



REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

difetto di legittimazione ad agire come ricorrenti dal difetto di mandato rilasciato a tale fine.

In via generale, occorre ricordare che anche nel procedimento amministrativo è consentito l'intervento autonomo in adesione al ricorrente principale da parte di soggetti interessati. Discende dalla natura stessa dell'intervento adesivo il fatto che le richieste e le domande siano le medesime rispetto a quelle dei ricorrenti, sebbene possa e debba distinguersi la loro posizione processuale.

L'intervento adesivo autonomo, infatti, si caratterizza per il fine di consentire a soggetti diversi sia dai ricorrenti che dai resistenti, ma comunque interessati alla definizione della lite, di parteciparvi: *"In particolare si tratta di soggetti che non versano in una posizione di interesse legittimo utile a rendere ammissibile una loro impugnazione in via principale del provvedimento ritenuto illegittimo. Essi possono porsi a fianco del ricorrente (intervento ad adiuvandum) o a fianco dell'amministrazione resistente o dei controinteressati (intervento ad opponendum). Tali soggetti devono essere titolari di un interesse indiretto, connesso, derivato o riflesso (anche di mero fatto) all'annullamento o al mantenimento del provvedimento impugnato (cfr. F. Caringella, S. Mazzamuto, G. Morbidelli, Manuale di Diritto Amministrativo, IV Ed., Dike Giuridica, pagg.1695-1696).*

Dunque, ben potevano gli azionisti conferire mandato ai fini di presentare intervento e con lo stesso avanzare e aderire alle medesime



REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

domande dei ricorrenti principali. Ed essi chiedono, infatti, di "poter prendere parte al presente procedimento" (memoria conclusionale del 5 novembre 2011) come intervenienti, appunto, e non come ricorrenti.

A tale proposito, non si comprende per quale ragione il mandato conferito agli originari procuratori Mularoni e Valli (cfr. mandati alle liti prodotti sub. All. nn.1-12 delle prodotte di parte interveniente) debba ritenersi viziato, posto che nello stesso è appunto specificato che il mandato è stato rilasciato al fine di intervenire in adesione alle domande dei consiglieri ricorrenti ("abbiano a rappresentarlo/a, assiterlo/a, difenderlo/a ai fini dell'intervento volontario in adesione al ricorso"), risultando specificato nel contesto dell'atto depositato anche il diverso interesse sostanziale e non solo processuale.

All'eccezione di cui sopra la procura di BCSM associa l'eccezione relativa alla carenza di legittimazione attiva in capo agli azionisti in quanto la posizione soggettiva fatta valere sarebbe di diritto soggettivo, per la tutela della quale sussisterebbe la carenza di giurisdizione del G.A..

Pur seguendo il ragionamento della procura di BCSM, non si può che arrivare alla conclusione di ritenere la legittimazione attiva all'intervento ad adiuvandum degli azionisti (come dagli stessi richiesto). E' principio noto anche nell'ordinamento italiano, che: "il socio è, quindi, legittimato a ricorrere autonomamente dinanzi al G.A. solo



REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

quando il provvedimento amministrativo incida direttamente sulla sua posizione soggettiva, ad es. con la messa in liquidazione coatta amministrativa della società per azioni, implicante la perdita della qualità di socio (cfr. C.d.S., Sez. IV, 23 novembre 1988, n. 891; T.A.R. Lazio, Sez. I, 24 aprile 1985, n. 518). Del resto, la partecipazione azionaria attribuisce ai soci una posizione complessa nei rapporti con la società, ma non posizioni tutelabili erga omnes; vero è che un'eventuale lesione del patrimonio della seconda si ripercuote inevitabilmente sull'interesse economico dei primi: tuttavia - chiarisce la giurisprudenza - ogni possibile conseguenza negativa per i singoli rappresenta un mero riflesso di fatto del danno al patrimonio sociale, annoverabile tra i rischi connessi, per definizione, alla titolarità della partecipazione azionaria (cfr. Cass. civ., Sez. I, 8 settembre 2005, n. 17938); né il principio de quo, con i relativi corollari sul piano della legittimazione processuale, patisce deroghe pur se il socio sia il socio di maggioranza, o pervenga ad assumere il controllo pressoché totalitario della società stessa (Cass., Sez. lav., 7 aprile 2006, n. 8174). Se ne desume, sul piano processuale, che la qualità di socio, non individuando, né radicando in capo a costui interessi legittimi distinti da quelli della società nei riguardi dei provvedimenti amministrativi lesivi degli interessi di questa, ma rendendo configurabile solo un interesse di mero fatto del socio all'accoglimento del ricorso contro tali provvedimenti, lo legittima esclusivamente all'intervento ad adiuvandum nel giudizio promosso contro i provvedimenti in questione, e non all'impugnazione autonoma degli stessi



REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

(T.A.R. Liguria, Sez. II, 12 aprile 2007, n. 629; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 2 febbraio 2007, n. 776, che nota come nei confronti dei singoli soci i provvedimenti, di cui la società è destinataria, possano esplicare solo effetti riflessi e derivati" (cfr. ex multis, sentenza TAR Lazio, II, 15 giugno 2016, n.8490).

Dunque, gli azionisti hanno legittimazione ad agire autonoma nel caso di impugnativa di provvedimenti, quali la liquidazione coatta amministrativa, che determinano una lesione definitiva della loro posizione di socio ovvero ad intervenire *ad adiuvandum* negli altri casi ove tale definitiva compromissione non si sia - ancora- realizzata.

Nel caso che qui ci riguarda, relativo all'amministrazione straordinaria della stessa società, gli azionisti hanno evidenziato di voler proporre intervento *ad adiuvandum*, indicando la loro diversa posizione rispetto ai consiglieri ma aderendo alle domande e alle richieste formulate dai consiglieri.

Costoro, in tale veste, sono legittimamente parti processuali. Non modifica la loro posizione il fatto che abbiano successivamente assunto il mandato difensivo altri e diversi legali.

Pertanto, si ritiene che la posizione degli azionisti possa e debba essere considerata nel presente procedimento quale posizione processuale di intervenienti adesivi al ricorso principale dei Consiglieri.

*



REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

Sempre in punto della carenza di legittimazione ad agire e in aggiunta all'eccezione di carenza di mandato, i procuratori di BCSM sostengono che gli azionisti *“mirano alla tutela di diritti soggettivi e non alla tutela di un interesse legittimo e come tale non rientrante nella giurisdizione del G.A.”*.

Adducono, a conforto della tesi, giurisprudenza di questo Magistrato quale Giudice Amministrativo, citando le ordinanze rese nei ricorsi RG n.27/2012 (Pasquini socio SMI/BCSM) e RG n.2/2011 (Fantini Monica socio Fincapital/BCSM).

Orbene, si tratta di ordinanze cautelari ove la valutazione che è stata condotta riguardava la ricorrenza e l'allegazione di un pregiudizio grave e irreparabile atto a fondare la sospensiva. Nei casi citati il paventato pregiudizio veniva individuato appunto in danni scaturenti alla posizione di socio e al patrimonio, privi del carattere della inemendabilità.

Anche l'estrapolato riferimento alla legittimazione ad agire contenuto nell'ordinanza n.2/2012, va ricondotto invece alla disamina delle ragioni poste a *“sostegno della domanda cautelare”* rispetto alle quali si argomentava che: *“a sostegno dell'istanza cautelare, la ricorrente ha addotto altresì ulteriori ipotesi di lesione prefigurando un danno “con riferimento all'attività economica della società ricorrente, oltre che all'immagine della stessa ed al serio rischio di uno sfalsamento del mercato immobiliare*



REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

sammarinese”, e individuato ragioni di opportunità per la concessione della richiesta misura cautelare nella “cessazione dell’attività dell’azienda, la perdita dei posti di lavoro, l’interruzione dei rapporti bancari e contrattuali che la Fincapital ha in essere”, “il discredito derivante alla stessa società, gli effetti negativi sull’immagine e sull’operatività di Fincapital nonché sull’intero mercato immobiliare e sul ceto bancario” (v. pagg. 9 e 10 del ricorso), in relazione alle quali, stante peraltro la qualità di socia nella quale essa qui agisce e non di legale rappresentante ovvero di ex amministratore della società oggi posta in liquidazione, non sembra avere una propria e autonoma legittimazione processuale né essere titolare di un autonomo interesse, immediato e diretto, ad agire” e che “sempre in rapporto al danno lamentato, e in relazione delle doglianze relative all’operato del Commissario Straordinario, che l’art.84 della legge n.165 del 17 novembre 2005 (LISF) appresta idonea tutela, prevedendo la possibilità di azioni civili nei confronti di quest’ultimo, discendendone conseguentemente che il danno eventualmente ascrivibile a responsabilità della gestione commissariale non appare, prima facie, invocabile nella presente sede giurisdizionale amministrativa”.

In buona sostanza, trattandosi come detto di ordinanze di sospensiva e non di sentenze, si è escluso che il danno di natura patrimoniale avanzato potesse legittimare i ricorrenti a richiedere ed ottenere l’invocata misura cautelare.



REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

Si fa, inoltre, doverosamente presente che la sentenza che ha deciso il caso Pasquini / SMI, ove è stata pronunciata l'ordinanza riportata dalla difesa di BCSM, non ha dichiarato il difetto di legittimazione attiva del socio né la carenza di giurisdizione e, anzi, ha concluso come segue:

“1.Va, in primo luogo, esaminato l'interesse al ricorso così come lo stesso è stato prospettato in rapporto alle diverse domande in atti formulate. Dalla lettura dell'atto di impugnazione sembra che esso si fondi su due distinte pretese: una diretta all'annullamento dell'atto impugnato, previa verifica dell'illegittimità dell'operato di BCSM, al fine di ripristinare la liquidazione volontaria, ed un'altra, alla prima connessa, diretta alla tutela della propria immagine e del buon nome della compagine societaria, in relazione alla quale ha formulato specifica domanda a questo Giudice di ordinare alla parte resistente di espungere dal testo del provvedimento ogni riferimento alle presunte gravi irregolarità, e cioè l'intera sezione 2 del medesimo “perché lesive del buon nome, dell'onorabilità e della credibilità dell'intera compagine societaria e quindi anche del socio di maggioranza”. L'interesse sotteso a tale ultima pretesa sembra, dunque, essere stato individuato (si veda anche a pagg. 7, 14, e 23 dell'atto introduttivo del giudizio) in quello di essere autorizzato a procedere con la liquidazione volontaria al fine di evitare conseguenze negative non tanto sull'operatività della società, quanto piuttosto sul proprio buon nome, onorabilità e immagine. Sul punto occorre fare una doverosa precisazione: la giurisdizione adita e prevista dalle norme vigenti è giurisdizione amministrativa



REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

di legittimità, non esclusiva, che comporta un sindacato sull'atto amministrativo per vizi di incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere con tutte le figure sintomatiche in cui questo può manifestarsi. A tale giurisdizione è legittimato ad accedere chi vanti un interesse sostanziale leso da un non corretto uso del potere amministrativo. E' evidente, invece, che nel caso di specie la lesione prospettata si riferisce a diritti soggettivi (nome, immagine e onorabilità) la cui tutela è rimessa alla giurisdizione ordinaria e non a quella amministrativa (si veda la riguardo quanto già argomentato nell'ordinanza di rigetto della sospensiva del 2 ottobre 2012), con la conseguenza che il ricorrente ha, sul punto, erroneamente adito questo Giudice. Ne consegue che la domanda formulata in via alternativa circa la richiesta di imporre alla resistente di rimuovere parte dell'atto sia inammissibile, non potendo questo Giudice provvedere in materia di diritti e imporre un facere all'amministrazione, dovendosi limitare la giurisdizione amministrativa alla verifica della legittimità dell'atto impugnato potendo, eventualmente, disporre il suo annullamento.

2. Quanto alla domanda formulata in via principale di annullamento dell'atto impugnato fondata sulla pretesa alla legittimità dell'operato di BCSM e alla continuazione della deliberata liquidazione volontaria, essa seppure da ritenersi ammissibile, risulta tuttavia infondata".

Dunque, in ossequio a quanto sopra argomentato, al socio è stata riconosciuta legittimazione ad impugnare (ovvero di intervenire adesivamente) i provvedimenti di BCSM, fondata sulla pretesa alla



REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

legittimità dell'operato di BCSM, rinvenendosi in essa non la posizione soggettiva di diritto soggettivo ma quella di interesse legittimo.

Analogia legittimazione è stata riconosciuta al socio con sentenze rese nei ricorsi RG. nn. 24 e 40/2010 riuniti, Ricorsi nn. 23 e 39/2010 riuniti RG n.29/2012 e ricorsi RG nn.19 e 20/2012 riuniti, quest'ultimo relativamente a ipotesi di impugnativa di provvedimento di amministrazione straordinaria.

Alla stregua di quanto rilevato, deve ritenersi infondata anche la conseguente eccezione di carenza di giurisdizione.

*

Appare, altresì, inconferente anche l'eccezione preliminare relativa alla ritenuta "novità" della domanda di annullamento del provvedimento impugnato, che non si configura come motivo nuovo atteso che la stessa conclusione era stata presentata nell'atto di intervento presentato a firma degli avv.ti Valli e Mularoni.

*

3 Sull'eccezione di carenza di interesse al ricorso

Chiarite le posizioni processuali delle parti e la loro rispettiva legittimazione ad agire/intervenire, si può passare alla disamina dell'eccezione di "*caducazione dell'interesse dei ricorrenti al ricorso*".

La procura di BCSM solleva l'eccezione ritenendo che il provvedimento di emanazione della l.c.a., adottato in data 12 giugno 2017 e



REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

confermato in data 13 giugno successivo, abbia determinato la caducazione dell'interesse dei ricorrenti, in quanto l'oggetto del giudizio stesso, costituito dal provvedimento di a.s., deve considerarsi *"superato e non più attuale"* (v. pag.9 comparsa del 3 agosto 2017).

A conforto viene citata giurisprudenza di questo Magistrato in casi precedenti.

Si tratta, in effetti, di principio affermato in alcuni dei casi in cui si è riconosciuta la improcedibilità del ricorso relativo all'impugnativa di graduatorie per l'insegnamento dell'anno scolastico 2010/2011, al momento della decisione oramai scadute.

In quelle decisioni si argomentava che: *"un'eventuale pronuncia favorevole al ricorrente resa oggi non gli arrecherebbe alcun concreto vantaggio o, quantomeno, il vantaggio ipotizzato di annullamento delle graduatorie stesse - e suo conseguente inserimento nelle stesse - oggi oramai scadute. Nessun diverso interesse è stato negli atti esplicitato. L'interesse ad agire, infatti, deve permanere fino alla definizione del ricorso e non solo nel momento di sua proposizione così come confermato da puntuale giurisprudenza anche della vicina Italia"*.

Allo stesso modo, come correttamente riportato dalla procura di BCSM, nei casi dalla stessa citati e puntualmente analizzati (pagg.9-15 della comparsa del 5 novembre 2018) si è pervenuti a dichiarare la sopravvenuta carenza di interesse alla decisione in ipotesi di procedura



REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

di a.s. seguita da successiva l.c.a., così come corrisponde al vero che manca nell'ordinamento sammarinese una norma analoga all'art.34, comma 3² del Codice del Processo Amministrativo - d.lgs n.104/2010 - che non può, dunque, trovare nell'ordinamento sammarinese diretta e immediata applicazione.

Si evidenzia, tuttavia, che già nell'ordinanza del 6 aprile 2011, resa nel ricorso RG n.27/2012 citata dalla stessa BCSM, si evidenziava che la pretesa risarcitoria non poteva fondare la sospensiva *"in quanto la sospensione dell'atto impugnato non gioverebbe al ricorrente, eventualmente invece rilevando una pronuncia di annullamento nel merito ai fini dell'attivazione di un eventuale giudizio risarcitorio"*.

Ma vi è di più.

Nel caso di specie vi è, infatti, un *quid pluris* che radica la pretesa a vedere deciso il ricorso e che si riconnette a ragioni di giustizia sostanziale, non solo in termini risarcitori.

A differenza dei casi riportati dalla procura di BCSM, nel caso di specie, è intervenuta una pronuncia cautelare favorevole ai ricorrenti e agli intervenienti con la quale venivano rilevati profili di *fumus boni iuris* e di *periculum* e con la quale, a fini *"propulsivi"* si invitava BCSM a

² L'art.34, comma 3 citato così recita: *"Quando, nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse a fini risarcitori"*.



REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

rivedere le determinazioni assunte dal CO.Vig, in assenza di emanazione da parte del D.G..

L'ordinanza è stata depositata il 14 giugno 2017, all'esito dell'udienza del 13 giugno precedente. A quella data non risultava, agli atti del giudizio, ancora concluso il procedimento volto all'adozione della l.c.a. da emanarsi ad opera del Direttore Generale.

Si è poi appreso che mentre l'udienza era in corso - ovvero anche successivamente, se si vogliono considerare i fatti riportati da fonti di informazione in merito³ - il Direttore Generale, Lorenzo Savorelli, anziché attendere doverosamente la decisione, provvedeva a "confermare" il provvedimento assunto solo un giorno prima (il 12 giugno) per mondarlo da errori presenti (in particolare proprio il mancato riferimento alla Relazione ai fini dell'art.85 LISF e per specificare che le relazioni di "esperti indipendenti" erano state allegate alla delibera del Co.Vig).

L'ordinanza - rispetto alla quale è stato accertato non vi è stata alcuna anticipazione del giudizio o indebito esercizio di funzioni - individuava il *periculum* nella annunciata cessione dei rapporti giuridici di Asset, evidenziandosi che: *La comprova delle funzionalizzazione dell'a.s. alla futura*

³ Cfr. Allegato 45 di parte ricorrente.



REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

l.c.a.⁴ è data proprio dalla delibera del Co.Vig. in udienza depositata, liquidazione senza la quale l'amministrazione non potrebbe procedere alle cessioni in blocco di rapporti giuridici del gruppo, come apprezzate e auspiccate dal Congresso di Stato e dal Direttore di BCSM (v. delibere Congresso di Stato del 31 maggio 2017, n. 1 come rettificata in data 2 giugno 2017).

In tale contesto è evidente che il danno paventato dai ricorrenti non è ipotetico, ma reale e concreto e vieppiù inemendabile e radica l'opportunità di concedere la misura di cautela richiesta.

E, peraltro, è un danno che non riguarda solo azionisti e consiglieri ma, attese le modalità dell'operato e i vizi riscontrati, seppure con indagine necessariamente sommaria, esso è passibile di ridondare sull'intero sistema economico-finanziario sammarinese e sull'interesse pubblico generale che l'operato di BCSM deve perseguire.

Pertanto, anche ad un bilanciamento dei contrapposti interessi e tenendo conto non solo dell'interesse dei ricorrenti ma anche dell'interesse generale alla

⁴ Al riguardo una plausibile versione dell'accaduto si evince da fatti riportati in fonti di informazione depositate agli atti dalla procura degli intervenienti (cfr. all.45) che evidenzerebbero una non giustificata anticipazione del flusso decisionale fisiologico funzionale all'adozione dei provvedimenti relativi ad Asset. In particolare è riportato il testo di una mail dell'11 giugno 2017, alle ore 14 circa, con la quale il DG Savorelli rappresenta al Presidente Grais (il testo è in inglese e la traduzione è dello scrivente) "Sfortunatamente dovremo fare la liquidazione dieci giorni prima della cessione dei rapporti e cioè domani (ndr. il 12). Il problema è che martedì il giudice potrebbe accogliere ancora il ricorso dei soci di AB e sospendere ancora il provvedimento causando un totale disastro, incluse probabili conseguenze legali per noi individualmente. Gli avvocati hanno caldamente consigliato che fare immediatamente la lca supererà qualsiasi tentativo del genere perchè formalmente certificherà che BCSM aveva il ragione ad attivare il commissariamento. Quindi non abbiamo alternative: dobbiamo farla domani".



REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

stabilità e credibilità del sistema economico finanziario e la tutela del risparmio, deve concludersi che il provvedimento impugnato, presentando vizi di legittimità (fumus boni iuris) debba essere sospeso. E ciò anche al fine di consentire all'autorità procedente di poter effettuare le scelte di sua competenza tenendo presenti i principi e dei criteri elaborati dalla costante dottrina e giurisprudenza, sia sammarinese che italiana, che sono stati presi in considerazione anche ai fini della presente decisione".

Orbene, il Direttore Generale ha ritenuto di non attenderne la pubblicazione e anzi ha adottato provvedimento di conferma e, una volta pubblicata, ha ritenuto di non eseguirla, non considerando l'invito a rivedere le determinazioni assunte. Lo stesso Giudice per i Rimedi Straordinari ha osservato che *"In realtà, mentre la funzionalizzazione dell'a.s. alla l.c.a. era già in re nella notizia pervenuta all'udienza del 13 giugno 2017 circa l'emanazione (il giorno prima) della delibera del Coordinamento della Vigilanza di BCSM sulla messa in l.c.a. di Asset Banca S.p.A., la preordinazione della l.c.a. alla cessione in blocco delle attività e passività di Asset Banca S.p.A. era la mera precognizione di quanto si sarebbe poi fatalmente compiuto, un mese dopo, con il Decreto-Legge 10 luglio 2017 n. 80 e la sua ratifica ad opera del Decreto-Legge 27 luglio 2017 n. 89 (cfr. la memoria BCSM 09.04.2018, p. 25, n. 11), dato che quella cessione era stata già formalmente auspicata da BCSM in data 30 maggio 2017 e dal Congresso di Stato in data 31 maggio 2017 (Ordinanza, p. 6; memoria Rainbow Finance*



REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

17.05.2018, p. 4 s.). Per il resto, tutte le altre valutazioni espresse nell'Ordinanza (ad esempio, circa l'utilità della sospensione del provvedimento di a.s. per consentire a BCSM una rimediazione delle proprie scelte; o i paventati danni che sarebbero potuti derivare anche all'«intero sistema economico-finanziario sammarinese» dai provvedimenti adottati da BCSM) sono valutazioni che, a parte forse solo alcune sfumature di tono e di stile, rientrano perfettamente nell'indagine propria della fase cautelare.».

Ma ancora.

Nonostante la decisione assunta, con il Decreto-Legge 10 luglio 2017 n. 80, e la sua ratifica ad opera del Decreto-Legge 27 luglio 2017 n. 89, a firma dei Capitani Reggenti, Mimma Zavoli e Vanessa D'Ambrosio e del Segretario di Stato agli Affari Interni, Guerrino Zanotti, è avvenuta la (paventata) cessione degli attivi e passivi a Cassa di Risparmio, divenendo così definitivamente irrimediabile il pregiudizio considerato dalla stessa ordinanza.

Il decreto n.80/2017 ha superato anche il vaglio di costituzionalità.

Come riportato da Banca Centrale, infatti, con sentenza del 16 gennaio 2018, n.1 (allegato 1 alla memoria del 5 novembre 2018), a firma del Presidente - Relatore - Redattore, Prof. Avv. Giovanni Guzzetta, il Collegio Garante ne ha dichiarato la conformità.

E' da rilevare che la decisione è stata preceduta da un'intensa attività istruttoria con quale, in data 9 novembre 2017, è stato richiesto al



REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

Segretario di Stato alle Finanze e al Direttore di Banca Centrale (Dott. Capuano) un'informativa dettagliata sulle ragioni e le modalità di ogni singola operazione, con riferimento alla specificità di ciascun istituto interessato e al contesto sistemico dell'operazione.

In data 6 dicembre, veniva sollecitato il Direttore generale di BCSM (è il momento del subentro del dott. Moretti al dott. Capuano) a trasmettere gli ulteriori atti non ancor depositati.

In esito all'istruttoria, il Collegio giungeva a qualificare il decreto come "legge- provvedimento", procedendo poi a verificare se anche un intervento a carattere provvedimentale possa presentare, in ragione delle sue particolarità, effetti sistemici o ragionevolmente ritenuti tali dal Congresso di Stato prima, e dal Consiglio Grande e Generale poi in sede di ratifica". Sostiene il Collegio che, al fine di effettuare lo scrutinio di plausibilità e ragionevolezza, "non si può prescindere da elementi di fatto e da valutazioni alla stregua di nozioni tecniche attinenti alla scienza economica e delle finanze. Per tale motivo...omissis... questo Collegio ha ritenuto di dover procedere ad alcuni approfondimenti istruttori realizzati mediante la richiesta al Segretario di Stato alle Finanze e al Bilancio e al Direttore Centrale di BCSM di una informativa dettagliata sulle ragioni e le modalità di ogni singola operazione di cessione di attivi e passivi di istituti bancari compiuta mediante gli atti normativi negli ultimi dieci anni nella



REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

Repubblica di San Marino e con riferimento alle specificità di ciascun istituto interessato al contesto sistemico dell'operazione".

Concludeva argomentando che la natura provvedimento dell'intervento non preclude una ricostruzione orientata a valutare l'impatto sistemico dello stesso, benché operato con una disciplina "singolare" e "derogatoria" rispetto a quella generale. Al contrario, secondo il Collegio *"la rilevanza economico-finanziaria dell'intervento appare non implausibilmente giustificare le ragioni di interesse generale di tale scelta particolare del legislatore"*. Anche rispetto alla compressione dei diritti dei depositanti, argomenta che non si tratta di "espropriazione" ma di "limitazione della proprietà" rammentando che *"l'ammissibilità di limitazioni di tali situazioni giuridiche attive è resa palese dalla circostanza che tali interventi si pongono l'obiettivo di salvaguardare il profilo patrimoniale di tali situazioni in presenza di uno stato di crisi dell'impresa, assoggettata ad una procedura di natura concorsuale, in relazione alla quale l'ordinamento già prevede, tra l'altro la sospensione del pagamento delle passività di qualsiasi genere e delle restituzioni dei beni a terzi (art.87, comma 1, l.n.165//2005). Con la conseguenza che non si può addebitare al decreto la violazione dell'art.10 della Dichiarazione dei Diritti ma alla situazione scaturente dalla sottoposizione a l.c.a."*

In buona sostanza e in conclusione, l'ordinanza di sospensione del 14 giugno non è stata eseguita, nonostante i rilevi anche in punto di



REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

pericolo di danno e pregiudizio non solo per i ricorrenti ma anche per l'intero sistema creditizio e finanziario sammarinese.

BCSM ha proceduto senza darle esecuzione, anche via di successiva autotutela, anticipando la data di l.c.a., e poiché l'impatto sul sistema bancario sammarinese è stato rilevante e significativo, come paventato nella stessa ordinanza [in considerazione, come osservato anche dal Collegio Garante, della posizione di Asset nel sistema "particolarmente significativa in considerazione della quota di raccolta del risparmio" e del contesto in essere caratterizzato da "aggravamento dei parametri tecnici dell'attività delle banche sammarinesi nel periodo 2011-2017 in termini di diminuzione di raccolta, aumenti di Npls, riduzione del patrimonio netto e altri fattori (così nell'informativa di BCSM, pag.9)" e "dall'insufficienza del Fondo di garanzia per i depositanti" "non ancora entrato pienamente a regime"] è stata emanata una "legge provvedimento", a contenuto particolare e derogatoria rispetto ai casi precedenti, per provvedere alla cessione degli attivi e passivi, resa necessaria proprio dagli effetti che sul sistema ha avuto la l.c.a di Asset.

Si è così compiutamente verificato l'evento di pericolo già anticipato dall'ordinanza ed è divenuto irrimediabile e fatalmente definitivo il pregiudizio che, nelle valutazioni prospettiche dell'ordinanza, doveva invece legittimare la sospensione del provvedimento di a.s., e ciò proprio per i riflessi che esso, per le modalità e le procedure viziato con



REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

le quali è stato portato avanti, avrebbe avuto anche sull'intero sistema ("E, peraltro, è un danno che non riguarda solo azionisti e consiglieri ma, attese le modalità dell'operato e i vizi riscontrati, seppure con indagine necessariamente sommaria, esso è passibile di ridondare sull'intero sistema economico-finanziario sammarinese e sull'interesse pubblico generale che l'operato di BCSM deve perseguire").

Appare di tutta evidenza che la situazione che si è creata non ha eguali.

Nel caso di specie, anche senza voler considerare i fatti riportati da fonti di informazione - v. allegato sub 45 parte interveniente e nota a piè di pagina n. 4 - che avvalorerebbero il rilievo contenuto nell'ordinanza del 14 giugno, rispetto alla tempistica dell'operazione di l.c.a. ("Si potrebbe essere indotti a pensare, ma sicuramente non è così, che l'urgenza, e fors'anche la fretta, che ha caratterizzato l'operato di Banca Centrale fino ad oggi, non sia propriamente ascrivibile all'esordire di circostanze fattuali oggettive gravi che impongono nell'immediato l'intervento, ma ad altre e diverse circostanze esterne, quali ad esempio il possibile sindacato di un Giudice su atti sottoposti a giudizio che possa vanificare le decisioni da prendersi o già prese ad opera dell'organo di Vigilanza") - rimane il fatto che il Direttore di Banca Centrale non ha dato esecuzione ad un'ordinanza che imponeva la sospensione della a.s., ben potendo evitare di provvedere a confermare il precedente atto lo stesso giorno in cui si è celebrata l'udienza; non



REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

ha atteso gli esiti di quest'ultima e non ha ritenuto di intervenire, eventualmente, anche successivamente in via di autotutela, al fine di procedere con le doverose verifiche e i supplementi di istruttoria indicati come necessari.

Dunque, è proprio la mancata ottemperanza alla pronuncia cautelare e la situazione che si è conseguentemente determinata che ha attualizzato il pericolo di danno rendendo lo stesso inemendabile e che radica, oggi, l'interesse dei ricorrenti e degli intervenienti a vedere deciso in maniera definitiva il presente ricorso, anche se la a.s. è stata oggi superata dal provvedimento di l.c.a., ad evidenti fini risarcitori.

All'uopo, non appare necessaria una norma espressa, come l'art.34, comma 3, del Codice del processo amministrativo italiano, la cui *ratio* tuttavia deve rinvenirsi anche nell'ordinamento sammarinese ed è da radicarsi nella pretesa a conoscere se l'azione dell'amministrazione è stata legittima e rispettosa delle norme che ad essa presiedono, anche al fine di poter far valere, nella competente sede, possibili pretese risarcitorie.

Anche a voler scender all'esame della giurisprudenza italiana, come ha fatto la procura di BCSM, deve osservarsi che essa ha ritenuto che il presupposto per l'ammissibilità della domanda ex art. 34, comma 3, D.Lgs. n. 104/2010, è l'esplicita istanza di parte o, comunque, una espressa "*manifestazione*" di interesse del ricorrente a fini risarcitori, o



REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

nel ricorso introduttivo o in corso di giudizio, “ciò in quanto tra la dichiarazione di improcedibilità ed il mero accertamento della fondatezza dei vizi, non vi è alcuna continenza effettuale, ben potendo la parte preferire la chiusura in rito del giudizio ad una pronuncia che (se negativa) potrebbe rivelarsi per la parte in vario modo controproducente” (T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 13 dicembre 2013, n. 5744). E ciò al fine di evitare attività giurisdizionale inutile: “Se è vero che, con l'accertamento dell'illegittimità degli atti impugnati ai soli fini del risarcimento, il giudice non si esprime sul *fumus boni iuris* della susseguente azione di danni, a lui spetta comunque valutare almeno la sussistenza dell'interesse ai fini risarcitori, in difetto del quale la declaratoria di illegittimità correrebbe il rischio di rimanere meramente astratta. Pertanto è ragionevole ritenere che, proprio a evitare un possibile inutile esercizio della funzione giurisdizionale, il ricorrente abbia almeno l'onere di allegare compiutamente i presupposti per la successiva proposizione dell'azione risarcitoria, a partire ovviamente dal danno sofferto” (Consiglio di Stato, sez. IV, 28 dicembre 2012, n. 6703). Ed ancora: “Ai sensi dell'art. 34 c.p.a. non può ammettersi che la mera e indimostrata allegazione di un generico interesse ai fini risarcitori possa rappresentare un vero e proprio *passé* — *partout* attraverso il quale scardinare (*rectius*: aggirare) il dato oggettivo costituito dall'insussistenza di un interesse all'ulteriore coltivazione del ricorso e attraverso cui far surrettiziamente rientrare nel



REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

giudizio un interesse all'impugnativa di cui si sia in concreto accertata l'insussistenza" (Consiglio di Stato, sez. VI, 20 luglio 2011, n. 4388).

Nel caso di specie, l'interesse delle parti è stato dichiarato e documentato anche sotto il profilo del danno, sia in seno al ricorso sia con espressa domanda di inviata a BCSM in data 13.12 2017 (v. all.42 alle memoria del 21 dicembre 2017), con la conseguenza che la deliberazione circa la sussistenza dell'interesse alla decisione a futuri fini risarcitori non può che avere esito positivo.

* * *

4. Nel merito dei motivi di ricorso

4.1. Sulla carenza di istruttoria e sul difetto di motivazione.

Il provvedimento di a.s., richiamato l'art.78 della LISF, assume la presenza di *"gravi irregolarità nell'amministrazione e le gravi violazioni del principio di sana e prudente gestione della banca nonché dei provvedimenti dell'Autorità di Vigilanza che ne regolano l'attività, le gravi perdite del patrimonio, così come illustrate nella relazione del Commissario Provvisorio incaricato ai sensi dell'art.84 LISF"*.

I ricorrenti asseriscono che i presupposti di legge sono solo enunciati e non motivati sulla base di riscontri obiettivi ovvero che sono falsamente errati in quanto motivati su presupposti errati, illogici e contraddittori. Contestano l'insufficienza istruttoria, travisamento di fatti e errori di calcolo.



REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

Il primo rilievo che deve essere accolto in ordine al difetto di istruttoria è che il provvedimento impugnato manca degli esiti delle ispezioni (cfr. pag.24 del ricorso). Ciò ha rilevanza per una ragione essenziale: gli ispettori nell'esercizio delle loro funzioni sono pubblici ufficiali. Le loro affermazioni e verifiche sono dotate di fede privilegiata superabili solo con querela di falso.

Ai fini della a.s. non risulta il preventivo svolgimento di attività di ispezione o, meglio, non si conosce se quella avviata nell'ottobre del 2016 sia stata portata a termine e, nel caso, quali siano stati gli esiti. E' vero che era stata assunta la misura cautelare della gestione provvisoria, ex art.84 LISF, e nominato commissario l'avv. Sommella che, in quanto tale, era pubblico ufficiale. Ciò non toglie che non sono stati resi noti gli esiti dell'ispezione comunque iniziata nell'ottobre del 2016 né comunicata eventualmente la ragione della sua interruzione. La Relazione ex art.84 a firma dell'Avv. Sommella - alla quale il provvedimento risulta motivato *per relationem* - riporta che "la situazione aziendale di Asset Banca è da tempo all'attenzione dell'autorità di Vigilanza che ha in più occasioni contestato l'esistenza di inefficienze organizzative e violano normative nella gestione aziendale nonché l'esistenza di un persistente squilibrio economico e patrimoniale in grado di minare gravemente la stabilità della Banca".



REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

Orbene, non è indicato in che tempi si è svolta e come sono stati formalizzati gli esiti di questa "attenzione", mediante quali strumenti questa "attenzione" è stata esercitata, in che sede e attraverso quali verifiche si è giunti alle conclusioni riportate.

Non si comprende se le verifiche sono state condotte dall'Ispettorato Vigilanza di BCSM ovvero dal solo avv. Sommella. Anche i riscontri del Collegio sindacale sono solo riportati parzialmente e non allegati.

A domanda di questo Commissario posta all'avv. Bazzani nel corso dell'udienza di discussione per conoscere se esiste un verbale ispettivo redatto all'esito delle ispezione avviata il 4 ottobre 2016, lo stesso ha risposto di non esserne a conoscenza *"fermo restando che il CO Vig nell'emanazione de provvedimento ha tenuto conto delle risultanze dell'ispezione"*. A domanda di questo Commissario *"in che maniera le risultanze dell'ispezione sono confluite e arrivate alla conoscenza dei membri del Co. Vig.?"*, l'Avvocato ha risposto *"mediante comunicazioni interne all'organismo di vigilanza (cfr. verbale d'udienza)"*.

Da tale affermazione, dunque, si può desumere che l'ispezione c'è stata ma i rilievi non si sono formalizzati, come richiesto dal regolamento 7/2007 e dalla LISF all'art.42, in un verbale ispettivo.

Essi sono stati trasmessi *"internamente"* all'organismo di vigilanza.

Al riguardo, bisogna osservare che i controlli ispettivi si realizzano con l'accesso di addetti alla Vigilanza direttamente presso le banche.



REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

L'utilità delle visite ispettive si riconnette alla possibilità di conoscere e valutare, nel rispetto del segreto d'ufficio al quale sono tenuti gli ispettori, e tramite quanto acquisito in ragione dell'attività di vigilanza nel confronto diretto con le strutture operative e con gli esponenti aziendali nonché tramite l'acquisizione di dati e informazioni in loco, aspetti di natura organizzativa inerenti la funzionalità degli assetti di governo, del sistema dei controlli interni, delle procedure aziendali e l'attendibilità dei dati e informazioni resi alla Vigilanza.

La giurisprudenza ha ritenuto legittimo il provvedimento di a.s. adottato sulla base delle indagini ispettive condotte dall'autorità di vigilanza se fondato su valutazioni non irragionevoli o incongrue.

La limitazione del sindacato del giudice ai profili di "ragionevolezza" si impone, appunto, in quanto l'accertamento dei fatti e le conseguenti valutazioni promanano da pubblici ufficiali dotati di specifiche competenze tecniche e formalizzate in un documento dotato di fede privilegiata.

Tutto ciò non è avvenuto nel caso di specie, tant'è che i commissari nominati, e poi dimessisi, hanno comunicato di dover condurre accertamenti al fine di "*circostanziare i fatti alla base dell'amministrazione straordinaria*". Dunque, non tanto di valutarli ma di circostanziarli, attività che, viceversa, doveva essere propedeutica al provvedimento e





REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

che, in generale, viene proprio eseguita dagli ispettori e formalizzata nel verbale ispettivo.

La LISF, all'art 42, disciplina i "Poteri di indagine" disponendo che: "1. *L'autorità di vigilanza può effettuare ispezioni presso gli uffici e le dipendenze dei soggetti autorizzati, nonché chiedere informazioni, ordinare l'esibizione di documenti e il compimento degli accertamenti e delle verifiche ritenute necessari, anche riguardanti attività non riservate; può accedere alla contabilità sociale, nonché a tutti i libri, note, e documenti; può interrogare gli amministratori e ogni dipendente o funzionario nell'ambito delle proprie mansioni, al fine di ottenere informazioni e chiarimenti.*

2. *I poteri di cui al primo comma possono essere esercitati anche nei confronti dei promotori finanziari, degli intermediari assicurativi e riassicurativi nonché dei soggetti cui sono state esternalizzate funzioni da soggetti autorizzati.*

3. *L'autorità di vigilanza può, nell'esercizio dei poteri di indagine, avvalersi di revisori contabili e attuari incaricati, su mandato della stessa autorità, di svolgere determinate verifiche e accertamenti".*

Il regolamento n.7/2007 prevede, all'art. VIII.III.2, rubricato "Accertamenti Ispettivi", che "Il rapporto ispettivo, redatto a conclusione degli accertamenti e destinato alla banca quale soggetto ispezionato, contiene la descrizione circostanziata dei fatti ed atti aziendali riscontrati che non siano risultati in linea con i criteri di corretta gestione ovvero con la normativa regolante l'esercizio dell'attività.

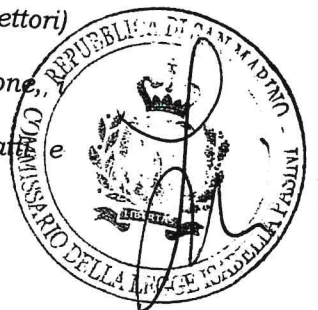




REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

La chiusura degli accertamenti viene comunicata dalla Banca Centrale al soggetto ispezionato con lettera sottoscritta da un componente del Coordinamento della Vigilanza. Il rapporto ispettivo viene notificato entro i sessanta giorni successivi alla chiusura degli accertamenti, agli esponenti aziendali del soggetto ispezionato e, per le sole parti di competenza, ai revisori contabili del soggetto ispezionato medesimo o al Commissario nominato dalla Banca Centrale e i membri dei disciolti organi, nei casi in cui dagli accertamenti sia derivata l'adozione di un provvedimento ai sensi della parte II, Titolo II, Capi I o II LISF. Nel termine di trenta giorni dalla notifica del rapporto ispettivo il soggetto ispezionato, così come i revisori contabili, devono far conoscere a Banca Centrale le proprie considerazioni in ordine a quanto emerso dall'ispezione, nonché gli interventi già attuati e quelli programmati per eliminare le anomalie e le manchevolezze accertate. Nei successivi trenta giorni dalla trasmissione di tali considerazioni, Banca Centrale comunicherà al soggetto ispezionato e agli altri soggetti comunque interessati le proprie successive valutazioni in ordine alle considerazioni ricevute (contestazioni, giustificazioni, ravvedimenti, ecc.) sui rilievi ispettivi contenuti nel rapporto".

Con precedente giurisprudenza si è argomentato che: "...omissis...il "verbale di ispezione" o la "relazione di ispezione" è l'atto con il quale si chiude il procedimento ispettivo e con il quale l'ispettore (o il collegio di ispettori) esternano al titolare dell'unità operativa o al vertice dell'amministrazione i risultati acquisiti diretti ad attestare l'esistenza o l'inesistenza di fatti e



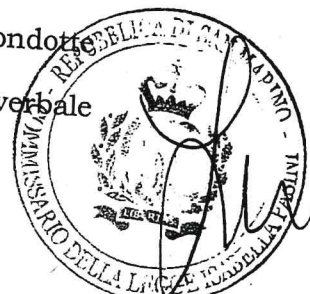


REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

circostanze verificati dall'organo di controllo nel corso dell'ispezione (controllo necessario) ovvero con i quali si pongono rimedi rispetto alle disfunzioni riscontrate (controllo eventuale). Essi si configurano, dunque, come atti conclusivi dell'iter ispettivo, che si colloca all'interno di un più generale procedimento di controllo, in cui l'ispezione rappresenta uno dei momenti della fase acquisitiva. Come tali essi non sono idonei, di regola, a ledere direttamente posizioni soggettive rilevanti di terzi, risultando insuscettibili di autonoma impugnativa in sede amministrativa o giurisdizionale per mancanza di "attualità" dell'interesse del ricorrente. Essi possono, viceversa, essere impugnati innanzi al giudice amministrativo, congiuntamente all'atto finale (avente rilevanza esterna) del procedimento di controllo (come nel caso di specie il provvedimento finale di amministrazione straordinaria) che ne recepisca i contenuti eventualmente viziati (c.d. "invalidità derivata").

Nel caso di specie, le risultanze del verbale sono state riportate nella Relazione di BCSM allegata al provvedimento impugnato e, dunque, il diritto di difesa e reazione dell'interessato è stato garantito dalla possibilità di impugnativa di quest'ultimo atto, quale atto finale del procedimento di controllo, venendosi ad attualizzare in tale momento il suo interesse al ricorso" (cfr. sentenza 19 febbraio 2013 in ricorsi RG nn.19 e 20 /2012 riuniti)".

Dunque, nella casistica fino ad oggi nota, si è sempre verificato che i provvedimenti di rigore fossero preceduti da verifiche ispettive condotte dall'Ispettorato di Vigilanza di BCSM e che le risultanze del verbale





REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

ispettivo fossero riportate nella Relazione allegata allo stesso provvedimento di rigore, consentendosi in tale fase della procedura il contraddittorio con i soggetti vigilati.

La medesima cosa non è accaduta nel caso in esame.

L'avv. Bazzani ci dice che le risultanze dell'ispezione sono confluite alla conoscenza dei membri del Co. Vig. con comunicazioni interne.

E' chiaro che, ove così fosse, sarebbe in palese violazione degli articoli sopra citati, dovendo le stesse formalizzarsi in un apposito documento. Anche argomentare che, nel caso in esame, vi è stata la gestione provvisoria ex art.84 LISF e nominata la stessa avv. Sommella quale Commissario provvisorio, non sopperisce alla mancanza di verbali ispettivi al termine delle operazioni svolte e cessate in conseguenza della gestione provvisoria.

Peraltro, è difficile attribuire valore ispettivo alla suddetta relazione dell'avv. Sommella in quanto non chiarisce da chi, quando, in quale settore, rispetto a quale tipo di rapporti e attività sono state effettuate le verifiche.

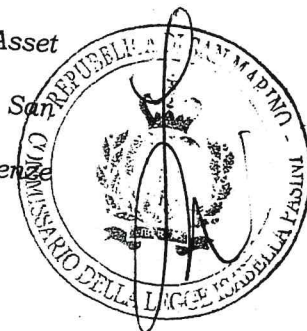
Infine, non può non notarsi che sia la relazione a firma avv. Sommella, senza data e allegata al provvedimento di sospensione del 15 febbraio 2017 (sub allegato n.19 parte ricorrente), sia la relazione a firma della stessa ex art.84 LISF ai fini dell'amministrazione straordinaria allegata al provvedimento del 12 aprile 2017 (prodotta unitamente alla





REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

memoria di costituzione di BCSM del 3 agosto 2017) nonché quella, sempre a firma dello stesso Avv. Sommella, ex art. 85 LISF ai fini della l.c.a. (depositata da BCSM il 14 giugno 2017), esordiscono tutte con le seguenti - identiche - affermazioni: *“la situazione aziendale di Asset Banca spa è da tempo all’attenzione dell’Autorità di Vigilanza, che ha in più occasioni contestato l’esistenza di inefficienze organizzative e violazioni normative nella gestione nonché il persistente squilibrio economico e patrimoniale, in grado di compromettere la stabilità dell’azienda. Ciò nonostante, da parte dell’Organo amministrativo della Banca a tutt’oggi non sono state assunte iniziative concrete in termini di strategie industriali e di rafforzamento patrimoniale idonee ad arrestare il degrado dell’impresa e ad avviare il recupero della redditività”* (relazione del 17 febbraio 2017); *“la situazione aziendale di Asset Banca spa è da tempo all’attenzione dell’Autorità di Vigilanza, che ha in più occasioni contestato l’esistenza di inefficienze organizzative e violazioni normative nella gestione aziendale, nonché il persistente squilibrio economico e patrimoniale in grado di compromettere la stabilità della banca. Ciò nonostante, non sono state assunte a tutt’oggi iniziative concrete, sul piano degli indirizzi strategici e del in rafforzamento patrimoniale idonee ad arrestare il degrado dell’impresa e ad avviare il recupero della redditività* (relazione allegata al provvedimento di a.s. del 12 aprile 2017); *“La situazione di Asset Banca è da tempo all’attenzione di Banca Centrale della Repubblica di San Marino (BCSM). BCSM ha evidenziato in più occasioni l’esistenza di inefficienze*



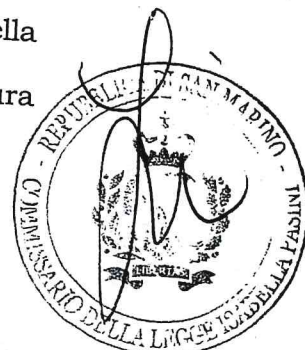


REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

organizzative e violazioni normative nella gestione aziendale nonché l'esistenza di un persistente squilibrio economico e patrimoniale in grado di minare gravemente la stabilità dell'istituto bancario. Ciò nonostante, Asset Banca ha continuato ad operare senza assumere alcuna iniziativa concrete sul piano delle strategie industriali e del rafforzamento patrimoniale che fosse in grado di arrestare il degrado dell'impresa e ad avviare il recupero della redditività né alcuna azione per sanare le gravi irregolarità gestorie" (relazione ex art.85 LISF richiamata nel provvedimento di l.c.a. del 13 giugno 2017).

A ben vedere, in rapporto a tutti i provvedimenti che hanno inciso sul destino della Banca - qui conosciuti in quanto versati in atti - e che sono identici a parte qualche variazione lessicale, non risultano riportati in maniera puntuale e specifica date e attività poste in essere ai fini delle verifiche e delle ispezioni. Non si indica il periodo di tempo in cui la Banca è stata posta "sotto attenzione", né si chiariscono quali e quando sono state le "occasioni" in cui si è proceduto con le contestazioni e dove queste contestazioni si siano formalizzate nonché quale risposta la Banca vi abbia dato, e ciò in palese violazione delle richiamate norme di legge e regolamentari sopra riportate.

La mancanza o quantomeno la mancanza della motivazione in ordine alla assenza di un verbale ispettivo o relativo alla conclusione della ispezione iniziata ad ottobre 2016, vizia a monte tutta la procedura





REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

posta in essere e qui contestata che, dunque, anche per tale motivo deve ritenersi illegittima.

*

4.2. Sugli altri motivi di ricorso

Posto che la decisione che verrà assunta avrà natura dichiarativa di accertamento (per le ragioni espresse *infra*), si ritiene che con riferimento agli altri motivi di ricorso si possa rinviare alla disamina e alle conclusioni contenute nell'ordinanza cautelare, evidenziando, ancora una volta, che il provvedimento impugnato è viziato da difetto di istruttoria, difetto di motivazione, eccesso di potere e sviamento.

Sull'obbligo di motivazione si è già detto, tenendo presente la natura e i fini dell'a.s., che :*“non vi è dubbio che l'a.s. sia provvedimento caratterizzato da discrezionalità amministrativa o tecnico amministrativa, discrezionalità che riguarda il momento della verifica dei presupposti della decisione, sia con riferimento alla valutazione della gravità della crisi, sia avuto riguardo al momento finale della decisione, ovvero della scelta del rimedio rispetto ad altre possibili soluzioni, in ossequio al principio di proporzionalità...omissis....*

Ne consegue che la motivazione del provvedimento di a.s. non può solo essere formale o “apparente” : essa deve dare contezza “non solo delle irregolarità e delle violazioni o della previsione di perdite ma anche della qualificazione di “gravi” (nel senso di dover precisare per quali ragioni si ritengano gravi) e della



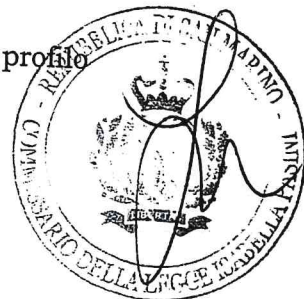


REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

precisazione analitica sia delle norme che si assumono violate che del metodo di valutazione e dei calcoli attraverso i quali si sia pervenuti alla previsione di gravi perdite; ed ulteriormente con riferimento all'ipotesi di perdite ... proprio il fatto che la legge attribuisca rilevanza alle mere previsioni importa che il controllo sull'attendibilità delle stesse debba essere caratterizzato da particolare rigore" (cfr. A. Nigro, "Amministrazione straordinaria delle banche e giurisprudenza amministrativa: qualcosa si muove?" Commento a TAR Catania, 8 settembre 2000, in Banca Borsa e Titoli di credito, II, pagg.393).

"La motivazione sia pure per relationem deve pertanto dare contezza di tutti i superiori elementi al fine di consentire la ricostruzione dell'iter logico giuridico della decisione e il sindacato sull'attività amministrativa" (cfr. TAR Sicilia - Catania, sopra cit.). "In realtà l'amministrazione straordinaria non ha né natura né funzione cautelare; essendo una misura di estrema gravità, che incide in modo rilevante e sulla banca che vi sia sottoposta e sugli esponenti della stessa, deve trovare il suo fondamento in circostanze precise e di gravità tale da legittimarla (non deve cioè trattarsi di crisi superabile attraverso la gestione ordinaria o gli altri meno penetranti strumenti di intervento previsti dalla normativa); circostanze della quali si deve dare conto in modo completo ed esauriente nella motivazione e che, quindi, occorre siano pienamente verificate e valutate dall'autorità procedente" (A. Nigro, op. cit., pagg. 394-395).

Nel caso di specie la procedura seguita è carente sotto il profilo istruttorio e motivazionale.





REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

Infatti, come detto, non è stata preceduta da ispezioni e le verifiche effettuate sono solo dichiarate ma non circostanziate nelle date e nei contenuti, le motivazioni addotte non sono assistite dal riferimento alle norme e ai parametri i tecnici utilizzati.

Ad esempio, le valutazioni relative alle previsioni di perdite, al profilo reddituale e alla qualità del credito non sono accompagnate dall'indicazione dei criteri e dei parametri utilizzati per addivenire alle conclusioni riportate né viene esplicitato perché le perdite indicate sono da considerarsi gravi e quali sono stati i calcoli e le valutazioni tecniche per ritenerle tali; egualmente, non è stato indicato se vi fossero strumenti o interventi alternativi atti a scongiurare il provvedimento assunto.

Anche con riferimento ai rilievi relativi alla qualità del crediti si fa riferimento allo scostamento tra i dati comunicati dalla Banca rispetto alle risultanze dell'AQR, risultanze, tuttavia, che non sono riportate né risultano conoscibili.

Ma oltre a quanto sopra, il difetto di motivazione si riscontra ulteriormente e più gravemente nella misura in cui, rispetto alle singole contestazioni, non risultano indicate le norme di legge o di regolamento violate. Si adducono *"gravi violazioni normative e dei provvedimenti dell'Autorità di Vigilanza che ne regolano l'attività"*, ma non si indicano quali essi siano.





REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

Anche rispetto alla violazione delle regole di sana e prudente gestione il dato normativo riportato non è pertinente: si richiama infatti l'art.37 della LISF⁵ che però è norma che fissa le finalità della vigilanza e non impone diretti obblighi ai vigilati.

La normativa di riferimento si rinviene, invece e in particolare, nel regolamento n.7/2007 che reca disposizioni relative al patrimonio di vigilanza, all'adeguatezza patrimoniale e ai coefficienti di solvibilità, alla concentrazione dei rischi, ai rapporti contrattuali con parti correlate e soggetti connessi ad esse, agli investimenti in immobili, alle partecipazioni detenibili, nonché ai parametri di adeguatezza organizzativa, parametri il cui rispetto consente di vigilare sulla sana e prudente gestione. Nessuna norma di questo regolamento così come di altra fonte normativa è stata richiamata neppure a fini di valutazione. In buona sostanza, rispetto alla situazione genericamente descritta nei suoi effetti, non sono riportati i fatti e le condotte che l'hanno generata, né è stata valutata la loro contrarietà rispetto alle prescrizioni di legge e regolamento.

⁵ Art. 37 (Finalità della vigilanza): "1. L'autorità di vigilanza, nell'esercizio della funzione di vigilanza, è guidata dalle seguenti finalità:

- a) la stabilità del sistema finanziario della Repubblica e la tutela del risparmio, anche attraverso la vigilanza sulla sana e prudente gestione dei soggetti autorizzati;
- b) la trasparenza e la correttezza dei comportamenti dei soggetti autorizzati;
- c) il contrasto del crimine finanziario in collaborazione con le altre autorità preposte;
- d) la tutela dell'immagine, della reputazione e della fiducia nel sistema finanziario della Repubblica".





REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

Quanto ai riscontri del Collegio sindacale, oltre al fatto che non sono stati resi noti e risultano riportati solo per stralci, essi sembrano richiedere interventi piuttosto che raccomandare misure quali la a.s.. Anche rispetto alla indicazione del requisito della previsione di "gravità" delle perdite, la mancata indicazione del parametro normativo violato e del criterio utilizzato per ritenere la situazione descritta come "grave", fanno ritenere le risultanze indicate (decremento del patrimonio, risultati economici degli ultimi esercizi, scostamenti con i dati AQR) quale mera descrizione di fatti rispetto ai quali manca una valutazione che sia propria della funzione di vigilanza come disciplinata dalle norme richiamate.

In altre parole, anche ove esistenti i presupposti per la a.s., la loro presenza non è stata correttamente accertata, adeguatamente valutata e sufficientemente motivata, con la conseguenza che deve essere confermata la disamina condotta con l'ordinanza cautelare circa la ricorrenza dei vizi di motivazione e difetto di istruttoria.

*

5 Sul vizio di eccesso e sviamento di potere.

Quanto al vizio di eccesso e sviamento di potere si è già chiarita la natura della procedura di a.s..

Appare, oramai, accertato che essa abbia una pluralità di scopi tra i quali prevale quello di risanamento dell'impresa.



REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

Ai commissari sono assegnati i compiti di eliminare le irregolarità di gestione e di promuovere soluzioni utili nell'interesse dei depositanti. Emergono in tal modo le finalità risanatorie dell'a.s. che possono trovare piena realizzazione ogni qualvolta il commissario accerti che la crisi è reversibile: *“Occorre infatti considerare che una situazione di crisi, anche patrimoniale, dell'impresa non deve necessariamente sfociare nella liquidazione, se essa costituisca solo un sintomo della scorrettezza della pregressa gestione. La a.s. può efficacemente svolgere il suo ruolo di procedura con funzioni preventive rispetto al manifestarsi di una crisi irreversibile consentendo di eliminare le situazioni non conformi alla sana e prudente gestione e di evitare ripercussioni sulla stabilità complessiva del sistema che potrebbero discendere da una più grave compromissione della situazione della banca L'obiettivo caratterizzante del risanamento dell'impresa rende l'a.s. una misura preordinata a tutelare i depositanti-risparmiatori e, più in generale, e la stabilità e l'efficienza del sistema creditizio nel suo complesso: si manifesta così la sua distinta funzione rispetto alla lca dalla quale si differenzia anche per gli effetti: mentre la procedura in esame, volta al superamento di uno stato di crisi transitorio, si sostanzia nella mera sostituzione degli organi preposti alla gestione dell'impresa, della quale postula la prosecuzione, la lca interviene nelle crisi irreversibili, incidendo necessariamente sull'esistenza stessa del soggetto”;* *“l'obiettivo caratterizzante del risanamento dell'impresa rende l'a.s. una misura preordinata a tutelare i*





REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

*depositanti-risparmiatori e, più in generale, e la stabilità e l'efficienza del sistema creditizio nel suo complesso: si manifesta così la sua distinta funzione rispetto alla lca dalla quale si differenzia anche per gli effetti: mentre la procedura in esame, volta al superamento di uno stato di crisi transitorio, si sostanzia nella mera sostituzione degli organi preposti alla gestione dell'impresa, della quale postula la prosecuzione, la lca interviene nelle crisi irreversibili, incidendo necessariamente sull'esistenza stessa del soggetto" (cfr. O. Capolino, G. Coscia e E. Galanti, in AA. VV., *Diritto delle Banche e degli intermediari finanziari*, a cura di E. Galanti, *Trattato di Diritto dell'Economia*, diretto a E. Picozza e E. Gabrielli, Cedam, 2008, pagg. 881-882).*

L'amministrazione straordinaria si differenzia dalle misure di carattere sanzionatorio previste nel TUB che pure possono essere disposte in relazione ai medesimi fatti. La procedura in esame conserva infatti una connotazione rigorosamente oggettiva e come tale opposta rispetto a quella soggettiva e personale che caratterizza il procedimento sanzionatorio nei confronti dei responsabili di violazioni alla disciplina legale, regolamentare o statutaria....

Proprio muovendo dalla netta separazione tra procedimento sanzionatorio e procedimento di amministrazione straordinaria la giurisprudenza (Cons. Giust. Sic. Sez. Giur., 19 marzo 2002,) ha escluso che il comportamento soggettivo degli amministratori sia suscettibile di apprezzamento ai fini della valutazione dei presupposti del commissariamento dell'azienda. Alla luce delle superiori considerazioni appare evidente che la questione relativa del identificazione dei





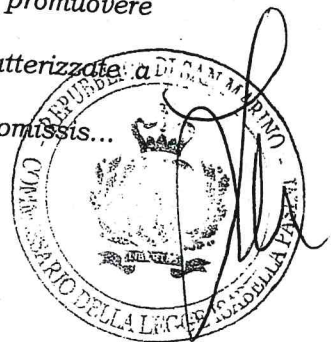
REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

profili finalistici dell'amministrazione straordinaria, lungi dal configurarsi in termini di astratta dissertazione dogmatica con funzione meramente ricostruttiva, presenta profili di rilevanza pratica" (cfr. Capolino, Coscia, Galanti, op.cit., pag.884).

Già nell'ordinanza si è rilevato che: L'amministrazione straordinaria è strumento finalizzato alla soluzione delle crisi bancarie che non può essere letto e utilizzato come strumento funzionale alla successiva e inevitabile liquidazione coatta amministrativa (cfr. Sentenza del Commissario della Legge, V. Pierfelici, 8 giugno 2017, in cc n. inedita; cfr. altresì A. Nigro, op. cit., pag.391), come invece sembra avvenuto nel caso di specie.

Per tale motivo non può neppure considerarsi come procedura latu sensu cautelare in virtù della quale "il provvedimento che la dispone potrebbe trovare il suo presupposto anche soltanto in accertamenti e valutazioni a carattere sommario con rinvio del più completo esame della situazione patrimoniale e gestionale della banca, e quindi della stessa valutazione dell'adeguatezza del provvedimento, agli organi di gestione straordinaria", come sembrerebbe avvenuto nel caso in esame alla luce delle comunicazioni a firma dei commissari dimessisi.

L'art.80 LISF prevede tra i compiti dei Commissari Straordinari quello di accertare la situazione aziendale, rimuovere le irregolarità e promuovere soluzioni utili nell'interesse dei clienti a fronte di situazioni caratterizzate da gravi irregolarità e ove siano previste gravi perdite di patrimonio" ...omissis...



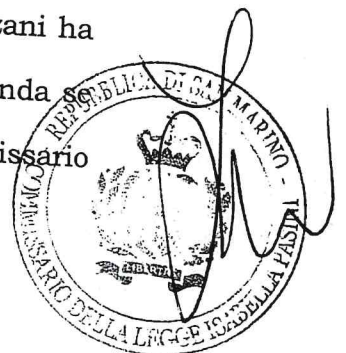


REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

Si deve ricordare che in ragione dell'indicata natura della a.s. "l'assemblea conserva il suo ruolo di organo deliberante della società perché le sue funzioni sono soltanto sospese per effetto del provvedimento che dispone la gestione commissariale e possono essere riattivate in ogni momento dal Commissario Straordinario. Questa difformità di disciplina non è attribuibile al diverso grado di responsabilità dei soci (rispetto a quello di amministratori e sindaci) nella determinazione della crisi quanto piuttosto alla natura di organo sociale imprescindibile dell'assemblea, nel senso che, essa non potrebbe essere disciolta e ricostituita con soggetti diversi. E poiché l'amministrazione straordinaria non ha finalità espropriative dell'impresa, non sarebbe pensabile che essa possa determinare la soppressione dell'organo assembleare".La necessità di una delibera assembleare (e dunque il Commissario deve sicuramente procedere alla convocazione) si impone per le modificazioni dell'atto costitutivo funzionali al superamento della crisi (aumenti di capitale, fusioni)....." (Capolino, Galanti e altri, op. sopra cit. pag. 903).

Nel caso in esame è invece accaduto che:

- a. Il Commissario non ha provveduto alla convocazione dell'Assemblea nonostante le richieste di Asset Banca. I motivi della mancata convocazione non sono stati resi noti. A domanda del Commissario della Legge nel corso dell'udienza del 27 novembre, l'Avv. Bazzani ha indicato detti motivi (v. verbale d'udienza) e a successiva domanda le motivazioni riportate erano state fatte proprie dal Commissario





REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

Straordinario o risultano esplicitate in qualche documento, lo stesso Avvocato ha risposto che non risultano dal provvedimento di a.s. né esiste comunicazione al riguardo, ritenendo che BCSM non dovesse motivare in merito alle ragioni della mancata convocazione dell'assemblea. Ove tale affermazione corrisponda a verità, la circostanza che le motivazioni non siano state esplicitate, se non dall'Avv. Bazzani in udienza, evidenzia come non sia stata rispettata la principale natura risanatoria dello strumento utilizzato ovvero, quantomeno, che sia stata valutata la possibilità di procedere al risanamento ovvero ancora non sia stato possibile di conoscere le ragioni per le quali non si potesse procedere nel senso richiesto. Correttamente, ha osservato la procura de consiglieri che se vi fosse stato anche un socio non gradito ai fini della ricapitalizzazione, l'assemblea nella sua interezza, seguendo le indicazioni di BCSM avrebbe potuto escluderlo dall'aumento di capitale.

b. Quanto alla motivazione relativa all'inadempienza dei vertici di Asset al provvedimento di decadenza del Presidente e del D.G., rinviando alle argomentazioni già espresse nell'ordinanza del 14 giugno, deve ricordarsi che la dottrina e la giurisprudenza sopra riportate hanno "escluso che il comportamento soggettivo degli amministratori sia suscettibile di apprezzamento ai fini della valutazione dei presupposti del commissariamento dell'azienda", essendo per tali comportamenti previste e possibili altre





REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

forme di intervento non direttamente incidenti sull'esistenza e la prosecuzione dell'azienda.

Ne discende che è risultato ancora una volta disatteso il principio di proporzionalità inteso come criterio di esercizio del potere amministrativo commisurato alla rilevanza degli interessi protetti dall'ordinamento, avendo riguardo alla situazione concreta e all'obiettivo di minimizzare i costi a carico dei destinatari della vigilanza, impone modalità di controllo proporzionali alla rischiosità dell'intermediario ovvero dell'attività (risk-based supervision) dovendo portare all'applicazione di misure parametrate al rischio riscontrato e eventualmente superabile con provvedimenti di minore impatto sul soggetto vigilato.

*

Alla luce di tutto quanto dedotto e argomentato, si ritiene sussistente l'interesse dei ricorrenti e degli intervenienti all'accertamento dell'illegittimità dell'atto amministrativo impugnato anche a fini di proposizione di separata azione risarcitoria, pur essendo venuto meno l'interesse all'annullamento del medesimo.

PQM

Il Commissario della Legge, definitivamente pronunciandosi sul ricorso in esame, respinte le eccezioni preliminari e pregiudiziali sollevate





REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

dalla procura della parte resistente, lo accoglie e con esso accoglie le ragioni degli intervenienti adesivi, dichiarando l'illegittimità del provvedimento impugnato per le ragioni indicate in narrativa.

Le spese seguono la soccombenza e saranno liquidate con apposito successivo decreto anche avuto riguardo al comportamento processuale delle parti.

Manda alla Cancelleria per la notifica della presente sentenza alle parti del giudizio.

Così deciso in San Marino, 24 dicembre 2018

IL COMMISSARIO DELLA LEGGE

Avv. Isabella Pasini

V*, depositato oggi in Cancelleria.

24 DIC. 2018

San Marino, li

IL CANCELLIERE



San Marino, il 28.12.18
per copia conforme.

IL CANCELLIERE

