



REPUBBLICA DI SAN MARINO
TRIBUNALE

Ricorso n. 57/2017 R.G. I Grado

IL COMMISSARIO DELLA LEGGE

- Avv. Isabella Pasini -

nell'esercizio della

Giurisdizione Amministrativa di I Grado

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Visto il ricorso di cui al Reg. Gen. n. 57/2017 proposto da:

Rainbow Finance a.s. + altri 35 e oggi da Graziano Serra, Luigi Staccoli, Luigi Malpeli, Stefano Ercolani, Barbara Tabarrini, Andrea Ercolani, Fernando Antonio Malpeli, Addolorata Albanese, Maria Pia Tura, Giorgio Piccioni, Daniele Ercolani, Nadia Saponi, Stefano Morigi, Jessica Gasperoni, Giannessi Pier Angelo, Andrea Migliarini, Cristiano Vincenzo, Porfiri Antonio, Rainbow Finance S.A., Fusco Alfredo e Fusco Arnaldo, Ghiaccio express srl e Etf. Servizi srl, quest'ultime in persona dei legali rappresentanti *pro tempore* (Avv.ti Matteo Mularoni e Marco Valli, oggi sostituiti dagli avv.ti Fabio Righi e Alessandro Stolfi);



**REPUBBLICA DI SAN MARINO
TRIBUNALE**

contro

BANCA CENTRALE DELLA REPUBBLICA DI SAN MARINO, in
persona del Presidente *pro tempore* e del suo **DIRETTORE GENERALE**
pro tempore (Avv.ti Paolo Reffi e oggi sostituito da Avv.ti Nicola Tonelli
e Matteo Bazzani del foro di Milano)

e nei confronti di

Asset Banca Spa in l.c.;
Dott. Roberto Venturini;
Dott. Fabio Pignataro
Dott. Giuseppe De Marco;
Avv. Paolo Mazzanti;
Prof. Avv. Marcello Condemi;

controinteressati

per l'annullamento, previa sospensiva

del provvedimento del 12 giugno 2017, prot. nr. 17/5281 emesso dalla
BANCA CENTRALE DELLA REPUBBLICA DI SAN MARINO ("BCSM")
(all.20 parte ricorrente), a firma del Direttore Generale, Dott. Lorenzo
Savorelli, così come "confermato" e "precisato" dal provvedimento del
13 giugno 2017, prot. nr. 17/5354 emesso dalla stessa BCSM, a firma
dello stesso Direttore Generale, Dott. Lorenzo Savorelli (all. doc. 21
parte ricorrente) mediante il quale, con richiamo tra l'altro all'art. 85
della Legge 17 novembre 2005 n. 165, è stata revocata "l'autorizzazione
all'esercizio delle attività riservate ad Asset Banca S.p.A, in



REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

Amministrazione Straordinaria», e disposta «*la sottoposizione alla procedura di Liquidazione Coatta Amministrativa [di] Asset Banca S.p.A. in Amministrazione Straordinaria*», nonché nominati «*Commissari Liquidatori il dott. Roberto Venturini e il dott. Fabio Pignataro*» e i componenti del Comitato di Sorveglianza, sig.ri Dott. Giuseppe De Marco, Avv. Paolo Mazzanti, Prof. Avv. Marcello Condemi.

Svolgimento del processo

1. Con il ricorso in epigrafe indicato, depositato l'11 agosto 2017, è stato impugnato provvedimento del 12 giugno 2017, prot. nr. 17/5281 emesso dalla BANCA CENTRALE DELLA REPUBBLICA DI SAN MARINO ("BCSM") (all.20 parte ricorrente e 2-6 di parte resistente), a firma del rispettivo Direttore Generale Dott. Lorenzo Savorelli, così come "confermato" e "precisato" dal provvedimento del 13 giugno 2017, prot. nr. 17/5354 emesso dalla stessa BCSM, a firma dello stesso Direttore Generale, Dott. Lorenzo Savorelli (all. 21 parte ricorrente) mediante il quale, con richiamo tra l'altro all'art. 85 della Legge 17 novembre 2005 n. 165, è stata revocata "l'autorizzazione all'esercizio delle attività riservate ad Asset Banca S.p.A. in Amministrazione Straordinaria", e disposta «*la sottoposizione alla procedura di Liquidazione Coatta Amministrativa [di] Asset Banca S.p.A. in Amministrazione Straordinaria*», nonché nominati «*Commissari Liquidatori il dott. Roberto Venturini e il dott. Fabio Pignataro*» e i membri del Comitato di Sorveglianza, previa autorizzazione del CCR attesa la nomina di



REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

soggetti non residenti in San Marino (così come richiesto dall' art.86, comma 5 LISF).

Esso segue a precedenti provvedimenti, sempre a firma della medesima dirigenza di BCSM, con i quali si è prima disposta, in data 15 febbraio 2017, la sospensione per 60 gg. degli organi della Banca e nominato Commissario Provvisorio l'Avv. Mirella Sommella (cfr. all.24 parte ricorrente) e, successivamente, in data 2 marzo 2017 (prot. n.17/2066), si ordinava lo scioglimento del Consiglio di Amministrazione di Asset Banca spa e la sua sottoposizione alla procedura di amministrazione straordinaria, nominati i Commissari Straordinari e i componenti del Comitato di Sorveglianza, scelti tra professionisti non residenti nella Repubblica di San Marino, previa autorizzazione del CCR, così come previsto dall'art.79, comma 6, LISF. Il provvedimento di a.s. veniva impugnato in data 8 marzo 2017 e sospeso a seguito dell'ordinanza del 12 aprile 2017¹ rilevandosi vizi di

¹Con l'ordinanza si era rilevato quanto segue: "Nel caso in esame il provvedimento a firma del Direttore Generale del 2 marzo 2017 rinvia, allegandola, alla "relazione del Commissario provvisorio incaricato ai sensi dell'art.84 della legge n.165/2005".

Il rinvio, però, è ad un atto che risulta datato 3 marzo e che in tale data è stato consegnato ai ricorrenti e, dunque, da reputarsi non esistente o, quantomeno, non conoscibile dall'autorità emanante al momento dell'adozione del provvedimento recante detto rinvio.

La procura di BCSM ribadisce nelle note d'udienza (v. pag.10) che non si è trattato di un errore nella datazione perpetrato dal Commissario Provvisorio e che, anzi, il documento datato 3 marzo è lo stesso datato 2 marzo 2017 ed allegato alla delibera del Co.Vig.

Tuttavia, dalla disamina dei documenti prodotti, le due relazioni presentano delle differenze sia nella forma che nei contenuti: la prima, allegata alla delibera del Co.Vig., reca una parte relativa ai "Riscontri del Collegio Sindacale"; non è firmata dal Commissario Straordinario il quale avrebbe apposto sulla stessa una sigla la cui interpretazione e provenienza è stata fornita in udienza dalla procura di BCSM, solo dopo avere acquisito informazioni telefoniche da parte del Commissario



REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

Straordinario. In buona sostanza, al momento dell'udienza, non era dato conoscere se la sigla apposta sulla relazione del 2 marzo provenisse dal Commissario Provvisorio o meno, in assenza di una sua espressa sottoscrizione.

Eguale la stessa non è datata. La datazione la si può ricavare solo da quanto riportato nel punto g) della delibera del Coordinamento di Vigilanza ove si riferisce: "preso atto degli altri contenuti rappresentati dal Commissario provvisorio, Avv. Mirella Sommella, la cui relazione è posta agli atti" e dall'attestazione a mezzo timbratura a firma del Segretario e del Presidente di seduta. Si può, altresì, riscontrare che dalle premesse della delibera del Coordinamento risulta che il Commissario Provvisorio non fosse presente a detta seduta.

Ai ricorrenti è stata, invece, inviata in allegato altra Relazione che è datata espressamente 3 marzo 2017 e sottoscritta per esteso dal Commissario Provvisorio.

Nella stessa non è presente la parte relativa ai "Riscontri del Collegio Sindacale" né di tale omissione viene dato conto in alcun modo (ad es. mediante l'indicazione di *omissis*).

Da quanto riportato, allora, si deve necessariamente concludere che, nonostante la ritenuta sostanziale identità di contenuti, vi siano due distinte relazioni promananti dal Commissario Provvisorio: una allegata alla deliberazione del Co. Vig del 2 marzo, ma priva di data e di sottoscrizione; una del 3 marzo 2017, quest'ultima espressamente datata e firmata dal Commissario Straordinario che non riporta la parte relativa ai "Riscontri del Collegio Sindacale", senza però indicare la presenza di "omissis" ovvero di parti non considerate ostensibili agli interessati.

La circostanza genera non poche perplessità.

In primo luogo, in quanto, qualora si fosse trattato di estratto riassuntivo, se ne doveva dare atto in seno al provvedimento impugnato che, invece, al riguardo, nulla dice limitandosi a rinviare all'"allegata Relazione del Commissario Straordinario".

In secondo luogo, in quanto non sembra giustificarsi un estratto riassuntivo per paventate ragioni di riservatezza, posto che i riscontri del Collegio Sindacale non paiono rivestire caratteri di riservatezza tali da dover imporre l'adozione di una diversa stesura della relazione. Essi, anzi, vanno a completare la disamina che il Commissario deve condurre al fine di verificare la sussistenza dei presupposti per disporre l'amministrazione straordinaria e tali rilievi avrebbero dovuto essere conoscibili da parte dei destinatari del provvedimento al fine di consentire il contraddittorio.

In ogni caso, BCSM avrebbe potuto e dovuto comunicare agli interessati la stessa Relazione esaminata dal Co. Vig. - e non un suo estratto riassuntivo postumo - eventualmente indicando l'esistenza di parti omesse e non ostensibili, ovvero indicare che la relazione trasmessa era, appunto, un "riassunto" della medesima posta a presupposto dell'atto adottato.

Ad onore del vero occorre evidenziare che, in pregresse situazioni di crisi bancarie nelle quali è intervenuta BCSM e che sono giunte a conoscenza di questo Tribunale a seguito di interposizione di gravami, gli atti adottati (a.s. o l.c.a.) sono stati tutti costruiti con rinvio *ob relationem* a Relazioni siglate dagli ispettori, redatte su carta intestata di Banca Centrale e predisposte in uno con il provvedimento a firma del Direttore Generale tanto da seguire immediatamente e progressivamente anche nella numerazione delle pagine. La Relazione dell'Avv. Sommella consegnata agli interessati, oltre ad essere postdatata rispetto al provvedimento a firma del Direttore Generale, è stata redatta su carta semplice (in entrambe le



REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

forma ridondanti sull'obbligo di motivazione. In buona sostanza, l'atto rinviava ad una relazione a firma dell'Avv. Sommella che presentava profili di dubbio, in particolare rispetto alla sua predisposizione e alla sua datazione.

Nella medesima data del 12 aprile 2017, il Direttore Generale di Banca Centrale, Dott. Lorenzo Savorelli, con provvedimento prot. n.17/3403, interveniva in via di autotutela nello stesso giorno emanazione dell'ordinanza sopra riportata, provvedendo a rimuovere i vizi riscontrati e all'adozione di nuovo provvedimento motivato *per relationem* all'allegata relazione a firma del Commissario Provvisorio, avv. Sommella, e alla delibera del Co. Vig. del 12 aprile 2017 (*VISTA la delibera del Co. Vig. in data 12 aprile 2017 punto 1 dell'ordine del giorno il cui verbale è allegato sub 1 al presente provvedimento e le motivazioni*

versioni) e ha autonoma numerazione, mentre quella allegata alla delibera del CO.Vig non reca alcuna numerazione delle pagine (se non una numerazione non progressiva apposta a mano con penna blu).

Se poi è vero che, come sostiene procura resistente, la delibera del Co Vig. è l'atto che dispone la procedura ai sensi 78 LISF, è però altresì vero che il provvedimento del Direttore Generale che ha esternalizzato detta decisione, rinvia circa la ricorrenza dei presupposti per l'adozione della misura dell'amministrazione straordinaria, alla Relazione del Commissario Provvisorio allegata e datata 3 marzo 2017...omissis. L'amministrazione straordinaria è un provvedimento affittivo che si traduce in una gestione coattiva dell'impresa che incide su diritti costituzionalmente garantiti, quale quello di svolgere attività economica, e che grava in modo rilevante sulla banca, sui suoi esponenti aziendali nonché sui clienti della stessa: per tale motivo la motivazione del provvedimento non può portare elementi di dubbio circa i suoi presupposti e la loro conoscibilità e circa il fatto che l'autorità procedente abbia preventivamente, pienamente, correttamente valutato la loro ricorrenza....omissis....Gli atti oggetto del presente gravame sono, invece, atti connotati da ampia discrezionalità tecnica-amministrativa, per i quali il rispetto delle forme e dell'obbligo di motivazione risultano maggiormente cogenti e vincolanti proprio in considerazione della loro natura...omissis..."



REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

in essa contenute”), delibera che nel precedente provvedimento era solo genericamente richiamata tra i “VISTO”, ordinando nuovamente, ai sensi dell’art.78 della legge 17 novembre 2005, n.165 (LISF), lo scioglimento del Consiglio di Amministrazione di Asset Banca spa e del Collegio Sindacale e la sua sottoposizione alla procedura di amministrazione straordinaria e nominati i Commissario Straordinari e i componenti del Comitato di Sorveglianza, il tutto con effetto dalla data del 2 marzo 2017.

Avverso detto provvedimento interponevano ricorso (RG n.37/2017) i Consiglieri di Asset Banca con l’intervento adesivo dei suoi Azionisti, in virtù di distinte posizioni processuali e diversi mandati alle liti, avanzando domanda di sospensiva.

In seno a tale giudizio, con decreto in data 7 giugno 2017 veniva fissata udienza di discussione della domanda cautelare alla data del 13 giugno 2017 alle ore 10,30.

Alle ore 10,15 BCSM, rappresentata e difesa dagli avv.ti Paolo Reffi e Orietta Berardi [giusta mandato conferito loro dal Vice-Presidente di BCSM, Avv. Silvia Cecchetti, in assenza del Presidente, e dal D.G. Lorenzo Savorelli, datato 9 giugno 2017, nonché di altro mandato di eguale contenuto ma firmato dal Presidente, Wafik Grais, e dal D.G. Lorenzo Savorelli, datato però 12 giugno 2017 e con firma per accettazione e domiciliatazione dell’avv. Berardi in data 13 giugno 2017] depositava copia di *“Estratto verbale della seduta del Coordinamento della*



REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

Vigilanza del 12 giugno 2017 rubricato “*Avvio procedimento di liquidazione coatta amministrativa*” con la quale il CO.Vig. “*delibera la revoca dell’autorizzazione all’esercizio di attività riservate e la liquidazione coatta amministrativa di Asset banca spa in a.s. ai sensi degli artt. 78 e 85 della legge 165/2005 LISF e nomina quali Commissari Liquidatori il dott. Roberto Venturini ed il dott. Fabio Pignataro, entrambi cittadini italiani, e quali membri del Comitato di Sorveglianza, il dott. Giuseppe De Marco e il Prof. Avv. Marcello Condemi, entrambi cittadini italiani, e l’Avv. Paolo Mazzanti, cittadino Sammarinese*”.

La delibera recava il timbro di pubblicazione all’Albo della Banca Centrale della Repubblica di San Marino in data 12 giugno 2017.

In considerazione del contenuto del provvedimento assunto da BCSM e del quale le parti ricorrenti e intervenienti, così come il Giudicante, avevano preso visione e conoscenza in udienza, la procura di BCSM eccepiva la sopravvenuta carenza di interesse alla concessione della domanda cautelare, così come la sopravvenuta carenza di interesse alla decisione del ricorso sull’amministrazione straordinaria, riportando alcuni precedenti giurisprudenziali di questo Tribunale. Evidenziava, altresì, l’assenza di elementi di *fumus boni iuris* e *periculum in mora* a sostegno della stessa, rilevando che il danno paventato (cessione in blocco delle attività) era solo ipotizzato e non irreparabile in quanto di natura economica.

La procura di BCSM sollevava, inoltre, eccezioni e di difetto di



REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

mandato, assumendo che la procura alle liti rilasciata dagli azionisti contemplava la proposizione di un atto di intervento e non di ricorso e che nella procura rilasciata da Rainbow s.a. non erano stati indicati i poteri degli amministratori né era stata apposta la firma per autentica.

*

La domanda cautelare veniva accolta con ordinanza depositata il 14 giugno 2017 sulla base delle motivazioni che si ritiene, a fini espositivi e argomentativi, riportare di seguito in quanto di rilievo anche a fine della decisione del presente giudizio: "... omissis .la vicenda in esame presenta, quanto alla tempistica degli interventi di BCSM, delle peculiarità che non possono, quantomeno, essere notate: il provvedimento in autotutela qui contestato è intervenuto a pochissime ore di distanza dalla decisione di accoglimento della sospensiva di cui all'ordinanza del 12 aprile u.s., a riprova sicuramente della capacità di reazione e della solerzia di BCSM; lo stesso provvedimento di a.s. era intervenuto in data 2 marzo, seppure motivato con rinvio a relazione del Commissario datata 3 marzo, ovvero nel termine richiesto all'avv. Sommella dagli azionisti per la convocazione dell'Assemblea. Da ultimo il provvedimento di l.c.a che si palesa un quarto d'ora prima dell'udienza di discussione della sospensiva sul precedente provvedimento di amministrazione straordinaria. 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



REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

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.

In ogni caso, per decidere la sospensiva occorre verificare ed esaminare le eccezioni sollevate dalla procura di parte convenuta circa il venir meno del fumus boni iuris a seguito della sopravvenuta carenza di interesse a seguito della caducazione del provvedimento di a.s. ad opera del successivo provvedimento di l.c.a...

Giurisprudenza di questo Tribunale, riportata e citata dalla procura di parte resistente, ha rilevato che, in vicenda nella quale alla a.s. era poi subentrato un provvedimento di l.c.a "... l'eventuale caducazione dei provvedimenti impugnati alcun vantaggio concreto può portare, oggi, alla parte ricorrente stante la successiva adozione del finale provvedimento di liquidazione coatta amministrativa dell'istituto bancario, provvedimento impugnato con diverso e separato gravame, con la conseguenza che i ricorsi in epigrafe, devono ritenersi improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse" (sentenza del 18 novembre 2013, Giudice Amministrativo di I Grado in RG nn.23 2 39 riuniti del 2010).

In quel caso si era in fase di decisione nel merito di ricorsi avverso provvedimenti di BCSM recanti termini e prescrizioni al soggetto vigilato, ai quali erano seguiti, nelle more del giudizio, provvedimenti di a.s. e infine di di l.c.a.



REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

La decisione non poteva avere esiti diversi.

Nel caso in esame il contesto è parzialmente diverso.

Ad oggi è stata assunta una delibera del CO.Vig. pubblicata sul Bollettino Ufficiale, per estratto e della quale non si conoscono i contenuti e le motivazioni; la stessa non risulta, ad oggi, essere stata emanata ai sensi dell'art.30 u.c. dello Statuto di Banca Centrale che prevede che: "Gli atti della Banca Centrale in materia di vigilanza, deliberati dal Coordinamento della Vigilanza, sono emanati dal Direttore Generale".

Dunque, la delibera del CO.Vig, è sicuramente ai sensi dell'art.85 della LISF atto necessario per l'adozione della misura, tant'è che è da essa che decorrono gli effetti della procedura; la norma specifica tuttavia che gli effetti si producono "dalla data di emanazione della delibera".

L'emanazione promana dal Direttore Generale: pertanto, fino a quando non si realizza tale presupposto essa non è in grado di produrre i suoi effetti ovvero "la cessazione delle funzioni degli organi amministrativi, di controllo assembleari e di ogni altro organo del soggetto autorizzato", effetti che, una volta emanata, avranno inizio dalla data di adozione della medesima.

E' chiaro che rispetto agli interessi dei soggetti qui ricorrenti è il momento dell'emanazione che rileva, momento dal quale si determina la conoscenza dei contenuti del provvedimento.

Pertanto, fino a che essa non si verifica, si può ritenere permanere in capo ai ricorrenti un interesse a vedere deciso il provvedimento di a.s., che per essi è ancora l'unico atto sindacabile.



REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

Non può però negarsi che la concessione della sospensione interviene su un atto i cui effetti potranno essere inevitabilmente travolti a causa del nuovo e diverso intervento della stessa Banca Centrale.

E' però vero che ad oggi, data di discussione della domanda cautelare, il provvedimento mantiene la sua efficacia, mentre ancora non risulta "emanata" la delibera di l.c.a.

Per tale motivo si può procedere ad una disamina dell'istanza cautelare.

Come detto, fino ad oggi il provvedimento impugnato ha prodotto effetti e lo ha fatto in maniera illegittima risultando affetto da profili di illegittimità che integrano gli estremi del fumus boni iuris.

E ciò partendo proprio dalle censure relative allo sviamento di potere, del difetto di motivazione e del difetto di istruttoria, in particolare tenuto conto della natura e delle funzioni dell'istituto della amministrazione straordinaria.

Al riguardo 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.

Già nella precedente ordinanza del 12 aprile si era detto che proprio per la natura dei provvedimenti in questione, l'obbligo di motivazione ha portata ancora più cogente dovendo essa consentire un sindacato giurisdizionale fondato su una ponderata valutazione degli interessi in gioco.



REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

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 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.).

Nel caso in esame nel provvedimento impugnato non vi è traccia della indicazione della ritenuta "gravità" delle perdite o circa l'inadeguatezza del patrimonio sociale, oltre all'errore sull'unico calcolo presente nella relazione relativamente all'obbligo di ricostruzione del patrimonio ai sensi dell'art.14 della legge sulle società (la riduzione non raggiunge i 2/3).

Allo stesso modo per le parti correlate sembra contraddittorio ritenere gravi anomalie quelle che riguardano lo 0,13 % dei casi.



REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

Viene adottata a motivazione del provvedimento l'inadempienza al provvedimento di decadenza del Presidente e del D.G..

Al riguardo, si palesa una contraddittorietà posto che il macroscopico errore contenuto nel provvedimento riformato in autotutela nella parte in cui gli stessi vengono considerati autori di reato di riciclaggio, se prima era stato considerato grave al punto di essere ritenuto "agire irreversibilmente sul legame fiduciario di banca / clientela e sul profilo reputazionale", avvedutasi dell'errore, BCSM considera ora il fatto come "avere nessuna incidenza ai fini della valutazione dei presupposti".

Rispetto ai rilievi relativi alla mancata ottemperanza al provvedimento di decadenza dei vertici, non può, inoltre, non rivenirsi la violazione del principio di proporzionalità, posto che la normativa consente l'utilizzo di altri diversi poteri, quali quelli di cui agli artt. 44, 45 e 46 LISF.

Sul punto si può richiamare quanto osservato in dottrina (cfr. A. Scognamiglio, "Decreto di scioglimento degli organi di amministrazione di un istituto di credito, motivazione per relationem, sindacato formale" in Banca Borsa e Titoli di credito, II 2015, pag.278 e ss.) che osserva che "deve certamente essere condivisa l'esigenza, già da tempo avvertita, di porre limiti non meramente generici all'ampia discrezionalità che risulta in capo alle Autorità creditizie; limiti che sembrano doversi articolare soprattutto a partire dal principio di proporzionalità, il cui attento rispetto pare, tra l'altro, imposto dall'ampliamento dei poteri di intervento tempestivo dell'Autorità di vigilanza e degli strumenti di gestione delle crisi bancarie che oggi si profila. Si fa riferimento alla prossima



REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

introduzione nel TU all'art. 53 bis del potere per Banca d'Italia di rimuovere uno o più aziendali qualora la loro permanenza in carica sia di pregiudizio per la sana e prudente gestione della banca ovvero di disporre, al ricorrere dei presupposti individuati proprio dall'art. 70, comma 1, lett. a), la rimozione di tutti i componenti degli organi con funzioni di amministrazione e di controllo delle banche a sensi del venturo 70 bis: è evidente infatti l'esigenza che a fronte di un ampio catalogo di strumenti attivabili, l'adozione dei diversi rimedi e soprattutto l'applicazione del più rigoroso provvedimento di amministrazione straordinaria sia sorretta da una motivazione che ne illustri adeguatamente la necessità al fine della miglior tutela degli interessi coinvolti".

Anche il riferimento alla Nota AIF indicata a presupposto relativamente ad operazioni di credito garantire da immobili, non pare di per sé sufficiente ad integrare la motivazione sul punto, non essendo presente né conoscibile la valutazione di BCSM al riguardo, palesandosi altresì un vizio di difetto di istruttoria.

Eguualmente, non si rinvencono né sono state diversamente rese note le ragioni della mancata convocazione dell'assemblea più volte richiesta dagli azionisti, pur contestandosi ad Asset l'obbligo di ricostruzione del capitale, senza però consentirlo mediante convocazione dell'assemblea, in ciò ravvisandosi oltre che un difetto di motivazione, un vizio di evidente contraddittorietà.

Si deve osservare che con la sottoposizione ad amministrazione straordinaria "l'assemblea conserva il suo ruolo di organo deliberante della società poiché le sue funzioni sono solo sospese per effetto del provvedimento che dispone la



REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

gestione commissariale e possono essere riattivate in ogni momento dal commissario straordinario” poiché “l’amministrazione straordinaria non ha finalità espropriative dell’impresa non sarebbe pensabile che essa possa determinare la soppressione dell’organo assembleare” (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, pag.903).

Ma quel che maggiormente radica i presupposti del fumus, proprio in riferimento a quanto sopra rilevato, è lo sviamento di potere.

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.



REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

“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).

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 a gravi irregolarità e ove siano previste gravi perdite di patrimonio.

A quanto risulta, le misure volte alla risoluzione della crisi di Asset non sono state adottate e anzi l’intervento di BCSM con il blocco dei pagamenti è intervenuto solo dopo che dalla stessa erano fuoriusciti 60 milioni di euro.

La comprova delle funzionalizzazione dell’a.s. alla futura l.c.a. 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,



REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

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 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.

Salva e impregiudicata una più approfondita disamina nel merito sui profili qui non esaminati anche con riferimento alle sollevate eccezioni di mandato, che in ogni caso non pregiudicando la possibilità di pronunciarsi sulla istanza cautelare anche qualora si volesse ritenere il gravame a firma degli azionisti quale intervento adesivo e non autonomo ricorso".

*

Alla data del 14 giugno 2017, successivamente al deposito della



REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

ordinanza e al momento del ritiro della relativa notifica, l'Avv. Berardi provvedeva a depositare nello stesso ricorso RG n.37/207, la delibera del Co. Vig. del 12 giugno nel testo integrale (risultata adottata alle ore 20.05 di quel medesimo giorno) e i relativi allegati, costituiti dalla "Relazione di Audit sui presidi antiriciclaggio di Asset Banca", prot. n.15/5280 a firma dell'avv. Salvatore Tedesco dello Studio Retter in Milano, priva di data; dalla "Relazione ex art.85 LISF" del Commissario Straordinario, Dott. Roberto Venturini, prot. n.17/4265, anch'essa non datata; della "Relazione ex art.85 LISF" a firma avv. Mirella Sommella con data e firma apposta a mano in calce; della "Relazione di sintesi per Asset Banca" a firma di Giambattista Duso, Sisco Servizi di Controllo sas, di Tibor Szep & C., datata 21 aprile 2017, unitamente a certificazione di conformità datata 14 giugno 2017 a firma di Notaio sammarinese, avv. Lorenzo Moretti.

Non venivano, invece, prodotti i provvedimenti a firma del Direttore Generale, Dott. Lorenzo Savorelli, di emanazione della l.c.a. seppure datati 12 e 13 giugno 2017. Come detto gli stessi non sono stati indicati come esistenti nel corso dell'udienza del 13 giugno e sono comparsi agli atti del fascicolo RG n.37/2017, solo in data 3 agosto 2017.

Si rileva che nel corso dell'udienza di discussione nel merito di questo ricorso in data 27 novembre u.s., a domanda di questo Commissario, l'avv. Bazzani dichiarava che sia la delibera del Co. Vig. che il



REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

provvedimento di emanazione del D.G. si erano perfezionati e che la relazione ex art.85 LISF "è del 12 giugno, antecedente al provvedimento del D.G. in stessa data seppure non menzionata ma allegata sia alla Delibera del CO.Vig. che del provvedimento del DG e che è stata consegnata a mani ai Commissari nella stessa giornata del 12 (giugno)" (v. verbale d'udienza).

*

4. Avverso i superiori provvedimenti - versati anche, come detto, agli atti del gravame RG n.37/2017 relativo alla a.s. - recanti la l.c.a è diretto il presente ricorso con il quale gli azionisti chiedono dichiarare "la nullità ovvero l'abnorme illegittimità del provvedimento datato 12 giugno 2017 come confermato e precisato dal provvedimento del 13 giugno 2017 a firma del Direttore Generale, Lorenzo Savorelli".

In data 17 agosto 2017 l'Avv. Reffi depositava mandato difensivo conferitogli per la difesa di BCSM da parte del Vice-Presidente, avv. Silvia Cecchetti.

In data 15 settembre 2017 il suddetto legale rinunciava al mandato difensivo.

In data 10 ottobre si costituiva con apposta memoria BCSM con gli avvocati Nicola Maria Tonelli e Matteo Bazzani del Foro di Milano giusta procura alle liti rilasciata dal Presidente di BCSM, Wafik Graiss, e dal Direttore Generale, Dott. Raffaele Capuano, in data 9 ottobre precedente.

Con decreto in data 10 ottobre 2017 veniva fissata udienza di



REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

discussione del ricorso alla data del 12 dicembre 2017.

Il 17 ottobre perveniva rinuncia al mandato da parte degli Avv.ti Mularoni e Valli.

Con decreto in data 15 novembre 2017 l'udienza di discussione veniva fissata alla data di giovedì 11 gennaio 2018 ad ore 15,00.

In data 17 novembre 2017 i ricorrenti Stefano Ercolani e Barbara Tabarrini provvedevano a conferire mandato difensivo ai legali Fabio Righi e Alessandro Stolfi, in sostituzione dei precedenti difensori.

In data 21 dicembre ai suddetti avvocati veniva conferito mandato, unitamente ai colleghi riminesi Stefano Valeriani e Domenico Amoruso, anche da parte di altri azionisti risultando regolarmente costituiti in giudizio i seguenti signori: Graziano Serra, Luigi Staccoli, Luigi Malpeli, Stefano Ercolani, Barbara Tabarrini, Andrea Ercolani, Fernando Antonio Malpeli, Addolorata Albanese, Maria Pia Tura, Giorgio Piccioni, Daniele Ercolani, Nadia Saponi, Stefano Morigi, Jessica Gasperoni, Giannessi Pier Angelo, Ghiaccio express srl e Etf. Servizi srl in persona dei loro legali rappresentanti nonché, su mandato conferito ai suddetti legali in data 11 gennaio 2018, i sigg.ri Andrea Migliarini, Cristiano Vincenzo, Porfiri Antonio, Rainbow Finance S.A., Fusco Alfredo e Fusco Arnaldo.

In medesima data gli stessi provvedevano al deposito di memoria conclusionale.

In data 27 dicembre anche BCSM provvedeva al deposito di propria



REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

memoria, allegando alla stessa il Bilancio dell'Amministrazione Straordinaria nel periodo 1/1/2017-12/6/2017, la Relazione del Comitato di Sorveglianza sul Bilancio, la Delibera del CO.vig di approvazione del Bilancio e la relazione della Società KPMG su quest'ultimo.

*

5. *In limine* alla celebrazione dell'udienza dell'11 gennaio 2018, la procura di BCSM [con mandato apposito conferito all'avv. Bazzani e all'avv. Orietta Berardi dal Vice-Presidente di BCSM, Avv. Silvia Cecchetti, e dal D.G., Avv. Roberto Moretti, in data 10 gennaio 2018] depositava istanza di astensione e, in subordine, di ricsuazione dello scrivente Magistrato.

Questo Giudice dopo avere valutato come non ricorrenti ragioni di astensione sia obbligatoria che facoltativa, trasmetteva il fascicolo al Giudice per i Rimedi Straordinari, Prof. Ferdinando Treggiari.

A fondamento dell'istanza, BCSM rinveniva la ricorrenza della causa di astensione obbligatoria di cui all'art.10, comma 2, della legge qualificata 30 ottobre 2003, n.145 ai sensi del quale: *"Il magistrato è parimenti obbligato ad astenersi nel caso in cui abbia reso consigli, pareri, oppure nell'esercizio delle funzioni e prima che sia pronunciata sentenza abbia indebitamente manifestato il proprio convincimento sui fatti oggetto del processo"*.

In subordine, ravvisava motivi di opportunità idonei a far ritenere



REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

compromessa l'imparzialità e la serenità di giudizio tali da configurare, a giudizio dei ricusanti, una causa di astensione facoltativa ex art.10, comma 4, della legge costituzionale sopra richiamata.

In data 9 aprile 2017 l'avv. Silvia Cecchetti, quale Vice-Presidente di BCSM e il D.G., Avv. Roberto Moretti, conferivano apposito mandato all'avv. Bazzani e all'avv. Nicola Maria Tonelli [con studio in Via dei Tigli n.4, Domagnano] estendendo lo stesso ai procedimenti speciali e straordinari, ivi compresi quelli di astensione e ricusazione.

In virtù di detto mandato, in aggiunta alla ricusazione di questo Magistrato, depositavano istanza di astensione e ricusazione del Giudice per i Rimedi Straordinari, Prof. Treggiari sollevando contestualmente eccezione di incostituzionalità dell'art.10, comma 5 della legge qualificata n.145/2003 nella parte in cui prevede che *"Non è ammessa la ricusazione sul giudice chiamato a decidere sulla ricusazione"*.

*

6. Con decisione in data 25 aprile 2018 il Giudice per i Rimedi Straordinari non accoglieva l'invito all'astensione e, in esito al giudizio, decideva con sentenza in data 16 luglio 2018.

Con detta decisione il Prof. Treggiari ha affrontato la trattazione separata di ognuna delle plurime questioni introdotte da BCSM, procedendo, secondo le domande, a definire:

-l'istanza rivolta al Giudice per i Rimedi Straordinari in Materia Civile



REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

per la sua astensione facoltativa e/o obbligatoria;

-l'istanza di verifica della non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 10 comma 5 della Legge Qualificata 30 ottobre 2003, n. 145, come modificato dall'art. 9 della Legge Qualificata 16 settembre 2001, n. 2;

-l'istanza di ricusazione del Giudice per i Rimedi Straordinari in Materia Civile;

-l'istanza di ricusazione del Commissario della Legge Avv. Isabella Pasini.

La sentenza dovrebbe essere interamente riportata e doverosamente letta e compresa, attesa la puntuale, approfondita e dotta dissertazione in ordine al procedimento di astensione e ricusazione dei giudici e alle garanzie che lo assistono.

Sia sufficiente, in questa sede ricordare che il Prof. Treggiari ha escluso la sussistenza di ragioni di astensione facoltativa e/o obbligatoria contestate dalla procura di BCSM che rinveniva l'apparenza di imparzialità oggettiva del Giudice nel fatto che il suo nome comparisse quale *of counsel* nella carta intestata dello studio di uno dei due avvocati che assistevano nella fase di avvio della presente controversia Asset Banca, argomentando che le asserzioni di BCSM hanno fatto: *“Un giro davvero un bel po' largo e tortuoso per raggiungere il nucleo delle «gravi ragioni». Il giudizio sull'apparenza dovrebbe infatti superare, e con almeno qualche buona approssimazione di certezza (la sentenza del Collegio Garante*



REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

appena riportata parla addirittura di «giungere a ritenere in concreto come certa l'asserita parzialità del giudice»), gli ostacoli costituiti: a) dall'accertamento dei «rapporti economici e di lavoro» intrattenuti dal sottoscritto Giudice dei Rimedi Straordinari con uno Studio legale, che però non è più da tempo procuratore della parte ricorrente del procedimento, talché quell'accertamento risulterebbe vano e inattuale; b) dall'accertamento di «rapporti economici e di lavoro» intrattenuti con la controparte in causa dell'istante (Asset Banca S.p.A.), ben oltre le astratte congetture dedotte da fatture relative a contratti di consulenza risalenti ad anni addietro e che non provano alcun concreto e tanto meno nominativo coinvolgimento del sottoscritto Giudice; c) dalla prova, ancor più titanica, della compromissione della sua indipendenza, imparzialità e serenità rispetto alle (per usare il linguaggio della procura di BCSM) «circostanze di fatto emerse».

All'accertamento delle fatidiche «gravi ragioni» si dovrebbe inoltre pervenire - e di nuovo non solo per via di mera apparenza - solo dopo aver provato l'esistenza di un collegamento ancora più improbabile: quello tra il Giudice per i Rimedi Straordinari, che è chiamato a decidere esclusivamente sull'istanza di ricusazione del Commissario della Legge Avv. Pasini, e il merito del giudizio amministrativo a quest'ultimo affidato e che solo nella sua fase introduttiva ha visto coinvolti gli Avv. ti Mularoni e Valli.

...omissis...

Nei confronti dei due avvocati sunnominati, è un fatto che essi si siano estromessi dal giudizio amministrativo n. 57/2017, rinunciando



REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

espressamente al mandato nei confronti di tutti i loro clienti-ricorrenti. La fiaba dei difensori, che pur avendo formalmente rinunciato al mandato verso tutti i propri clienti lo sarebbero ancora nei confronti di quelli che non hanno ancora provveduto a sostituirli, non merita ulteriore narrazione. ...omissis... Come questa situazione di pallida convalescenza dei doveri forensi dei due ex-difensori possa ripercuotersi sul rapporto tra essi e il Giudice della ricusazione del Giudice titolare del procedimento giudiziario di cui essi non fanno più parte davvero non s'intende".

Osservava sul punto che: "il conforto di alcuni articoli di stampa, esibiti dalla procura BCSM a testimonianza della presunta pubblica percezione del sospetto di imparzialità del sottoscritto Giudice per i Rimedi Straordinari, non regge all'evidenza e all'urto dei principi che presidiano la presupposizione dell'indipendenza e dell'imparzialità della funzione giudiziaria. Pur senza voler formulare illazioni sulla possibile origine indotta ed interessata di quegli articoli di stampa, basti ricordare, per rimettere i piedi sul terreno del diritto vivente, la sentenza n. 13 del 1° agosto 2012, con cui il Collegio Garante (Funzioni giurisdizionali transitorie, Giudice Monocratico Avv.. Giovanni Nicolini) ha ribadito che non può attribuirsi alcuna rilevanza ad opinioni in merito alla serenità di giudizio del Magistrato espresse a mezzo di organi di stampa, «dovendo la valutazione della sussistenza di validi motivi di astensione del Giudice essere riferita a elementi oggettivi».

Concludeva, infine, che: "si deve allora anche convenire che quando la dimostrazione delle «gravi ragioni» dell'astensione obbligatoria di un Giudice



REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

sammarinese sia frustrata dall'obiettiva incapacità di conseguire la prova, l'azione giudiziaria deve a quel punto dirigersi a difesa di un altro valore ugualmente tutelato dall'art. 6 della Convenzione Europea come dall'art. 15 della Dichiarazione dei Diritti: quello far conseguire in tempi ragionevoli la definizione del giudizio davanti al giudice naturale precostituito per legge (cfr. sentenza n. 12 del 12 dicembre 2004 del Collegio Garante)".

Escludeva, altresì, con puntuali e comprovate argomentazioni, anche di diritto comparato, la non manifesta infondatezza e la rilevanza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 10 comma 5 della Legge Qualificata 30 ottobre 2003, n. 145, come modificato dall'art. 9 della Legge Qualificata 16 settembre 2001, n. 2, nonché la sussistenza di ragioni di ricsuzione nei suoi confronti.

*

7. Giova ai fini del presente procedimento riportare le ragioni che hanno condotto il Giudice per i rimedi Straordinari al rigetto dell'istanza di ricsuzione di questo Giudice.

La parte ricsuante affermava che il Magistrato Pasini "avrebbe *indebitamente manifestato il proprio convincimento sui fatti oggetto del processo*", incorrendo così in una delle cause di astensione obbligatoria e conseguentemente di ricsuzione previste dall'art. 10 comma 2 LQ n. 145/2003.

Nel testo modificato dall'art. 9 L.Q. n. 2/2011, l'art. 10 comma 2 LQ n. 145/2003 recita ora così: "Il Magistrato è parimenti obbligato ad



REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

astenersi nel caso in cui abbia reso consigli, pareri oppure nell'esercizio delle funzioni e prima che sia pronunciata sentenza abbia indebitamente manifestato il proprio convincimento sui fatti oggetto del processo"

Secondo il Giudice per il Rimedi Straordinari: *"Perché la causa di ricusazione del Magistrato Pasini possa ipotizzarsi ricorrente, atteso che la circostanza censurata sarebbe occorsa nella modalità (l'esercizio delle funzioni giudicanti) e nel tempo (prima della pronuncia della sentenza) richiesti dalla norma, è necessario che si siano verificate entrambe le altre seguenti condizioni previste dalla legge: 1) che il Magistrato abbia manifestato il proprio convincimento sui fatti oggetto del processo; 2) che tale manifestazione sia stata «indebita»: ossia, che la valutazione espressa dal Commissario della Legge Avv. Isabella Pasini nella propria Ordinanza del 13 giugno 2017, deputata ad esaminare la sussistenza dei presupposti per l'accoglimento della domanda cautelare (e stante l'obbligo di motivare la decisione da assumere su tale domanda, punto su cui non vi è questione: cfr. memoria BCSM13 aprile 2018, p. 39, n. 33), sia stata, come ritiene la parte istante, «indebitamente» anticipatoria del giudizio finale di merito sul provvedimento di amministrazione straordinaria di Asset Banca S.p.A., oltre che all'assoggettamento del medesimo Istituto a liquidazione coatta amministrativa.*

La causa di astensione obbligatoria del Giudice Pasini non sussiste e conseguentemente l'istanza di ricusazione avanzata da BCSM è da rigettare. Nel processo amministrativo la misura cautelare, consistente nella sospensione



REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

dell'esecutorietà dell'atto impugnato, presuppone la valutazione del fumus boni iuris e del periculum in mora (art. 11 Legge 28 giugno 1989 n. 68). Entrambi questi presupposti sono stati vagliati dal Giudice Pasini nell'Ordinanza entro i limiti concessi dalla disamina previsionale dei motivi del ricorso e dalla prevedibilità dei maggiori danni che sarebbero potuti conseguire ai ricorrenti dal mancato accoglimento dell'istanza di sospensiva del provvedimento impugnato. Il vaglio del fumus boni iuris (pp. 9 ss. dell'Ordinanza) non poteva non tener conto anche del contegno e della tempistica osservati da BCSM nell'adozione dei provvedimenti di a.s. e di l.c.a. Quel vaglio è poi passato a focalizzare i tre profili critici emersi da quel contegno: lo sviamento di potere (individuato nella funzionalizzazione del provvedimento di a.s. a quello di l.c.a. e di questo alla cessione in blocco dei rapporti giuridici di Asset Banca), il difetto di motivazione e il difetto di istruttoria. La previsione che al provvedimento di a.s. sarebbe seguito quello di l.c.a. e che quest'ultimo provvedimento fosse preordinato alla cessione in blocco dei rapporti giuridici di Asset Banca ad altro ente rientrava anche nella ponderazione del periculum in mora (Ordinanza, pp. 18-19), a cui il Giudice investito della domanda cautelare era doverosamente chiamato. A quest'ultimo riguardo la parte ricusante ha parlato di un'inammissibile «anticipazione dei fatti». 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



REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

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 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.

Convincenti risultano inoltre le repliche che nella sua memoria 02.03.2018 (pp. 15-19) il Giudice Pasini ha spiegato in ordine ai rilievi della parte ricusante relativi a presunte anomalie nella conduzione del proc. N. 37/2017. Non essendo giunta dall'istante alcuna contestazione in ordine all'assoluta compatibilità, anche nel processo amministrativo sammarinese, tra le funzioni di Giudice della fase cautelare e di Giudice della decisione di merito in capo al medesimo Magistrato, nulla è da dire su questo punto. Piuttosto, è nuovamente del tutto errato assumere (memoria BCSM 13.04.2018, pp. 29-30, nn. 21-22) che la previsione di astensione obbligatoria di cui all'art. 10 comma 2 della LQ 30 ottobre 2003 n. 145 possa tollerare un'interpretazione garantista (e dunque



REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

estensiva)» di quella norma. Gli argomenti che depongono per l'interpretazione restrittiva delle tassative ipotesi di astensione obbligatoria del Magistrato sammarinese sono stati illustrati più sopra (sub A, n. 2) e non merita qui tornare a ribadirla. Quanto poi ai «riflessi endoprocedurali» del contenuto dell'Ordinanza, ovvero alla circostanza che nelle loro successive memorie depositate nei proc. n. 37/2017 e n. 57/2017, nonché nell'azione di danni intentata contro BCSM, gli azionisti di Asset Banca abbiano utilizzato a loro favore gli argomenti contenuti in quel provvedimento, attribuendo particolare enfasi al profilo dello sviamento di potere (cfr. la memoria BCSM 13.04.2018, pp. 26-28, nn. 15-17), tale circostanza non ha di per sé né il rilievo né la forza di attribuire all'Ordinanza alcun vizio ulteriore, oltre a quelli che potranno essere eventualmente rilevati dal Giudice incaricato di decidere sul Reclamo contro l'Ordinanza proposto parallelamente da BCSM.

Lo stesso è da dirsi sia con riguardo alla percezione che dei fatti di causa ha avuto la stampa locale, sulla cui scarsa rilevanza ai fini del giudizio di ricusazione è già stata più sopra ricordata l'opinione della giurisprudenza del Collegio Garante, già richiamata nella propria memoria dal Giudice ricusato; sia con riguardo agli echi di quei fatti, rimbalzati nelle sedute parlamentari e nel dibattito politico.

Per tutto quanto precede, non riuscendo a riconoscere nel contenuto dell'Ordinanza alcuna «indebita» manifestazione del convincimento anticipatorio del giudizio finale di merito, l'istanza di ricusazione è da rigettare. Questa è stata la conclusione del Giudice per i Rimedi Straordinari



REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

che, conseguentemente, ha condannato alle spese di lite BCSM osservando che: *“...omissis...tuttavia il numero delle questioni sollevate - a partire dalla proposizione dell'ulteriore istanza di astensione e quindi di ricusazione del Giudice per i Rimedi Straordinari, quest'ultima subordinata alla deliberazione incidentale della questione di legittimità costituzionale della norma vigente che dichiara quel Giudice irricusabile -, se non dà la prova certa della finalità puramente dilatoria delle plurime iniziative processuali promosse dalla Banca Centrale della Repubblica di San Marino, ha comunque oggettivamente prodotto il risultato di dilatare i tempi della giustizia del presente caso a danno non solo degli interessi dei ricorrenti del procedimento n. 37/2017, ma della stessa garanzia, costituzionalmente protetta, allo svolgimento di un processo equo e celere.”*

*

8. Si ricorda che in data 8 maggio 2018 veniva pronunciata ordinanza a firma del Giudice Amministrativo d'Appello, prof. Brunelli, sul reclamo proposto da Banca Centrale contro l'ordinanza del 14 giugno 2017 resa nel ricorso RG n.37/2017, che veniva respinto.

*

9. A seguito della decisione del Giudice per i Rimedi Straordinari, veniva depositata istanza di riassunzione del giudizio presso questo Magistrato e con decreto del 22 ottobre 2018 veniva fissata udienza per la discussione nel merito alla data del 20 novembre, rinviata d'ufficio alla data del 27 novembre successivo.



REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

La procura di BCSM e quella degli azionisti depositavano memorie conclusionali il 5 novembre 2018.

Le parti ribadivano le proprie domande.

La procura dei ricorrenti, chiede dichiarare la nullità ovvero l'abnorme illegittimità del provvedimento impugnato, con vittoria di spese e onorari di giudizio.

La procura di BCSM conclude ribadendo *"in via preliminare la sussistenza con riferimento al Commissario della Legge Avv. Pasini, della causa di astensione obbligatoria di cui all'art.10, comma 2, della Legge Qualificata 30 ottobre n.145, come modificato dall'art.9 della legge Qualificata 16 settembre 2011, n.2"*, riconfermando tutte le difese, eccezioni e conclusioni formulate nella memoria di costituzione e di risposta depositata il 10 ottobre 2017.

Peraltro è da osservare che, con memoria del 5 novembre, BCSM, a fronte della definitività della sentenza del Giudice Treggiari, insisteva a voler ritenere – erroneamente - la mancata astensione del Giudice Treggiari e di questo Giudice come motivo di eventuale impugnazione (cfr. pag.5), evidentemente non ritenendo di doversi attenere e di rispettare la decisione assunta dal Giudice per i Rimedi Straordinari.

*

10. In considerazione della domanda proposta in via preliminare, questo Giudice, nel corso dell'udienza, chiedeva alla procura di BCSM se fosse munita di mandato speciale al fine di riproporre, nuovamente



REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

e nonostante l'intervenuta sentenza del Prof. Treggiari, l'eccezione relativa alla sussistenza della già delibata causa di astensione obbligatoria (esclusa, come detto, espressamente, con sentenza del Giudice per i Rimedi Straordinari). La procura di BCSM dichiarava che l'attuale dirigenza di BCSM non le aveva conferito all'uopo alcun mandato e specificava che *"non si tratta di nuova istanza di ricusazione ma di ribadire la propria convinzione"* (sic).

Successivamente alla celebrazione dell'udienza (v. verbale relativo), la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Sull'eccezione preliminare di carenza di interesse ad agire e di legittimazione ad agire degli azionisti e sul difetto di giurisdizione ai sensi dell'art.19, comma 3, l.q. n.55/2003

La parte resistente eccepisce, in via preliminare, che gli azionisti non avrebbero specificato *"il loro interesse ad agire"*, contestandone la legittimazione ad agire e ritenendo carente un loro interesse concreto immediato e diretto all'impugnativa in quanto *"le perdite di eccezionale gravità hanno completamente eroso il capitale sociale"* osservando che, pertanto, il provvedimento di l.c.a. non avrebbe cagionato alcuna lesione ai loro diritti patrimoniali, posto che le perdite si erano già verificate in un momento anteriore. Sostiene che, laddove gli azionisti lamentassero la lesione di un interesse patrimoniale riconducibile alla perdita dello *status* di socio, avendo tale interesse la consistenza di



REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

diritto soggettivo, il sindacato su una sua possibile lesione sarebbe di competenza del Giudico Ordinario.

Quanto all'eccezione relativa alla carenza di legittimazione attiva in capo agli azionisti, si deve osservare che è principio noto, anche nell'ordinamento italiano, quello riportato dalla procura dell'Amministrazione resistente secondo il quale: *"....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*



REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

all'impugnazione autonoma degli stessi (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 esplicitare solo effetti riflessi e derivati" (cfr. ex multis, sentenza TAR Lazio, II, 15 giugno 2016, n.8490). La stessa giurisprudenza, tuttavia, conclude che: "il socio è, quindi, legittimato a ricorrere autonomamente dinanzi al G.A. solo 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).

La conclusione appare divergere da quelle della procura di BCSM. La ricordata giurisprudenza, infatti, individua un interesse direttamente tutelabile in sede di giurisdizione amministrativa in tutti i casi in cui, l'agire amministrativo presenti vizi di legittimità incidenti sulla perdita della qualità di socio.

In tale casi, deve riconoscersi ai soci l'interesse a reagire di fronte a provvedimenti che ritiene illegittimi e, dunque, a far valere la pretesa alla legittimità dell'azione amministrativa alla quale è sotteso un interesse che non ha consistenza (solo) patrimoniale – come invece ritenuto dalla procura resistente – permanendo, viceversa la pretesa a vedere sindacata la legittimità dell'operato dell'Autorità di Vigilanza, rispetto alla quale non rileva il fatto che il patrimonio sia stato



REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

definitivamente eroso.

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.

Che si tratti di pretesa avente natura di interesse legittimo è stato confermato anche dalla Giurisprudenza di questo Tribunale.

A tale riguardo si riporta la decisione assunta nel ricorso RG n.27/2012 (Pasquini socio SMI/BCSM) con la quale si è argomentato che: *“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.*



REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

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 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



REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

ritenersi ammissibile, risulta tuttavia infondata”.

Dunque, in ossequio a quanto sopra argomentato, al socio è stata riconosciuta legittimazione ad impugnare i provvedimenti di BCSM fondata sulla pretesa alla legittimità del suo operato, rinvenendosi in essa non la posizione soggettiva di diritto soggettivo ma quella di interesse legittimo.

Analoga 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 anche ad ipotesi di impugnativa di provvedimento di amministrazione straordinaria.

Nel caso in esame, i ricorrenti domandano, infatti, la nullità ovvero l'abnorme illegittimità dei provvedimenti impugnati avendo riscontrato la ricorrenza di plurimi e tipizzati vizi degli atti amministrativi (violazione di legge, difetto di motivazione, eccesso di potere e sviamento, contraddittorietà e illogicità).

Si ricorda che la legge 5 ottobre 2011, n.160, Legge sul procedimento amministrativo e l'accesso agli atti, prevede all'art. 42 rubricato (*Nullità del provvedimento*) che: *“È nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge.*

I ricorsi relativi alla nullità dei provvedimenti amministrativi sono attribuiti alla



REPUBBLICA DI SAN MARINO TRIBUNALE

giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo”.

L'art. 43 rubricato (*Annulabilità del provvedimento*) a sua volta prevede che: “È annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza”.

Alla stregua delle riportate considerazioni e disposizioni, deve ritenersi infondata anche la conseguente eccezione di carenza di giurisdizione del Giudice amministrativo.

*

Peraltro, la pretesa dei ricorrenti trova fondamento in rapporto anche a quanto avvenuto in relazione all'esecuzione dell'ordinanza del 14 giugno 2017.

Essi, infatti, avevano ottenuto una pronuncia cautelare favorevole con la quale era stato sospeso il provvedimento di amministrazione straordinaria rilevandosi profili di *fumus boni iuris* e di *periculum* e con la quale, a fini “*propulsivi*” si invitava BCSM a 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