

# La tutela giurisdizionale effettiva dei diritti

Sfide e prospettive  
in materia economico-finanziaria  
nell'ordinamento italiano

a cura di

Mario Bertolissi, Marco Lamandini,  
Roberto Nania

Collana del Dipartimento di  
Sociologia e Diritto dell'Economia  
Università di Bologna



**FrancoAngeli**

OPEN  ACCESS

COLLANA DEL DIPARTIMENTO  
DI SOCIOLOGIA E DIRITTO DELL'ECONOMIA  
ALMA MATER STUDIORUM – UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

SEZIONE GIURIDICA

Tutti i volumi pubblicati sono sottoposti a un processo  
*double blind peer review* che ne attesta la qualità scientifica



Il presente volume è pubblicato in open access, ossia il file dell'intero lavoro è liberamente scaricabile dalla piattaforma **FrancoAngeli Open Access** (<http://bit.ly/francoangeli-oa>).

**FrancoAngeli Open Access** è la piattaforma per pubblicare articoli e monografie, rispettando gli standard etici e qualitativi e la messa a disposizione dei contenuti ad accesso aperto. Oltre a garantire il deposito nei maggiori archivi e repository internazionali OA, la sua integrazione con tutto il ricco catalogo di riviste e collane FrancoAngeli massimizza la visibilità, favorisce facilità di ricerca per l'utente e possibilità di impatto per l'autore.

Per saperne di più: [Pubblica con noi](#)

I lettori che desiderano informarsi sui libri e le riviste da noi pubblicati possono consultare il nostro sito Internet: [www.francoangeli.it](http://www.francoangeli.it) e iscriversi nella home page al servizio "[Informatemi](#)" per ricevere via e-mail le segnalazioni delle novità.

# **La tutela giurisdizionale effettiva dei diritti**

**Sfide e prospettive  
in materia economico-finanziaria  
nell'ordinamento italiano**

a cura di

**Mario Bertolissi, Marco Lamandini,  
Roberto Nania**

*Contributi di:* S. Allegrezza, S. Alvaro, G. Bergonzini,  
B. Bertarini, M. Belletti, M. Bertolissi, A. Bianconi, C. Bottari,  
F. Cameli, A. Castaldo, G. Comazzetto, R. D'Ambrosio,  
P. D'Onofrio, L. Durst, M. Grantaliano, M. Lamandini,  
G. Lasagni, F. Laus, C. Lieto, M. Marinari, D. Messineo,  
P. Mezzanotte, R. Nania, C. Pagliarin, R. Pini, F. Pizzolato,  
S. Providenti, G. Rivosecchi, M.G. Rodomonte, L. Romanò,  
C. Russo, C. Sereni Lucarelli, C. Silva, N. Soldati,  
M.A. Stefanelli, D. Testa, G. Tieghi, E. Tinti, A.C. Visconti.

**Collana del Dipartimento di  
Sociologia e Diritto dell'Economia – SDE  
Università di Bologna**

**FrancoAngeli**

Il presente volume è stato realizzato nell'ambito del progetto PRIN 2017 NAFWC8  
*“The essential, and competitive, role of specialised courts and alternative dispute resolution mechanisms in financial law as a precondition for the attainment of social desirable levels of public and private enforcement. Lessons from history in administrative and business law and the future of judicial review in European financial law in light of European and national fundamental rights”*,  
Principal Investigator Prof. Marco Lamandini.

Mario Bertolissi, Marco Lamandini, Roberto Nania (a cura di), *La tutela giurisdizionale effettiva dei diritti. Sfide e prospettive in materia economico-finanziaria*, Milano: FrancoAngeli, 2024  
Isbn: 9788835155966 (eBook)

Copyright © 2024 FrancoAngeli srl, Milano, Italia.

Publicato con licenza *Creative Commons Attribuzione-Non Commerciale-Non opere derivate*  
*4.0 Internazionale (CC-BY-NC-ND 4.0)*

*L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sul diritto d'autore. L'Utente nel momento in cui effettua il download dell'opera accetta tutte le condizioni della licenza d'uso dell'opera previste e comunicate sul sito*

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.it>

# INDICE

Prefazione di <i>Marco Lamandini</i>	pag. 15
---	---------

**PARTE PRIMA**  
**LE FORME DI TUTELA GIURISDIZIONALE**  
**DEI DIRITTI FONDAMENTALI IN CAMPO ECONOMICO-FINANZIARIO**  
**TRA TRADIZIONE COSTITUZIONALE EUROPEA**  
**E PROSPETTIVE DI INNOVAZIONE**

Il diritto costituzionale ad azionare diritti: una introduzione a stato di diritto e giurisdizione tra tradizione e linee innovative di <i>Roberto Nania</i>	» 27
Tutela giurisdizionale effettiva e indipendenza del giudice tra principi costituzionali e orientamenti della Corte costituzionale: l'esperienza dell'ordinamento italiano di <i>Maria Grazia Rodomonte</i>	» 43
I requisiti dell'indipendenza e dell'autonomia dei giudici tra principi costituzionali e orientamenti giurisprudenziali: la dimensione sovranazionale di <i>Ludovica Durst</i>	» 65
Il ruolo delle Autorità amministrative indipendenti in campo economico/finanziario. Quali percorsi per la precettività dell'art. 47 Cost.? di <i>Michele Belletti</i>	» 84

Giusto procedimento e giusto processo: i principi della CEDU e il loro rapporto con le tradizioni costituzionali nazionali (riflessioni a margine dei procedimenti sanzionatori)  
di *Paolo Mezzanotte* pag. 97

Tutela giurisdizionale effettiva e *Alternative Dispute Resolution*.  
Il ruolo dei controlimiti costituzionali  
di *Anna Camilla Visconti* » 128

## PARTE SECONDA

### TUTELA GIURISDIZIONALE EFFETTIVA, SPECIALIZZAZIONE E SPECIALITÀ DEI GIUDICI A TUTELA DI DIRITTI NEI CONFRONTI DELL'AMMINISTRAZIONE. IL CASO EMBLEMATICO DELLA "GIURISDIZIONE SULLE RISORSE"

La giurisdizione sulle entrate e sulle spese  
di *Mario Bertolissi* » 147

La Corte Costituzionale e la tutela dei diritti nell'impiego delle risorse  
di *Guido Rivosecchi* » 159

Libertà economiche ed autonomia locale: strumenti e lacune della tutela giurisdizionale  
di *Filippo Pizzolato, Davide Testa* » 172

La Corte dei conti  
di *Carola Pagliarin* » 188

Il (nuovo?) giudice tributario, tra unità della giurisdizione e indipendenza del giudice speciale  
di *Giuseppe Bergonzini* » 207

Giustizia fiscale e "*new global judicial attitude*": verso un *comparative transformative constitutionalism*?  
di *Giovanna Tieghi* » 229

La prospettiva europea: appunti sul controllo e sulla gestione delle risorse in un sistema multilivello  
di *Giovanni Comazzetto* » 248

**PARTE TERZA**  
**LEZIONI DALLA GIUSTIZIA NEL SINDACATO**  
**DI VALUTAZIONI TECNICHE O ECONOMICHE COMPLESSE**

- Sindacare l'amministrazione è anch'esso amministrare? Il ruolo del sindacato del giudice amministrativo sulla decisione amministrativa, osservazioni su discrezionalità amministrativa e tecnica e breve *focus* sul relativo sindacato nel settore dei contratti pubblici  
di *Federico Laus* pag. 263
- La metamorfosi della giustizia tradizionale e le geometrie della legittimazione dell'*adjudication*  
di *Rolando Pini* » 295
- Profili evolutivi e criticità nel giudizio amministrativo sul fatto. Le sanzioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e della Banca d'Italia  
di *Cecilia Sereni Lucarelli* » 304
- La rideterminazione giudiziale delle sanzioni *antitrust*. Elementi di riflessione tratti dalla prassi  
di *Angelo Castaldo, Marco Grantaliano* » 325
- L'estensione del sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse in materia bancaria  
di *Donato Messineo* » 339
- L'estensione del sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse in tema di sperimentazione animale alla luce della normativa attuativa della direttiva 2010/63/UE  
di *Carlo Bottari* » 351
- I poteri del giudice amministrativo in sede d'impugnazione delle decisioni dei giudici sportivi  
di *Paco D'Onofrio* » 372

**PARTE QUARTA**  
**TUTELA GIURISDIZIONALE EFFETTIVA**  
**E DIRITTO SANZIONATORIO DEL SETTORE FINANZIARIO.**  
**TEORIA E PRASSI NELL'ORDINAMENTO EUROPEO**  
**E IN QUELLO ITALIANO**

- Il sistema sanzionatorio nel settore assicurativo: principi e tutele  
di *Claudio Russo* pag. 387
- Tutela giurisdizionale effettiva e diritto sanzionatorio in materia  
bancaria a seguito del regolamento SSM  
di *Raffaele D'Ambrosio* » 398
- L'evoluzione del modello di sanzione nel diritto dei mercati finan-  
ziari e il suo vaglio giurisdizionale  
di *Simone Alvaro, Alessandra Bianconi, Chiara Lieto* » 412
- Il potere sanzionatorio dell'ESMA tra normativa e prassi e il suo  
sindacato nell'ordinamento europeo  
di *Federica Cameli* » 457
- Il sindacato del giudice amministrativo sull'esercizio del *golden*  
*power*: effettività della tutela tra ordinamento interno e diritto  
dell'Unione europea  
di *Enrico Tinti* » 470

**PARTE QUINTA**  
**TUTELA GIURISDIZIONALE EFFETTIVA E RISPETTO DEI DIRITTI**  
**FONDAMENTALI NEL PRISMA DELLA SPECIALIZZAZIONE**  
**NELL'INDAGINE E NELLA GIURISDIZIONE PENALE**  
**IN MATERIA BANCARIA E FINANZIARIA: ASPETTI ISTITUZIONALI**  
**DI DIRITTO EUROPEO E NAZIONALE**

- Dal gioco competitivo al gioco cooperativo: lo scambio di informa-  
zioni fra la BCE e gli organi di giustizia penale nell'ambito delle in-  
dagini bancarie  
di *Silvia Allegrezza, Leonardo Romanò* » 489
- Giusto processo, vigilanza finanziaria e diritto al rimedio effettivo  
di *Giulia Lasagni* » 518

La proporzionalità della pena in materia di abusi di mercato. Profili problematici di un sindacato diffuso di ri-equilibrio sanzionatorio di *Chiara Silva*

pag. 537

**PARTE SESTA**  
**OLTRE LA GIURISDIZIONE: EFFETTIVITÀ DI TUTELA**  
**E STRUMENTI DI RISOLUZIONE ALTERNATIVA**  
**DELLE CONTROVERSIE.**  
**LE LEZIONI DAL SETTORE FINANZIARIO**

*Online Dispute Resolution*. Regolamentazione europea ed evoluzione normativa  
di *Maria Alessandra Stefanelli*

» 579

Il rilievo assunto dagli strumenti giuridici di risoluzione alternativa delle controversie: impatto sulla fiducia dei consumatori nel mercato  
di *Beatrice Bertarini*

» 592

L'Arbitro Bancario Finanziario nel quadro europeo e nel contesto delle reti di ADR. Profilo ordinamentale, processuale e di merito  
di *Marcello Marinari*

» 602

L'arbitro IVASS: prima forma di giustizia predittiva?  
di *Nicola Soldati*

» 617

L'Arbitro per le controversie finanziarie nel quadro europeo e nel contesto delle reti di ADR. Lezioni sul piano ordinamentale, processuale e del merito  
di *Salvatore Providenti*

» 638



# PROFILI EVOLUTIVI E CRITICITÀ NEL GIUDIZIO AMMINISTRATIVO SUL FATTO. LE SANZIONI DELL'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO E DELLA BANCA D'ITALIA

CECILIA SERENI LUCARELLI\*

SOMMARIO: 1. Il giudizio sul fatto nell'ottica di una tutela giurisdizionale piena ed effettiva – 2. L'istruzione da mezzo a "presunto" ostacolo nell'accesso al fatto – 3. Verso un sindacato di "maggiore attendibilità" nell'accesso al fatto in materia di sanzioni irrogate dall'Autorità Antitrust – 4. Le sanzioni della Banca d'Italia: il riparto di giurisdizione rappresenta un rimedio all'effettività della tutela? – 5. Alcune considerazioni finali.

## **1. Il giudizio sul fatto nell'ottica di una tutela giurisdizionale piena ed effettiva**

È un dato oramai pacifico, per essere costantemente affermato dal Consiglio di Stato nelle sue sentenze almeno a partire dal 2019, che il giudice amministrativo abbia piena conoscenza del fatto, anche tecnico.

Occorre tuttavia chiedersi, in particolare, ai fini che interessano la presente analisi, se, per come è strutturato e per come concretamente si svolge il processo, il giudice conosca adeguatamente il fatto in un'ottica di tutela piena ed effettiva<sup>1</sup>.

Infatti, quando ci si sposta dal piano dell'astratta codificazione dei principi alla loro applicazione in concreto e ci si interroga sullo stato attuale del giudizio amministrativo, non si giunge a conclusioni soddisfacenti in termini di effettività e pienezza della tutela e non può che dubitarsi dell'adeguatezza del controllo sul fatto.

Il tema interseca temi sostanziali e processuali più ampi che muovono dall'evoluzione del sistema di giustizia amministrativa e delle tutele accordate al citta-

\* Università di Bologna.

1. Si interroga sull'effettività della tutela in rapporto alla conoscenza completa diretta e completa del fatto F.G. Scoca, *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani (brevi considerazioni)*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2020, 1097 ss., specialmente 1109.

dino nei confronti dell'amministrazione<sup>2</sup>, fino al dibattito più tradizionale relativo al sindacato del giudice sulle valutazioni tecniche<sup>3</sup>, che per ragioni di sintesi in questa sede possono solo essere accennati.

Il mutato rapporto tra cittadino, amministrazione e potere e la progressiva conformazione, prima nel procedimento, e poi eventualmente nel processo, del potere pubblico alle plurime istanze dei singoli, da un lato, e, dall'altro lato, il mutato ruolo del giudice, che nato come giudice "nell'amministrazione" da garante della legittimità fine a se stessa sembra oramai abbandonare anche i confini del "giudizio sul rapporto" che intercorre tra cittadino e amministrazione, per varcare le soglie di un giudizio sempre più penetrante in cui nel processo pare rifarsi il procedimento (e dunque l'istruttoria procedimentale)<sup>4</sup>, hanno infatti inciso sull'evoluzione del sindacato del giudice sul fatto. Il giudice controlla nel processo quello che è stato fatto prima e il processo si rivela una sorta di ulteriore ed eventuale fase del procedimento e, sotto tale profilo, "momento di cooperazione all'esercizio del potere"<sup>5</sup>. Il procedimento cioè non necessariamente rappresenta il fatto storico collocato in quel tempo e in quello spazio per come indicato dall'amministrazione, ma va analizzato nella sua dimensione dinamica di soddisfazione dell'interesse o meglio degli interessi pubblici a cui l'amministrazione è preposta e finalizzata<sup>6</sup>. Il fatto nel nuovo giudizio sul rapporto è così rappresentato da quanto è stato compiuto nel procedimento, non nel senso che l'istruttoria processuale è mediata da quella procedimentale<sup>7</sup>, ma perché il giudice la rifà in processo.

Con riguardo poi al sindacato del giudice sulle valutazioni tecniche, come noto a partire dal 1999, è pacifico che le valutazioni tecniche di carattere complesso o opinabile non costituiscano un campo precluso al giudice e che il suo sindacato possa essere più stringente di quello esercitato sul potere discrezionale

2. Imprescindibile sull'evoluzione del sistema di giustizia amministrativa il richiamo al discorso di S. Spaventa, *La giustizia nell'amministrazione. Discorso pronunciato da Silvio Spaventa nell'Associazione costituzionale di Bergamo il 6 maggio 1880*, in R. Porrini (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa. Leggi e regolamenti concernenti le questioni amministrative da trattarsi innanzi al Consiglio di Stato ed alle giunte provinciali amministrative con commenti e massime giurisprudenziali*, Barbera, 1900, specialmente 28 ss.

3. Su cui tra i molti si veda *infra* F. Laus, *Sindacare l'amministrazione è anch'esso amministrare? Il ruolo del sindacato del giudice amministrativo sulla decisione amministrativa, osservazioni su discrezionalità amministrativa e tecnica e breve focus sul relativo sindacato nel settore dei contratti pubblici*.

4. M. Dugato, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, in *Scritti in onore di Eugenio Picozza*, vol. I, Editoriale scientifica, 2019, 637 ss., ora anche in *Munus*, 2020, 1, xiii ss.

5. Così M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, il Mulino, 1976, 273.

6. Sul tema R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, 2017, 112.

7. Sul tema si veda anche G. D'Angelo, *La cognizione del fatto nel processo amministrativo fra Costituzione, codice e ideologia del giudice*, in C. Cudia (a cura di), *L'oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso. Gli istituti processuali in evoluzione*, Giappichelli, 2020, 265 ss.

perché non si tratta di valutare il prevalere di un interesse su un altro ma più semplicemente la ragionevolezza della scelta tecnica applicata al diritto. È altresì indubbio che quando vengono in gioco valutazioni tecniche le categorie tradizionali rischiano di vedere sfumati i propri confini e la sensibilità “per le esigenze legate alla materia” tende a prevalere su quella per la “coerenza di sistema”<sup>8</sup>. A volte il giudice fa salvo il limite dell’abnormità della scelta tecnica, altre volte confonde il piano della complessità tecnica con quello dell’inadeguatezza della motivazione, altre volte dichiara il ricorso inammissibile solo perché comporta la necessità di approfondimenti tecnici, altre volte tende a far proprie conoscenze specialistiche che non è scontato che sappia dominare, con l’effetto che la natura tecnica del fatto non pare fungere da criterio uniformante.

Fatta questa sintetica ma necessaria premessa, si procederà secondo questo schema.

Nella prima parte, sull’assunto della relazione tra istruzione e cognizione del fatto<sup>9</sup>, si darà atto, ancorché sinteticamente, di alcune criticità dell’istruttoria nel processo amministrativo: per quanto il codice del processo amministrativo del 2010 abbia rappresentato il punto d’approdo di un percorso già da tempo in atto e abbia definitivamente consacrato il superamento del modello impugnatorio e dei tradizionali limiti dei poteri istruttori e decisori al sindacato del giudice, permane infatti l’eco di quel “peccato originale”, come è stato efficacemente definito dalla più autorevole dottrina<sup>10</sup> e la giustizia amministrativa si trova ancora a fare i conti con l’esigenza di superamento dei limiti storici delle garanzie giurisdizionali nei confronti dell’amministrazione e dell’ingiustificata disomogeneità di tutela delle situazioni giuridiche soggettive accordata dal giudice amministrativo.

Il giudice amministrativo mostra una tendenziale deferenza nell’utilizzo dei mezzi istruttori e, anche quando il fatto è tecnico e la verifica del fatto dovrebbe essere operata in giudizio almeno alla luce del medesimo sapere specialistico dell’autorità, l’istruttoria continua infatti ad essere meramente documentale e la

8. G. Sigismondi, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle corti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2015, 705 ss.

9. La bibliografia sul tema è amplissima. Per tutti F. Benvenuti, *L’istruzione nel processo amministrativo*, CEDAM, 1953; C.E. Gallo, *La prova nel processo amministrativo*, Giuffrè, 1994; M. Nigro, *Il giudice amministrativo “signore della prova”*, in *Studi in memoria di Andrea Torrente*, vol. II, Giuffrè, 1968, 769 ss.; R. Villata, *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 1995, 195 ss.; A. Travi, *Valutazioni tecniche e istruttoria del giudice amministrativo*, in *Urb. e app.*, 11, 1997, 1262 ss.; Id., *Garanzia del diritto di azione e mezzi istruttori nel giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 1987, 558 ss.; A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione avanti il giudice amministrativo. Contributo alla teoria dell’azione nella giurisdizione esclusiva*, vol. II, CEDAM, Padova, 2001, 3 ss.

10. Così A. Police, *La mitologia della “specialità” ed i problemi reali della giustizia amministrativa*, in *Questione giustizia*, 3, 2015, 136 ss.

consulenza tecnica d'ufficio, che dovrebbe essere imprescindibile per un più completo accertamento del fatto, viene raramente disposta e si finisce con il dare prevalenza al consulente di parte più convincente.

A riprova di quanto detto, seguirà un'analisi giurisprudenziale<sup>11</sup> con riguardo alle sanzioni irrogate dall'Autorità Antitrust e dalla Banca d'Italia, in quanto il dato che si vuole evidenziare è che al di là delle affermazioni di principio si assiste a un sindacato sul fatto differenziato tra settore e settore, ma anche tra giudice e giudice, che oltre che rendere sempre meno prevedibili le decisioni non pare rispondere a quell'idea di tutela giurisdizionale piena ed effettiva e a quel modello di unico processo giusto imposto dagli artt. 24 e 111 Cost. e dalle norme europee.

In particolare, nei giudizi che hanno ad oggetto le sanzioni Antitrust si assiste a timide aperture sotto il profilo dell'utilizzo dei mezzi istruttori, ma anche in quei casi, come si dirà nel proseguo, l'istruttoria non pare finalizzata a un più profondo accertamento del fatto, ma si risolve in una valutazione dell'attendibilità e ragionevolezza della voce tariffaria e viene strumentalizzata per confortare il giudizio sulla non manifesta irragionevolezza del provvedimento emesso dall'autorità amministrativa.

L'analisi della giurisprudenza sulle sanzioni della Banca d'Italia, che più volte hanno visto oscillare il "pendolo del legislatore"<sup>12</sup> tra le due opposte soluzioni fino alla pronuncia della Corte costituzionale del 15 aprile 2014, n. 94<sup>13</sup> che ha attribuito la giurisdizione al giudice ordinario, è infine d'interesse nel ragionamento svolto in quanto le criticità nell'accesso al fatto e la resistenza nel sindacare i provvedimenti dell'autorità di vigilanza del credito anche da parte del giudice ordinario mostrano come il problema dell'accesso al fatto non possa additarsi esclusivamente a un atteggiamento del giudice amministrativo, ma sia più in generale spiegabile, non necessariamente giustificabile, in ragione della peculiarità e degli interessi sottesi a determinate materie. Malgrado la complessità tecnica dei fatti da

11. Sul ruolo creativo e integrativo della giurisprudenza nell'evoluzione del sistema di giustizia amministrativa si vedano tra i molti M.S. Giannini, A. Piras, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Giuffrè, 1970, 229 ss.; S. Cassese, *Grandezza e insuccessi del giudice amministrativo italiano*, in *Giorn. dir. amm.*, 8, 1998, 777 ss.; M. D'Alberti, A. Pajno, *Il giudice amministrativo fra tutela giurisdizionale e creazione giurisprudenziale*, in M. Bessone (a cura di), *Diritto giurisprudenziale*, Giappichelli, 1996, 299 ss.

12. F. Merusi, *Dal 1865... e ritorno... al 1864. Una devoluzione al giudice ordinario della giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione a rischio di estinzione*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2016, 671 ss.

13. Corte cost. 15 aprile 2014, n. 94, in *Giur. cost.*, 2, 2014, 1681 ss., con osservazioni di G. Serges, *La giurisdizione in materia di sanzioni inflitte dalla Banca d'Italia tra i principi elastici di delega e reviviscenza di disposizioni abrogate*; si veda anche M.A. Impinna, *Nota a Corte costituzionale 15 aprile 2014, n. 94*, in *Giur. comm.*, 1, 2015, 11 ss.

accertare, sono, infatti, rari, come si dirà, i casi in cui il giudice ordinario dispone la consulenza tecnica d'ufficio, in virtù di una sorta di presunzione di conformità al vero dei fatti come accertati nel provvedimento e sulla base dell'idea che l'accertamento debba rimanere affidato alla valutazione di prove precostituite prima del processo e formate unilateralmente dall'autorità amministrativa.

## 2. L'istruzione da mezzo a “presunto” ostacolo nell'accesso al fatto

Come anticipato nelle premesse si è da sempre riconosciuta la relazione tra l'istruttoria e l'accesso al fatto, tanto che la migliore dottrina ha parlato di “contenuto minimo dell'istruzione probatoria”, per evidenziare che l'istruttoria soddisfa “l'esigenza del giudice di conoscere il materiale di fatto necessario per il suo giudizio”<sup>14</sup>.

L'iniziale limitatezza quantitativa<sup>15</sup> dei mezzi di prova ammessi nel giudizio di legittimità<sup>16</sup> è stata così storicamente “giustificata”<sup>17</sup> in relazione alla limitata esigenza del giudice di conoscere il fatto nella verifica della sussistenza di un vizio di legittimità<sup>18</sup>, tanto che nei casi di giurisdizione estesa al merito e di giurisdizione esclusiva<sup>19</sup>, caratterizzati da un accertamento più completo dei fatti, il legislatore aveva previsto più ampi poteri istruttori.

D'altro canto, l'astratta previsione di più ampi mezzi istruttori non è stata di per sé sufficiente a garantire un consequenziale ampliamento dell'accesso del giudice al fatto<sup>20</sup> per l'atteggiamento più o meno giustificato, ma generalmente timido assunto fino a qualche anno fa dalla giurisprudenza amministrativa nella conoscenza diretta del fatto<sup>21</sup>.

Quest'ultima considerazione è utile sotto il profilo ricostruttivo, ma l'attuale prospettiva sull'istruzione probatoria non può che essere differente: definitivamente superati la logica del processo all'atto e la resistenza del giudice a

14. Così F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 74.

15. Sul tema della limitatezza dei mezzi di prova si veda E. Cannada Bartoli, *Processo amministrativo*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIII, UTET, 1957, 1077 ss.; R. Laschena, *L'istruzione nel processo amministrativo. Profili generali*, in *Studi per il centocinquantenario del Consiglio di Stato*, vol. III, Istituto poligrafico e Zecca dello Stato, 1981, 1803 ss.

16. Cfr. artt. 26, r.d. 17 agosto 1907, n. 642 e 44, comma 1, r.d. 26 giugno 1924, n. 1054.

17. M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., 257.

18. Così C.E. Gallo, *La prova nel processo amministrativo*, cit., 14.

19. Con riguardo alla giurisdizione di merito si vedano l'art. 16, legge n. 5992/1889; l'art. 27, r.d. 17 agosto 1907, n. 642; l'art. 44, comma 2, r.d. 26 giugno 1924, n. 1054. Con riguardo alla giurisdizione esclusiva si veda l'art. 35, comma 3, d.lgs. n. 80/1998.

20. Sul tema si veda A. Corpaci, *La giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Le riforme crispine. Giustizia amministrativa*, vol. II, Giuffrè, 1990, 77 ss.

21. C.E. Gallo, *La prova nel processo amministrativo*, cit., 12.

“tribunalizzarsi”<sup>22</sup>, l’accesso al fatto è oramai pacifico ed è necessario interrogarsi sull’adeguatezza dell’istruttoria in sé, sui mezzi di prova e sui poteri del giudice e delle parti nell’acquisizione del fatto, in risposta all’altrettanto imprescindibile esigenza di effettività della tutela<sup>23</sup>.

Se l’obiettivo anche del processo amministrativo è quello della “ricerca della verità”<sup>24</sup>, come già auspicato agli inizi degli anni Novanta quando ancora si ragionava sulle prospettive e sulle trasformazioni di un processo all’atto<sup>25</sup>, pare che dall’istruttoria (*rectius* dall’istruzione probatoria) non si possa più acriticamente prescindere<sup>26</sup>.

In altri termini, per quanto sotto tale profilo pare che tutto sia già nel codice del 2010, che ha sostanzialmente parificato i mezzi istruttori a quelli tipici del processo civile<sup>27</sup> e ha uniformato l’istruttoria nel processo di legittimità a quella in origine prevista per la sola giurisdizione esclusiva dal d.lgs. n. 80/1998<sup>28</sup>, in un processo con pieno accesso al fatto la crescente esigenza di effettività della tutela giurisdizionale non pare più potersi accontentare di trovare una sintesi in una relazione tra fatto e istruttoria che, ancorché indubbia, continua il più delle volte a rimanere sulla carta.

Il giudice amministrativo sembra essersi finalmente dotato degli “occhi” e delle “mani” che gli mancavano<sup>29</sup>, ma, come rilevato da uno dei massimi studiosi dell’istruttoria nel processo amministrativo, occorrerebbe una vera e propria “revisione dell’istruttoria”<sup>30</sup>.

22. L’espressione è di V. Domenichelli, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, CEDAM, 1988, 264.

23. Sul rapporto tra mezzi istruttori e “diritto d’azione” A. Travi, *Garanzia del diritto di azione e mezzi istruttori nel giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 1987, 558 ss.;

24. L’espressione è di F. Benvenuti, *L’istruzione nel processo amministrativo*, cit., 81.

25. Così M. Nigro, *Crisi del giudizio di annullamento, prospettive e linee di tendenza del processo amministrativo*, in L. Mazzaroli (a cura di), *Prospettive del processo amministrativo. Atti del convegno di studio. Padova 10-11 aprile 1987*, CEDAM, 1990, 17 ss.

26. Tra i molti C.E. Gallo, *L’istruttoria processuale*, in *Diritto amministrativo speciale*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. V, Giuffrè, 2003, 3334.

27. L’art. 63 c.p.a., infatti, senza distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi, tra giurisdizione esclusiva, di legittimità o di merito, dopo aver espressamente richiamato l’ordine di esibizione di documenti, l’ispezione, la prova testimoniale, la consulenza tecnica, al comma 5 prevede che “il giudice può disporre anche l’assunzione degli altri mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, esclusi l’interrogatorio formale e il giuramento”.

28. Sulle novità introdotte dall’art. 35, d.lgs. n. 80/1998 si veda A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, vol. II, cit., 29 ss.

29. L’immagine del giudice amministrativo quale “essere con grandi orecchi, ma senza occhi e senza mani” è di M.S. Giannini, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 522 ss.

30. Così C.E. Gallo, *Linee per una riforma non necessaria ma utile del processo amministrativo*, in *Il Processo*, 2, 2020, 347 ss.

A tal proposito, vari sono gli aspetti da considerare: da un lato, il codice del processo amministrativo, a differenza del codice di procedura civile, non prevede una fase propriamente istruttoria; dall'altro lato, il capo II stabilisce non del tutto chiare modalità di assunzione delle prove, che possono essere disposte sia dal Presidente o da un magistrato da lui delegato, sia dal Collegio<sup>31</sup>.

Il primo aspetto non sembra cogliere nel segno le problematiche dell'istruzione nel processo sul fatto, in quanto l'assenza di una vera e propria fase istruttoria e presunte istanze di celerità del processo non sembrano rappresentare le ragioni per cui il giudice amministrativo normalmente si astiene dall'effettuare attività istruttoria<sup>32</sup>. Anzi, pur con le cautele che un tale parallelismo richiede<sup>33</sup>, anche nel processo di cognizione davanti al giudice ordinario, pare che si vada nella direzione di rendere fisiologica l'assenza di un'autonoma fase di istruzione, quando la causa risulta di per sé matura per la decisione o con riguardo a determinate controversie per le quali la stessa non risulta necessaria. Nel rendere il nuovo rito semplificato di cognizione alternativo a quello ordinario, la riforma Cartabia pare, infatti, invocare un'istruttoria che per quanto piena si svolga secondo modalità atipiche e deformalizzate (art. 281-*decies* ss. c.p.c.). La presenza di una fase istruttoria di per sé non rappresenta, dunque, la garanzia che il fatto venga effettivamente conosciuto e pare illusorio pensare che si faccia "prima" non facendo istruttoria<sup>34</sup>.

Il secondo dato che si vuole evidenziare è che raramente l'istruzione è anticipata e le misure istruttorie vengono disposte fuori dall'udienza dal Presidente o da un magistrato delegato, come previsto dal primo comma dell'art. 65 c.p.a. Le prove vengono, infatti, tutt'al più disposte dal Collegio all'esito dell'udienza di discussione del ricorso con un inevitabile allungamento dei tempi per giungere alla decisione del ricorso, oltre che a un inutile sovrapporsi di memorie e repliche. Così facendo tanto i giudici, quanto le stesse parti continuano a mostrare una qualche diffidenza, o meglio una certa non confidenza, rispetto alle istanze istrut-

31. Sul tema G. Virga, *Attività istruttoria primaria e processo amministrativo*, Giuffrè, 1991, 213 ss.

32. In passato si era sviluppata la prassi della c.d. udienza istruttoria nella quale venivano prese in considerazione le istanze presentate dalle parti.

33. Per tutti M. Renna, *Giusto processo ed effettività della tutela in un cinquantennio di giurisprudenza costituzionale sulla giustizia amministrativa: la disciplina del processo tra autonomia e "civiltà"*, in G. Della Cananea, M. Dugato (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, ESI, 2006, 573 ss.

34. Così V. Spagnuolo Vigorita, *Notazioni sull'istruttoria nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 26 secondo cui "da un lato vi è l'esigenza di far presto dall'altro quella di far bene, ma è evidente come l'esigenza di far presto sia addirittura contraddetta dal non fare istruttoria. Se infatti in molti casi è vero che un'istruttoria sommaria può giovare alla rapidità, è altrettanto vero che un'istruttoria carente in casi ancora più numerosi aggrava i tempi del processo".

torie, che vengono generalmente avvertite più come un appesantimento del giudizio, che quale utile strumento di conoscenza del fatto.

Quello che più rileva è che nel processo sul fatto non è più giustificabile, né tanto meno accettabile, che il giudice acceda al fatto senza effettivamente conoscerlo e sarebbe necessario un vero e proprio “mutamento di mentalità”<sup>35</sup> non solo del giudice, bensì anche delle parti. Si è infatti soliti individuare nel giudice, in particolare quello di primo grado, il principale responsabile dei difetti dell’istruzione probatoria, ma si ritiene che il più volte stigmatizzato “atteggiamento culturale”<sup>36</sup> del giudice amministrativo sia spesso alimentato da quello delle parti (in particolare dell’amministrazione) e dei loro difensori, che ormai abituate a un processo senza istruttoria, tendono a non attribuire la dovuta attenzione alla prova dei fatti e al rispetto del riparto degli oneri probatori e delle conseguenti regole di giudizio, mostrando un generale disinteresse nei confronti dell’istruzione e confidando nel fatto che il giudice si allinei sulla loro posizione.

In molti casi l’amministrazione rappresenta esattamente il fatto, in altri casi sono sufficienti i documenti depositati in giudizio, perché il fatto è semplice e non necessita di particolari conoscenze. In questi casi *nulla quaestio*. Ve ne sono tuttavia altri in cui la tutela è effettiva solo se il fatto è conosciuto dal giudice nel contraddittorio tra le parti ed eventualmente con l’ausilio di consulenti e la qualificazione della realtà di fatto compiuta dall’amministrazione nel provvedimento dovrebbe poter esser opportunamente superata, senza bisogno di ricorrere a una logica di indispensabilità o stretta necessità.

Tutto questo riesce meglio a spiegarsi nel caso di fatti complessi, di natura tecnica, rispetto ai quali risulta dirimente l’uso degli strumenti istruttori. L’istanza di adeguata presa in carico dei profili tecnici della decisione, potrebbe trovare risposta, se non in una formalizzazione della fase istruttoria analoga a quella che caratterizza il processo ordinario di cognizione, che per quanto si è detto non risulta risolutiva, almeno in un uso effettivo dei mezzi istruttori a disposizione del giudice<sup>37</sup>.

35. Così C.E. Gallo, *Linee per una riforma non necessaria ma utile del processo amministrativo*, in *Il Processo*, 2, 2020, 347 ss.

36. Parla di “disinclinazione giudiziale all’accertamento dei fatti (...) emblematica di un atteggiamento culturale ed, in senso lato, ideologico” F. Figorilli, *L’istruttoria nel giudizio amministrativo (art. 44, R.D. 26.6.1924, n. 1054)*, in S. Battini, B.G. Mattarella, A. Sandulli, G. Vesperini (a cura di), *Codice ipertestuale della giustizia amministrativa*, UTET, 2007, 594.

37. Sull’importanza dei mezzi istruttori per l’effettività del controllo giudiziario si veda A. Travi, *Garanzia del diritto di azione e mezzi istruttori nel giudizio amministrativo*, cit.; F. Cintioli, *Consulenza tecnica d’ufficio e sindacato giurisdizionale della discrezionalità tecnica*, in F. Caringella, M. Protto (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo dopo la legge 21 luglio 2000, n. 205*, Giuffrè, 2001, 913 ss.; C. Videtta, *Discrezionalità tecnica: problemi vecchi e nuovi dopo la l. 21 luglio 2000*,

Se in passato, fatto tecnico, riserva di amministrazione e inammissibilità della consulenza tecnica d'ufficio andavano di pari passo, e, accertata la natura tecnica della questione, la stessa era ritenuta di dominio dell'amministrazione e conseguentemente si escludeva che il giudice, e il suo consulente, potessero prendere posizione sulla stessa. In altri termini, l'istruttoria era ritenuta appannaggio dell'amministrazione e l'esclusione della consulenza tecnica era legata più alla natura riservata delle valutazioni tecniche, il cui ambito era stato "oltremodo esteso"<sup>38</sup>, che alla natura propriamente tecnica del fatto.

Oggi la natura tecnica del fatto non comporta in automatico che il potere sia riservato all'amministrazione e il giudice amministrativo si confronta quotidianamente, solo per fare alcuni esempi, con la posizione di un'impresa in una certa situazione di mercato; con la dipendenza di un'infermità da uno specifico fattore di rischio; con la compatibilità di un manufatto rispetto ai valori paesaggistici di una determinata zona; con il valore estetico di un bene su cui è stato apposto un vincolo culturale; con la qualità di una fornitura di macchinari in rapporto ai requisiti previsti in un bando di gara.

Il giudice, a differenza che in passato, non pare più ignorare le questioni tecnico-scientifiche oggetto di controversia. Eppure, in giudizio, anche quando viene prospettata la necessità di una consulenza tecnica, perché l'esame di talune delle doglianze dedotte investe aspetti di carattere squisitamente tecnico, si finisce con ritenerla superflua<sup>39</sup> e continua a prevalere il ricorso alla scienza privata del giudice<sup>40</sup>, che, per quanto meritevole, non pare la soluzione migliore ai fini di un'adeguata conoscenza del fatto tecnico nell'ottica di una tutela piena ed effettiva<sup>41</sup>.

*n. 205, in Foro amm. TAR, 6, 2002, 2251 ss.; F.G. Scoca, Spigolature sulla riforma del processo amministrativo, in A. Zito, D. De Carolis (a cura di), Giudice amministrativo e tutela in forma specifica, Giuffrè, 2003, 281 ss.*

38. Il riferimento è a A. Travi, *Valutazioni tecniche e istruttoria del giudice amministrativo*, cit.

39. Tra le più recenti Cons. Stato, sez. III, 14 gennaio 2021, n. 439; Id., 14 gennaio 2021, n. 434; Id., sez. II, 13 gennaio 2021, n. 420; Id., 7 gennaio 2021, n. 230; Id., 4 gennaio 2021, n. 77; Id., sez. III, 29 dicembre 2020, n. 8492; Id., sez. VI, 28 dicembre 2020, n. 8387.

40. TAR Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 25 maggio 2020, nn. 348 e 349: "Occorre premettere che l'esame di talune delle doglianze dedotte investe aspetti di carattere squisitamente tecnico, per le quali sarebbe ipotizzabile l'eventuale adozione di misure istruttorie (verificazione o CTU) al fine di meglio delineare alcune caratteristiche tecniche delle offerte presentate dai concorrenti. Non di meno ritiene il Collegio che la controversia può essere definita sulla scorta delle schede tecniche e dal manuale dei prodotti offerti la cui disamina rende possibile acquisire gli elementi di giudizio utili alla decisione".

41. Si vedano le recenti sentenze in materia di sindacato sugli atti dell'Autorità di regolazione dei trasporti Cons. Stato, sez. VI, 7 gennaio 2021, nn. 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 246, 247, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 259, 260, 261, 276.

### 3. Verso un sindacato di “maggiore attendibilità” nell’accesso al fatto in materia di sanzioni irrogate dall’Autorità Antitrust

Tanto premesso a livello generale, nel ragionamento condotto sul giudizio sul fatto, è utile un esame della giurisprudenza che, secondo l’opinione condivisa dalla migliore dottrina, da sempre ha avuto, e continua ad avere, un ruolo creativo e integrativo nell’evoluzione del sistema di giustizia amministrativa<sup>42</sup>.

Per ragioni di sintesi, come anticipato, l’analisi sarà circoscritta ai provvedimenti sanzionatori dell’Autorità Antitrust e della Banca d’Italia.

Con riguardo ai primi<sup>43</sup>, la scelta si spiega sia perché, sul piano teorico, la specifica materia, oltre ad essere oggetto di una giurisdizione “con cognizione estesa al merito” ai sensi dell’art. 134, comma 1, lett. c), c.p.a., è stata l’occasione per la prospettazione di un nuovo modello di controllo, quello della “maggiore attendibilità”, sia perché, sul piano pratico, rappresenta il terreno d’elezione per le considerazioni svolte sull’istruttoria e sull’accesso al fatto, a fronte di un più frequente ricorso a verificazioni e a consulenze tecniche<sup>44</sup>.

In un oramai noto caso nel quale l’AGCM aveva sanzionato un cartello tra due grandi imprese farmaceutiche volto a limitare la circolazione di un medicinale meno costoso per gravi patologie oftalmiche e a sostenere la diffusione di un prodotto dal prezzo assai più alto<sup>45</sup>, il Consiglio di Stato, dopo alcune considerazioni generali sul sindacato del giudice amministrativo sugli atti dell’AGCM<sup>46</sup>, si è soffermato sulle implicazioni derivanti dalla concezione sostanzialmente penale dei provvedimenti sanzionatori accolta dalla giurisprudenza CEDU<sup>47</sup>. Ha chiara-

42. Così M.S. Giannini, A. Piras, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Giuffrè, 1970, 229 ss.

43. Per un’analisi più generale della giurisprudenza in materia di recente S. de Nitto, *Esercizi di discrezionalità tecnica e di controllo giudiziale in materia antitrust*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2020, 181 ss.

44. Per un’analisi puntuale sotto il profilo della rideterminazione delle sanzioni da parte del giudice amministrativo si veda *infra* il contributo di A. Castaldo, M. Grantaliano, *La rideterminazione giudiziale delle sanzioni antitrust. Elementi di riflessione tratti dalla prassi giurisprudenziale più recente*.

45. Il riferimento è a Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990. Il caso è ricostruito da A. Mastrorilli, *Farmaci di lusso e medicinali a buon mercato*, in *Mercato concorrenza regole*, 3, 2014, 489 ss.

46. Esula dalla presente analisi il dibattito sulla natura del potere esercitato da AGCM su cui per tutti si vedano M. Clarich, *Per uno studio sui poteri dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in F. Bassi, F. Merusi (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Giuffrè, 1993, 115 ss.; A. Police, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Giappichelli, 2007, 245 ss.; M. Ramajoli, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Giuffrè, 1998, 346 ss.

47. Sul tema per tutti F. Goisis, *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. amm.*, 1, 2018, 1 ss.; F. Cintioli, *Giusto processo, CEDU e sanzioni antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2015, 507 ss.

mente affermato la piena e diretta verifica del fatto da parte del giudice amministrativo, rilevando come quest'ultimo non debba limitarsi a verificare se l'opzione prescelta dall'Autorità "rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili che possono essere date a quel problema alla luce delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto, bensì deve procedere a una compiuta e diretta disamina della fattispecie"<sup>48</sup>.

Nel caso di specie, ma più in generale in materia, la ricostruzione giuridica e l'accesso ai fatti nella loro realtà storica risultano centrali: l'immissione in commercio dei farmaci in momenti diversi, la concreta sostituibilità degli stessi, l'utilizzo dell'uno per curare malattia diverse dai tumori metastatici, le modalità di stipulazione degli accordi di licenza tra imprese, le limitazioni all'uso *off label*, l'analisi del mercato rilevante sono presi in considerazione dal giudice per decidere.

Il Consiglio di Stato è giunto così ad affermare che al sindacato di mera "attendibilità tecnica" andrebbe sostituito "un sindacato pieno di maggiore attendibilità" con un controllo pieno e diretto "della *quaestio facti* sotto il profilo della sua intrinseca verità (per quanto, in senso epistemologico, controvertibile)"<sup>49</sup>. In questi casi non sarebbe, dunque, corretto impostare il discorso sul grado di intensità del controllo giurisdizionale sugli atti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, non ponendosi un problema di possibilità o meno di sindacato sostitutivo, in quanto il giudice "è pienamente abilitato a pervenire all'accertamento della fondatezza delle pretese sostanziale invocata" e non operano i limiti insiti nella tecnica del sindacato sull'esercizio del potere<sup>50</sup>. In altri termini, se il criterio è quello della maggiore o minore attendibilità, la valutazione dell'autorità espressa nel provvedimento sanzionatorio impugnato è astrattamente posta sullo stesso piano di quella operata dalle parti e il giudice accede al fatto, non necessariamente

48. Non convince la proposta di un sindacato di maggiore attendibilità M. Delsignore, *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM: molto rumore per nulla?*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2020, 740 ss. Si vedano anche S. Torricelli, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle autorità indipendenti*, in *Dir. amm.*, 1, 2020, 97 ss.; L. Arnaudo, R. Pardolesi, *La saga Avastin/Lucentis: ultima stagione*, in *Foro it.*, III, 2019, 533 ss.; M. Cappai, *Il problema del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'AGCM in materia antitrust: un passo in avanti, due indietro... e uno in avanti. Una proposta per superare l'impasse*, in *Federalismi.it*, 2019, 21; A. Giusti, *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica? Riflessioni a margine di una recente "attenta riconsiderazione" giurisprudenziale*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2021, 335 ss.

49. Cons. Stato, n. 4990/2019.

50. Tanto sarebbe confermato dall'art. 7, comma 1, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, che ha espressamente previsto al secondo periodo: "Il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima".

te per sostituirsi<sup>51</sup>, ma per decidere sulla plausibilità della spiegazione fornita dalle parti rispetto a quella fatta propria dall'autorità e che trova sintesi nel provvedimento sanzionatorio.

Se così è, il provvedimento diverrebbe l'“occasione” per l'accesso del giudice al fatto, non l'oggetto limitato della sua cognizione e la valutazione dell'autorità si porrebbe sullo stesso piano di quella delle parti<sup>52</sup>.

Il criterio della “maggiore attendibilità” adottato dal Consiglio di Stato pare richiamare quella giurisprudenza europea che, in materia di riesame delle decisioni della Banca centrale europea<sup>53</sup>, ha superato il paradigma tradizionale del “margin of discretion” e dell'errore manifesto, per affermare un sindacato più penetrante che valuta la plausibilità o meno della soluzione prescelta dall'autorità.

Si consideri peraltro che nel giudizio sul risarcimento del danno derivante da una violazione del diritto della concorrenza il sindacato sul fatto è sancito per espressa previsione legislativa. Ai sensi dell'art. 7, comma 1, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, infatti, il sindacato del giudice comporta “la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima”.

In ogni caso, la “propensione del giudice a spingersi oltre la rappresentazione dei fatti forniti dal procedimento” per come affermata nel 2019 dal Consiglio di Stato non è pacifica.

Il criterio della “maggiore [o minore] attendibilità” è, da un lato, stato disatteso dalla giurisprudenza successiva e, dall'altro lato, la specifica vicenda dell'intesa Hoffmann - La Roche è stata portata anche avanti alla Cassazione, quale giudice dei conflitti<sup>54</sup>.

A ben vedere, con riguardo a quest'ultimo punto, il ricorso in Cassazione pare motivato più dal tentativo di perseguire un terzo grado di merito, che da

51. F. Cintioli, *Giusto processo, sindacato antitrust e accertamento dei fatti (dopo l'effetto vincolante dell'art. 7 d. lg. 19 gennaio 2017, n. 3)*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2018, 1231, propone di utilizzare il concetto di giusto processo, piuttosto che quelli di sindacato sostitutivo o non sostitutivo, debole o forte, esterno o interno, passando così “dalla definizione di cosa sia il sindacato sugli accertamenti antitrust al ‘come’ il sindacato deve essere esercitato nel processo”.

52. Esprime dubbi M. Clarich, *Garanzie del contraddittorio e tutela giurisdizionale in tema di sanzioni delle Autorità indipendenti nel settore finanziario*, in *Giur. comm.*, 1, 2021, 100 ss.

53. In generale sul riesame amministrativo delle decisioni della Bce si veda M. Clarich, *Il riesame amministrativo delle decisioni della Banca centrale europea*, in S. Civitarese Matteucci, L. Torchia (a cura di), *La tecnificazione*, in L. Ferrara, D. Sorace (a cura di), *Studi per i 150 anni dell'unificazione amministrativa italiana*, vol. IV, Firenze University Press, 2016, 263 ss.

54. A. Travi, *Il problema generale del sindacato giurisdizionale degli atti delle Autorità indipendenti; il riparto di giurisdizione e il controllo della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, seminario di studio del 14 febbraio 2019.

convincenti ragioni di superamento dei limiti esterni della giurisdizione. Si è, infatti, utilizzato l'espedito del diniego di giurisdizione e dell'eccesso di potere giurisdizionale, sull'assunto che il Consiglio di Stato in parte non avesse operato alcun sindacato né alcuna valutazione sui fatti fondanti la decisione di AGCM, in parte ne avesse invaso i poteri amministrativi confermando la sanzione da questa irrogata sulla base di fatti diversi. Le sezioni unite, tuttavia, hanno rigettato tutti i ricorsi, rilevando, sotto il primo profilo e ai fini che interessano, che il Consiglio di Stato non ha ommesso di espletare il vaglio dei fatti rilevanti, ma, al contrario, "ha compiuto *in toto* l'accertamento fattuale", affrontando in modo espresso la questione della sostituibilità terapeutica dei due farmaci e della natura ingannevole delle informazioni sugli effetti collaterali pregiudizievoli degli stessi<sup>55</sup>.

D'altro canto, a riprova dei perduranti incerti confini del sindacato sugli atti dell'AGCM<sup>56</sup>, rileva la circostanza che la stessa sesta sezione del Consiglio di Stato, pur espressamente citando la sentenza n. 4490 e il canone della "maggiore attendibilità", pare non confermare la prospettata soluzione nella giurisprudenza immediatamente successiva, continuando a richiamare il tradizionale parametro della ragionevolezza tecnica nel sindacato giurisdizionale sulle intese anticoncorrenziali "senza che sia consentito, in coerenza con il principio costituzionale di separazione, sostituire le valutazioni, anche opinabili, dell'amministrazione con quelle giudiziali"<sup>57</sup>.

#### **4. Le sanzioni della Banca d'Italia: il riparto di giurisdizione rappresenta un rimedio all'effettività della tutela?**

Un altro settore che merita qualche breve considerazione è quello delle sanzioni della Banca d'Italia.

L'interesse in questo caso si spiega oltre che per il fatto che la materia, a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 94/2014, è stata devoluta alla cognizione del giudice ordinario<sup>58</sup>, che pare continuare a difendere un modello proce-

55. Cass. civ., sez. un., 5 ottobre 2021, n. 26920.

56. Parla di "schizofrenia" giurisprudenziale" S. de Nitto, *Esercizi di discrezionalità tecnica e di controllo giudiziale in materia antitrust*, cit., 220.

57. Così Cons. Stato, sez. VI, 5 agosto 2019, nn. 5558-5564; Id., 2 settembre 2019, nn. 6022, 6023, 6025, 6027, 6030, 6032; Id., 23 settembre 2019, n. 6314.

58. Non è questa la sede per ripercorrere l'intero excursus normativo che ha caratterizzato il riparto di giurisdizione sulle sanzioni della Banca d'Italia. Per una sintesi si rinvia a W. Troise Mangoni, *Le sanzioni irrogate dalla CONSOB e dalla Banca d'Italia: riflessioni in tema di giurisdizione*, in *Dir. amm.*, 1, 2018, 33 ss.

dimentale sostanzialmente amministrativo<sup>59</sup>, più in generale per la rilevanza delle suddette sanzioni in termini economici<sup>60</sup>, capaci di incidere in maniera talvolta più pervasiva di una sanzione penale sulla vita professionale e relazionale del soggetto sanzionato<sup>61</sup>.

Se non nella misura in cui allo stesso è connesso quello dei limiti del sindacato del giudice e dell'accesso al fatto, non interessa ai fini della presente analisi l'ampio dibattito che ha interessato la dottrina e la giurisprudenza sulla natura discrezionale o meno dell'attività sanzionatoria esercitata<sup>62</sup>, che peraltro con riguardo al potere sanzionatorio della Banca d'Italia<sup>63</sup> è sembrato

59. Sia consentito sul tema, anche per più ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, il rinvio a C. Sereni Lucarelli, *Le sanzioni della Banca d'Italia nel panorama delle sanzioni amministrative tra mito e realtà*, in *Banca, impr. soc.*, 2, 2020, 317 ss.

60. Sul punto si vedano le relazioni annuali sulla gestione e sull'attività della Banca d'Italia, consultabili su [www.bancaditalia.it/pubblicazioni/relazione-gestione](http://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/relazione-gestione) [consultato il 7 ottobre 2023]. La relazione del 31 maggio 2022 relativa all'anno 2021 evidenzia come dei quarantasette procedimenti avviati quarantuno si sono conclusi con l'irrogazione di sanzioni per un totale di circa nove milioni di euro; nel 2020 dei cinquantuno procedimenti avviati, quarantanove si sono conclusi con l'irrogazione di sanzioni per un importo di circa dieci milioni di euro; nel 2019 dei quaranta procedimenti sanzionatori, trentotto si sono conclusi con l'irrogazione di sanzioni pecuniarie, per un importo complessivo di quasi nove milioni di euro.

61. G.L. Gatta, *Non sempre "depenalizzazione" equivale a "mitigazione". La Corte costituzionale sull'irretroattività delle sanzioni amministrative "punitive" più sfavorevoli di quelle penali (a proposito della confisca per equivalente per l'insider trading secondario)*, in *Dir. pen. cont.*, 2018; F. Viganò, *Un'altra deludente pronuncia della Corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative*, in *Dir. pen. cont.*, 2017.

62. Secondo alcuni si è di fronte a valutazioni complesse di tipo tecnico e quindi all'esplicarsi di un'attività discrezionale tecnica. F. Goisis, *Discrezionalità e autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1, 2013, 79 ss.; A. Baldassare, *Le sanzioni della Banca d'Italia*, in M. Fratini (a cura di), *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, CEDAM, 2011, 578; B.G. Mattarella, *Le sanzioni amministrative nel nuovo ordinamento bancario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 1996, 679 ss. Secondo altri all'amministrazione, soprattutto nella quantificazione della sanzione, spettano "valutazioni assai simili a quelle che competono al giudice penale in ordine alla commisurazione delle pene inflitte per i reati" (c.d. discrezionalità giudiziale); E. Capaccioli, *Principi in tema di sanzioni amministrative: considerazioni introduttive*, in *Le sanzioni in materia tributaria*, Giuffrè, 1979, 138. Più di recente la dottrina amministrativa tende a ricondurre la discrezionalità giudiziale a una comune ipotesi di discrezionalità amministrativa; in tal senso S.L. Vitale, *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale e diritto europeo*, Giappichelli, 277 ss.; W. Troise Mangoni, *Le sanzioni irrogate dalla CONSOB e dalla Banca d'Italia: riflessioni in tema di giurisdizione*, in *Dir. amm.*, 1, 2018, 33 ss.; F. Goisis, *Discrezionalità e autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1, 2013, 79 ss.; A. Police, A. Daidone, *Il conflitto in tema di giurisdizione sulle sanzioni della CONSOB*, in *Giur. it.*, 3, 2013, 684 ss.

63. Cass., sez. II, 31 luglio 2012, n. 13727; Cass., sez. un., 15 luglio 2010, n. 16577; Id., 27 aprile 2006, nn. 9600 e 9602; Id., 15 febbraio 2005, n. 2980; Id., 24 gennaio 2005, n. 1362; Id., 22

ad alcuni più un argomento “per razionalizzare *ex post* scelte legislative di riparto di giurisdizione”<sup>64</sup>, che un’affermazione coerente con le ripartizioni più tradizionali.

Nel nostro ordinamento l’art. 23 della l. 689/1981 prevede che, in caso di accoglimento del ricorso, il giudice ordinario possa annullare in tutto in parte l’ordinanza o modificarla anche limitatamente all’importo della sanzione. All’indomani dell’entrata in vigore di questa previsione, la dottrina ha in maniera pressoché unanime ritenuto che il legislatore avesse introdotto la possibilità di un sindacato pieno per verificare la fondatezza della pretesa<sup>65</sup>. Tanto la giurisprudenza quanto la dottrina, hanno infatti affermato che il sindacato sulla sanzione attiene non all’atto ma al rapporto, cioè alla fondatezza della pretesa sanzionatoria, così prospettando una sostanziale piena fungibilità dei poteri decisorii del giudice rispetto a quelli dell’amministrazione<sup>66</sup>, una sorta di “giurisdizione piena”<sup>67</sup> capace di dare attuazione al dettato costituzionale e di superare i vincoli derivanti dai limiti imposti dall’art. 4 della legge di abolizione del contenzioso amministrativo (l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E) alla cognizione del giudice ordinario.

La Cassazione ha però mostrato una certa resistenza ad attuare una reale giurisdizione sul rapporto nell’applicazione in concreto dell’art. 23, utilizzando l’argomento della complessità tecnica delle decisioni amministrative per limitarne la sindacabilità, ovvero affermando che “le garanzie della fase procedimentale si pongono in rapporto di netta esclusione rispetto alla pienezza del riesame in sede giurisdizionale”<sup>68</sup>.

L’attribuzione nel 2010 della giurisdizione sulle sanzioni al giudice amministrativo con cognizione estesa al merito era stata anche per questo motivo accolta con favore, attribuendo al giudice “poteri di sindacato nel merito, che consento-

luglio 2004, n. 13709; Id., 22 luglio 2004, n. 13703; Id., 21 maggio 2004, n. 9730; Id., 15 aprile 2003, n. 5994; Id., 11 febbraio 2003, n. 1992; Id., 11 luglio 2001, n. 9383.

64. F. Goisis, *Discrezionalità e autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1, 2013, 79 ss.

65. C.E. Paliero, A. Travi, *Sanzioni amministrative. Profili sistematici*, Giuffrè, 1988, 403.

66. Cass., sez. un., 16 aprile 2009, nn. 8990, 8989, 8886, 8885, 8884, 8883; Id., sez. I, 22 maggio 1990, n. 4612; in dottrina M.A. Sandulli, *Sanzione (sanzioni amministrative)*, in *Enc. giur.*, vol. XXVIII, Treccani, 1992, 2 ss., specialmente 18; R. Villata, *Problemi di tutela giurisdizionale nei confronti delle sanzioni amministrative pecuniarie*, in Id., *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, 2015, 266 ss.

67. F. Figorilli, *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della pubblica amministrazione*, Giappichelli, 2002, 259 ss.; F.P. Luiso, *Commento dell’art. 23 l. n. 689/1981*, in *Legisl. pen.*, I, 1982, 209 ss.; V. Scalese, *Le opposizioni alle sanzioni amministrative*, Giuffrè, 1994, 166 ss.

68. Cfr. Cass., sez. II, 29 aprile 2010, n. 10363.

no lo scrutinio di congruità ed adeguatezza della sanzione all'illecito contestato" e permettendogli di rideterminare la sanzione stessa<sup>69</sup>.

Anche con riguardo alle sanzioni della Banca d'Italia la giurisdizione così intesa avrebbe infatti potuto rispondere a quelle esigenze di "*full jurisdiction*", necessarie per compensare *ex post* i deficit partecipativi della fase procedimentale davanti all'autorità indipendente e avrebbe potuto assicurare di far valere ogni vizio procedurale nella fase del controllo giudiziale avanti alla Corte d'Appello "consentendo la massima espansione del diritto di difesa dell'incolpato e la possibilità di audizione dello stesso"<sup>70</sup>.

Malgrado tali affermazioni di principio, i termini della vicenda sono oramai noti e un'analisi più approfondita della giurisprudenza ordinaria corrobora l'impressione con riguardo ai giudizi di opposizione alle sanzioni della Banca d'Italia<sup>71</sup> di un tendenziale appiattimento del sindacato giurisdizionale sulle conclu-

69. Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 27 ottobre 2011, n. 5785; Id., 7 settembre 2012, n. 4753.

70. Cfr. Cass., sez. II, 19 febbraio 2019, n. 4820.

71. Sul sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti diversi da quelli sanzionatori di Banca d'Italia si veda *infra* il contributo di D. Messineo, *L'estensione del sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse in materia bancaria*. Anche in quella materia il giudice amministrativo pare confermare le sue più recenti statuizioni in tema di sindacato. A tal proposito si richiama quanto affermato dalla recente sentenza Cons. Stato, sez. VI, 19 luglio 2022, n. 6254 che ha comunque confermato la legittimità della misura adottata dall'Autorità bancaria, già rilevata nella CTU disposta in primo grado: "il Giudice amministrativo, fermo restando il potere di conoscere i fatti in modo pieno, può verificare anche la logicità, la congruità, ragionevolezza ed adeguatezza del provvedimento e della sua motivazione, la regolarità del procedimento e la completezza dell'istruttoria, l'esistenza e l'esattezza dei presupposti di fatto posti a fondamento della deliberazione, ma non può spingersi fino ad esprimere proprie autonome valutazioni in sostituzione dell'Autorità (...) Il limite che il sindacato giurisdizionale incontra rispetto ad elementi valutativi, quali quelli che vengono in discorso nel caso in esame, in base alla giurisprudenza più recente è declinabile in termini di 'attendibilità', o meglio della 'maggiore attendibilità', sempre con esclusione della possibilità per il giudice di sostituirsi all'amministrazione. Come anticipato, tale esito non costituisce un limite ai poteri del giudice, suscettibile di risolversi in una minorata tutela della situazione giuridica sottostante, bensì la conseguenza del modo in cui è congegnata la situazione giuridica sottostante, che non può non riflettersi sulla valutazione della conformità dei fatti alla relativa fattispecie astratta. In tali ipotesi, il giudice è pienamente abilitato a pervenire all'accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale invocata, senza che entri in gioco e sia di ostacolo il divieto del sindacato sostitutivo del giudice amministrativo (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 19/01/2021, n. 584). (...) non si è infatti al cospetto di un provvedimento sanzionatorio, che implica il solo accertamento di un illecito, bensì di una misura regolatoria i cui margini di apprezzamento discrezionale dell'Autorità di vigilanza sono evidentemente più ampi, e rispetto ai quali non è comunque possibile ipotizzare una sovrapposizione della valutazione giurisdizionale rispetto a quella della Banca d'Italia. In questo senso, ciò che deve essere indagato è l'attendibilità e la correttezza della valutazione operata dall'Autorità, con la precisazione che tale indagine deve essere effettuata in base alla situazione di fatto ed allo scenario di riferimento al tempo del provvedimento, secondo un canone di giudizio *ex ante*, in base alle evidenze allora disponibili, tenuto

sioni raggiunte dall'autorità del credito in uno scenario in cui non sono infrequenti le pronunce nelle quali si confessa talvolta candidamente “di non possedere gli strumenti per capirci qualcosa”<sup>72</sup>.

La scelta per la giurisdizione del giudice ordinario con giudizio camerale in unico grado davanti alla Corte di Appello di Roma evidenziava già nel 1994 l'atipicità del modello del procedimento di opposizione rispetto agli altri<sup>73</sup>, modello che a lungo è stato giustificato per la posizione di superiorità dell'autorità, per le funzioni tecniche di alto livello svolte e per la ritenuta difficoltà di esperire una diversa ricostruzione dei fatti<sup>74</sup>, ma che, ancora oggi, nonostante le modifiche introdotte, rischia di deformalizzare fortemente il giudizio impugnatorio<sup>75</sup> e di rendere di fatto “impossibile” la difesa del sanzionato<sup>76</sup>.

Il processo di opposizione alle sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia è stato riformato da ultimo dal d.lgs. 12 maggio 2015, n. 72 e, nella versione attualmente vigente, gli artt. 145 TUB<sup>77</sup> e 195 TUF<sup>78</sup> prevedono che all'udienza la Corte di appello possa disporre, anche d'ufficio, i mezzi di prova che ritiene necessari, nonché l'audizione personale delle parti che ne abbiano fatto richiesta. Nonostante la previsione legislativa, il rito è di fatto pensato per non dare ingresso allo svolgimento di alcuna attività istruttoria, e, malgrado la complessità tecnica dei fatti da

altresì conto della finalità dell'intervento della Banca d'Italia, in ultima analisi volto a salvaguardare, secondo una logica di adeguata cautela, non solo l'integrità del singolo istituto di credito, ma il sistema entro il quale lo stesso si colloca in termini di affidabilità e fiducia”.

72. Cfr. F. Merusi, *Dal 1865... e ritorno... al 1864. Una devoluzione al giudice ordinario della giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione a rischio di estinzione*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2016, 671 ss.

73. *Ex multis*, C. Cavallini, *Il procedimento di opposizione alle sanzioni della CONSOB e della Banca d'Italia*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 3, 2003, 266 ss.

74. Corte cost. 4 marzo 1999, n. 49, ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 145, comma 6, TUB sull'assunto “(del)la particolarità della materia (...)” nonché “(del)la specialità dei controlli e delle procedure previsti in tale settore”; Cass., sez. I, 23 marzo 2004, n. 5743 ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, sollevata in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., dell'art. 145, nella parte in cui prevede la forma del rito camerale in virtù dei contenuti tecnici e delle fonti di conoscenza prevalentemente documentali che caratterizzano le controversie in materia bancaria.

75. In dottrina si esprime in senso critico sulla scelta di individuare come giudice di primo grado la Corte d'appello E.R. Desana, *Sanzioni CONSOB, Banca d'Italia e garanzie dell'incolpato: never ending story?*, in *Banca impresa società*, 2, 2019, 367 ss.

76. Si esprime in tal senso R. Costi, *La difesa del sanzionato: “una missione impossibile”*, in *Banca impresa società*, 1, 2019, 3 ss.

77. Per un commento della norma si veda E. Guarnieri, *Art. 145*, in R. Costi, F. Vella (a cura di), *Commentario breve al testo unico bancario*, Wolters Kluwer-CEDAM, 2019.

78. Sul riparto di competenze sanzionatorie nel settore del mercato mobiliare tra Banca d'Italia e CONSOB si veda M. Clarich, E.L. Camilli, *L'evoluzione del controllo dei rischi finanziari: le competenze della Banca d'Italia e della CONSOB*, in *Banca impresa società*, 1, 2009, 27 ss.

accertare, sono rari i casi in cui il giudice ordinario dispone la consulenza tecnica d'ufficio, in virtù di una sorta di presunzione di conformità al vero dei fatti come accertati nel provvedimento e sulla base dell'idea che l'accertamento deve rimanere affidato alla valutazione di prove precostituite prima del processo e formate unilateralmente dall'autorità amministrativa<sup>79</sup>.

È certo, invece, che secondo l'insegnamento della Corte di Strasburgo *full jurisdiction* significa riesame pieno delle scelte amministrative nel contesto di un processo in cui il giudice verifica se, in rapporto alle circostanze del caso concreto, l'autorità amministrativa ha fatto "un uso appropriato dei suoi poteri, esaminando il fondamento e la proporzionalità delle scelte"<sup>80</sup>.

Con la sentenza la Corte d'Appello può rigettare l'opposizione, ponendo a carico dell'opponente le spese del procedimento, o accoglierla, annullando in tutto o in parte il provvedimento o riducendo discrezionalmente l'ammontare o la durata della sanzione, "senza esser tenuta nemmeno a specificare in sentenza i criteri adottati nel procedere a detta determinazione"<sup>81</sup>. È tuttavia quasi impossibile trovare un decreto di accoglimento con cui il giudice sostituisce la sua valutazione a quella dell'autorità<sup>82</sup>, che compie "scelte di merito che, rientrando nella discrezionalità che va riconosciuto a detto organo, non possono essere mai configurate quali irregolarità"<sup>83</sup> e altrettanto raro che il giudice riduca la sanzione<sup>84</sup>.

79. In tal senso E. Bindi, A. Pisaneschi, *Sanzioni CONSOB e Banca d'Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, Giappichelli, 2018, 151 secondo cui "il giudizio presenta ancora molte caratteristiche del rito sommario. In particolare l'istruzione probatoria è ancora regolata come un potere del giudice e non invece come un diritto delle parti".

80. Cfr. CEDU, 27 settembre 2011, C-43509/08, *Menarini c. Italia*.

81. Cfr. Cass., sez. II, 18 aprile 2018, n. 9546; Id., 7 aprile 2017, n. 9126; Cass., sez. I, 8 febbraio 2016, n. 2406.

82. App. Roma, sez. I, 30 luglio 2018, n. 5267; Id., 12 aprile 2018, n. 2375; Id., 10 marzo 2018, n. 1585; Id., 6 marzo 2018, n. 313; Id., 2 dicembre 2017, n. 7620; Id., 5 settembre 2017, n. 5595; Id., 26 luglio 2017, n. 5135; Id., 14 ottobre 2016, n. 8514; Id., 27 settembre 2016; Id., 14 settembre 2016, n. 7353; Id., 13 settembre 2016, n. 7339; Id., 7 settembre 2016, n. 7211; Id., 6 settembre 2016, n. 7184; Id., 5 settembre 2016, n. 5208; Id., 13 luglio 2016, n. 6574; Id., 8 luglio 2016, n. 6440; Id., 30 giugno 2016, n. 6182; Id., 24 giugno 2016; Id., 23 giugno 2016, n. 5934; Id., 23 giugno 2016, n. 7342; Id., 9 giugno 2016, n. 5509; Id., 27 maggio 2016, n. 5073; Id., 13 maggio 2016, n. 4627; Id., 30 marzo 2016, n. 4627; Id., 30 marzo 2016, n. 4219; Id., 14 marzo 2016, n. 3772; Id., 23 febbraio 2016, n. 1884; Id., 22 febbraio 2016, n. 1867; Id., 29 gennaio 2016, n. 606; Id., 16 ottobre 2015, n. 7990; Id., 7 maggio 2015, n. 3952; Id., 29 gennaio 2015; Id., 2 gennaio 2015, n. 3; Id., 13 dicembre 2013, n. 8146; Id., 19 luglio 2013; Id., 9 aprile 2013; Id., 18 marzo 2013; Id., 15 marzo 2013; Id., 23 novembre 2012; Id., 22 ottobre 2012; Id., 20 aprile 2012; Id., 21 marzo 2012; Id., 19 marzo 2012; Id., 30 novembre 2011; Id., 25 novembre 2011; Id., 20 novembre 2009, n. 704; Id., 5 gennaio 2009. Ancorché rare, si segnalano per aver accolto l'opposizione e annullato la sanzione App. Roma, sez. I, 17 gennaio 2020, n. 349; Id., 23 giugno 2016, n. 5935; Id., 19 ottobre 2017, n. 9011.

83. Cfr. App. Roma, sez. I, 2 dicembre 2017, n. 7620.

84. App. Roma, sez. I, 27 gennaio 2020, n. 581; Id., 9 luglio 2019, n. 4653; Id., 5 novembre

Anche quando il sanzionato decide di impugnare la sentenza della Corte d'Appello in Cassazione, gli esiti non cambiano<sup>85</sup>. Il giudice di ultimo grado cui compete il solo controllo, sotto il profilo logico formale e della correttezza giuridica, delle valutazioni compiute dal giudice di merito, mantiene un atteggiamento di totale deferenza, disattendendo pressoché sempre i motivi di impugnazione e peraltro condannando nella maggior parte dei casi il ricorrente alle spese di lite<sup>86</sup>. O perché conferma la decisione impugnata “sorretta, sul punto, da un apparato argomentativo sufficiente e immune da vizi logici”, o perché si sente sollecitato ad esercitare “poteri di cognizione che non gli competono, rientrando l'accertamento dei fatti e la valutazione delle risultanze probatorie nei compiti istituzionali del giudice di merito”<sup>87</sup>.

## 5. Alcune considerazioni finali

L'analisi condotta pare confortare il dato dal quale si è partiti: se in linea generale può dirsi che l'accesso del giudice al fatto non pare essere più in dubbio, nelle concrete modalità di accesso e nella valutazione del fatto permangono rilevanti criticità.

Da un lato, non è definitivamente compiuto il percorso di pieno accesso al

2018, n. 6979; Id., sez. I, 11 ottobre 2017, n. 6433; Id., 28 luglio 2017, n. 5176; Id., 1° aprile 2015, n. 3952; Id., 15 giugno 2012; Id., 21 marzo 2012.

85. L'analisi delle sentenze della Cassazione degli ultimi anni evidenzia come in rari casi il giudice di legittimità abbia accolto il ricorso, peraltro sempre parzialmente, e rinviato la decisione alla Corte d'Appello, si vedano di recente Cass., sez. II, 14 settembre 2022, n. 26983; Id., 9 agosto 2022, n. 24491; Id., 4 agosto 2022, n. 24170; Id., 13 maggio 2022, n. 15366; Id., 19 aprile 2022, n. 12436; Id., 19 aprile 2022, n. 12435; Id., 15 febbraio 2022, n. 4923; Id., 3 dicembre 2021, n. 38270; Id., 1° dicembre 2021, n. 37715; Id., 14 ottobre 2021, n. 28066; Id., 12 ottobre 2021, n. 27709. Le sentenze che non rigettano il ricorso sono sentenze che hanno dichiarato estinto il giudizio per rinuncia agli atti da parte del ricorrente sanzionato (o dell'erede del ricorrente sanzionato), si vedano Cass., sez. II, 22 marzo 2018, n. 7193; Id., 22 marzo 2018, n. 7192; Id., 11 luglio 2016, n. 14138; Id., 19 agosto 2015, n. 16912; Id., 2 aprile 2015, n. 6778 o per motivi di rito dichiarando il ricorso inammissibile Cass., sez. VI, 15 febbraio 2022, n. 4974; Id., sez. II, 2 febbraio 2022, n. 3247 e 3245, Id., 16 dicembre 2019, n. 33151.

86. Tra le molte Cass., sez. II, 3 giugno 2020, n. 10462; Id., 27 maggio 2020, n. 9961; Id., 21 maggio 2020, n. 9385; Id., 21 maggio 2020, n. 9371; Id., 9 marzo 2020, n. 6625; Id., 28 febbraio 2020, n. 5526; Id., 21 febbraio 2020, n. 4599; Id., 17 febbraio 2020, n. 3845; Id., 30 gennaio 2020, n. 2201; Id., 30 gennaio 2020, n. 2195; Id., 21 ottobre 2019, n. 26972; Id., 4 ottobre 2019, n. 24851; Id., 4 ottobre 2019, n. 24850; Id., 19 agosto 2019, n. 21176; Id., 12 aprile 2019, n. 10348; Id., 5 aprile 2019, n. 9705; Id., 28 marzo 2019, n. 8682; Id. 27 marzo 2019, n. 8572; Id., 22 marzo 2019, n. 8237; Id., 14 marzo 2019, n. 7327; Id., 5 marzo 2019, n. 6361; Id., 4 marzo 2019, n. 6239; Id., 28 febbraio 2019, n. 6006; Id., 19 febbraio 2019, n. 4820.

87. Cfr. Cass., n. 3656/2016, cit.; Id., n. 1529/2018, cit.; Id., n. 9705/2019, cit.

fatto, da intendersi come adeguato e doveroso approfondimento del fatto per un sindacato di cognizione effettivamente piena<sup>88</sup> e, per quanto con il codice del processo amministrativo si sia superata l'idea di un giudizio fondato sul paradigma della corrispondenza tra norma ed atto e siano state ampliate le azioni esperibili ed i mezzi istruttori, la particolare natura delle situazioni soggettive, l'innata vocazione oggettiva del giudice amministrativo, il timore di invadere il limite delle proprie attribuzioni, continuano a imporre sostanziali e importanti limitazioni nel sistema di giustizia amministrativa<sup>89</sup>.

Dall'altro lato, non è identificabile un unico modello di sindacato, con ricadute negative, anche sotto tale profilo, sul principio di effettività della tutela. L'accesso al fatto dovrebbe infatti essere uguale in tutti i sindacati e, una volta ammesso che il fatto è conoscibile, ipotizzare sindacati differenziati, oltre che rendere sempre meno prevedibili le decisioni del giudice, non pare rispondere a quell'idea di tutela giurisdizionale piena ed effettiva, né pare corrispondere a quel modello di un unico processo "giusto", secondo i canoni imposti dall'art. 111 Cost. e dalle norme europee. Quell'unico modello di processo e quei principi dovrebbero, infatti, valere indistintamente, per tutte le forme di giurisdizione e a prescindere dal settore preso in considerazione, dalla discrezionalità tecnica o amministrativa, dalla natura o meno indipendente dell'autorità amministrativa.

Quando il giudice è chiamato a risolvere controversie di carattere scientifico e in cui i fatti tendenzialmente esulano dal piano delle conoscenze notorie o delle scienze comuni, la natura tecnica del fatto dovrebbe essere irrilevante in astratto sotto il profilo dell'accesso al fatto e della sua valutazione, dal momento che la decisione, per rispondere alla domanda di tutela del cittadino, dovrebbe tener conto della situazione fattuale complessiva e sottesa alle questioni di diritto controverse. In altri termini, non dovrebbe implicare che il fatto sia mediato esclusivamente dal giudizio dell'amministrazione e conseguentemente l'esclusione o la limitazione del sindacato del giudice amministrativo, ma al contrario, per evitare posizioni di indebito privilegio o di potenziale arbitrio, dovrebbero essere garantiti meccanismi di più adeguato controllo. La verifica del fatto tecnico, infatti, dovrebbe essere operata in giudizio almeno alla luce del medesimo sapere specialistico dell'autorità, con le competenze necessarie per rinnovare o quantomeno

88. Tra i molti L. Giani, *Giudice amministrativo e cognizione del fatto (il pensiero di Antonio Romano)*, in *Dir. amm.*, 3, 2014, 535 ss.

89. Sul tema di recente F.G. Scoca, *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani (brevi considerazioni)*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2020, 1100 secondo cui la disciplina del processo amministrativo, quale si ricava dal c.p.a. "non risponde, peraltro, se non in parte, al c.d. diritto vivente, ossia al modello di processo che si celebra nelle aule giudiziarie, talché è impossibile affermare oggi, nonostante la vigenza del c.p.a., che il processo amministrativo consenta di soddisfare pienamente la pretesa del ricorrente, come voluto dalla legge".

ripercorrere le valutazioni e gli apprezzamenti dei fatti compiuti dall'amministrazione in fase procedimentale con l'ausilio e l'apporto di un organo consultivo<sup>90</sup>. Se così non è, il sindacato si riduce a un sindacato meramente "sintomatico"<sup>91</sup>, perché non assicura la corrispondenza con la realtà dei fatti e non può che essere di modesta utilità sotto il profilo della tutela, non solo del singolo cittadino ma, in definitiva, anche delle amministrazioni che sono evocate in giudizio.

L'esame della giurisprudenza sulle sanzioni della Banca d'Italia conferma poi che il "balletto delle giurisdizioni"<sup>92</sup> non sia la soluzione alla disomogeneità e all'effettività della tutela in quanto anche il giudice ordinario pare ancora oggi legato a un modello di sindacato teoricamente intrinseco, ma in realtà sostanzialmente estrinseco e formale e, salve limitate eccezioni, continua ad essere ispirato, al pari del giudice amministrativo, da una forte deferenza nei confronti delle valutazioni tecniche operate dall'autorità.

In conclusione, se non si vuole trasformare l'evoluzione del giudizio sul rapporto in giudizio sul fatto in un ulteriore privilegio della storia del sistema di giustizia amministrativa, a questa evoluzione dovrà darsi una giustificazione, o quantomeno il giudice dovrà far effettivo uso degli strumenti istruttori a sua disposizione per l'adeguata conoscenza del fatto. Altrimenti dovrà dirsi definitivamente irrisolto il problema della certezza processuale e fattuale che il giudizio sul rapporto avrebbe dovuto risolvere e il processo amministrativo verrà lasciato alla perdurante ricerca di una "utopia imperfetta"<sup>93</sup>.

90. Sul tema già A. Travi, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2, 2004, 439 ss.

91. In tal senso F.G. Scoca, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in V. Parisio (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Giuffrè, 1998, 123.

92. L'espressione è di M. Clarich, A. Pisaneschi, *Le sanzioni amministrative della CONSOB nel "balletto" delle giurisdizioni: nota a Corte costituzionale 27 giugno 2012, n. 163*, in *Giur. comm.*, 6, 2012, 1166 ss. riguardo alle sanzioni della CONSOB, ma si tratta di un'espressione utilizzabile anche per le sanzioni della Banca d'Italia.

93. Il richiamo è a A. Romano Tassone, *Su diritto ed utopia: le "utopie imperfette" del giurista*, in *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, vol. I, Editoriale scientifica, 2012, 887 ss.

---

*Collana del Dipartimento di Sociologia e Diritto dell'Economia*

*Università di Bologna*

Open Access -

---

*Ultimi volumi pubblicati:*

CLAUDIA GOLINO, ALESSANDRO MARTELLI (a cura di), *Un modello sociale europeo?. Itinerari dei diritti di welfare tra dimensione europea e nazionale* (E-book).

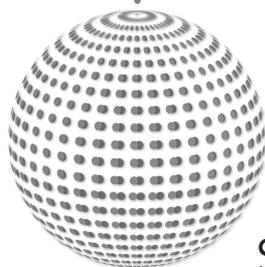
ALESSANDRO POMELLI, *Inside Debt Financing. Theory, Practice, and Regulatory Approaches* (E-book).

**FrancoAngeli**

## a strong international commitment

Our rich catalogue of publications includes hundreds of English-language monographs, as well as many journals that are published, partially or in whole, in English.

The **FrancoAngeli**, **FrancoAngeli Journals** and **FrancoAngeli Series** websites now offer a completely dual language interface, in Italian and English.



Since 2006, we have been making our content available in digital format, as one of the first partners and contributors to the **Torrossa** platform for the distribution of digital content to Italian and foreign academic institutions. **Torrossa** is a pan-European platform which currently provides access to nearly 400,000 e-books and more than 1,000 e-journals in many languages from academic publishers in Italy and Spain, and, more recently, French, German, Swiss, Belgian, Dutch, and English publishers. It regularly serves more than 3,000 libraries worldwide.

*Ensuring international visibility and discoverability for our authors is of crucial importance to us.*

**FrancoAngeli**



**torrossa**  
Online Digital Library

# La tutela giurisdizionale effettiva dei diritti

Sul piano delle *public law disputes* in materia bancaria e finanziaria, ad un'amministrazione europea che si è venuta a costituire rapidamente con caratteristiche di notevole innovatività e impatto operativo, non ha ancora corrisposto una analoga definizione organica degli strumenti giurisdizionali (in senso lato) di revisione. Quale possa essere la risposta organizzativa più adeguata rispetto a questo stato di cose è tema complesso, che chiama in gioco limiti dei Trattati e scelte di politica del diritto di vertice, a livello europeo. La soluzione a questi dilemmi si giova di un dialogo tra dimensione europea e dimensione nazionale, e trova molteplici spunti in paralleli dilemmi che l'esperienza italiana ha affrontato definendo i confini del sindacato giurisdizionale e della tutela dei diritti rispetto a decisioni amministrative interne in campo economico finanziario. Il volume ha così inteso raccogliere, in un'aggiornata analisi critica di sintesi, lo stato di queste riflessioni e il loro percorso evolutivo.

**Mario Bertolissi** è professore emerito di Diritto costituzionale nell'Università di Padova; si è occupato, tra l'altro, di argomenti riguardanti la finanza pubblica nei suoi risvolti istituzionali, ed è avvocato, con esperienza ultratrentennale di patrocinante dinanzi alla Corte costituzionale.

**Marco Lamandini** è professore ordinario di Diritto commerciale nell'Università di Bologna e vicepresidente dell'*Academic Board dello European Banking Institute*, è stato il secondo Presidente del *Joint Board of Appeal* delle autorità finanziarie europee ed è attualmente membro dell'*Appeal Panel* del meccanismo unico di risoluzione. Ha pubblicato di recente, insieme a David Ramos Munoz, *Finance, Law and the Courts* (OUP, novembre 2023).

**Roberto Nania**, già professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università Roma La Sapienza, ha insegnato diritto pubblico e diritto costituzionale presso le Università di Sassari, Udine, Bologna e Roma La Sapienza, nella quale, a oggi, svolge attività didattica. I suoi lavori scientifici sono dedicati principalmente ai temi del costituzionalismo e dei diritti fondamentali.