

Giudice amministrativo e riconoscimento della dipendenza della malattia da causa di servizio ^(*)
di Giovanni D'Angelo

SOMMARIO: 1. Premessa: valutazioni medico-legali e art. 17 l. 7 agosto 1990, n. 241; 2. La giurisprudenza sul riconoscimento della dipendenza della malattia da causa di servizio dopo il d.P.R. 29 ottobre 2001, n. 461; 3. Sindacato giurisdizionale e il limite della sostituzione del giudice rispetto all'amministrazione; 4. Giudizi di infermità e la distinzione tra accertamenti e valutazioni tecniche; 5. Conclusioni

1. Premessa: valutazioni medico-legali e art. 17 l. 7 agosto 1990, n. 241

Cons. Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601¹ è ricordata da molti come la sentenza che ha superato il tradizionale orientamento del giudice amministrativo sul sindacato sulle valutazioni tecniche; la decisione concerneva il riconoscimento della dipendenza della infermità da causa di servizio e prese posizione a favore di un sindacato più ampio, esteso alla «attendibilità» delle valutazioni tecniche.

Poco dopo, l'introduzione ad opera della l. 21 luglio 2000, n. 205 della consulenza tecnica in tutte le vertenze demandate al giudice amministrativo, ha attuato in via generale l'esigenza di una conoscenza più approfondita dei fatti controversi da parte del giudice.

L'ammissibilità della consulenza tecnica assume un rilievo decisivo sui profili processuali del sindacato sulle valutazioni tecniche dell'amministrazione. Le giustificazioni di ordine processuale che erano state avanzate nel corso degli anni per affermare in via generale l'insindacabilità delle valutazioni tecniche hanno perso consistenza².

Due elementi in particolare sono significativi. In primo luogo, la consulenza tecnica deve essere demandata ad un soggetto diverso dalla amministrazione resistente. La disciplina processuale contraddice la configurabilità, in termini generali, di un potere riservato di valutazione in capo all'amministrazione. In secondo luogo, la consulenza è lo strumento che consente l'introduzione e la verifica critica nel processo della regola tecnica. La legge non esonera più il giudice dal conoscere la regola tecnica applicata dall'amministrazione.

Tuttavia né l'arresto giurisprudenziale del 1999 né la novità legislativa del 2000 hanno chiuso il dibattito.

(*) In corso di pubblicazione sulla Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario, 2012, n. 4.

¹ La decisione è stata oggetto di numerosi commenti; cfr. in particolare A. TRAVI, in *Foro it.*, 2001, III, c. 9; M. DELSIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, p. 185 ss.; P. LAZZARA, «Discrezionalità tecnica» e situazioni giuridiche soggettive, *ibid.*, p. 212 ss.; D. DE PRETIS, *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, p. 1179.

² Ben prima della riforma, G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amm.*, 1987, p. 3170, dopo aver esaminato la tesi dell'insindacabilità delle valutazioni tecniche, sosteneva che «può essere peraltro che, una volta che si modifichino i mezzi processuali istruttori di cui può avvalersi il giudice amministrativo ..., possa quanto meno rimuoversi il principale ostacolo pratico ed essere agevolata un'inversione di rotta in proposito».

Da un lato, restano molti dubbi sul significato di 'attendibilità'. La giurisprudenza spesso afferma, per un verso, che gli apprezzamenti tecnici sono sindacabili anche sotto il profilo della loro attendibilità, per l'altro, che la sindacabilità del giudizio sulla valutazione tecnica è limitata alla manifesta illogicità e/o irragionevolezza.

Dall'altro lato, alle considerazioni sull'importanza del nuovo strumento processuale è stata spesso contrapposta l'affermazione secondo cui la consulenza tecnica non può giustificare sconfinamenti del giudice nelle valutazioni riservate all'amministrazione.

Sullo sfondo è rimasto irrisolto un nodo: individuare le valutazioni tecniche oggetto di una riserva. Questo aspetto è al centro di un dibattito molto vivace, soprattutto in dottrina³; alcuni temi sono essenziali anche per questa indagine ed occorre richiamarli.

Innanzitutto, la complessità della valutazione non dovrebbe più comportare una riserva a favore della amministrazione, perché la consulenza tecnica rappresenta uno strumento funzionale proprio a garantire un accesso paritario nel processo di regole tecniche di meno comune conoscenza e applicazione.

Dal punto di vista del diritto sostanziale, alcune valutazioni tecniche, pur assegnate ad uno specifico organo in ragione della specializzazione tecnica, sono considerate 'fungibili' dal legislatore, se omesse. In questi casi il legislatore non ha dato rilievo determinante né al soggetto che esprime la valutazione né alle specifiche modalità d'esercizio stabilite dalla legge. In proposito è indicativo l'art. 17 l. 7 agosto 1990 n. 241⁴. Il legislatore ha ritenuto fungibili alcune categorie di valutazioni tecniche, considerando altre (co. 2°), viceversa, insostituibili⁵. In alcuni casi risultano insostituibili alcune valutazioni che coinvolgono interessi primari: in queste ipotesi, però, si deve riconoscere non tanto una 'riserva' di valutazione, quanto una garanzia assoluta di certi interessi. In altri casi risultano insostituibili le valutazioni caratterizzate dal più alto grado di soggettività e di opinabilità dei criteri⁶.

³ Prima della riforma del processo, questo profilo è stato approfondito particolarmente da due opere (tuttora) centrali che hanno contraddistinto il dibattito in questi anni, quella di C. MARZUOLI (*Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985) e di D. DE PRETIS (*Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995): entrambi hanno escluso che i limiti del sindacato sulle valutazioni tecniche potessero trovare giustificazione nell'assimilazione di queste valutazioni a quelle discrezionali, ma hanno ammesso un potere riservato distinto dal potere discrezionale, evitando così una rottura netta rispetto all'impostazione prevalente.

⁴ Come è noto, l'art. 17 cit. prevede che, decorso invano il termine prescritto, il responsabile del procedimento acquisisca la valutazione tecnica presso altri organi dell'amministrazione ovvero presso altri enti pubblici dotati di qualifiche o capacità tecniche equipollenti o ancora presso istituti universitari. Il co. 2 pone un'eccezione per le valutazioni tecniche attinenti alla tutela ambientale, paesaggistica, territoriale e della salute dei cittadini. A differenza che per i pareri (art. 16 l. n. 241/90) il legislatore ritiene che occorra comunque garantire la possibilità di superare l'arresto procedimentale attraverso la valutazione di un altro soggetto.

⁵ Cfr. Cons. Stato, ad. gen., 27 gennaio 1994, n.3/94 (in *Cons. Stato*, 1994, I, p. 144) e soprattutto comm. spec., 5 novembre 2001, n.480/00 (in *Foro it.*, 2002, III, c. 236, con nota di C. VIDETTA, *Pareri e valutazioni tecniche a confronto nel procedimento di riconoscimento di infermità o lesione dipendente da causa di servizio e di concessione dell'equo indennizzo*) che si esprime in termini di «surrogabilità soggettiva» («poiché la valutazione tecnica rappresenta un presupposto necessario dell'atto finale, la sua acquisizione non può essere radicalmente omessa. È invece consentita la surrogabilità soggettiva dell'atto che può essere ritualmente richiesto ad altri organi specializzati»).

⁶ Nelle ipotesi del co. 2, M.C. CAVALLARO, *La rilevanza delle valutazioni tecniche nel procedimento di formazione del provvedimento amministrativo e i profili del sindacato giudiziario. Il caso delle ordinanze di necessità*, in www.giustamm.it, ritiene, invece, trattarsi di valutazioni discrezionali, in quanto tali riservate.

Si tenga presente che, ai fini della configurabilità di una 'riserva' di potere all'amministrazione, non è necessario che la valutazione tecnica rappresenti l'atto finale del procedimento.

Strettamente connesso al tema in esame è quello del ricorso da parte dell'amministrazione a soggetti esterni per la formulazione del giudizio tecnico: sul punto cfr. V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2001, p.

La rilevanza dell'art. 17 l. n. 241/1990 è di immediato riscontro nel caso delle valutazioni mediche per il riconoscimento della dipendenza della malattia da causa di servizio. Infatti, nel procedimento regolato in precedenza dal d.P.R. 20 aprile 1994 n. 349, la giurisprudenza aveva ritenuto applicabile questa disposizione alla valutazione resa dalla commissione medico-ospedaliera; pertanto, l'inerzia della commissione poteva essere superata affidando la valutazione tecnica ad idoneo organismo specializzato⁷. La nuova disciplina non apporta ragioni per mutare questa interpretazione, riferibile oggi tanto ai giudizi della commissione quanto a quelli del comitato di verifica⁸.

La riflessione sull'art. 17 l. n. 241/90, tutt'altro che condivisa in dottrina⁹, richiede una precisazione. Dall'art. 17 non si ricava una piena fungibilità del giudice – o per lui del consulente tecnico – rispetto all'amministrazione¹⁰. Dalla norma si ricavano, però, argomenti decisivi per superare la tesi di una riserva generale di valutazioni di ordine tecnico in capo all'amministrazione¹¹. Inoltre, se la valutazione tecnica è fungibile (e questa è la regola, in base all'art. 17), la competenza ad esprimerla non si identifica più con un certo organo. In questi casi, pertanto, la valutazione tecnica può essere espressa anche da altri organi non identificati puntualmente dalla legge: la possibilità di una valutazione autonoma da parte del giudice (tramite il consulente tecnico) diventa, perlomeno, più concreta.

Una volta escluso un potere di valutazione tecnica, generale e riservato della amministrazione, la tutela del cittadino diventa il valore preminente e le preoccupazioni sullo sconfinamento del giudice nelle prerogative riservate all'amministrazioni perdono consistenza. L'assenza di una riserva di valutazione tecnica in capo all'amministrazione si riflette quindi anche sull'ampiezza del sindacato giudiziale.

A distanza di anni dalla sentenza della Quarta sezione e dall'introduzione della consulenza

410 («la perizia o il parere, redatti dal professionista esterno, sono acquisiti al procedimento e svolgono nell'ambito dell'istruttoria lo stesso ruolo degli acclaramenti tecnici redatti dagli uffici»).

⁷ Cons. Stato, comm. spec., 5 novembre 2001, n. 480/00 cit.

⁸ Cfr. subito *infra* nel testo.

⁹ Cfr. in termini critici C. VIDETTA, *Discrezionalità tecnica: problemi vecchi e nuovi dopo la l. 21 luglio 2000, n. 205*, in *Foro amm.-TAR*, 2002, p. 2266 ss. Secondo F. FRACCHIA - C. VIDETTA, *La tecnica come potere*, in *Foro it.*, 2002, III, c. 497: «una sorta di riserva in capo al soggetto tecnico nei confronti dell'organo di amministrazione attiva emerge sul piano sostanziale dall'art. 17 l. 241/90». Nello stesso senso, ed in particolare di un'amministrazione «affidataria di regola esclusiva» quale emerge dall'art. 17 cit., v. D. DE PRETIS, *Valutazioni tecniche della pubblica amministrazione*, in *Dizionario di diritto pubblico* (a cura di S. CASSESE), Milano, 2006, p. 6179. Sul punto cfr. anche A. CARIOLA, *Discrezionalità tecnica e imparzialità*, in *Dir. amm.*, 1997, p. 480.

L'importanza di questa disposizione è stata rilevata anche dalla giurisprudenza: oltre a Cons. Stato, n. 480/2001 cit., v. Cons. Stato, sez. V, 5 marzo 2001, n. 1247 in specie § 14 (in *Urb. app.*, 2001, 866, con nota di M. PROTTO, *La discrezionalità tecnica sotto la lente del giudice amministrativo*).

¹⁰ Secondo C. VIDETTA, *Discrezionalità tecnica*, cit., pp. 2267-2268, l'art.17 l. n. 241/1990 non giustificherebbe di per sé «la sostituibilità delle valutazioni tecniche ad opera del giudice/consulente tecnico in sede processuale». Questa è affermazione mi pare senz'altro condivisibile in via di principio, ma resta il fatto che l'art. 17 supera uno degli argomenti tradizionali (quello della infungibilità) utilizzati per escludere la possibilità in concreto di una consulenza tecnica.

¹¹ Nel senso indicato nel testo cfr. G. CORSO, *Una nuova amministrazione*, in *Nuove autonomie*, 2003, p. 301. Su posizione differente C. VIDETTA, *Pareri e valutazioni*, cit.: l'art.17 l. 241/90 «introduce una sorta di generalizzata riserva di valutazione tecnica in capo al soggetto indicato dalla norma che di volta in volta disciplina la fattispecie concreta, in pratica opera una sorta di rafforzamento dell'attribuzione normativa evidenziando l'importanza della qualifica e della competenza specialistica di chi deve compiere l'attività valutativa». Subito dopo, però, la stessa autrice evidenzia che «il fatto che le valutazioni tecniche possano essere effettuate da soggetti differenti, a condizione che abbiano competenze equivalenti a quelli designati dalla norma, dimostra altresì l'oggettività di tali conoscenze e, quindi, in definitiva, la loro neutralità rispetto alle scelte in senso lato politiche o, semplicemente, non tecniche».

tecnica nel processo amministrativo, queste considerazioni devono però nuovamente misurarsi con la posizione 'reale' della giurisprudenza amministrativa. Il campo per questa indagine non può che riguardare le controversie in tema di riconoscimento della infermità per causa di servizio, settore nel quale, come ricordato, è stato comunemente individuato il *leading case* sul sindacato sulle valutazioni tecniche.

2. La giurisprudenza sul riconoscimento della dipendenza della malattia da causa di servizio dopo il d.P.R. 29 ottobre 2001, n. 461

Con la nuova disciplina delineata dal d.P.R. 29 ottobre 2001, n. 461¹², la procedura per il riconoscimento della causa di servizio prevede che la commissione medica ospedaliera si pronunci solo sull'esistenza dell'infermità, mentre il comitato di verifica è chiamato ad esprimere un parere sulla dipendenza da cause di servizio al quale l'amministrazione è tenuta a conformarsi¹³.

Le nuove disposizioni non hanno modificato il tipo di valutazione sulla dipendenza da causa di servizio; gli accertamenti svolti dalla commissione medica ospedaliera e il giudizio del comitato di verifica delle cause di servizio¹⁴ rimangono espressione, secondo la formula cara alla giurisprudenza, di discrezionalità tecnica¹⁵.

Secondo un orientamento risalente nel tempo¹⁶, i giudizi medico legali espressi per accertare la dipendenza di un'infermità da causa di servizio sarebbero caratterizzati da discrezionalità tecnica, e pertanto sarebbero sindacabili solo per manifesta irragionevolezza, incongruità, carenza o insufficienza della motivazione. La stessa conclusione riemerge con vigore anche nella giurisprudenza amministrativa successiva alla decisione della Quarta sezione del 1999 e alla legge n.205/2000¹⁷ nonché in quella più recente¹⁸.

In questo quadro la consulenza viene piegata ad una concezione che non permette al giudice di valutare la correttezza della valutazione tecnica, in quanto può essere disposta solo «*nel rispetto del*

¹² «*Recante il nuovo regime di semplificazione dei procedimenti per il riconoscimento della dipendenza delle infermità da causa di servizio, per la concessione della pensione privilegiata ordinaria e dell'equo indennizzo, nonché per il funzionamento e la composizione del comitato per le pensioni privilegiate ordinarie*».

¹³ Cons. Stato, sez. II, 15 settembre 2011, n. 4789/09, in *Foro amm.-CdS*, 2011, p. 2906; sez. II, 20 aprile 2011, n. 3445/09, in *Foro amm.-CdS*, 2011, p. 1349. È fatta salva la facoltà di richiedere, motivatamente, un ulteriore parere allo stesso comitato, al quale è poi tenuta comunque ad adeguarsi, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 4 maggio 2011, n. 2683, in *Foro amm.-CdS*, 2011, p. 1948, con nota di G. FERRARI, *Il procedimento amministrativo per l'accertamento della dipendenza dell'infermità da causa di servizio e la liquidazione dell'equo indennizzo*. In altri termini, diversamente dal parere in precedenza reso dal comitato per le pensioni privilegiate ordinarie, che era solo obbligatorio, il parere del comitato di verifica sulla causa di servizio è vincolante per l'amministrazione.

¹⁴ Giudizio, appunto, conclusivo circa il riconoscimento della dipendenza di infermità da causa di servizio.

¹⁵ Cfr. *ex plurimis*, da ultimo, Cons. Stato, sez. IV, 16 maggio 2011, n. 2959, in *Foro amm.-CdS*, 2011, p. 1519; sez. IV, n. 2683/2011 cit.; Cons. Stato, sez. III, 18 dicembre 2009, n. 2164/09, in *Foro amm.-CdS*, 2009, p. 2961.

¹⁶ Cfr. *ex plurimis* Cons. Stato, sez. IV, 3 dicembre 1991, n. 1017, in *Cons. Stato*, 1991, I, p. 1814; sez. IV, 19 dicembre 1990, n. 1015, in *Cons. Stato*, 1990, I, p. 1538.

¹⁷ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 2 luglio 2002, n. 3613, in *Cons. Stato*, 2002, I, p. 1481; sez. V, 7 dicembre 2001, n. 6164, in *Foro amm.*, 2001, p. 3165; sez. IV, 13 settembre 2001, n.4797, in *www.giustizia-amministrativa.it*; sez. VI, 17 luglio 2001, n. 3986, in *www.giustizia-amministrativa.it*; sez. VI, 10 luglio 2001, n. 3822, in *Ragiusan*, 2002, fasc. 215, p. 157; sez. VI, 8 maggio 2001, n. 2590, in *www.giustizia-amministrativa.it* («*l'assenza di vizi logico giuridici e di travisamento dei fatti, non consente neppure al collegio di poter ripercorrere le valutazioni dell'amministrazione mediante il ricorso a consulenza tecnica*»); sez. IV, 22 giugno 2000, n. 3544, in *Cons. Stato*, 2000, I, p. 1485; Tar Calabria, sez. II, 1 ottobre 2001, n. 1480, in *Giur. merito*, 2001, p. 1413.

¹⁸ Cons. Stato, sez. II, 15 dicembre 2011 n. 83/10, in *Foro amm.-CdS*, 2011, p. 3835; sez. II, 15 settembre 2011 n. 4789/09, *ibidem*, p. 2906; sez. IV, n. 2959/2011 cit.

limite del sindacato giurisdizionale» su atti che sono espressione di discrezionalità tecnica, cioè «solo ed in quanto il provvedimento impugnato appaia già prima facie affetto da vizi logici o di travisamento»¹⁹. L'indirizzo giurisprudenziale ampiamente maggioritario, in primo grado²⁰, in appello²¹, in sede consultiva²², considera possibile sindacare i giudizi dell'amministrazione sulla causa di servizio solo attraverso alcune delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere; poche le eccezioni significative²³.

Alcune pronunce ritengono sufficiente che la valutazione espressa dall'organo medico-legale sia 'confortata' in sede giurisdizionale da massime (o regole) di comune esperienza²⁴.

In questa logica, anche l'analisi del servizio svolto per determinarne il valore di concausa dell'infermità dichiarata non è ammessa perché comporta svolgere «*considerazioni di merito*» e la sostituzione all'amministrazione «*nell'esercizio di vere e proprie competenze amministrative tecnico-discrezionali di esclusiva spettanza di quest'ultima*»²⁵.

Pur in presenza di giudizi che non implicano valutazioni opinabili o criteri soggettivi, le pronunce recenti sulla dipendenza della malattia per causa di servizio non si discostano dall'indirizzo più attento a tutelare una pretesa riserva di valutazione della amministrazione. Sono rimaste isolate le pronunce²⁶, che hanno disposto una consulenza tecnica sulla possibile rilevanza dell'attività lavorativa svolta rispetto alla infermità del ricorrente.

Di fatto rimane di gran lunga prevalente l'opinione di un sindacato sulla attendibilità metodologica o sulla congruità e sufficienza del giudizio di non dipendenza²⁷, cioè sulla «*mera esistenza di un collegamento logico tra gli elementi accertati e le conclusioni che da essi si ritiene di trarre, ma l'accertamento del nesso di causalità tra la patologia insorta ed i fatti di servizio,*

¹⁹ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 18 febbraio 2003, n.877 In www.giustizia-amministrativa.it.

²⁰ Tar Sicilia, sez. I, 8 aprile 2003, n.469 in www.giustizia-amministrativa.it. Cfr. anche Tar Campania, Napoli, sez. III, 10 maggio 2002, n. 2652, in www.giust.it che, pur ammettendo in astratto la possibilità del sindacato delle valutazioni tecniche non limitato ai "profili estrinseci", nel caso concreto ha escluso ogni accertamento intorno la valutazione del C.P.P.O. (ora comitato per la verifica per le cause di servizio, cfr. art. 10 d.P.R. 29 ottobre 2001 n. 461) in quanto immune da insufficienza motivazionale o da vizi del procedimento applicativo.

²¹ Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2008, n. 1693, in *Foro amm.-CdS*, 2008, p. 1139; sez. IV, 10 luglio 2007, n. 3914, in *Rep. Foro it.*, 2008; sez. IV, 24 maggio 2007, n. 2636, in *Foro amm.-CdS*, 2007, p. 1469 Si è anche affermato che «*costituisce principio consolidato in giurisprudenza quello secondo cui il giudizio medico legale circa la dipendenza di infermità da cause di servizio si fonda su nozioni scientifiche e su dati di esperienza di carattere tecnico discrezionale che, in quanto tali sono sottratti al sindacato di legittimità del giudice amministrativo salvi i casi in cui si ravvisi irragionevolezza manifesta o palese travisamento dei fatti*» Cons. Stato, sez. IV, 2 novembre 2004, n. 7073, in www.giustizia-amministrativa.it. Di opposto avviso Cons. Stato, sez. IV, 2 novembre 2004, n. 7076 (pur depositata lo stesso giorno, con lo stesso collegio e con lo stesso relatore), *ibidem*.

²² Cons. Stato, sez. I, 30 giugno 2004, n. 7756/2004, in *Cons. Stato*, 2004, I, p. 2267: le valutazioni delle commissioni mediche ospedaliere sulla dipendenza da causa di servizio delle infermità dei pubblici dipendenti sono espressione di discrezionalità tecnica; pertanto, tali valutazioni sono sindacabili dal giudice amministrativo solo nelle ipotesi di evidenti e macroscopici vizi logici.

²³ Cfr., ad esempio, Tar Lombardia, sez. III, 21 maggio 2010, n. 1595, in www.giustizia-amministrativa.it

²⁴ Cons. Stato, sez. VI, 17 febbraio 2003, n. 846 in www.giustizia-amministrativa.it; nel caso di specie il giudice d'appello ha condiviso «*la osservazione del primo giudice secondo cui certe infermità, in base alle comuni conoscenze, sono da ricollegare al progredire dell'età piuttosto che a cause di servizio*». Per Cons. Stato, sez. VI, 23 febbraio 2004, n. 685, in *Cons. Stato*, 2004, I, p. 363, il giudice può servirsi di massime di comune esperienza o di fatti notori ricavabili anche da un sito medico internet (nel caso concreto si trattava di stabilire se il fumo giornaliero di alcune sigarette potesse integrare l'abitudine come fattore specifico d'insorgenza tumorale).

²⁵ Cons. Stato, sez. VI, 27 novembre, 2001, n. 5966. Il giudice d'appello ha ritenuto insindacabile la valutazione concernente il possibile nesso causale fra la percorrenza annuale di 16.000 km alla guida di autovetture di servizio e l'infermità denunciata dal ricorrente.

²⁶ Come da ultimo Tar Lombardia n. 1595/2010 cit.

²⁷ Cons. Stato, sez. IV, 4 aprile 2010, n. 2099, in *Rep. Foro it.*, 2010.

costituisce tipicamente esercizio di attività di merito tecnico riservato al comitato di verifica per le cause di servizio»²⁸

Dunque, i limiti del sindacato espressi oggi dalla giurisprudenza sono molto simili a quelli delineati in passato. Tranne alcuni casi nei quali il giudice amministrativo ha esteso il sindacato alla correttezza della valutazione tecnica²⁹, in genere ancora oggi il sindacato sulle valutazioni medico-legali risulta limitato alla manifesta illogicità o irragionevolezza, nonostante l'introduzione della consulenza tecnica.

3. Sindacato giurisdizionale e il limite della sostituzione del giudice rispetto all'amministrazione

La prudenza del giudice amministrativo, almeno dell'orientamento maggioritario, non convince.

Spesso la giurisprudenza amministrativa sulla c.d. discrezionalità tecnica è stata giustificata con il carattere opinabile della regola che l'amministrazione è chiamata ad applicare. L'opinabilità della regola escluderebbe la sua riconducibilità a una questione di diritto: pertanto sarebbe possibile ammettere una riserva di valutazione all'amministrazione. Tuttavia, le valutazioni medico-legali non hanno carattere di opinabilità³⁰ (almeno in senso proprio), nonostante a volte ricorra l'affermazione che sia in discussione una valutazione opinabile anche per queste valutazioni³¹.

²⁸ Cons. Stato, sez. IV, 6 maggio 2010, n. 2619, in *Rep. Foro it.*, 2010; cfr. anche sez. VI, 31 marzo 2009, n. 1889, in *Foro amm.-CdS*, 2009, p. 865.

²⁹ Da ultimo cfr. ancora Tar Lombardia n. 1595/2010 cit.

³⁰ Peraltro, in generale, anche il richiamo alla opinabilità delle valutazioni suscita insoddisfazione su un piano giuridico. Il sindacato sulla valutazione tecnica opinabile è certamente più difficile che su quella non opinabile, ma ciò non significa che possa ritenersi per ciò solo precluso. Anche nel caso della valutazione tecnica opinabile vi è uno spazio per una verifica della correttezza della valutazione. Già alla fine degli anni '60 U. POTOTSCHNIG, *Origini e prospettive del sindacato di merito nella giurisdizione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1969, p. 499, (oggi in *Scritti scelti*, Padova, 1999, p.151) si domandava «...sino a che punto l'attuale sistema che limita normalmente il giudizio amministrativo al sindacato di legittimità sia compatibile con l'art. 113 della Costituzione, là dove esso afferma che la tutela giurisdizionale contro gli atti della pubblica amministrazione non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione». Cfr. anche G. VACIRCA, *Riflessioni sui concetti di legittimità e merito nel processo amministrativo*, in *Studi per il centocinquantenario del Consiglio di Stato*, Roma, 1981, p. 1627: «sotto il profilo costituzionale deve ammettersi l'estensione della tutela giurisdizionale a tutti i casi in cui l'atto risulti conforme a norme giuridiche, anche quando per la determinazione del contenuto di queste ultime, o comunque, per la loro applicazione sia necessario far ricorso a regole tecniche o, (sempreché la norma sostanziale non si limiti a indicare all'amministrazione un interesse da perseguire) all'opinione sociale media e ad altri criteri privi di valore oggettivo». In ogni caso, bisognerebbe capire, prima ancora, quando una valutazione possa ritenersi 'opinabile'. Nella giurisprudenza amministrativa, il giudice utilizza criteri stereotipi e per esempio considera tipicamente opinabili le discipline economiche o artistiche: l'opinabilità di esse, però, è assolutamente negata dalle comunità scientifiche di riferimento.

³¹ Cfr., ad esempio, Cons. Stato, sez. IV, 22 ottobre 2004, n. 6965, in www.giustizia-amministrativa.it che ha ritenuto di non poter sindacare l'accertamento medico circa il deficit visivo di un aspirante vigile del fuoco.

Anche il frequente ricorso alle massime comuni d'esperienza (cfr. sopra e nota n. 28) si presta a critiche analoghe: secondo la giurisprudenza il limite alla disposizione della consulenza trova fondamento nella necessità di non invadere la discrezionalità o di non sostituire la valutazione dell'amministrazione, ma lo stesso limite sembra superato nell'ipotesi di un impiego abnorme della *communis opinio*. Sul tema delle massime comuni d'esperienza si rinvia per tutti a M. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970 (in particolare p. 197 ss.); ID., *La prova dei fatti giuridici: nozioni generali*, Milano, 1992. Ha osservato L.P. COMOGGIO, *Le prove civili*, III ed., Torino, 2010, p. 301, che il ricorso alle massime è consentito in maniera limitata: «occorre ovviamente che la loro percezione non richieda al giudice alcun "accertamento preventivo" di dati particolari od alcuna particolare "valutazione" (come accade ad esempio per l'acquisizione di specifiche cognizioni di ordine tecnico, per la determinazione del canone locativo

La dottrina ha da tempo criticato i limiti seguiti comunemente dalla giurisprudenza amministrativa nell'accertamento del fatto³², ma le pronunce più recenti non sembrano aver raccolto queste critiche, né l'introduzione della consulenza tecnica pare aver favorito un mutamento del quadro generale.

Anche il codice del processo amministrativo, entrato in vigore nel 2010, non stimola un approccio differente quando delinea, in modo sorprendente, il rapporto tra consulenza tecnica e verifica: per «*l'accertamento di fatti o l'acquisizione di valutazioni che richiedono particolari competenze tecniche, il giudice può ordinare l'esecuzione di una verifica ovvero, se indispensabile, può disporre una consulenza tecnica*» (art. 63, co. 4). Appare grave subordinare la disposizione della consulenza tecnica ad un giudizio di indispensabilità o stretta necessità; il rischio, infatti, è di assecondare la ritrosia manifestata in questi anni da una parte della giurisprudenza. Per il giudice amministrativo, invece, l'unico limite dovrebbe essere la coerenza del ricorso alla consulenza tecnica rispetto ai principî dell'istruttoria.

Tranne alcune eccezioni, il giudice amministrativo si ritiene legato all'accertamento del fatto compiuto nella fase del procedimento dall'amministrazione. Il risultato non è soddisfacente: il giudice amministrativo conosce solo dei fatti presi in considerazione dall'amministrazione ma non di quelli diversi³³ utili per la decisione finale, perché in questo caso si attuerebbe un'indebita sostituzione dell'amministrazione³⁴. Il giudizio sulla correttezza della valutazione, però, può prescindere da un mero riesame del procedimento e può richiedere un accertamento autonomo del fatto. Ciò non significa sostituire la valutazione del giudice a quella dell'amministrazione, ma affermare l'autonomia del processo rispetto ad una delle parti in causa³⁵.

A sostegno delle posizioni della giurisprudenza amministrativa si è sostenuto che se si ammettesse, attraverso la consulenza tecnica, un sindacato più incisivo sulle valutazioni tecniche il giudice finirebbe col sostituirsi all'amministrazione, e ciò deve essere scongiurato³⁶.

In questi casi, però, il giudice non si sostituisce all'amministrazione, almeno per tre ordini di

corrente o del valore venale di un terreno)»; cfr. *ivi* p. 157 (nel testo e nota n. 80).

³² Tra i primi F.G. SCOCA, *Profili sostanziali del merito amministrativo*, in *Nuova rass.*, 1981, p. 1385: «*il Consiglio di Stato non ritiene di poter verificare la sana e robusta costituzione fisica; non ritiene di poter verificare i fatti che sono alla base dei rapporti informativi; non ritiene di poter verificare l'esattezza e la gravità dei fatti che sono alla base delle sanzioni disciplinari; per stare al pubblico impiego; non ritiene di verificare lo stato di coltura dei fondi per quanto riguarda le terre incolte; non ritiene di verificare se sussista in fatto l'utilità pubblica nel caso di dichiarazioni di pubblica utilità; non ritiene di verificare la sussistenza del carattere storico o artistico dei beni da vincolare nel caso del demanio storico e artistico e, naturalmente, gli esempi potrebbero continuare*».

³³ Ovviamente introdotti nel giudizio dalle parti.

³⁴ Così un procedimento lacunoso o privo di alcuni elementi di giudizio fondamentali potrebbe superare il vaglio di legittimità perché *ictu oculi* (o *prima facie*) coerente, razionale, logico.

³⁵ Per ulteriori approfondimenti sul punto sia consentito rinviare a G. D'ANGELO, *Le prove atipiche nel processo amministrativo*, Napoli, 2008, pp. 181 ss.. Qui occorre ricordare il ruolo importante che su questo tema può essere svolto dal novellato art. 111 Cost. Il principio del giusto processo impone un profondo ripensamento della figura del giudice amministrativo soprattutto sotto il profilo dell'accertamento del fatto: «*l'accertamento dei fatti non può più fondarsi in misura preponderante sulla collaborazione dell'Amministrazione col giudice, perché ciò è incompatibile con la parità delle parti e attenua il valore del contraddittorio. Di conseguenza vanno anche superate certe rappresentazioni del processo amministrativo quale strumento di revisione del procedimento amministrativo, come se la cognizione del giudice dovesse essere mediata di regola dalla selezione dei fatti già operata dall'Amministrazione e, soprattutto, dalla loro ricostruzione e interpretazione attraverso il procedimento. Il procedimento documenta sì la funzione amministrativa nel suo svolgimento concreto, ma non può costituire la fonte privilegiata per l'accesso del giudice ai fatti*» (A. TRAVI, *Giusto processo e procedimenti amministrativi speciali*, in *Atti del convegno "Il giusto processo"*, Roma 28-29 marzo 2002, Roma, 2003, pp. 67 ss. Cfr. anche S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo*, Milano, 2004, pp. 142 ss.). *Il fatto* nel processo non è (solo) il fatto del procedimento.

³⁶ È uno dei temi più ricorrenti per giustificare i limiti del sindacato sulle valutazioni tecniche.

ragioni³⁷.

In primo luogo ammettere che il giudice valuti (anche) la correttezza della valutazione tecnica non implica necessariamente che il giudice debba formularne una propria in via sostitutiva. Si pensi al caso che sia possibile una pluralità di valutazioni e l'amministrazione ne abbia formulato una scorretta: in questo caso il giudice deve limitarsi ad affermare la scorrettezza di quella valutazione e non è necessario che ne suggerisca un'altra. In ogni caso, in particolare nell'ipotesi in cui si configura un giudizio in termini solamente di vero/falso, il fenomeno non sembra molto diverso dall'enunciazione, che il giudice suole inserire nella motivazione della sentenza, dei criteri cui dovrà ispirarsi l'amministrazione se vorrà emettere un provvedimento sostitutivo di quello annullato.

In secondo luogo, la valutazione tecnica non è né discrezionale né di opportunità; questo dato è stato da tempo riconosciuto anche da un parte della giurisprudenza³⁸ e, mi pare, rafforzato dalla revisione di questi anni della nozione di discrezionalità amministrativa, intesa come l'ambito delle scelte libere rimesse all'amministrazione³⁹. Il sindacato del giudice sulla correttezza delle valutazioni tecniche lascia intatto il potere proprio dell'amministrazione⁴⁰, che è quello che inerisce all'attività discrezionale⁴¹. La diversa fonte di legittimazione del potere amministrativo rispetto a quello giurisdizionale giustifica una riserva all'amministrazione della discrezionalità amministrativa, ma non comporta limiti al sindacato del giudice sulle valutazioni tecniche. Per queste non possono valere, nemmeno da un punto vista costituzionale, principi analoghi a quelli che presiedono alla separatezza fra ordine giudiziario e potere esecutivo.

In terzo luogo, anche il richiamo al 'merito' amministrativo, come ragione per l'insindacabilità delle valutazioni tecniche dell'amministrazione, non appare decisivo. In dottrina da tempo è stata negata l'assimilazione dell'attività tecnica dell'amministrazione al merito⁴², sull'assunto che il merito coincida con le scelte «*il cui criterio informatore è l'interesse pubblico*»⁴³. Anche la

³⁷ Sul tema della sostituzione del giudice civile all'amministrazione v. ora P. CERBO, *Giudice ordinario e "sostituzione" dell'amministrazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, pp. 741 ss.

³⁸ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, n. 601/1999 cit. e sez. IV, 6 ottobre 2001, n. 5287 (in *Giur. it.*, 2002, p. 1084 con nota di S. MIRATE, *Giudici amministrativi e valutazioni tecniche tra nuove conquiste e antiche resistenze*)

³⁹ Cfr. G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Napoli, 2012; E. CODINI, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale - Per una ridefinizione della discrezionalità*, Napoli, 2008; C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela - Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano 2008.

⁴⁰ In termini differenti F. FRACCHIA-C. VIDETTA, *La tecnica come potere*, in *Foro it.*, 2002, III, c. 498: «*il giudice ha preparazione e legittimazione diverse rispetto all'amministrazione cui spetta istituzionalmente l'esercizio del potere cui subordina il conseguimento (o il mantenimento, ove si tratti di interesse oppositivo) del bene finale della vita invocato dal privato; il giudice soprattutto è sottratto al circuito democratico che si fonda sull'elezione di un organo che esercita un controllo politico su chi decide. In questo contesto la generalizzazione del sindacato sostitutivo di tipo forte in presenza di valutazioni opinabili comporterebbe una (ulteriore) dequotazione del ruolo dell'amministrazione*».

⁴¹ Questa riserva non trova riscontro nella Costituzione nemmeno con riferimento all'attività discrezionale per V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione*, Milano, 1966, p. 20 (nota n.35) e p. 73 (nota n. 131); U. POTOTSCHNIG, *Origini e prospettive...*, cit., p. 158. Tuttavia se si accoglie l'impostazione di M.S. GIANNINI, *La discrezionalità...*, cit., è difficile immaginare che la ponderazione di interessi pubblici e privati possa essere effettuata dal giudice.

⁴² A. AMORTH, *Il merito dell'atto amministrativo*, Milano, 1939, p. 31.

⁴³ F.G. SCOCA, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, a cura di V. PARISIO, Milano, 1998, p. 113: «*sono quelle scelte che non possono che essere 'riservate' all'amministrazione; ma non, ovviamente, le scelte che non siano condotte sulla base dell'interesse pubblico*». L. MIGLIORINI, *Cognizione del fatto del giudice amministrativo*, in *Nuova rass.*, 1981, p. 1423, alla fine degli anni settanta rilevava che «*il giudice amministrativo continua a sindacare la discrezionalità tecnica... sotto il profilo dell'eccesso di potere. Si utilizzano cioè vizi che attengono all'esercizio di potestà discrezionali per sindacare lo svolgimento di attività*

giurisprudenza della Cassazione sembra netta in questo senso⁴⁴.

In ogni caso, l'errore dell'amministrazione nella valutazione tecnica non può essere assorbito nella nozione di merito. In questo senso, sono ancora attuali le considerazioni di quella dottrina che, nel dibattito precedente all'istituzione dei Tar, si era espressa a favore di una generalizzazione della giurisdizione di merito, intesa come ampliamento della cognizione sul fatto⁴⁵, e di quella dottrina che, più di recente, ha prospettato che l'errore nella valutazione tecnica costituisca un vizio di legittimità⁴⁶, perché *«quando l'Amministrazione compie un errore di valutazione della fattispecie reale, il suo risultato è che l'atto non raggiunge quei ritorni che dovrebbe dare secondo la previsione della fattispecie astratta e cioè secondo le ragioni per cui all'Amministrazione è dato di esercitare quel potere»*⁴⁷.

4. Giudizi di infermità e la distinzione tra accertamenti e valutazioni tecniche

Nell'ambito dei giudizi medico-legali tali considerazioni sono rafforzate anche da un ulteriore argomento.

Di recente, la categoria degli accertamenti tecnici, già nota negli studi di diritto amministrativo⁴⁸, è stata ripresa e sviluppata da autorevole dottrina⁴⁹ per distinguerla da una ipotesi ritenuta affatto diversa, e cioè dal caso in cui la legge non determini in modo obiettivo i presupposti che giustificano l'emanazione del provvedimento, perché li affida alla valutazione della pubblica amministrazione.

Nel caso di valutazione tecnico discrezionale in senso proprio, la legge si limiterebbe ad indicare, in astratto, quale sia l'interesse pubblico da tutelare, lasciando, tuttavia, alla amministrazione *«il compito di individuare quando tale necessità di tutela ricorra nel caso concreto»*. Questo compito *«viene adempiuto proprio attraverso la valutazione tecnico discrezionale. Di talché, lo stesso esito*

tecniche vincolate dove, appunto, non vengono assolutamente in gioco interessi pubblici da valutare». Si ricordi l'insegnamento di C. MARZUOLI, *op. cit.*, p. 210, in tema di concorsi pubblici: la valutazione sulla prova concorsuale ha carattere meramente tecnico, anche se il fine dell'assunzione del personale è di pubblico interesse; il candidato, infatti, non può essere dichiarato non idoneo in base a ragioni di pubblico interesse; *ibidem*, p. 98, con riferimento all'imposizione del vincolo storico-artistico: la discrezionalità ed il merito non *«sono i termini adeguati»* perché nella norma non è previsto né un potere discrezionale né una scelta demandata al merito.

⁴⁴ Cass., ord., sez. un., 10 agosto 2011, n. 17143, in *Mass.*, 2011, p. 638

⁴⁵ U. POTOSCHNIG, *op. cit.*, pp. 172-173 l'Autore auspicava tale ampliamento soprattutto per gli istituendi tribunali amministrativi regionali, anche per la loro maggiore vicinanza con la realtà territoriale locale. Cfr. anche G. VACIRCA, *op. cit.*, p. 1628.

⁴⁶ F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana*, Padova, 1996, p. 206.

⁴⁷ F. BENVENUTI, *op. cit.*, p. 207. I vizi di merito si risolvono in particolari vizi di legittimità e specificamente nella violazione dei principi di economicità ed efficienza, ora codificati dall'art. 1 l. 241/90 (p. 445: *«se infatti si considerano i casi in cui è ammessa la giurisdizione anche in merito, si vedrà che essa attiene proprio a casi in cui sono in gioco l'economicità e l'efficienza dell'azione amministrativa»*).

⁴⁸ Cfr. ad esempio, V. OTTAVIANO, *Giudice ordinario e giudice amministrativo di fronte agli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, pp. 22 ss.; A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, pp. 593 ss.; F. SALVIA, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, p. 684, 707, distingue tra «acclamamenti tecnici» e «valutazioni di tipo operativo»: queste ultime, secondo l'autore, *«non si pongono in una posizione di assoluta neutralità rispetto al gioco di interessi.[...] Presentano, anche dal punto di vista strutturale, spiccate analogie con la discrezionalità, nel senso che in esse è presente - ed è fisiologica - quella tensione alla composizione di interessi che è tipica dell'agire discrezionale»*.

⁴⁹ Il riferimento, anche nelle citazioni nel testo, è a F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2008, pp. 791 ss. e ID., *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica tra vecchio e nuovo rito (considerazioni a margine della sentenza Cass. SS. UU., 17 febbraio 2012, n. 3712)*, in www.giustamm.it.

della valutazione discrezionale finisce per costituire il fatto obiettivo, vale a dire il presupposto diretto della legittimità del provvedimento da assumersi⁵⁰.

Nel caso di accertamenti tecnici, invece, «la legge, nell'obiettivizzare i presupposti, indica implicitamente anche quando sussista in concreto la necessità di dare tutela all'interesse pubblico». In tali casi, pertanto, non residua alcuno spazio di valutazione dell'interesse pubblico alla pubblica amministrazione perché la sussistenza di detto interesse nel caso concreto e la necessità di salvaguardarlo sono già state determinate direttamente dalla legge, tale che l'azione amministrativa possa definirsi in questi casi vincolata.⁵¹

Qui non è possibile esaminare *funditus* questa tesi; tuttavia alcune considerazioni sono opportune.

A mio avviso, la distinzione fra accertamenti e apprezzamenti tecnico discrezionali⁵² non corrisponde ad un reale differenziazione della valutazione dell'amministrazione. Mi sembra decisivo intendersi se la valutazione tecnica debba essere ricondotta a processi di scelta o, più correttamente, a processi basati comunque su regole o su criteri specialistici⁵³.

Muovendo dalla considerazione che valutazione significa giudizio (tecnico) e non scelta, il giudizio risulterà caratterizzato semplicemente dalle regole tecniche di cui la amministrazione si servirà (meglio, sarà chiamata, in base alla legge, a servirsi) nel caso specifico.

Qualsiasi valutazione, si fonda su presupposti, criteri, regole. Per esempio, una valutazione medico-legale è frutto di regole e di criteri metodologici generalmente accettati (salve le inevitabili eccezioni) dalla comunità scientifica di riferimento. Viceversa, un giudizio di carattere estetico (o artistico) si basa su regole e criteri metodologici più discussi nell'ambito della comunità degli specialisti del settore. Ciononostante, sarebbe artificioso affermare che la valutazione medico-legale consista in un mero accertamento: essa risulta frutto di una valutazione su elementi in reciproco rapporto di causa ed effetto. Più corretto sarebbe sostenere che la valutazione medico-legale gode (o può godere) di criteri che, almeno allo stato in cui la valutazione è svolta, sono ritenuti 'esatti' dalla scienza. Ciò che non può accadere nel caso di un giudizio estetico o ambientale. Il ruolo dell'amministrazione però non muta, come non muta, a mio avviso, l'attività della amministrazione rispetto all'interesse pubblico che in entrambi i casi è predeterminato dal legislatore.

Assume, dunque, rilevanza (non la distinzione accertamenti/apprezzamenti tecnico discrezionali ma) la problematica concernente i criteri o le regole sulle quali la valutazione si fonda. In ultima analisi, valutazione tecnica è il giudizio svolto sulla base di uno o più criteri specialistici⁵⁴.

Da questo punto di vista il c.d. accertamento tecnico rimane una valutazione che si basa su criteri. Lo stesso vale per gli apprezzamenti tecnici: ciò che muta è la 'qualità' dei criteri sui quali la valutazione si fonda. Nel primo caso, al più, si potrà parlare di criteri oggettivi, nel secondo di criteri soggettivi, ma in entrambi i casi il risultato, cioè la valutazione, risulterà priva di certezza assoluta. Si pensi proprio alle innumerevoli controversie sulle valutazioni mediche: il giudizio, dovendo emergere, dalla integrazione e dalla convergenza dei risultati che l'esame dei fatti fornisce

⁵⁰ «Certamente, questo non significa postulare alcuna identità tra la discrezionalità tecnica e quella amministrativa. Nel caso della discrezionalità tecnica, a differenza di quanto avviene nel secondo, l'interesse valutato è uno solo (quello che emerge, implicitamente e in modo astratto, dal presupposto descritto in termini non obiettivi dalla legge) e perché, conseguentemente, ivi non è ammessa comparazione con altri interessi contrapposti o concorrenti». (ancora F. VOLPE, *op. cit.*).

⁵¹ F. VOLPE, *op. cit.*

⁵² O valutazioni tecnico discrezionali in senso proprio.

⁵³ Cfr. J. MARCH, *Prendere decisioni*, ediz. it., Bologna, 1998, p. 8.

⁵⁴ L'uso del termine specialistico pare più appropriato: di criteri scientifici, infatti, si può parlare solo con riguardo ad alcune delle materie nelle quali rilevano le valutazioni tecniche.

alla luce dei criteri di riferimento eziologico, potrà essere (lo è normalmente) oggetto di opposte considerazioni, in sintesi potrà essere 'controvertibile'.

La differenza tra accertamenti e apprezzamenti tecnici, in definitiva, mi sembra priva di rilevanza. Ogni attività della amministrazione che si fonda sul sapere specialistico o scientifico costituisce valutazione tecnica. La valutazione tecnica è in quanto tale 'relativa', perché fondata sulla interpretazione di dati fattuali alla luce di criteri oggettivi o soggettivi. Le valutazioni tecniche non possono considerarsi in nessuno caso elementi di fatto, perché sono un giudizio su elementi di fatto.

Peraltro, rispetto alle valutazioni medico legali, un dato mi sembra comunque evidente: anche ammettendo la rilevanza sostanziale della categoria degli accertamenti tecnici, i giudizi di infermità vi rientrerebbero di certo, non potendo in alcun modo supporre che il giudizio sulla dipendenza di una malattia dal servizio prestato possa comportare l'apprezzamento di un interesse pubblico 'indefinito' dalla legge o l'applicazione di criteri altamente opinabili.

5. Conclusioni

In definitiva, il *self-restraint* della giurisprudenza amministrativa nei giudizi sul riconoscimento della dipendenza della malattia da causa di servizio risulta arbitrario; il fondamento non è negli argomenti di diritto sostanziale invocati più frequentemente dal giudice, e l'introduzione della consulenza tecnica ha superato l'argomento di diritto processuale. I limiti al sindacato giurisdizionale su queste valutazioni oggi sono essenzialmente 'autoreferenziali': il giudice amministrativo decide così perché è lui stesso che dispone in ordine all'oggetto e alle modalità del sindacato.

Prendere consapevolezza di questo dato, però, non è sufficiente. È stato osservato che «*un ordinamento che privilegia la valutazione tecnica peggiore, solo perché essa proviene dall'amministrazione, condanna un Paese al declino, perché rinuncia a ricercare e a premiare la soluzione tecnicamente migliore*»⁵⁵.

A me pare, dunque, che l'orientamento della giurisprudenza amministrativa non sia più sostenibile, a maggior ragione nell'ambito di controversie, come quelle in esame, che coinvolgono il riconoscimento del diritto ad una prestazione previdenziale o assistenziale e oggi devolute, per i dipendenti pubblici 'contrattualizzati', al giudice ordinario⁵⁶.

In proposito è evidente la differenza della giurisprudenza amministrativa rispetto a quella civile maturata su analoghi giudizi di organi medico legali pubblici o di amministrazioni preposte all'erogazione di prestazioni pensionistiche o assistenziali⁵⁷. L'accertamento medico-legale non

⁵⁵ A. TRAVI, *Giurisdizione e amministrazione*, relazione presentata al convegno annuale di studi di Copanello (1-2 luglio 2011) sul tema «*Sindacato giurisdizionale e "sostituzione" della pubblica amministrazione*», in corso di pubblicazione sul relativo volume degli atti.

⁵⁶ Infatti, la domanda del dipendente pubblico volta al riconoscimento della infermità contratta per causa di servizio è inerente al rapporto di pubblico impiego, «*trovando in esso il proprio titolo diretto ed immediato*» (Cass., sez. un., 8 agosto 1995, n. 8680, in *Rep. Foro it.*, 1995, con riferimento all'ente pubblico non economico); ciò comporta che nell'ambito di un rapporto di impiego privatizzato le controversie sul riconoscimento della malattia spettano, come tutte le altre, al giudice ordinario (Cass., sez. un., 10 luglio 2006, n. 15619, in *Mass.*, 2006, p. 1374; cfr. anche nota n. 61).

⁵⁷ Per esempio, in tema di prestazioni in favore dei cittadini colpiti da certe patologie, ai fini dell'accertamento delle condizioni sanitarie necessarie per il riconoscimento dell'indennità giornaliera o di quella post-sanatoriale (ai sensi degli artt.1-2 l. 14 dicembre 1970 n. 1088), il giudice civile verifica pacificamente, mediante consulenza tecnica, l'esattezza della diagnosi di presidi sanatoriali o ambulatoriali (cfr., ad esempio, Cass., sez. lav., 3 maggio 1997, n. 3843 in *Rep. Foro It.*, 1997).

viene ritenuto 'opinabile': viene ritenuto un accertamento tecnico 'complesso', ma ciò non identifica riserve all'amministrazione e semplicemente giustifica il ricorso a una consulenza tecnica. Una conclusione diversa, nella giurisprudenza civile, oggi sarebbe inconcepibile e verrebbe censurata per incompatibilità con i principi costituzionali.

Nell'ambito medico-legale la giurisprudenza civile ritiene che il giudice possa verificare attraverso una consulenza tecnica se una malattia abbia un'origine professionale, anche nel caso delle malattie 'non tabellate', cioè non incluse fra quelle professionali dal d.P.R. 30 giugno 1965 n. 1124. Il ricorso alla consulenza tecnica, in questi casi, è consolidato⁵⁸, tanto che l'onere probatorio per l'interessato, che abbia fornito la prova della malattia e dello svolgimento di una certa attività di lavoro, si ritiene soddisfatto con l'istanza di consulenza⁵⁹.

A problemi identici le due giurisdizioni danno risposte opposte: ciò significa che i limiti al sindacato su questo tipo di valutazioni non dipendono né dalle norme da applicare, né dalla tipologia delle questioni tecniche da affrontare, né dal fatto che su tali questioni si sia già espressa un'amministrazione, né infine dagli strumenti probatori a disposizione.

Dopo la devoluzione al giudice civile delle controversie per i rapporti di lavoro con l'amministrazione, il sindacato in tema di riconoscimento della dipendenza della malattia da causa di servizio è oggi caratterizzato da una vistosa irragionevolezza. Così la medesima pretesa è tutelata nelle forme dell'interesse legittimo dal giudice amministrativo e nelle forme del diritto soggettivo dal giudice civile⁶⁰. Ma non vi è ragione alcuna perché il riconoscimento dell'indennizzo per un dipendente pubblico non contrattualizzato sia sottoposto ad una valutazione tecnica sindacabile dal giudice amministrativo nei ristretti limiti sopra evidenziati, mentre lo stesso riconoscimento per un dipendente pubblico contrattualizzato sia sottoposto alla medesima valutazione pienamente sindacabile dal giudice ordinario.

Nell'ambito del medesimo settore, lo stesso tipo di valutazione è sindacato in modo differente in ragione del dato contingente della giurisdizione⁶¹. A me pare che questo sia incompatibile con i

⁵⁸ Cass., sez. lav., 13 luglio 2011, n. 15400, in *Mass.*, 2011, p. 593; sez. lav., 1 marzo 2006, n. 4520, in *Mass.*, 2006, p. 715.

⁵⁹ Cass., sez. lav., 28 agosto 2002, n. 12629, in *Rep. Foro it.*, 2002; cfr. anche Cass., sez. lav., 19 giugno 1999, n. 6175, in *Rep. Foro it.*, 1999; sez. lav., 7 maggio 1998, n. 4638, in *Rep. Foro it.*, 1998; 17 dicembre 1983, n. 7476, in *Mass.*, 1983. La consulenza tecnica non è ritenuta sempre elemento probatorio indispensabile. Cass., sez. lav., 13 aprile 2002, n. 5352, in *Rep. Foro it.*, 2002, ha sostenuto che, in ipotesi di malattia professionale non tabellata, la prova della causa di lavoro, che grava sul lavoratore, deve essere valutata in termini di ragionevole certezza, nel senso che, esclusa la rilevanza della mera possibilità di eziopatogenesi professionale, questa può essere ravvisata in presenza di un rilevante grado di probabilità; a tal fine non è indispensabile la consulenza quando, riconosciuta dallo stesso ente assicuratore la sussistenza della patologia in misura indennizzabile, la natura professionale della patologia possa essere desunta, con un elevato grado di probabilità, dalla tipologia delle lavorazioni svolte, dalla natura dei macchinari presenti nell'ambiente di lavoro, dalla durata della prestazione lavorativa e dalla assenza di altri fattori, indipendenti dalla attività di lavoro, che possano costituire causa della patologia. Per l'utilizzo della prova testimoniale in queste ipotesi Cass., sez. lav., 6 febbraio 2004, n. 2326, in *Rep. Foro it.*, 2004; sez. lav., 29 luglio 2003, n. 11663, in *Rep. Foro it.*, 2003.

⁶⁰ Al quale in materia di pubblico impiego è rimessa, ad eccezione delle categorie 'non contrattualizzate', la cognizione del contenzioso circa il riconoscimento della causa di servizio, oltre che di tutte le restanti controversie di lavoro, previdenziali ed assistenziali. Cfr. nota n. 57 e Tar, Emilia-Romagna, sez. Parma, 27 gennaio 2011, n. 27, in www.giustizia-amministrativa.it; Tar Lombardia n. 1595/2010 cit.; Tar Piemonte, sez. II, 16 marzo 2009, n. 771, in *Giur. merito*, 2009, p. 1967 con nota di G. FERRARI, *Ruolo e funzione dell'equo indennizzo nel vigente sistema di sicurezza sociale*.

⁶¹ Si confermerebbe l'esigenza (o l'auspicio) di una unità della giurisdizione, essendo imprescindibile, in particolare, il ruolo di nomofilachia della Cassazione per garantire l'omogenea applicazione delle norme; cfr. A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudice delle controversie fra privati e pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 369; ID., *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa?*, *ibidem*, c. 21; ID., *Intervento breve per il superamento della giurisdizione amministrativa (sulla sentenza 500/99 delle S.U.)*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, p. 775; A. TRAVI, *Per l'unità*

principi costituzionali sulla tutela e che ponga l'esigenza di un radicale ripensamento da parte del giudice amministrativo del proprio orientamento maggioritario.

della giurisdizione, in *Dir. pubb.*, 1998, p. 371 ss. Cfr. anche C. MARZUOLI-A. ORSI BATTAGLINI, *Unità e pluralità della giurisdizione: un altro secolo di giudice speciale per l'amministrazione?*, in *Dir. pubb.*, 1997, p. 901; ID., *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, Milano, 2005; G. PASTORI, *Per l'unità e l'effettività della giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, p. 919; ID., *La giustizia amministrativa in trasformazione. Considerazioni di sintesi*, in D. CORLETTO – G. SALA – G. SCIULLO (a cura di), *La giustizia amministrativa in trasformazione: giornate in ricordo di Sebastiano Cassarino*, Verona 21-22 ottobre 2005, Padova 2006, pp. 283 ss. Da ultimo su questo tema, soprattutto attraverso l'opera di Giorgio Pastori, v. A. TRAVI, *L'unità della giurisdizione*, in *Jus*, in particolare p. 367 ss.