) non possa essere comunque configurata quale relativa a "diritto soggettivo", né quando investa, in maniera radicale, la scelta stessa dell'Amministrazione di esercitare o meno quel potere, in una determinata situazione, né quando sia rivolta più propriamente a sindacare i modi ed i tempi di esercizio del potere di vigilanza, con la conseguenza che la posizione soggettiva della quale parte attrice invoca tutela, da qualificare di "interesse legittimo", resta giustiziabile dinanzi al giudice amministrativo.

Nel caso di domanda risarcitoria dei danni cagionati da omessa o da incongrua attività di vigilanza, la lesione dedotta da parte istante ed il risarcimento invocato si pongono in rapporto di assoluta consequenzialità rispetto all'esercizio o al mancato esercizio di quell'attività amministrativa e, in ogni caso, rispetto alle concrete modalità - per tipologia di intervento e/o per scelta dei tempi dell'intervento predetto - di esercizio dell'attività di vigilanza, sicché, anche in tal caso, la risarcibilità del danno trova radice in posizioni di interesse legittimo (queste ultime pienamente idonee a legittimare la tutela risarcitoria, come riconosciuto dalla nodale pronuncia della già citata Cass. S.U. n. 500/1999).

Le conclusioni che possono legittimamente trarsi da un'attenta lettura dell'ordinanza della Suprema Corte n. 10095/2015 non vanno ritenute inesorabilmente confliggenti con i principi ricavabili, in particolare, da Cass. S.U. n. 6719/2003 e n. 15916/2005, dovendosi, *in primis*, tener

conto della differente veste di parte attrice, di “azionista” della Banca vicentina, soggetta a vigilanza, nel procedimento *de quo* e, invece, di mero “risparmiatore” nelle vicende scrutinate dalle suindicate pronunce della Suprema Corte del 2003 e del 2005; differenza che non può essere superata obiettando che, nel caso oggetto del presente regolamento, gli attori nel pendente giudizio di merito sarebbero divenuti azionisti sostanzialmente in forza di un inganno e, comunque, di un’imposizione della Banca vicentina, la cui illegittima condotta non era stata impedita dall’Autorità di vigilanza, atteso che gli attori, anche anteriormente agli acquisti avvenuti mediante il meccanismo del capitale finanziato e ad un prezzo non corrispondente all’effettivo valore dei titoli, erano già “azionisti” dell’Istituto di credito e, quindi, la doglianza riguardava l’omessa vigilanza di un soggetto (la Banca Popolare di XX) del quale gli attori erano già parte prima dell’acquisto delle ulteriori azioni.

Va, infine, sottolineato che Cass. S.U. n. 10095/2015 ha osservato che, anche ove si volesse ipotizzare l’esistenza di una qualche posizione di diritto soggettivo facente capo a parte attrice - ovviamente in relazione sia alla domanda di inibitoria che a quella risarcitoria per le ragioni sopra esposte - la questione ricadrebbe nell’ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, quale prevista dall’art. 133, comma 1, lett. c), del C.P.A., trattandosi ineludibilmente di controversia relativa alla vigilanza sul mercato immobiliare, vigilanza - si ripete - esercitata nei confronti di “azionisti” della Banca quale “soggetto abilitato”.

P.Q.M.

visto l’art. 380-ter c.p.c., chiede che le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, in camera di consiglio, dichiarino la giurisdizione del giudice amministrativo, con le conseguenze di legge.

Roma, 23 luglio 2019

Il sostituto procuratore generale
(Alberto Celeste)