

GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA: Processo amministrativo - Giudicato - Giudicato di annullamento - Riedizione del potere - Principio del c.d. one shot temperato.

Cons. Stato, Sez. VI, 4 maggio 2022, n. 3480

- in *Guida al diritto*, 21, 2022, pag. 49.

“[...] il giudicato per la sua latitudine ed ampiezza permetteva di fare applicazione del principio del c.d. one shot temperato, formatosi in sede giurisprudenziale per evitare che l'amministrazione possa riprovvedere per un numero infinito di volte ad ogni annullamento in sede giurisdizionale; tanto comporta che è dovere della stessa pubblica amministrazione riesaminare una seconda volta l'affare nella sua interezza, sollevando tutte le questioni rilevanti, con definitiva preclusione (per l'avvenire, e, in sostanza, per una terza volta) di tornare a decidere sfavorevolmente per il privato; tale principio costituisce il punto di equilibrio tra due opposte esigenze, quali la garanzia di inesauribilità del potere di amministrazione attiva e la portata cogente del giudicato di annullamento con i suoi effetti conformativi. Al riguardo, va ricordato che tale principio è già emerso come consolidato nella giurisprudenza di questo Consiglio, come principio del c.d. one shot temperato, per evitare che l'amministrazione possa riprovvedere per un numero infinito di volte ad ogni annullamento in sede giurisdizionale. Si ritiene quindi dovere della stessa pubblica amministrazione riesaminare una seconda volta l'affare nella sua interezza, sollevando tutte le questioni rilevanti, con definitiva preclusione (per l'avvenire, e, in sostanza, per una terza volta) di tornare a decidere sfavorevolmente per il privato; tale principio costituisce il punto di equilibrio tra due opposte esigenze, quali la garanzia di inesauribilità del potere di amministrazione attiva e la portata cogente del giudicato di annullamento con i suoi effetti conformativi [...]”.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero dell'Economia e delle Finanze e di Banca D'Italia;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 aprile 2022 il Cons. Davide Ponte e uditi per le parti gli avvocati Di Giovanni Annalisa, Sandulli Maria Alessandra, La Licata Donatella e Cossa Michele;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con l'appello in esame la società appellante impugnava la sentenza n. 12931 del 2021 del Tar Lazio, recante rigetto dell'originario gravame, proposto dalla stessa Cred.it avverso il provvedimento prot. n. 0713919/21 del 4 maggio 2021 della Banca d'Italia, Dipartimento Vigilanza Bancaria e Finanziaria, Servizio Rapporti istituzionali di Vigilanza (903) Divisione Costituzioni Banche 2 e Altri

Intermediari, (025), avente ad oggetto “*Cred.it S.p.A. – Istanza di autorizzazione all'iscrizione all'albo ex art. 106 TUB. Provvedimento definitivo di diniego*”, laddove ha negato la suddetta autorizzazione, ritenendo insussistenti i requisiti concernenti la correttezza dei soci, l'inadeguatezza della governance e la non plausibilità del programma di attività, oltre che l'insussistenza del patrimonio e della solidità patrimoniale al 31.12.2015 e al 31.12.2016.

Nel ricostruire in fatto e nei documenti la vicenda, parte appellante formulava i seguenti motivi di appello:

- errores in procedendo e in iudicando, erronea ricostruzione dei fatti di causa, eccesso di potere giurisdizionale, per l'erroneità di quanto affermato dal Tar in ordine al calcolo della dotazione patrimoniale minima, quantificata in € 1.981.000,00, dando per buoni gli importi delle rettifiche (€ 825.000,00 e € 544.000,00) illegittimamente operate dalla Banca d'Italia, ed alla “insufficienza” del capitale iniziale versato come definito nella Circolare 288/15, errata interpretazione del giudicato di cui alla sentenza n. 8017 del 2019;

- errores in procedendo e in iudicando, omessa pronuncia sul I motivo di ricorso, “*1. Violazione dell'art. 97 Cost. Violazione del principio di buon andamento della PA. Eccesso e sviamento di potere. Violazione del principio di proporzionalità. Violazione degli art. 6 e 13 CEDU e del Protocollo sul diritto di proprietà*”, con cui Cred.it aveva dedotto l'illegittimità dei provvedimenti impugnati per violazione dei principi di proporzionalità e di buon andamento dell'azione amministrativa, nonché degli artt. 6 e 13 CEDU, denunciando una vis persecutoria da parte della Banca d'Italia, tenuto conto del fatto che l'appellante sta “lottando” dal 2016 per ottenere l'autorizzazione (anche solo a proseguire l'attività già svolta dal 2011); mentre con il II motivo aveva denunciato l'omessa e/o erronea esecuzione del dictum della sent 8017, nonché la violazione e/o elusione del giudicato e del vincolo conformativo di cui alla medesima sentenza;

- errores in procedendo e in iudicando sul II e sul III motivo di ricorso, errore sull'interpretazione e applicazione dell'art. 10-bis l. 241/90 smi. e sui “limiti” del giudicato, in specie sul II motivo per omessa e/o erronea esecuzione del dictum della sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 8017/2019 violazione e/o elusione del relativo giudicato e del conseguente vincolo conformativo;

- errores in iudicando e in procedendo sul IV motivo di ricorso, illegittimità del diniego “ora per allora”, violazione della normativa vigente e omessa pronuncia per aver rinviato al provvedimento Banca d'Italia senza esaminare le censure proposte, eccesso di potere, difetto di motivazione, travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, violazione e falsa applicazione degli artt. 25, 106, 17 del TUB e della Circolare 288/2015, violazione del principio di proporzionalità, contraddittorietà, violazione e falsa applicazione dei principi di imparzialità, ragionevolezza e buon andamento, omessa

e/o erronea esecuzione del dictum della sentenza del Consiglio di Stato n. 8017/2019, incompetenza, violazione e/o elusione del giudicato di cui alla sentenza del Consiglio di Stato n. 8017/2019 del 25.11.2019 sotto altro profilo, violazione e falsa applicazione del DM 23 novembre 2020, n. 169, con riferimento alla valutazione della dotazione patrimoniale, avendo il tar erroneamente ritenuto che Banca d'Italia abbia qualificato il patrimonio e il capitale in maniera coerente con il giudicato;

- errores in iudicando sul V motivo di ricorso, illegittimità del diniego “ora per ora”, violazione della normativa vigente e omessa pronuncia per aver rinviato al provvedimento senza esaminare le censure proposte in termini di violazione e falsa applicazione della Circolare 288/2015, violazione del principio di proporzionalità, eccesso di potere per contraddittorietà, sviamento di potere, contraddittorietà, illogicità manifesta, eccesso di potere per travisamento dei fatti e dei presupposti di diritto, violazione e falsa applicazione degli artt. 26, 106 e 107 TUB, erroneità, violazione e falsa applicazione del DM 23.11. 2020 n. 169”, con riferimento alla valutazione “ora per ora”, avendo il TAR errato nel ritenere legittimo il diniego 2021, omettendo di valorizzare l’eccepito sconfinamento rispetto al riesame ordinato dalla precedente sentenza;

La Banca d'Italia si costituiva in giudizio chiedendo il rigetto dell'appello.

Con ordinanza n. 808 del 2022 veniva accolta la domanda cautelare di sospensione dell'esecuzione della sentenza impugnata, subordinatamente alla prestazione di una garanzia nelle forme di una fideiussione a prima richiesta rilasciata a favore per l'importo di € 1.500.000 (unmilione cinquecentomila) da prestarsi da parte di istituto bancario o assicurativo.

Alla pubblica udienza del 21 aprile 2022, la causa passava in decisione.

DIRITTO

1. La presente controversia costituisce il sostanziale seguito della vicenda definita da questo Consiglio con sentenza n. 8017/2019, con la quale questa Sezione annullava i provvedimenti 26 aprile 2017 prot. n. 548989/1726 e 17 luglio 2018 prot. n. 853242/18 della Banca d'Italia, Dipartimento vigilanza bancaria e finanziaria, Servizio regolamentazione e analisi macroprudenziale, Divisione costituzioni banche e altri intermediari finanziari, recanti diniego all'istanza da parte dell'odierna ricorrente di iscrizione all'albo ex art. 106 TUB.

1.1 Il giudicato formatosi su tale pronuncia ha riconosciuto la bontà delle ragioni dell'odierna ricorrente – nell'impugnativa dei due originari dinieghi - sotto tre distinti profili, onerando la Banca d'Italia nel riesercizio del potere: a) di valutare la richiesta di Cred.it società finanziaria s.p.a. nella sua interezza, o, in subordine, per la sola prosecuzione dell'attività di concessione di finanziamenti; b) di operare una valutazione con riguardo al requisito patrimoniale che parta dal bilancio della società così come esso è stato rappresentato all'amministrazione, evidenziando nel quadro complessivo di

esso le voci dalle quali, a dire della società richiedente, l'adeguatezza patrimoniale era stata ritenuta sussistere, spiegando, per ogni singola voce fra queste, la ragione per cui la ha ritenuta non veritiera ovvero non corretta, con riguardo ai principi indicati dalla circolare, e ricalcolando di conseguenza i valori indicati dalla richiedente evidenziando così la ritenuta inadeguatezza. Nel fare ciò Banca d'Italia doveva evitare "un'evidente incongruenza, dato che fa riferimento al "capitale iniziale versato", che per una società già attiva è una voce del passivo di bilancio, mentre com'è noto per valutare la sua solidità è necessario riferirsi in linea di principio al patrimonio netto."; c) di rivalutare sulla scorta di quanto detto sub b) i requisiti di sana e prudente gestione, relativi all'assetto proprietario e alla onorabilità e reputazione dei soci.

1.2 In definitiva, secondo la sentenza ottemperanda "*...nel riesaminare l'affare, l'amministrazione dovrà quindi valutare, se del caso con ricorso alla perizia esterna, come espressamente consentitole dall'art. 3 del Titolo I capitolo I sezione VI della circolare 288 ("la Banca d'Italia può ... richiedere una perizia a soggetti terzi") l'adeguatezza del patrimonio sociale -e non tanto del capitale, trattandosi di società già operante- e dare conto in motivazione dei risultati acquisiti. In particolare, nella motivazione dovrà indicare da quali poste di bilancio a dire della richiedente si ricaverebbe il requisito della sufficienza del patrimonio, dire se e per quali specifiche ragioni tali poste di bilancio siano non attendibili perché non veritiere o non corrette, e dire quale sia il risultato reale in termini di calcolo del patrimonio che a suo avviso ne consegue. In base all'esito di tale apprezzamento, dovrà poi rivalutare i profili relativi all'assetto proprietario e alla onorabilità e reputazione dei soci. Dall'accoglimento del primo motivo, risulta infine che tale riesame dovrà riguardare l'intero oggetto della domanda originaria, ovvero la domanda relativa alla concessione di finanziamenti e di garanzie e in subordine quella di sola concessione di finanziamenti"*.

1.3 In adempimento di tale esito, Banca d'Italia avviava nuovamente l'iter istruttorio ed in data 21 febbraio 2020 invitava la ricorrente ad aggiornare la documentazione a suo tempo trasmessa in relazione ai seguenti profili: situazione contabile, programma di attività, assetto proprietario ed esponenti della società. In data 15 giugno 2020 Cred.it trametteva tutte le informazioni richieste e Banca d'Italia riavviava il procedimento di rilascio dell'autorizzazione. In data 9 marzo 21 Banca d'Italia comunicava motivi ostativi all'accoglimento della istanza, che Cred.it riscontrava il 18 marzo 2021, inviando le proprie osservazioni. In data 13 aprile 21 Banca d'Italia inoltrava un'ulteriore richiesta di informazioni, riscontrata dalla ricorrente il 19 aprile 2021. Infine, in data 4 maggio 2021 Banca d'Italia assumeva un nuovo provvedimento definitivo di diniego dell'autorizzazione.

Il ricorso proposto avverso tale nuovo diniego, dinanzi al Tar Lazio, veniva respinto con la sentenza oggetto della presente impugnazione.

2. Preliminarmente, occorre sgombrare il campo dai diversi profili dei vari motivi, così come dedotti in termini di violazione del giudicato, in analogia con il parallelo ricorso per ottemperanza deciso in pari data dal Collegio, non rilevandosi alcuna violazione e/o elusione del giudicato da parte di Banca d'Italia.

2.1 Occorre innanzitutto chiarire che la scelta di Banca d'Italia di operare una duplice valutazione ora per allora e ora per ora, da un lato non confligge con il giudicato di cui si chiede l'esecuzione, dall'altro, risulta maggiormente garantista della posizione dell'odierna ricorrente. Infatti, l'amministrazione, pur rieditando il potere sulla scorta degli elementi forniti dall'istante in passato alla luce dei parametri indicati dalla sentenza ottemperanza, ha tenuto in considerazione, altresì, gli elementi positivi sopravvenuti attualizzando la valutazione all'oggi. E ciò è evidente proprio alla luce dell'esame dei requisiti alla dotazione patrimoniale e all'assetto proprietario. Non viola così in alcun modo il giudicato l'amministrazione, quando ritiene di non poter considerare l'aumento di capitale deliberato da Cred.it cinque anni dopo i provvedimenti di diniego annullati con la sentenza ottemperata, atteso che quel giudizio formulato sulla scorta dei documenti in possesso dell'amministrazione non poteva certo tenere conto di documenti ed eventi non ancora formati. Del pari, non ha alcuna ragione e interesse Cred.it a lamentarsi della valutazione positiva ora per ora effettuata da Banca d'Italia sul requisito in questione. Neppure era necessario per la Banca d'Italia intervenire in autotutela per rieditare ora per ora il proprio potere, atteso che i provvedimenti di diniego 26 aprile 2017 prot. n. 548989/1726 e 17 luglio 2018 prot. n. 853242/18, erano già stati caducati in via giurisdizionale, sicché l'esercizio del potere di secondo grado da parte dell'amministrazione sarebbe stato meramente fittizio per difetto dell'oggetto.

2.2 Quanto, invece, alle modalità di valutazione della situazione patrimoniale come rappresentata nelle istanze oggetto dei provvedimenti di diniego annullati, non si può convenire con quanto sostenuto dalla ricorrente. Banca d'Italia, infatti, opera una valutazione dell'adeguatezza patrimoniale, che come si evince chiaramente dall'art. 107 TUB va riferito all'aggregato "capitale iniziale". È evidente, infatti, che ciò che rileva non è il dato meramente civilistico, in quanto Banca d'Italia è tenuta ad operare una valutazione prudenziale in relazione alla capacità di un operatore economico di svolgere l'attività di intermediario finanziario e per fronteggiare i rischi tipici dell'attività, che differiscono dai rischi ordinari ai quali va incontro chi esercita una generica attività di impresa. Ciò spiega le ragioni per le quali Banca d'Italia ha inteso adottare la circolare 288/2015, al fine di assicurare sulla scorta della citata base normativa un idoneo sistema di governo e di controllo dell'attività degli intermediari finanziari. Ed, infatti, la suddetta circolare chiarisce che per capitale iniziale deve intendersi: "la somma dei titoli rappresentativi di partecipazioni al capitale sociale per

l'ammontare versato e delle riserve computabili nel capitale primario di classe 1". In conformità il Titolo IV (vigilanza prudenziale) Capitolo 1 art. 2. Chiarisce che i fondi propri rappresentano il primo presidio a fronte dei rischi connessi con l'attività degli intermediari finanziari e il principale parametro di riferimento per gli istituti prudenziali e per le valutazioni dell'Autorità di Vigilanza. Il Capitolo 3 del Titolo IV della suddetta circolare è dedicato specificamente ai "fondi propri", e richiama come disciplina applicabile quella in tema di vigilanza prudenziale sulle banche a fronte delle analogie sussistenti tra l'attività svolta degli intermediari finanziari e quest'ultime. È chiaro, pertanto, che la valutazione patrimoniale non può essere ridotta alla verifica del capitale versato e che si deve fare riferimento al capitale iniziale inteso come capitale primario di classe 1, ossia una nozione più complessa, che tiene doverosamente in considerazione ulteriori elementi quali filtri, deduzione e detrazioni in grado di offrire un quadro relativo all'effettiva solidità patrimoniale dell'intermediario finanziario. Tutto ciò in linea con le detrazioni previste dall'art. 36 e dai filtri di cui all'art. 50 del CRR (Regolamento UE n. 575/13). Né risulta verosimile leggere il giudicato di questo Consiglio come una sentenza tesa a negare la necessaria complessità della valutazione che deve operare Banca d'Italia sulla solidità patrimoniale degli intermediari finanziari e sull'adeguatezza delle risorse effettivamente detenute per esercitare una simile attività. Del pari, non può in alcun modo ritenersi che la valutazione iniziale tesa a consentire l'iscrizione nell'albo degli intermediari debba avvenire secondo regole diverse da quelle che regolano la vigilanza sugli operatori economici già iscritti all'albo. Da ciò deriva, in definitiva, l'insussistenza in concreto della paventata elusione e/o violazione del giudicato da parte di Banca d'Italia nella disamina del requisito in questione.

2.3 Infondata è anche la doglianza relativa al requisito della correttezza dei partecipanti, ritenuto insussistente sia nella valutazione "ora per allora", che in quella "ora per ora". Al riguardo, deve rilevarsi, infatti, che non si ravvisa alcun vincolo particolare discendente dal giudicato, sicché le censure attengono ad un sindacato di legittimità, da esaminare in relazione alle diverse censure dedotte in termini ulteriori rispetto alla mera violazione del giudicato. A quest'ultimo proposito, l'unica indicazione contenuta nel giudicato, riguarda la necessità "in base all'esito" del rinnovato apprezzamento sulla dotazione patrimoniale di rivalutare i profili relativi all'assetto proprietario e alla onorabilità e reputazione dei soci.

2.4 Analoghe considerazioni vanno estese alle doglianze con cui si lamenta una violazione dell'art. 10-bis, l. 241/1990, che integra un vizio di legittimità non rilevante in termini di violazione di giudicato. Peraltro, va sin d'ora evidenziato come la nuova norma non possa nella specie trovare applicazione, dal momento che il precetto in questione è entrato in vigore a partire dal 17 luglio 2020

ossia in epoca successiva alla pronuncia di cui si invoca l'esecuzione, sicché i preavvisi di diniego adottati nel corso dei procedimenti sfociati nei provvedimenti annullati non ne erano regolati.

3. Passando all'esame delle restanti censure, occorre prendere le mosse dal profilo del secondo motivo concernente la presunta vis persecutoria da parte di Banca d'Italia nei confronti della società appellante.

3.1 Premesso che il Tar effettivamente ha omesso l'esame del profilo, la relativa censura non appare suscettibile di accoglimento.

La pluralità di profili ostativi e di diniego rilevati dall'Autorità odierna appellata rende giuridicamente non fondata la tesi della mera riferibilità del diniego allo sviamento, derivante dal deviare l'esercizio della funzione al fine primario di giungere ad un esito negativo del procedimento.

3.2 In generale, lo sviamento di potere ricorre allorché il pubblico potere venga ad essere esercitato per finalità diverse da quelle enunciate dal legislatore con la norma attributiva dello stesso, ovvero quando l'atto posto in essere sia stato determinato da un interesse diverso da quello pubblico; la censura deve essere supportata da precisi e concordanti elementi di prova, idonei a dare conto delle divergenze dell'atto dalla sua tipica funzione istituzionale, non bastando allegazioni che non raggiungono neppure il livello di supposizione od indizio.

Nel caso di specie gli elementi evocati – relativi ad atti defensionali di primo grado - non assurgono alla qualifica di allegazioni necessarie, scontrandosi piuttosto con la pluralità di autonomi ed oggettivi elementi ostativi posti a fondamento della nuova determinazione.

3.3 Sempre in via generale, laddove, dopo una sentenza di annullamento, l'amministrazione, pur integrando il rilevato vizio istruttorio o motivazionale, adotti un provvedimento ugualmente non soddisfacente della pretesa, si avrà violazione o elusione del giudicato se l'attività asseritamente esecutiva dell'amministrazione risulti contrassegnata da uno sviamento manifesto, diretto ad aggirare le prescrizioni, puntuali, stabilite con il giudicato. Ma al riguardo è sufficiente rinviare a quanto evidenziato dal Collegio avverso i vizi di violazione del giudicato, sia in sede di ottemperanza che nel punto 2 della presente motivazione.

4. In relazione ai profili dedotti con il terzo motivo, se per un verso assumono rilievo dirimente ed assorbente le considerazioni sopra svolte in merito all'insussistenza dei profili di elusione e mancata esecuzione della sentenza del 2019, per un altro verso vanno parimenti ribaditi i richiami alla corretta interpretazione dell'art. 10 bis, sopra svolti, ed alla condivisibilità dell'opzione istruttoria e di esame seguita dalla Banca d'Italia, in termini di ora per ora e di ora per allora.

4.1 Nel caso di specie l'affermazione del Tar criticata da parte appellante (*“il nuovo provvedimento – a ciò pienamente legittimato dal giudicato, ... – ha rimesso all'Autorità una completa valutazione*

degli elementi di fatto essenziali ai fini dell'assetto di interessi e dunque quelli oggetto di censura nel ricorso ... sono realmente dettagli di questioni già sollevate, la Banca d'Italia") appare giustificata e va letta alla luce dell'effetto conformativo del giudicato (che prevale sullo stesso 10 bis della legge n. 241 del 1990 le quante volte non risultino vincoli precisi al riesame complessivo della materia). Se è vero in particolare che tale norma , nel suo attuale tenore, recita che “in caso di annullamento in giudizio del provvedimento così adottato, nell'esercitare nuovamente il suo potere l'amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato” (disposizione introdotta dall'art. 12, comma 1, lett. e) del D.L. 16 luglio 2020, n. 76 comunque in data successiva all'adozione del provvedimento impugnato) ossia prescrive che l'Amministrazione non può e non deve aprire del tutto nuovi defatigatori “capitoli” ostativi alla pretesa del ricorrente di vedere riesaminato solo il punto fatto oggetto di esame nella sentenza, è altresì vero che quando lo stesso giudicato devolve per intero il riesame della fattispecie all'amministrazione solo affermando dei principi guida, essa può apprezzare anche il materiale già versato in istruttoria (che è quanto è avvenuto nella specie) ed anche quello emerso successivamente (ciò andando peraltro in senso – astrattamente - favorevole all'istante).

Orbene , nella specie, fermi i rilievi guidati dalla pronuncia della Sezione sul punto dell'esame dell'adeguatezza patrimoniale, da condursi in concreto, senza deroghe alla disciplina di settore (non potendosi argomentare in tal senso dal fugace riferimento al patrimonio netto contenuto nella sentenza CdS VI n. 8017 del 2019 , nozione civilistica volta solo ad orientare la tipologia di esame da effettuare – non sulla base del mero capitale versato - ma certamente secondo le regole della vigilanza di settore) ha integralmente rimesso alla Banca d'Italia il nuovo intero apprezzamento della fattispecie imponendo solo che venisse fatto a partire da una concreta analisi dell'adeguatezza patrimoniale dell'intermediario come base di partenza dell'attività di riesame; dall'analisi degli atti emerge come la Banca d'Italia abbia svolto un approfondimento proprio nell'ottica del vaglio completo di tutti gli elementi in suo possesso e di quelli sopravvenuti, così come imposta dall'esecuzione della sentenza e dai principi già espressi da questo Consiglio relativi all'attuazione del giudicato.

4.2 In proposito, il giudicato per la sua latitudine ed ampiezza permetteva di fare applicazione del principio del c.d. one shot temperato, formatosi in sede giurisprudenziale per evitare che l'amministrazione possa riprovvedere per un numero infinito di volte ad ogni annullamento in sede giurisdizionale; tanto comporta che è dovere della stessa pubblica amministrazione riesaminare una seconda volta l'affare nella sua interezza, sollevando tutte le questioni rilevanti, con definitiva preclusione (per l'avvenire, e, in sostanza, per una terza volta) di tornare a decidere sfavorevolmente per il privato; tale principio costituisce il punto di equilibrio tra due opposte esigenze, quali la garanzia

di inesauribilità del potere di amministrazione attiva e la portata cogente del giudicato di annullamento con i suoi effetti conformativi.

Al riguardo, va ricordato che tale principio è già emerso come consolidato nella giurisprudenza di questo Consiglio, come principio del c.d. one shot temperato, per evitare che l'amministrazione possa riprovvedere per un numero infinito di volte ad ogni annullamento in sede giurisdizionale.

Si ritiene quindi dovere della stessa pubblica amministrazione riesaminare una seconda volta l'affare nella sua interezza, sollevando tutte le questioni rilevanti, con definitiva preclusione (per l'avvenire, e, in sostanza, per una terza volta) di tornare a decidere sfavorevolmente per il privato; tale principio costituisce il punto di equilibrio tra due opposte esigenze, quali la garanzia di inesauribilità del potere di amministrazione attiva e la portata cogente del giudicato di annullamento con i suoi effetti conformativi (cfr. in tal senso Consiglio di Stato, sez. V, 8 gennaio 2019, n. 144, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321 e sez. III, 14 febbraio 2017, n. 660).

Va rilevato poi che nell'applicazione di tale principio non si deve di regola tener conto del riesame amministrativo avvenuto in ottemperanza di provvedimenti cautelari volti a consentire temporaneamente l'esercizio di attività in precedenza autorizzate, riesame che, nella specie, comportava un nuovo diniego impugnato con motivi aggiunti nello stesso processo esitato poi nell'annullamento dei due originari dinieghi oggetto del medesimo processo ma si deve invece tener conto solo dei dinieghi successivi ad un giudicato di annullamento di talché il presente processo ha in definitiva ad oggetto il secondo riesame questo sì avente effetto (potenzialmente) preclusivo ove fosse nuovamente oggetto di annullamento (al fine di consentire l'approssimazione al bene della vita).

Ciò perché l'amministrazione incorre in preclusioni (nell' assetto disciplinare rilevante in questo contenzioso per la sua cadenza temporale) solo dopo un secondo riesame completo della fattispecie, conseguente ad un primo giudicato di annullamento.

Il ricorso poi parla del provvedimento impugnato in questa sede come terzo diniego (non casualmente e proprio al fine di richiamare a proprio favore la teorica del c.d. one shot temperato) mentre il presunto secondo diniego (in realtà solo una specificazione del primo) era stato sollecitato da un ordine cautelare volto solo a consentire le attività precedentemente autorizzate ed era il frutto di una (allora) per altri versi intatta facoltà di amministrazione attiva, conformatasi per la prima volta solamente alla formazione del giudicato CdS VI n.8017 del 2019 sicché il provvedimento impugnato in questo processo è, ai fini della teorica richiamata relativa alle modalità di ottemperanza, il secondo riesame e non il terzo (con conseguente sua astratta maggiore latitudine).

4.3 Nel caso di specie l'esame dei motivi anticipati nella comunicazione ex art. 10 bis e delle puntuali risposte fornite dalla Banca d'Italia nel diniego finale, rispetto alle conseguenti osservazioni mosse dalla società nel dialogo infraprocedimentale, conferma come l'Autorità odierna appellata si sia mossa proprio lungo tale direttrice, come peraltro confermato da quanto sopra espresso in ordine agli stessi limiti del giudicato del 2019.

5. Con il quarto motivo, concernente le contestazioni mosse alla parte del provvedimento c.d. ora per allora, se da un canto assumono rilievo dirimente ed assorbente le considerazioni sin qui svolte sull'esame che spettava alla Banca d'Italia e sull'esame effettivamente svolto, da un altro canto vanno condivise le argomentazioni svolte dalla difesa di parte appellata.

5.1 In relazione alla valutazione del patrimonio, appare legittimo il riferimento alla nozione specifica tratta dalla Circolare n. 288\2015, in quanto pienamente coerente alle finalità perseguite dall'Autorità nell'esame degli elementi necessari al fine di rilasciare la richiesta autorizzazione.

5.1.1 In particolare, ai sensi della Circolare predetta per capitale iniziale si intende la "somma dei titoli rappresentativi di partecipazioni al capitale sociale per l'ammontare versato e delle riserve computabili nel capitale primario di classe 1".

5.1.2 La nozione di capitale iniziale fa quindi rinvio alla nozione di "capitale primario di classe 1" (common equity tier 1 o CET 1): composizione e modalità di determinazione di questo aggregato patrimoniale di vigilanza risultano dalle disposizioni contenute nel Titolo 1, capo 2 del Regolamento CRR, espressamente richiamate dalla Circolare stessa.

Si tratta del capitale di migliore qualità di un intermediario finanziario, in termini prudenziali coerenti alle finalità perseguite. Il capitale primario di classe 1 risulta infatti composto da elementi – come con chiarezza già evidenziato in sede di comunicazione dei motivi ostativi del 9 marzo 2021 - suscettibili di essere utilizzati dall'ente "senza restrizioni e senza indugi" per la copertura dei rischi o delle perdite nel momento in cui tali rischi o perdite si verificano.

5.2 La correttezza dell'esame emerge anche dalle singole voci, laddove ad esempio si fa riferimento alle rettifiche effettuate in merito al credito vantato nei confronti della società Cred.it Holding Ltd, ora Axapayment Ltd., compiutamente analizzato e qualificato in termini di operazione di finanziamento per l'acquisto delle proprie azioni; in dettaglio, risulta che Cred.it abbia acquistato un credito nei confronti di Credit Holding – che al momento dell'acquisto era sua socia al 49,66% - e che con tale operazione (e con la successiva ristrutturazione del credito) essa ha finanziato il proprio socio dell'epoca.

Va conclusivamente osservato che la Banca d'Italia si è soffermata sull'adeguatezza patrimoniale eseguendo il dictum giudiziale alla luce della disciplina di settore.

5.3 Analoga condivisione va espressa con riferimento ai puntuali approfondimenti svolti nel provvedimento in relazione ai requisiti dei partecipanti qualificati.

Se in generale ai sensi dell'art. 25 TUB, richiamato dall'art. 107, i titolari di partecipazioni qualificate in un intermediario finanziario devono possedere requisiti di onorabilità e soddisfare criteri di competenza e correttezza in modo da garantirne la sana e prudente gestione, nel caso di specie l'esito negativo della valutazione appare assistito da una serie di elementi non scalfiti, nei limiti di sindacato del presente giudizio di legittimità, dalle parziali deduzioni di parte appellante.

6. Infine, anche in relazione al quinto motivo, concernente le contestazioni mosse alla parte del provvedimento c.d. ora per ora, se da un canto assumono rilievo dirimente ed assorbente le considerazioni svolte in generale sull'assenza di violazioni del giudicato e sulla pluralità di elementi di diniego opposti, da un altro canto vanno condivise – nel merito dei singoli rilievi - le argomentazioni svolte dalla difesa di parte appellata, attraverso il richiamo al complesso di elementi approfonditi nella comunicazione di motivi stativi e nel provvedimento definitivo.

6.1 In ordine alla correttezza dei partecipanti qualificati, se è pur vero che la sentenza del Tar svolge richiami limitati, come contestato nel motivo d'appello, in tale deduzione non vengono adeguatamente superate le diverse criticità poste a base del diniego: il ricorso a cessioni di partecipazioni che di fatto non mutano l'assetto proprietario, ma generano crediti che vengono contabilizzati dalla stessa Cred.it; la non trasparente rappresentazione dei fatti aziendali nei bilanci societari, caratterizzati da un utilizzo delle tecniche contabili mirato, da un lato, a ridurre le perdite, e dall'altro a minimizzare il carico fiscale; il gravitare della proprietà di Cred.it sempre intorno al centro di interessi familiari a cui sono riconducibili le opacità nella formazione del capitale e nella stima dei rami d'azienda conferiti. Al riguardo, son richiamati diversi elementi, fra i quali quello per cui in occasione dei conferimenti invocati (2010-2011), Tommaso Mazziotti sedeva nel Consiglio di amministrazione tanto di Merifin quanto di Cred.it; il contratto di acquisto del credito nei confronti di Credit Holding (2014) è stato sottoscritto da Nicola Caputo per conto di Cred.it e dal genero Tommaso Mazziotti per conto di Merifin; lo stesso Mazziotti ha concluso la vendita delle partecipazioni alla società Atlante S.p.A., di proprietà della moglie.

6.2 Sulla scorta di tali elementi non appare viziata, nei limiti di sindacato propri del presente giudizio, la conclusione per cui *“il trasferimento delle quote societarie sempre tra componenti della famiglia e il ripetuto avvicendamento delle medesime persone nel consiglio di amministrazione di Cred.it fa configurare il citato gruppo familiare come unico centro di interessi, in cui si realizzano commistioni tra le diverse componenti personali e societarie, che generano scarsa trasparenza negli assetti di interesse e gestionali”*.

6.3 Analogamente, per ciò che concerne l'insufficienza del programma di attività, la valutazione sottesa al diniego appare coerente agli elementi acquisiti. Peraltro, la permanenza di una serie di elementi ostativi – quali quelli sin qui richiamati – evidenzia l'irrilevanza delle eventuali residue contestazioni non esaminate dalla sentenza impugnata.

7. Alla luce delle considerazioni che precedono pertanto l'appello va respinto.

Sussistono giusti motivi, stante la complessità della fattispecie, per compensare le spese anche del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 aprile 2022 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Giordano Lamberti, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Davide Ponte

IL PRESIDENTE

Giancarlo Montedoro

IL SEGRETARIO