



XI° ENCUESTRO ÍTALOARGENTINO
DE PROFESORES DE DERECHO
ADMINISTRATIVO
9 Y 10 DE NOVIEMBRE DE 2023
En homenaje a la Prof. Inés A. D'ARGENIO



EXPOSICIÓN DE LA Prof. MARÍA ALESSANDRA SANDULLI,
Profesora de la Università di Roma Tre.

**Il controllo giurisdizionale sull'attività amministrativa
discrezionale / Control judicial de la actividad administrativa
discrecional**

L'intervento si focalizza sul tema dei confini del sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità amministrativa, sottolineando che esso deve essere comunque "effettivo", come si impone non soltanto per la migliore tutela degli amministrati, ma anche e soprattutto, per assicurare quella garanzia della "giustizia nell'amministrazione", che giustifica e rende apprezzabile l'esistenza del giudice amministrativo.

Sicché questi non può trincerarsi — per la discrezionalità tecnica — dietro i limiti propri del sindacato sulla discrezionalità pura e non può — per la discrezionalità pura — abdicare o travalicare il suo ruolo, confondendo tra vizio di eccesso di potere (sindacabile) e vizio di merito (di norma insindacabile)

**La presentación se centra en la cuestión de los límites del juez
administrativo en el control de la discrecionalidad**

administrativa, subrayando que en cualquier caso debe resultar efectivo, ya que viene impuesto no sólo por la necesidad de ofrecer la mejor protección a las personas sino también y por sobre todas las cosas, para garantizar la “justicia en la administración”, lo que justifica y hace apreciable la existencia del juez administrativo (o sea un juez diferente dal juez ordinario). En este sentido, el magistrado, al revisar la discrecionalidad técnica, no debe recluirse en los límites impuestos al control sobre la discrecionalidad pura, ni tampoco puede abdicar o exceder de su rol al revisar esta última, confundiendo el vicio por exceso de poder (revisable) con el vicio de mérito (por principio, irrevisable).

*

Negli ultimi anni, dopo un precedente affievolimento degli spazi della discrezionalità amministrativa sovente ritenuti fonte di possibili azioni criminogene, assistiamo a una rivalorizzazione di tale discrezionalità, alla quale -evidentemente non a caso- sono stati significativamente dedicati il convegno AIPDA 2022 e le Giornate di studio sulla giustizia amministrativa celebrate a Modanella lo scorso mese di giugno.

En los últimos años, luego de un marcado debilitamiento de los espacios de discrecionalidad administrativa a menudo considerados fuente de posibles acciones delictivas, asistimos a

una revalorización de dicha discrecionalidad, a la cual – evidentemente no por casualidad- le han sido significativamente dedicados el Congreso AIPDA 2022 y las Jornadas de estudio sobre la justicia administrativa celebradas en Modanella el pasado mes de junio.

La crisi della politica, per un verso, e la necessità di ripresa economica dall'altro, hanno determinato un progressivo allargamento dei “binari” entro i quali le amministrazioni sono chiamate a operare per espletare le loro funzioni, in un’ottica che, fermo il rispetto della legalità e dei principi di buon andamento, consenta loro di muoversi con minori vincoli e con minor preoccupazione di incorrere in responsabilità non facilmente prevedibili.

La crisis de la política, por un lado, y la necesidad de recuperación económica, por el otro, han generado la progresiva ampliación de los “carriles” dentro de los cuales las administraciones son llamadas a operar para realizar sus funciones, en una óptica que, dejando a salvo el respeto de la legalidad y los principios de buen funcionamiento, les permita desenvolverse con menores ataduras y con una menor preocupación por incurrir en responsabilidades no fácilmente previsibles.

Ne aveva dato primi segnali già, nel 2005, la previsione, nel nuovo art. 21-*octies* della l. n. 241/90, legge generale sull'azione

amministrativa, della irrilevanza dei vizi meramente formali e procedurali.

Ya en el año 2005 se había dado una primera señal en la previsión en el nuevo art. 21-octavo de la ley n. 241/90, ley general sobre el procedimiento administrativo, sobre la irrelevancia de los vicios meramente formales y procedimentales.

Ma ne hanno dato ben più importanti tracce le disposizioni limitative della responsabilità erariale (responsabilità degli operatori pubblici per i danni arrecati alle casse e all'immagine delle pubbliche Amministrazioni) e della stessa responsabilità penale, introdotte dai noti artt. 21 e 23 del d.l. n. 76 del 2020, che hanno, rispettivamente limitato la responsabilità erariale per colpa grave alle condotte omissive, subordinando alla prova del dolo quella per le condotte attive (disposizione nata come temporanea e già reiteratamente prorogata, da ultimo fino a giugno 2024), ed escluso il reato di abuso d'ufficio per violazione delle norme secondarie e, in via assoluta, per gli atti discrezionali.

Pero han dado trazos decididamente más importantes las disposiciones limitadoras de la responsabilidad contable (responsabilidad de los operadores públicos por los daños ocasionados al erario público y a la imagen de las Administraciones públicas) y también de la responsabilidad

penal, introducidas por los conocidos artículos 21 y 23 del decreto legislativo n. 76 del 2020, las que, respectivamente, han limitado la responsabilidad contable por culpa grave a las conductas omisivas, subordinando aquella a la prueba del dolo por las conductas activas (disposición ésta que nació como transitoria pero que ha sido reiteradamente prorrogada, la última vez, hasta junio del año 2024), y la responsabilidad por delito de abuso de poder a los violaciones de reglas específicas de conducta expresamente previstas por la ley primaria que no dejan margen de discreción.

Il segno più evidente è dato però dal nuovissimo codice dei contratti pubblici (approvato con d.lgs. n. 36 del 2023), che, con l'enunciazione dei cd principi del risultato e della fiducia, ha dichiaratamente inteso rafforzare il valore del concreto perseguimento del fine pubblico (eseguire il contratto) e, per l'effetto, "rassicurare" e "tranquillizzare" gli enti committenti e i RUP rispetto alle conseguenze di eventuali errori che, alla luce delle specifiche circostanze fattuali, appaiano "giustificabili".

Pero la señal más evidente ha sido dada por el novísimo código de los contratos públicos (aprobado por el decreto legislativo n. 36 del 2023), el que, mediante la enunciación de los denominados principios del resultado y de la confianza, ha expresamente entendido reforzar el valor de la concreta

consecución del fin público (ejecutar el contrato) y, por su conducto, “reasegurar” y “tranquilizar” a los entes comitentes y al responsable “único del procedimiento” respecto de las consecuencias por los eventuales errores que, a la luz de las específicas circunstancias de hecho, aparezcan como “justificables”.

Non è evidentemente questa la sede per entrare nel merito di queste scelte e delle disposizioni per attuarle.

No es evidentemente ésta la oportunidad para analizar el mérito de estas decisiones ni de las disposiciones actuativas.

Ciò che conta è che il Codice contrattuale del 2023 ha, in molte disposizioni, valorizzato la discrezionalità amministrativa (rinvio alla lucida analisi di M.R. Spasiano in un convegno tenutosi a Messina a fine settembre) e che, viste le restrizioni della responsabilità erariale e penale, l'unico, reale, baluardo contro un uso improprio di tale discrezionalità (che non è libertà e non può essere arbitrio), è il sindacato di legittimità sugli atti che ne sono espressione da parte del giudice amministrativo (il complesso TAR-Consiglio di Stato), anche -e soprattutto- attraverso un sindacato effettivo sul vizio di eccesso (nel senso di “sviamento”) di potere.

Lo que sí importa es que el Código de la contratación pública del 2023, en muchas de sus disposiciones, ha valorizado la

discrecionalidad administrativa (reenvío al lúcido análisis de M.R. Spasiano desarrollado en un seminario que tuvo lugar en Messina a fines de septiembre) y que, dadas las restricciones sobre la responsabilidad contable y penal, el único y real baluarte contra el uso impropio de dicha discrecionalidad (que no significa libertad y no puede ser arbitraria), es el control de legitimidad sobre los actos por parte del juez administrativo (el conjunto Tribunal administrativo regional-Consejo de Estado), también –y sobre todo- mediante un control efectivo sobre el vicio de exceso (en el sentido de “desviación”) de poder.

Sembra a tale proposito appena il caso di ricordare le giuste preoccupazioni della Corte dei conti, il nostro giudice della responsabilità erariale) che, richiamando parole della Corte costituzionale, ha osservato che *“una responsabilità erariale solo dolosa non è più una responsabilità funzionale al buon andamento della pubblica amministrazione”*.

Al respecto vale para el caso recordar la justa preocupación del Tribunal de Cuentas (nuestro juez de la responsabilidad contable) quien, haciendo propias las palabras de la Corte constitucional, ha observado que *“una responsabilidad contable solo dolosa no es más una responsabilidad funcional al buen funcionamiento de la administración pública”*.

In questo quadro e in uno Stato di diritto costituzionale l'effettività del sindacato del g.a. sulla discrezionalità amministrativa è assolutamente irrinunciabile.

En este cuadro y en un Estado de derecho constitucional la efectividad del control del juez administrativo sobre la discrecionalidad administrativa es absolutamente irrenunciable.

Come noto, tradizionalmente il termine discrezionalità è inopportuno utilizzato per descrivere modelli affatto diversi e ciò genera purtroppo confusione anche ai fini del relativo sindacato. La discrezionalità vera e propria (o “pura”), è quella in cui l'Amministrazione è chiamata a effettuare un **bilanciamento tra i diversi interessi** [ne sono esempio le scelte operate in materia di pianificazione urbanistica o in materia di tetti di spesa e ripartizione del budget destinato a particolari settori, tra cui *in primis* quello sanitario, che la giurisprudenza definisce “ampiamente discrezionali”, trattandosi di “determinazioni che tengono conto della ponderazione tra i diversi tipi di interessi e prestazioni eterogenee, come tale riservate ad una sfera di discrezionalità politico - amministrativa particolarmente ampia”: CdS 7622/23].

Como es sabido, ya es tradición que el término discrecionalidad sea utilizado de manera inoportuna para describir modelos bien diferentes, generando ello una desafortunada confusión también en relación a los fines del respectivo control. La discrecionalidad verdadera y propiamente dicha (la “pura”), es

aquella en la que la Administración está llamada a lograr un equilibrio entre los diversos intereses (constituyen ejemplos las decisiones adoptadas en materia de planificación urbanística o en materia de topes de gastos y repartición del presupuesto destinado a sectores particulares, entre los cuales, el sector sanitario, que la jurisprudencia define “ampliamente discrecional”, tratándose de “determinaciones que tienen en cuenta la ponderación entre los diversos tipos de intereses y prestaciones heterogéneas, y como tales reservadas a una esfera de discrecionalidad político – administrativa particularmente amplia”: Consejo de Estado n. 7622/23 setentayseis ventidos del dosmil ventires).

In quest'ambito, il principio di separazione dei poteri, che preclude al giudice di sostituirsi alle pubbliche amministrazioni nelle valutazioni di opportunità (il cd “merito” amministrativo) rende il sindacato del giudice particolarmente circoscritto, limitandolo alla verifica della coerenza del ragionamento svolto (sotto i profili della ragionevolezza, non contraddittorietà, completezza della disamina dei fatti e correttezza della relativa qualificazione) e del rispetto delle regole generali dell'azione amministrativa (*in primis*, adeguatezza del contraddittorio, dell'istruttoria e della motivazione) e di quelle eventualmente specifiche del potere esercitato.

En este ámbito, el principio de separación de poderes, que impide al juez sustituir a las administraciones públicas en la valoración sobre la inoportunidad (el denominado “mérito”

administrativo), torna particolarmente acotado el ejercicio del control judicial, limitándolo a verificar la coherencia del razonamiento desenvuelto (bajo los perfiles de la razonabilidad, no contradicción, integridad del examen de los hechos y exactitud de su respectiva calificación) y el respeto de las reglas generales del procedimiento administrativo (principalmente, la adecuación del contradictorio, de la tramitación y de la motivación), así como, eventualmente, de aquellas reglas específicas de la potestad ejercitada.

Ben diversa è la cd discrezionalità tecnica, in cui, invece, l'Amministrazione è tenuta soltanto a compiere una **“valutazione”** sulla base di conoscenze “tecniche”: valutazione sulla quale, fermo restando il suddetto limite di non sostituibilità all'amministrazione, amministrative il giudice può e deve svolgere anche un sindacato di attendibilità alla luce delle regole, dei dati e dei canoni tecnici, avvalendosi, se occorre, dell'ausilio di verificatori o consulenti tecnici, come accade per la valutazione dell'idoneità di un'offerta tecnica ai fini dell'affidamento di una gara pubblica, o per quella dei costi standard.

Muy diferente es lo que acontece con la llamada discrecionalidad técnica, en la que la Administración es llamada solo a cumplir una valoración sobre la base de conocimientos “técnicos”: valoración sobre la cual, sin perjuicio del mencionado límite de no sustituir a la administración, el juez administrativo puede y debe desenvolver también un control de confiabilidad a

la luz de las reglas, de los datos y de los cánones técnicos, valiéndose, de necesitarlo, del auxilio de peritos o expertos técnicos, como sucede con la evaluación de la idoneidad de una oferta técnica a los fines de la adjudicación de una licitación pública, o para aquella de los costos estándar.

*

Tuttavia la giurisprudenza, nonostante astratte dichiarazioni di apertura (a partire dalla nota sentenza Consiglio di Stato n. 601 del 1999), ha spesso manifestato, soprattutto in alcuni settori e nei confronti di alcune amministrazioni, un atteggiamento eccessivamente prudente e talvolta addirittura “deferente” (in particolare verso l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, anche se le ultimissime pronunce sembrano muoversi in senso un po’ diverso: un’importante segnale in tal senso, cfr CdS. VI, sent 6006/23), finendo in buona sostanza per assimilare il sindacato sulla discrezionalità tecnica (nel quale è possibile e doveroso cercare e seguire parametri di valutazione più oggettivi) a quello, indubbiamente meno incisivo, sulla discrezionalità pura (inevitabilmente caratterizzata da considerazioni di tipo soggettivo), per la quale ultima sono stati conati i parametri della manifesta/macroscopica illogicità/irragionevolezza/erroneità dei presupposti, indebitamente utilizzati anche in riferimento alle valutazioni tecniche.

Sin embargo la jurisprudencia, no obstante abstractas declaraciones de apertura (a partir de la conocida sentencia del Consejo de Estado n. 601 del 1999 (sentencia Baccharini), ha sostenido, sobre todo en algunos sectores y respecto de algunas administraciones, una posición excesivamente prudente y en algunos casos más bien “deferente” (en particular hacia la Autoridad Garante de la Competencia y del Mercado aun cuando sus últimos pronunciamientos parecen orientarse en un sentido diferente: una importante señal en ese sentido es la sentencia número seis mil seis del año veintitrés de la Sección Sexta del Consejo de Estado), culminando en cierto modo por asimilar el control sobre la discrecionalidad técnica (en el que se deben buscar y seguir parámetros de evaluación más objetivos) a aquel, indudablemente menos incisivo, sobre la discrecionalidad pura (caracterizado inevitablemente por consideraciones de tipo subjetivo), para el cual han sido acuñados los parámetros de la manifiesta/macros cópica ilogicidad/irrazonabilidad/inexactitud de los presupuestos, indebidamente utilizados también en el campo de las valoraciones técnicas.

La confusione in materia è dimostrata dal fatto che non sono rare le pronunce in cui si parla, utilizzando un palese ossimoro, di “ampia discrezionalità tecnica” e, trincerandosi dietro questo contraddittorio concetto, si afferma frequentemente

l'inammissibilità delle censure su tali valutazioni in un giudizio di pura legittimità, come è di norma quello amministrativo.

La confusión sobre este tema es evidente si se piensa que hay muchos fallos en los que, utilizando lo que es un verdadero oximorón, se habla de “amplia discrecionalidad técnica” y, refugiándose en este concepto contradictorio, la jurisprudencia afirma frecuentemente la inadmisibilidad de los motivos de legitimidad ligados a tales apreciaciones, aun en un juicio de pura legitimidad, como suele ser el administrativo.

Molti studiosi (tra cui mi inserisco) hanno dunque ripetutamente denunciato un indebito *arretramento* dei giudici amministrativi rispetto alla propria funzione e al proprio ruolo, che, come già sottolineato, è anche e soprattutto quello di garantire la *giustizia nell'amministrazione* attraverso un sindacato che si estende al vizio di “eccesso o sconfinamento del potere” che spesso purtroppo si nasconde nei meandri della discrezionalità: arretramento che si traduce in un autentico “diniego di giustizia”.

Por ello, una parte de la doctrina (en la que me incluyo) ha denunciado reiteradamente el indebido retroceso de los jueces administrativos respecto de su función y rol, que, como ya se ha subrayado, reside en garantizar la *justicia en la administración* mediante un control extensivo al vicio de “exceso o desvío de poder” que desafortunadamente a menudo se esconde en los

meandros de la discrecionalidad: retroceso éste que, en los hechos, se traduce en una auténtica “denegación de justicia”.

Soprattutto, ma non soltanto, rispetto alla discrezionalità tecnica, il giudice può e deve essere incisivo e non deferente nei confronti dell'autorità amministrativa (come pure talvolta sorprendentemente addirittura sfacciatamente preteso da queste ultime nelle loro difese). In questi ambiti, esso può e deve anche accertare il “fatto”.

Particularmente, aunque no sólo, en relacion a la discrecionalidad técnica, el juez puede y debe ser incisivo y no deferente hacia la autoridad administrativa (como a veces sorprendentemente e, incluso, descaradamente, exigen estas últimas en sus defensas). También en este ámbito el juez puede y debe establecer los "hechos".

Tanto più, ma non soltanto, quando si versi in ambiti affidati alla giurisdizione amministrativa esclusiva e si contesti la lesione di diritti soggettivi.

Tanto más, pero no solo por ello, cuando se trata de ámbitos confiados a la jurisdicción administrativa exclusiva en los que se hace valer la violación de derechos subjetivos.

E la dottrina ha il dovere di insistere per una tutela più effettiva e offrire sostegno e forza ai giudici che la accordano.

Y la doctrina tiene el deber de insistir por una tutela más efectiva y ofrecer apoyo a los jueces que la otorgan.

Il g.a. ha la sua ragion d'essere nella garanzia della giustizia nell'amministrazione e nella miglior tutela che esso dovrebbe, per tradizione, specializzazione e naturale propensione, offrire ai singoli nei confronti del cattivo esercizio del potere, anche e soprattutto con riferimento alle eventuali deviazioni dal perseguimento dei fini istituzionali per i quali lo stesso è stato conferito.

El juez administrativo tiene su razón de ser en la garantía de la justicia en la administración y en la mejor protección que éste (por tradición, especialización y propensión natural) debería ofrecer a los individuos contra el mal o defectuoso ejercicio del poder, en particular -y sobre todo- con referencia a los posibles desvíos en la consecución de los fines institucionales para los que el poder mismo ha sido conferido.

Affinché ciò effettivamente avvenga, e non si riduca a un "simulacro" di tutela, facilmente elusa attraverso l'utilizzo di formule di stile, è però indispensabile che il Giudice (pretendendo dal legislatore, con il quale ha notoriamente un rapporto privilegiato, la disponibilità di un tempo adeguato) entri appieno

nella vicenda, unico modo per effettuare una concreta e mirata valutazione della coerenza della condotta censurata con le regole applicabili a quello specifico caso e con il fine perseguito.

Para que esto suceda realmente y no se convierta en un "simulacro" de tutela fácilmente eludible mediante el uso de fórmulas de estilo, resulta esencial que el Juez (exigiendo al legislador, con el que notoriamente ostenta una relación privilegiada, la disponibilidad de un tiempo adecuado) ingrese de lleno en la cuestión. Esta es la única manera de realizar una apreciación concreta y específica de la coherencia del comportamiento objeto de censura con las normas aplicables al caso concreto y con el interés público perseguido.

Occorre, dunque, una chiara cognizione, "caso per caso", tanto del quadro normativo quanto di quello fattuale, perché un atto che si fonda su una rappresentazione e considerazione inesatta dei fatti è chiaramente carente dei presupposti previsti dalla norma di attribuzione e/o regolazione dell'esercizio del potere (p 161).

Resulta entonces necesario contar con un conocimiento claro, "caso por caso", tanto del marco normativo como del marco fáctual, porque un acto que se base en una representación y consideraciones inexactas de los hechos carecerá claramente de los requisitos previstos por la norma de atribución y/o de regulación del ejercicio del poder.

Nulla a che vedere col merito e con la separazione dei poteri, quindi.

Por consiguiente, nada tiene que ver esto con el mérito y la separación de poderes.

Il che non significa che il giudice possa, e tanto meno debba, sostituirsi alla valutazione dell'amministrazione o "soccorrerla", integrandone la motivazione, per salvare l'eventuale risultato illegittimamente perseguito (ché diversamente non si potrebbe parlare di equidistanza dalle parti e di funzione giurisdizionale),

Lo que no significa que el juez pueda, ni mucho menos deba, sustituir la valoración de la administración o "ayudarla", integrando su motivación, para salvar cualquier resultado ilegítimamente perseguido, ya que, de lo contrario, no se podría hablar de equidistancia del juez hacia las partes y de función jurisdiccional).

ma, semplicemente, che il giudice debba approfondire in modo adeguato (anche attraverso l'acquisizione di idonei mezzi di prova, ivi compresa la testimonianza e la verifica, o, come detto, mediante l'ausilio di CTU) se, in quello specifico caso e in relazione a tutte le peculiarità di quella specifica vicenda, l'amministrazione abbia fatto corretta e coerente applicazione dei principi e delle regole e/o criteri (di vario livello) **previamente** stabiliti.

Si no, simplemente, que el juez debe investigar en modo adecuado (también mediante la adquisición de medios de prueba idóneos, incluidos el testimonio y la verificación, o, como se ha dicho, con la ayuda de peritos) si en el caso concreto y en relación con todas las peculiaridades de la específica controversia, la administración ha aplicado correcta y coherentemente los principios, reglas y/o criterios (de diversos niveles) previamente establecidos.

Solo in questo modo, infatti, i cittadini e gli operatori potranno sentirsi "sicuri" e nutrire quella "fiducia nelle istituzioni", che è imprescindibile presupposto per assumere, in modo onesto e convinto, qualsivoglia impegno, professionale, sociale ed economico.

Sólo así los ciudadanos y las empresas podrán sentirse "seguros" y alimentar esa "confianza en las instituciones", condición indispensable para asumir, de forma honesta y convencida, cualquier compromiso profesional, social y económico.

E solo attraverso la lettura di sentenze che diano chiara e intellegibile contezza di avere rispettato gli anzidetti parametri di giudizio, essi potranno credere nella indipendenza e terzietà, e nella utilità del g.a., a dispetto delle critiche e delle polemiche di cui purtroppo è spesso fatto oggetto.

Y sólo mediante la lectura de sentencias que den clara cuenta de haber respetado los parámetros de juicio antes mencionados, ciudadanos y empresas podrán creer en la independencia e imparcialidad, y en la utilidad del juez administrativo, a pesar de las críticas y polémicas de las que a menudo resultan objeto.

Come ho già avuto modo di segnalare in diverse occasioni, occorre in questa linea utilizzare con estrema attenzione la tecnica del richiamo al precedente, metodo che, soprattutto in un diritto in continua evoluzione, non può prescindere da un'attenta e circostanziata analisi del contesto, normativo e fattuale, di riferimento.

Como ya señalé en varias ocasiones, es necesario utilizar con sumo cuidado la técnica del reenvío al precedente jurisprudencial, método que, especialmente en un derecho en constante evolución, no puede prescindir del análisis cuidadoso y detallado del contexto, normativo y factual, de la referencia.

Il richiamo del precedente, infatti, non può appiattirsi passivamente e acriticamente sulle *regulae iuris* riportate nelle massime, che, pur apparentemente frutto di “orientamenti consolidati” sono, purtroppo, non di rado, mere riproduzioni, a loro volta acritiche, di massime tratte da sentenze, indebitamente definite “pilota”, rese su vicende non assimilabili a quelle in cui sono state assunte a regola di giudizio, e, magari, addirittura in

applicazione di norme o di orientamenti giurisprudenziali completamente superati. Non c'è il tempo per fare esempi, ma vi assicuro che non sono pochi.

El reenvío al precedente no puede basarse pasiva y acríticamente en las *regulae iuris* contenidas en las máximas, que, si bien aparentan ser el resultado de "orientaciones consolidadas", lamentablemente suelen ser meras reproducciones -a su vez acríicas- de máximas de sentencias, indebidamente definidas como "piloto", dictadas sobre materias no comparables con aquellas en las que fueron replicadas y quizás incluso en aplicación de normas o directrices jurisprudenciales completamente obsoletas. No hay tiempo para citar ejemplos, pero les puedo asegurar que son muchos.

Anche su questo tema, la dottrina deve insistere.

La doctrina también debe insistir sobre este punto.

Prima di chiudere queste brevi considerazioni, mi piace ricordare, infatti, che alcune pronunce più recenti, hanno mostrato una meritevole apertura verso un sindacato più effettivo sulle valutazioni tecniche.

Antes de cerrar estas breves consideraciones, quisiera recordar que algunas sentencias más recientes reflejan una valiosa apertura hacia un control judicial más efectivo sobre las evaluaciones técnicas de la administración.

Mi riferisco in particolare, a un'importante pronuncia resa dalla III Sezione del Consiglio di Stato con riferimento a una decisione assunta dall'Agencia italiana del farmaco (AIFA) sull'utilizzabilità di farmaci potenzialmente idonei a reagire al COVID-19.

Me refiero en particular a una importante sentencia dictada por la Sección Tercera del Consejo de Estado en referencia a una decisión adoptada por la Agencia Italiana de Medicamentos (la AIFA) sobre el uso de medicamentos potencialmente aptos para la cura del COVID-19.

Il Collegio (presieduto dal compianto Presidente Franco Frattini) ha osservato che *“la c.d. riserva di scienza che compete ad AIFA non si sottrae al sindacato del giudice amministrativo, nemmeno in sede cautelare e meno che mai nell'attuale fase di emergenza epidemiologica, per l'indefettibile esigenza, connaturata all'esistenza stessa della giurisdizione amministrativa e consacrata dalla Costituzione, di tutelare le situazioni giuridiche soggettive, a cominciare da quelle che hanno un radicamento costituzionale come il fondamentale diritto alla salute, a fronte dell'esercizio del potere pubblico e, dunque, anche della discrezionalità c.d. tecnica da parte dell'autorità competente in materia sanitaria”*. **El Consejo de Estado (en la ocasión, presidido por el fallecido Presidente Franco Frattini) observó que “la llamada ‘reserva de ciencia’ que pertenece a la AIFA no escapa**

al control del juez administrativo, ni siquiera en sede cautelar y menos que nunca en la actual fase de emergencia epidemiológica. Ello por la indefectible exigencia (inherente a la existencia misma de la jurisdicción administrativa consagrada por la Constitución) de tutelar situaciones jurídicas subjetivas, partiendo de aquellas que tienen fundamento constitucional como el derecho fundamental a la salud, frente al ejercicio del poder público y, por lo tanto, también frente al ejercicio de la llamada discrecionalidad técnica por parte de la autoridad sanitaria".

E, in termini più generali, ha sottolineato che "Il controllo giurisdizionale, teso a garantire una tutela delle situazioni giuridiche effettiva, anche quando si verta in tema di esercizio della discrezionalità tecnica di una autorità indipendente, non può essere perciò limitato ad un sindacato meramente estrinseco, Y, en términos más generales, subrayó que **"el control judicial, destinado a garantizar la tutela efectiva de situaciones jurídicas, incluso cuando se trata del ejercicio de la discrecionalidad técnica de una autoridad independiente, no puede, por tanto, limitarse a un control meramente extrínseco,**
estendendosi al controllo intrinseco, anche mediante il ricorso a conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'amministrazione indipendente, sulla

attendibilità, coerenza e correttezza degli esiti, in specie rispetto ai fatti accertati ed alle norme di riferimento attributive del potere".

El control judicial también se extiende al control intrínseco, mediante la utilización de conocimientos técnicos pertenecientes a la misma ciencia especializada aplicada por la administración independiente, sobre la fiabilidad, la coherencia y la exactitud de los resultados, especialmente en relación con los hechos comprobados y a las normas atributivas del poder".

Pur ribadendo i limiti derivanti dal principio costituzionale di separazione dei poteri, ostativi alla possibilità di "sostituire le valutazioni, anche opinabili, dell'amministrazione con quelle giudiziali", l'ordinanza (§ 9.5) ha significativamente rimarcato, anche attraverso il richiamo a passaggi di altre pronunce, anche della sezione VI, che ***"In particolare, è ammessa una piena conoscenza del fatto e del percorso intellettuale e volitivo seguito dall'amministrazione nelle sue determinazioni (cfr. ad es. Cons. St., sez. VI, 5 agosto 2019, n. 5559). 9.6. Per usare altri termini il giudice amministrativo deve poter verificare che l'amministrazione abbia applicato in modo corretto alla vicenda concreta, in conformità ai principi propri del metodo scientifico prescelto (iuxta propria principia), le regole del sapere specialistico applicabili al settore dell'attività amministrativa***

sottoposta all'esercizio del potere regolatorio, ad evitare che la discrezionalità tecnica del decisore pubblico trasmodi in un incontrollabile, e dunque insindacabile, arbitrio (v. Cons. St., sez. III, 17 dicembre 2015, n. 5707 e Cons. St., sez. III, 2 aprile 2013, n. 1856)''.

Aun reafirmando los límites derivados del principio constitucional de separación de poderes, que obstaculizan la posibilidad de "sustituir judicialmente las evaluaciones, incluso cuestionables, de la administración", el fallo (§ 9.5) ha remarcado de manera significativa, incluso mediante el reenvío a otras sentencias de la sección sexta, que "En particular, se permite el pleno conocimiento de los hechos y del iter intelectual y volitivo seguido por la administración en sus decisiones (por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Sexta, n. 5559 del 2019). En otras palabras, el juez administrativo debe poder verificar que la administración ha aplicado correctamente al caso concreto, de conformidad con los principios del método científico elegido (*iuxta propria principia*), las reglas del saber especializado aplicables al sector de actividad administrativa sometida al ejercicio del poder regulatorio, para evitar que la discrecionalidad técnica del decisor público se transforme en una arbitrariedad incontrolable y, por lo tanto, incuestionable''

(Consejo de Estado, Sección Tercera, n. 5707 del 2015 y n. 1856 del 2013).

Si tratta, come è agevole rilevare, di affermazioni estremamente importanti, che si auspica vengano seguite dalla giurisprudenza anche in altri settori.

Como es fácil de apreciar, se trata de declaraciones sumamente importantes, que se espera que sean seguidas por la jurisprudencia también en otros sectores.

Sempre nel settore dell'appropriatezza terapeutica, merita apprezzamento un recente filone giurisprudenziale che, attraverso un'attenta analisi del fatto, ha stigmatizzato l'inadeguato assolvimento da parte delle ASL agli obblighi di redigere e/o aggiornare **piani/programmi/progetti individuali completi per i bambini affetti da autismo**, lasciando così emergere che la relativa presa in carico da parte del SSR non si era effettivamente concretizzata in modo corretto, condannandole ad assolverlo.

Siempre en el sector de la idoneidad terapéutica, merece reconocimiento una reciente línea jurisprudencial que, a través de un análisis cuidadoso de los hechos, ha estigmatizado el cumplimiento inadecuado por parte de las autoridades sanitarias locales en relación a la obligación de elaborar y/o actualizar programas individuales para niños con autismo,

revelando así que la atención pertinente por parte de la autoridad administrativa en realidad no se había realizado correctamente, condenándola a asumirla.

Anche le sentenze che hanno, recentemente, censurato il difetto di motivazione idonea a comprendere il percorso logico-argomentativo l'iter seguito nell'esprimere valutazioni tecniche (richiamo, tra le altre, la sent 8017/19 su Bdl) e, da ultimo, persino, nella scelta di prevalenza tra vari interessi in conflitto, operata in senso diverso da quella effettuata in situazioni analoghe (sent 5019/23, che ha aperto un importante varco anche all'eccesso di potere per disparità di trattamento) appaiono frutto di una più approfondita cognizione del fatto.

También las sentencias que recientemente han censurado la falta de motivación adecuada para comprender el camino lógico-argumentativo y el proceso seguido en la expresión de valoraciones técnicas (reenvío, entre otras, a la sentencia 8017/19 (ocho mil diecisiete del año dos mil diecinueve sobre el Banco central)) y, por último, en la elección prevalente entre varios intereses en conflicto, expresada en un sentido diferente al adoptado en situaciones análogas (sentencia 5019/23 (cinco mil diecinueve del dos mil veintitrés), que también abrió una importante espacio al exceso de poder por desigualdad de trato)

parecen ser fruto de un conocimiento más profundo de los hechos.

Il percorso è comunque ancora lungo e incerto.

No obstante, el camino aún es largo e incierto.

Con riferimento al richiamato criterio della “attendibilità”, deve darsi peraltro conto dell’orientamento che, pur riconoscendo la possibilità per l’interessato — oltre che di far valere il mancato rispetto delle garanzie formali e procedimentali “strumentali” e gli indici di eccesso di potere — di contestare anche il nucleo intimo dell’apprezzamento complesso, gli chiede un onere probatorio rafforzato, tale da *“dimostrare che il giudizio di valore espresso dall’Amministrazione sia scientificamente inaccettabile”*.

En relacion al citado criterio de "confiabilidad", también hay que tener en cuenta la jurisprudencia que, si bien reconoce la posibilidad para el interesado —más allá de invocar el incumplimiento de las garantías formales y procesales "instrumentales" y de los índices de exceso de poder — de impugnar incluso el núcleo íntimo de la apreciación administrativa, le impone una carga probatoria reforzada para "demostrar que el juicio de valor expresado por la Administración es científicamente inaceptable".

Perché “fino a quando si fronteggiano opinioni divergenti, tutte parimenti argomentabili, il giudice deve dare prevalenza alla posizione espressa dall’organo istituzionalmente investito (dalle fonti del diritto e, quindi, nelle forme democratiche) della competenza ad adottare decisione collettive, rispetto alla posizione ‘individuale’ dell’interessato”

Porque "mientras se confronten opiniones divergentes, todas igualmente justificables, el juez debe dar prioridad a la posición expresada por el órgano institucionalmente investido (por las fuentes del derecho y, por tanto, a través de las formas democráticas) de la competencia para adoptar decisiones colectivas, respecto de la posición 'individual' del interesado"

Su tale presupposto, Cons. St., Sez. VI, 9 maggio 2023, n. 4686, piuttosto che rimettere la questione a una verifica o a una CTU, ha ritenuto la “rarità” del dipinto “*Fiori*” di Giorgio Morandi con il criterio della specifica e maggiore attendibilità scientifica della valutazione effettuata dal Ministero dei beni culturali rispetto a quella portata dalla perizia di parte.

Sobre esta base, la Sección Sexta del Consejo de Estado, mediante sentencia n. 4686 del 2023, en lugar de remitir el asunto a una verificación o a un consultor técnico de oficio, consideró la "rareza" de la pintura denominada "Flores" de Giorgio Morandi, según la mayor fiabilidad científica de la

evaluación realizada por el Ministerio del Patrimonio Cultural respecto de la valoración realizada por el perito de la parte actora.

Quantomeno in riferimento ai provvedimenti repressivi o comunque fortemente limitativi della sfera giuridica degli amministrati in ragione della ritenuta illiceità della loro condotta, la posizione andrebbe evidentemente ripensata.

Yo creo que, al menos en lo que se refiere a medidas represivas o fuertemente limitativas de la esfera jurídica de los administrados en razón de la pretendida ilegalidad de su conducta, aquella posición debería ciertamente repensarse.