

La responsabilità amministrativa sanitaria

di Vittorio Raeli

Consigliere della Corte dei conti

Sommario: **1. Profili generali. - 2. La responsabilità amministrativa degli esercenti la professione sanitaria. Il rapporto di servizio- 3. (Segue) Il danno.- 4. (Segue) Il rapporto di causalità.- 5. (Segue) La colpa professionale. – 6. L'azione di rivalsa e l'azione di responsabilità amministrativa. – 7. Profili processuali: la posizione nel giudizio contabile della amministrazione danneggiata e della compagnia di assicurazione.- 8. Rapporti tra giudizio civile e contabile. L'efficacia del giudicato penale e civile.**

1. Profili generali.

La condotta professionale del medico rileva sotto il profilo civile, penale, disciplinare ed erariale.

Tralasciando di considerare la responsabilità civile, penale e disciplinare dei sanitari, di particolare interesse, per i profili che riguardano il danno erariale, è la responsabilità amministrativa dei medici pubblici dipendenti del servizio sanitario nazionale.

Il fondamento costituzionale di tale forma di responsabilità si rinviene nell'art. 28 Cost., che prevede la responsabilità diretta dei dipendenti pubblici per danno ingiusto e l'estensione di siffatta responsabilità allo Stato.

L'art. 28 1° comma del D.P.R. 20 dicembre 1979 n. 761 recita: “ In materia di responsabilità, ai dipendenti delle Unità sanitarie locali si applicano le norme vigenti per i dipendenti civili dello Stato di cui al D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, e successive integrazioni e modificazioni “.

Secondo la normativa a cui tale articolo rinvia (artt. 22 e 23 D.P.R. n.3/1957) l'impiegato civile dello Stato risponde direttamente verso i terzi dei danni causati per colpa grave o dolo in violazione di diritti.

L'art. 47 della legge 23 dicembre 1978, sancisce che “ lo stato giuridico ed economico del personale delle unità sanitarie locali è disciplinato, salvo quanto previsto espressamente dal presente articolo, secondo i principi generali e comuni del rapporto di pubblico impiego”, mentre l'art. 28 del d.p.r. 20 dicembre 1979, n.761 dispone che “ in materia di responsabilità, ai dipendenti delle unità sanitarie locali si applicano le norme vigenti per i dipendenti civili dello Stato di cui al D.p.r. 10 gennaio 1957, n.3 e successive integrazioni e modificazioni”. In particolare, l'art. 18 cit. prevede l'obbligo del dipendente di risarcire la Pubblica Amministrazione dei danni derivanti da violazione di obblighi di servizio.

E' su questo impianto normativo che si inserisce l'art. 9 della legge 8 marzo 2017, n.24 , da taluno definita “ norma chiave”¹, che disciplina oggi espressamente l'azione di responsabilità amministrativa per danno indiretto nei confronti dell'esercente la professione sanitaria.

2. La responsabilità amministrativa degli esercenti la professione sanitaria. Il rapporto di servizio.

Prima di passare in rassegna le novità contenute nella riforma della responsabilità sanitaria è utile richiamare la giurisprudenza formatasi nello specifico settore sulle varie componenti dell'illecito contabile.

Presupposto della responsabilità in questione è, innanzitutto, la sussistenza di un rapporto di servizio fra i sanitari e l'Amministrazione che in ipotesi ha subito il danno.

La giurisprudenza ha ravvisato la sussistenza del rapporto di servizio nelle seguenti ipotesi:

- Sanitario convenzionato con il S.S.N.

¹ In questo senso, P. Gattari, Prime riflessioni sulla riforma della responsabilità civile da attività sanitaria (Legge 8 marzo 2017, n.24) in www.questionegiustizia.it, 25 maggio 2017; M.Ruvolo- S.Ciardo, *Approvata la nuova Legge sulla responsabilità sanitaria, cosa cambia?*, in www.questionegiustizia.it, 11 aprile 2017.

La Corte di Cassazione ha riconosciuto la giurisdizione della Corte dei conti nei confronti del medico convenzionato, in quanto nell'attività da questo svolta sono rilevabili elementi da cui scaturisce l'esistenza del rapporto di servizio con l'Amministrazione sanitaria.²

E' stato, in particolare, ritenuto responsabile dalla giurisprudenza contabile il medico convenzionato con il S.S.N. per il danno provocato all'erario con la prescrizione di medicine non per finalità terapeutiche.³

In applicazione degli stessi principi si è affermato - in giurisprudenza - sussistere il rapporto di servizio del farmacista convenzionato con il SSN, sulla base dei seguenti adempimenti: controllo delle ricette presentate dagli assistiti; "tariffazione" della ricetta; esazione del "ticket" dall'assistito per conto della ASL; resa del conto alla ASL.⁴ . Così come il rapporto di servizio è stato affermato nei confronti dei medici operanti in una casa di cura in regime di accreditamento.⁵

- Componenti delle Commissioni sanitarie per gli invalidi civili

Il problema si è posto in giurisprudenza con riferimento ai componenti delle Commissioni sanitarie per gli invalidi civili, medici dipendenti o convenzionati delle ex UU.SS.LL. territorialmente competenti, per quanto concerne l'indebita corresponsione da parte dell'Amministrazione dell'interno, in data anteriore alla entrata in vigore della L. 14 gennaio 1994 n. 20, delle provvidenze economiche previste dalla normativa per gli invalidi civili, essendosi sostenuto dai difensori dei medici chiamati in giudizio dalle varie Procure Regionali che si verte intorno a ipotesi di danno ad amministrazione (statale) diversa da quella di appartenenza (regionale) dei medesimi (art. 1, comma 4, L. 20/1994).

² " Tra il medico di base e l'amministrazione pubblica si costituisce convenzionalmente un rapporto di servizio con riguardo alle attività che si inseriscono nell'organizzazione strutturale, operativa e procedimentale dell'unità sanitaria locale, tra le quali rientrano quelle attività di natura non professionali, perché consistenti in certificazioni (compilazione di prescrizioni farmaceutiche e cartelle cliniche), nell'identificazione di assistiti e nell'accertamento del loro diritto alle prestazioni sanitarie ecc. ": Cass., Sez. un., 13.11.1996 n. 9957.

³ C. conti, Sez. II centr., 2 giugno 1998 n.158/A; Id., Sez. II, 30 maggio 1991 n.209.

⁴ C. conti, Sez. Reg. Liguria, 28 gennaio 2002 n.82.; Id., Sez. Reg. Puglia, 13 giugno 2016, n.196; Id., Sez. Reg. Campania, 30 agosto 2013, n.1027.

⁵ C. conti, Sez. Reg. Lombardia, 20 ottobre 2009, n.641.

L'orientamento è assolutamente pacifico nel senso di riconoscere sussistente la giurisdizione del giudice contabile per i fatti verificatisi prima dell'entrata in vigore della L. 20/1994⁶ ed ha trovato autorevole avallo in una recente sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁷

- Medico putativo

Infine, sebbene non ricorra di frequente nella prassi giudiziaria, deve farsi menzione della fattispecie dell'esercizio della professione di medico senza il possesso del relativo titolo di studio.

La giurisprudenza contabile ha affermato sussistere il rapporto di servizio del c.d. medico putativo, affermando che il presupposto per il radicarsi della giurisdizione della Corte dei conti è sufficiente il concreto esercizio di un'attività o di una funzione che inserisca l'estraneo nella organizzazione sanitaria pubblica.⁸

3 (Segue). Il danno.

Nell'ambito dell'elemento oggettivo della responsabilità amministrativa viene fatto rientrare il danno, che si configura come diretto o indiretto a seconda che sia stato cagionato alla Pubblica Amministrazione fino dall'origine (danno diretto)⁹ ovvero sia stato procurato a terzi, nei cui confronti l'Amministrazione, per accordo transattivo o sentenza di condanna, sia tenuta al risarcimento (danno indiretto).

⁶ “ Sussiste la giurisdizione della Corte dei conti nei riguardi dei medici dipendenti o convenzionati con le UU.SS.LL., pure per i fatti avvenuti prima della L. 14 gennaio 1994 n.20, atteso il loro rapporto di servizio con l'Amministrazione statale, che, prescindendo da quello intrattenuto con le stesse UU.SS.LL., si è instaurato mediante l'atto di rispettiva designazione o nomina a componente delle Commissioni sanitarie di prima istanza per l'invalidità civile, trattandosi peraltro di due funzioni diverse, perchè svolte su piani assolutamente distinti e per finalità del tutto differenti “: C. conti, Sez. Reg. Puglia, 4 marzo 1999 n. 11; conforme, Sez. III centr., 29 ottobre 1998 n.269/A.

Ora, la legge 8 marzo 2017, n.24 ha positivizzato il suddetto orientamento all'art. 9, comma 5, richiamando l'art. 7, comma 2, che dispone in ordine ai medici convenzionati con il SSN.

⁷ “ Per i fatti verificatisi prima dell'entrata in vigore dell'art. 1, quarto comma, della legge n.20/1994, così come novellato dalla legge n.639/1996....la giurisdizione del giudice contabile sussiste tutte le volte in cui sia ravvisabile un rapporto, non solo di impiego in senso proprio o ristretto, ma anche di servizio, per quest'ultimo intendendosi la sussistenza di una relazione funzionale caratterizzata dall'inserimento del soggetto nell'iter “ procedimentale o nell'apparato organico dell'ente, tale da rendere il primo compartecipe dell'attività amministrativa del secondo “: Cass., Sez. un., 4 luglio 2002 n.9693.

⁸ C. conti, Sez. I, 14 ottobre 1991 n.311.

⁹ In questa ampia nozione rientra, per esempio, il danno (patrimoniale) prodotto dalla distruzione di beni, dalla sottrazione di somme di denaro, dalla mancata acquisizione di beni o risorse, dal mancato parziale o improduttivo utilizzo di beni o risorse pubbliche. Vi rientrano anche il danno da disservizio, da tangente e il danno (non patrimoniale) all'immagine dell'ente ospedaliero.

Nel primo tipo di responsabilità (per danno diretto) possono incorrere:

- a) i medici dipendenti o convenzionati che siano componenti delle Commissioni sanitarie per gli invalidi civili e, in tal caso, il danno consiste nella indebita corresponsione di provvidenze economiche a tale titolo¹⁰;
- b) il c.d. medico putativo e, in tal caso, il danno è determinato dalla erogazione degli emolumenti percepiti quale compenso per l'attività lavorativa,¹¹ a nulla rilevando il fatto che, agli emolumenti percepiti abbiano corrisposto prestazioni effettivamente svolte, in quanto le stesse, non essendo espressione di capacità collegate al titolo di studio, non recano alcun vantaggio all'Ente;¹²
- c) il sanitario convenzionato con il SSN e, in questo caso, il danno è stato individuato nella ingiusta sottrazione di risorse in danno della U.S.L. in relazione alla prescrizione di farmaci al di fuori dei presupposti di legge¹³ e determinato in via equitativa , operando il raffronto con il costo medio *pro capite* della assistenza farmaceutica di una data U.S.L.¹⁴

Nel secondo tipo di responsabilità (per danno indiretto), che è quella più significativamente incisa dalla legge n. 24/2017, possono incorrere i sanitari per i danni recati ad un terzo che l'Amministrazione sia stata tenuta a risarcire in forza di sentenza del giudice ordinario o di atto transattivo.

Ai fini della quantificazione del danno, ai sensi dell'art. 9, comma 5, legge n.24/2017, il giudice tiene conto delle situazioni di fatto di particolare difficoltà, anche organizzativa, della struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica in cui l'esercente la professione sanitaria ha operato¹⁵. Questa novità è sembrata più apparente che reale,¹⁶ in quanto per giurisprudenza assolutamente pacifica il c.d. potere

¹⁰ C. conti, Sez. Reg. Basilicata, 6 maggio 1999 n.119.

¹¹ C. conti, Sez. I, 10 dicembre 1993 n. 152.

¹² Cfr. C. conti, App. Sicilia, 1 agosto 2006, n.154 e Sez. Reg. Lazio, n.16/1998.

¹³ C. conti, Sez. II, 30 maggio 1991 n.209 cit.

¹⁴ C. conti, Sez. Reg. Liguria, 28 gennaio 2002 n.82 cit.; in termini, Sez. II centr., 2 giugno 1998 n. 158/A cit.

¹⁵ Sebbene non richiamata dalla norma in commento, si ritiene che la stipula di una adeguata polizza assicurativa per colpa grave, con oneri a carico del medico, a cui fa riferimento l'art. 10, comma 3, può costituire circostanza valutabile ai fini dell'esercizio del c.d. potere riduttivo.

¹⁶ Così, P. Della Ventura, *La responsabilità amministrativa degli esercenti la professione sanitaria*, in www.amministrazioneincammino.it, 12 gennaio 2018

riduttivo è normalmente applicato dal giudice contabile proprio tenendo presenti le circostanze alle quali fa riferimento la norma in questione.¹⁷

L'opinione, sebbene degna di considerazione, non tiene conto della utilità della norma, che consiste nel fissare dei parametri sul piano normativo, che siano in grado da rappresentare una sorta di "bussola" per il giudice contabile, al quale è affidato il delicato compito della determinazione del danno erariale ascrivibile.

La norma fa salvo, peraltro, quanto previsto dall'art. 1, comma 1-*bis*, della legge 14 gennaio 1994, n.20 e dall'art. 54, comma 2, del r.d. 12 luglio 1934, n.1214, i quali, rispettivamente, stabiliscono che nel giudizio di responsabilità, fermo restando il c.d. potere riduttivo, deve tenersi conto dei vantaggi comunque conseguiti dall'amministrazione di appartenenza o da altra amministrazione o dalla comunità amministrata e che la Corte dei conti, valutate le singole responsabilità, può porre a carico dei responsabili tutto o parte del danno accertato o del valore perduto.

L'importo del danno ascrivibile varia a seconda che il fatto sia stato compiuto con dolo o colpa grave. Mentre nel primo caso, infatti, può essere recuperata l'intera somma, nel secondo l'importo della condanna, per singolo evento, non può essere superiore al " triplo del valore maggiore della retribuzione lorda o del corrispettivo convenzionale conseguiti nell'anno di inizio della condotta causa dell'evento o nell'anno immediatamente precedente o successivo".^{18 19}

La norma prevede, inoltre, nel caso di condanna per responsabilità amministrativa, una sanzione accessoria, consistente nell'impedire all'esercente la professione sanitaria, nell'ambito delle strutture

¹⁷ V., *ex multis*, C. conti, Sez. I centr., 5 marzo 2009, n.137.

¹⁸ L'art. 11, comma 1, lettera a) e b) della legge 11 gennaio 2018, n. 3, ha modificato la previsione originaria, che recava l'espressione " moltiplicato per il triplo". Secondo G.Travaglino, *Vaghi appunti sulla riforma della responsabilità sanitaria*, in www.giustiziacivile.com, 3 marzo 2017, l'utilizzo del termine " moltiplicato" sarebbe " una evidente svista del legislatore", in quanto una tale moltiplicazione porterebbe a cifre astronomiche in aperto contrasto con la ratio della disposizione.

¹⁹ Osserva M. Rossetti(*La riforma della responsabilità medica. L'assicurazione*, in www.questionegiustizia.it, n.1/2018) che " è stato scelto un limite quantitativo alla rivalsa del tutto avulso, per difetto, dagli importi possibilmente e concretamente liquidabili a titolo di risarcimento del danno in caso di morte d'un paziente, o di gravi invalidità". Valuta negativamente la norma V. Tenore, (*L'azione di responsabilità amministrativa innanzi alla Corte dei conti*, in F.Gelli, M.Hazan, D.Zorzit (a cura di), in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, Milano, 2017), per il quale la soluzione legislativa è a rischio di incostituzionalità, in quanto introduce un limite quantitativo per una sola categoria di dipendenti pubblici esposti ad elevati rischi professionali, pur esistendo altre categoria ugualmente (o maggiormente) esposte (militari e poliziotti, insegnanti, etc.).

sanitarie o sociosanitarie pubbliche, di essere preposto ad incarichi professionali superiori rispetto a quelli ricoperti “ per i tre anni successivi al passaggio in giudicato della domanda di risarcimento proposta dal danneggiato”²⁰.

Questa norma, che fa il paio con la precedente, è, secondo alcuni²¹, indice rivelatore di una ipotesi di responsabilità di tipo sanzionatorio.

E’ forse preferibile affermare che, più che di sanzione, debba parlarsi di un “ limite” posto dal legislatore alle azioni da lui genericamente definite di “ rivalsa “ e ciò è in linea con la *ratio legis*, che è quella di alleggerire la responsabilità degli esercenti la professione sanitaria.

4 (Segue). Il rapporto di causalità.

Il giudizio di responsabilità amministrativa è finalizzato ad accertare in primo luogo se e quali condotte abbiano assunto efficienza causale nel determinismo dell’evento dannoso.

Il nesso causale assume particolare rilevanza *in subjecta materia*, con riferimento alla ipotesi di concorso di condotte di più soggetti nella realizzazione dell’evento dannoso.

L’esistenza del nesso causale deve essere provato dal P.M. contabile.²²

Negli ultimi anni, la Cassazione ha elaborato una serie di criteri *ad hoc* in ambito sanitario.

Così, si distinguono due fasi. La prima fase del giudizio di causalità verte sull’accertamento del c.d. nesso di causalità materiale e, cioè, sulla riconducibilità della condotta all’evento dannoso per cui è causa dell’evento “ ogni comportamento antecedente (prossimo, intermedio, remoto) che abbia generato o anche solo contribuito a generare” l’evento”.²³ La seconda fase del giudizio si incentra,

²⁰ Secondo V. Tenore, *op. cit.*, tale disposizione costituisce un unicum nel panorama del pubblico impiego, in quanto prevede un automatismo interdittivo correlato non già ad una condanna penale o ad una sanzione disciplinare, ma ad una mera condanna civile.

²¹ P. Della Ventura, *op. cit.*; F. G. Cuttaia, *La disciplina della responsabilità amministrativa dell’esercente la professione sanitaria alla luce delle novità normative introdotte dalla legge 24/2017 e delle prime pronunce giurisprudenziali*, in *Riv. it. med. leg.*, n.4/2017; J. Bercelli, *La giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale indiretto nella legge n.24 del 2017*, in *Istituzioni del Federalismo*, n.2/2017.

²² C. conti, Sez. Reg. Umbria, 17 luglio 2001 n.316 .

²³ Cass., 12 settembre 2013, n.20904.

invece, sull'accertamento del c.d. nesso di causalità giuridica, che è volto a selezionare i danni risarcibili in favore del danneggiato.²⁴

Senza volere indugiare oltre, con riferimento all'accertamento del c.d. nesso di causalità materiale, è sulla causalità omissiva che si è soffermata, in particolare, la giurisprudenza della Suprema Corte, ricorrendo al criterio del “ più probabile che non”,²⁵ in base al quale è causa dell'evento quella condotta che eziologicamente ha una probabilità superiore al 50% di avere provocato quel dato evento.²⁶

In applicazione di tali criteri, e' stato escluso, in giurisprudenza, il nesso causale tra la grave cerebropatia che ha colpito il nascituro e la condotta dei sanitari quando, nel corso dell'assistenza operata nella fase conclusiva del parto, gli stessi non siano ricorsi al monitoraggio elettronico del battito cardiaco con la metodica del tracciato cardiografico, pur in presenza di una sofferenza fetale del nascituro che doveva, piuttosto, essere rilevata a monte dell'ultimo intervento assistenziale.

E' stato escluso, altresì, il nesso causale in una fattispecie in cui è rimasto accertato che le gravi lesioni al neonato a seguito di parto erano diretta conseguenza di errori ostetrico-assistenziali antecedenti l'intervento del medesimo²⁷

5 (Segue). La colpa professionale.

Criterio (ordinario) di imputazione della responsabilità amministrativa è quello della colpa grave, ai sensi dell'art. 1, comma 1, della L. 14 gennaio 1994 n. 20.²⁸

²⁴ *Ex multis*, Cass., Sez. un., 26 gennaio 1971, n.174 e Cass. 15 ottobre 1999, n. 11629.

²⁵ A partire da Cass. 16 ottobre 2007, n. 21619.

²⁶ Nel corso degli anni, alla regola sono stati introdotti alcuni correttivi da parte della giurisprudenza di legittimità, soprattutto per l'ipotesi di concorso di causa umana (condotta della struttura e/o del medico) con cause naturali: cfr., da ultimo, Cass.,29 febbraio 2016, n.2893.

²⁷ C. conti, Sez. Reg. Umbria, 20 dicembre 2007, n.261.

²⁸ Con riferimento al dolo, che rappresenta l'ipotesi statisticamente meno frequente, è pacifico l'orientamento giurisprudenziale secondo cui, in tema di responsabilità amministrativa, il dolo che assume rilevanza è quello c.d. contrattuale, connotato dalla volontà di non adempiere agli obblighi di servizio, con la conseguente applicabilità dell'art. 1225 c.c. e, quindi, della imputazione dei danni anche imprevedibili: cfr. C. conti, Sez. I centr., 16 aprile 1998, n.114. Ad esempio, è stata ritenuta sorretta da dolo la condotta illecita consistente nel presentare reiteratamente al SSN, ai fini del rimborso,, ricette recanti la prescrizione di farmaci per patologie diverse (o, addirittura, inesistenti), oppure in numero eccedente le effettive necessità terapeutiche dei pazienti, posta in essere da un medico di medicina generale, convenzionato con il SSN, in associazione con dei farmacisti, qualora essi abbiano agito con la volontà consapevole di non adempiere gli obblighi e i doveri nascenti dal rapporto di servizio intercorrente con la P.A.: cfr. C. conti, Sez. Reg. Campania, 30 agosto 2013, n. 1027.

Esso coincide con la regola della colpa grave di cui all'art. 2236 c.c., la cui sfera di applicazione è stata ristretta alla colpa per imperizia nei casi di “ problemi tecnici di speciale difficoltà “.

Di recente, la Corte di Cassazione ha ritenuto che la speciale difficoltà di un intervento, deducibile dalla premessa “ soluzione di problemi tecnici “ contemplata dall'art. 2236 c.c., ricorre esclusivamente “ laddove il caso non sia stato in precedenza adeguatamente studiato o sperimentato o quando nella scienza medica siano stati discussi sistemi diagnostici, terapeutici e di tecnica chirurgica diversi ed incompatibili tra loro”.²⁹

Nella definizione di colpa grave - con riferimento alla colpa professionale - costituisce affermazione di principio la seguente:

“ Al fine di configurare la sussistenza della colpa grave nel comportamento del medico chiamato a risolvere un problema diagnostico di particolare difficoltà, non basta un comportamento non perfettamente rispondente alle regole della scienza e dell'esperienza, ma è necessario che il sanitario, usando la dovuta diligenza, abbia potuto prevedere e prevenire l'evento verificatosi come conseguenza del proprio comportamento che il giudice dovrà valutare con riferimento al livello di diligenza impiegato nello scegliere discrezionalmente mezzi e modi suggeriti dalla scienza medica

“³⁰

Si è anche affermato:

“ La colpa grave in campo sanitario comprende gli errori inescusabili per la loro grossolanità, l'assenza delle cognizioni fondamentali attinenti alla professione nonché il difetto di quel minimo di perizia tecnica, esperienza e capacità professionale, con la conseguenza che il metro esatto per valutare il comportamento del medico deve incentrarsi sul livello di diligenza da lui impiegato nell'usare il metodo operativo più adatto al caso concreto ed alle circostanze contingenti “.³¹

Sicchè:

²⁹ Cass., 28 maggio 2004, n.10297.

³⁰ C. conti, App. Sicilia, 17 settembre 2001 n. 196/A.

³¹ C. conti, App. Sicilia, 15 dicembre 2003 n. 259/A.

“ Nessuna colpa grave può essere addebitata al professionista medico chirurgo il cui comportamento, ancorchè riprovevole in quanto non perfettamente rispondente alle regole della scienza e dell’esperienza, non è stato improntato a grave imperizia, negligenza o imprudenza e non si è in presenza di trascuratezza ed inadeguatezza di condotta professionale, essendosi l’evento lesivo verificato per fattori imponderabili connessi al gravoso impegno tecnico dell’intervento operatorio “³²;

La colpa grave è stata esclusa:

- nel comportamento di un ginecologo , il quale nell’optare per il parto vaginale di una paziente, in luogo del parto cesareo, non avendo con sufficiente anticipo diagnosticato la presenza nel feto di una distocia di spalle che si evidenzia solo nella fase terminale del parto abbia provocato, nella fase concitata dell’espulsione danni cerebrali irreversibili al feto a causa di una manovra che, pur non informata alla perizia propria di un operatore specializzato, non può ritenersi configurare gli estremi della grave imperizia;³³

- nel comportamento dei sanitari che hanno assistito alla fase finale di un parto, anche in presenza di un rischio di sofferenza fetale e di una microsomia fetale che doveva essere rilevata fin dal momento del ricovero nella struttura ospedaliera;³⁴

- nei riguardi dei componenti di una Commissione sanitaria per gli invalidi civili, allorquando la percentuale di invalidità civile da costoro stabilita, sia risultata inferiore in sede di verifica soprattutto per effetto del diverso criterio di classificabilità stabilito dal D.M. Sanità 5.2.1992 (rispetto al precedente D.M. del 25.7.1980)³⁵ e per avere ritenuto sufficienti le certificazioni allegate alla domanda, rilasciate dalla stessa struttura pubblica che avrebbe dovuto effettuare il prescritto accertamento diagnostico.³⁶

³² C. conti, Sez. Reg. Veneto, 17 marzo 1998 n. 236.

³³ C. conti, Sez. III centr., 11 ottobre 1999 n. 241/A

³⁴ C. conti, Sez. III centr. 30.3.2000 n.124 cit.

³⁵ C. conti, Sez. Reg. Puglia 4 marzo 1999 n. 11 cit.

³⁶ C. conti, Sez. Reg. Sicilia 6 ottobre 1997 n. 262.

E' stata ravvisata, viceversa, la colpa grave:

- nel comportamento del medico anestesista che, nel corso di un intervento di appendicectomia, utilizzava sul paziente la maschera facciale in luogo dell'intubazione e non constatava tempestivamente l'arresto cardiocircolatorio e, pertanto, non provvedendo ad attuare repentinamente le manovre rianimatorie, provocava danni gravi e irreversibili al cervello dello stesso³⁷;

- per il danno derivante dalle lesioni gravissime subite da un neonato ascrivibile ai medici addetti al parto che, al momento del ricovero della gestante non effettuarono alcuna anamnesi ostetrica relativa al precedente parto della paziente – per il quale si erano presentate condizioni assolutamente peculiari (incapacità della partoriente di provvedere all'espulsione del feto) - e non attuarono nessun intervento nel momento in cui constatarono che il liquido amniotico era fortemente tinto di meconio³⁸ ;

- dei medici ginecologi che, in presenza di dati clinici ed anamnestici a disposizione che consigliavano di ricorrere al taglio cesareo, hanno proceduto al parto per via vaginale, a seguito del quale si sono verificate lesioni traumatiche a carico del neonato, e dell'ostetrica che, pur non competendole le scelte di stretta competenza medica, quale quella di eseguire o meno l'intervento cesareo, si ingerisce nella effettuazione di una prestazione sanitaria per la quale è espressamente previsto l'obbligo di richiedere l'intervento del medico;³⁹

- per omessa diagnosi e tempestiva terapia da parte degli assistenti di reparto di pediatria di una “ meningite purulenta “, malattia che non era stata rilevata nonostante ben due ricoveri e la presenza di una sintomatologia precisa ed allarmante del neonato affidato alle loro cure, con conseguente decesso del medesimo;⁴⁰

³⁷ C. conti, Sez. Reg. Lazio, 28 febbraio 2001 n. 986.

³⁸ C. conti, Sez. Reg. Lazio, 27 febbraio 2001 n. 983.

³⁹ C. conti, Sez. Reg. Toscana, 27 settembre 2002 n.676.

⁴⁰ C. conti, Sez. Reg. Sicilia, 5 gennaio 1999 n.4.

- per il decesso di ricoverato d'urgenza a causa dell'assenza del medico di guardia presso l'unità di pronto soccorso di un ospedale⁴¹;
- nella ipotesi di esecuzione di prestazioni sanitarie con mezzi strumentali inadeguati, i quali costituiscono condizione di pericolo nella loro concreta utilizzazione.⁴²
- dei componenti di una Commissione sanitaria per gli invalidi civili che hanno certificato ingiustificabilmente l'esistenza di un grado di invalidità significativamente inferiore a quella realmente esistente secondo una corretta valutazione medico-legale⁴³ e formulato una diagnosi di epilessia in carenza di qualsiasi documentazione clinica.⁴⁴

Secondo recenti orientamenti giurisprudenziali, poi, la responsabilità amministrativa del sanitario può configurarsi anche in mancanza di un valido consenso informato del paziente.⁴⁵

In merito all'elemento soggettivo della colpa grave nella responsabilità medica si è segnalato in dottrina⁴⁶ l'evoluzione giurisprudenziale connessa alla entrata in vigore della legge n.189 del 2012 (c.d. legge Balduzzi), che, introducendo (all'art. 3) il riferimento alle c.d. linee guida, rilevanti in sede penale, aveva fatto ritenere alla giurisprudenza contabile che l'elemento della colpa grave potesse essere parametrato, basandosi su tale disposizione, non solo in tutte quelle ipotesi in cui la scelta del medico sembrasse comunque ragionevole, avuto riguardo alle conoscenze scientifiche e alla prassi medica, ma anche nei casi di omissione di un'attività diagnostica e terapeutica routinaria, per i quali, in precedenza, si riteneva pacificamente sussistente la colpa grave.⁴⁷

⁴¹ C. conti, Sez. III centr., 2 luglio 2001 n.174/A.

⁴² C. conti, Sez. Reg. Basilicata, 6 maggio 1999 n. 119.

⁴³ C. conti, Sez. Reg. Sicilia, 11 marzo 2004, n. 709.

⁴⁴ C. conti, Sez. Reg. Sicilia 23 febbraio 1999 n. 64.

⁴⁵ Cfr. C. conti, Sez. Reg. Sicilia, 26 aprile 2010, n.828.

⁴⁶ E. Bertillo, *L'azione di responsabilità amministrativa*, in A.D. De Santis (a cura di), *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria (legge 8 marzo 2017, n. 24, Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*, Roma, 2017, cita C. conti, Sez. Reg. Emilia-Romagna, 7 aprile 2016, n.49, ove, peraltro, si afferma che “ non appare corretto ritenere che l'esistenza di particolari linee guida che si pongono, in astratto, in contrasto con la condotta del medico nel fatto che ha determinato una lesione al paziente sia di per sé sufficiente a dimostrare che la condotta del sanitario è sicuramente connotata da colpa grave”.

⁴⁷ Cfr. C. conti, Sez. Reg. Sicilia, 22 gennaio 2008, n.238.

Assume particolare rilievo, alla luce delle novità introdotte dalla legge n.24/2017, il riferimento che l'art. 5 opera al parametro costituito dalle linee guida, che, pur essendo stabilito in relazione alla responsabilità penale, non può non valere anche per ciò che concerne la responsabilità amministrativa del sanitario⁴⁸.

Il problema della responsabilità del primario, in relazione alla posizione apicale rivestita e alla ripartizione dei ruoli tra i medici operanti in una struttura sanitaria pubblica, è stato affrontato dalla giurisprudenza contabile, che lo ha risolto in diverso modo.

Così, da una parte si è affermato che deve aversi riguardo “ non già alla posizione di primario della divisione medica competente, bensì a quella dei sanitari concretamente e primariamente coinvolti nelle scelte terapeutiche “⁴⁹e, dall'altra, che “ nella struttura gerarchizzata di una divisione ospedaliera, la responsabilità sia complessiva, che individuale sulle situazioni dei pazienti ricade, necessariamente, sul Primario preposto alla medesima (D.P.R. 716 del 20.12.1979 art. 63) giacchè costui svolge giornalmente attività di visita nel reparto dove sono ospitati i pazienti “⁵⁰.

Si è, inoltre, affermato che il primario è responsabile “ sia per il proprio ruolo, di prioritario rilievo nell'ambito degli apporti personali nello svolgimento dell'atto medico, sia poiché un intervento che si svolga sotto la direzione e sorveglianza del primario ha come correlato necessario, sul piano della responsabilità – salvo la prova contraria – la personale e immediata imputabilità al medesimo dei danni prodotti al paziente quando l'intervento sia stato effettuato dall'equipe operatoria con grave imperizia, senza l'osservanza delle norme tecniche e deontologiche che sono poste a garanzia e tutela dell'incolumità psico-fisica del paziente operato “.⁵¹

Il problema si pone perché ai sensi dell'art. 7 D.P.R. 27 marzo 1969 n. 128 il primario ospedaliero è normalmente responsabile del comportamento della sua equipe, in relazione al dovere di vigilanza

⁴⁸ F.G. Cuttaia, op. cit., osserva che già l'indirizzo di coordinamento della procura generale della Corte dei conti 19 ottobre 1996, n. I.C./6 aveva a suo tempo indicato tra gli elementi sintomatici della sussistenza della colpa grave del sanitario l'aver agito seguendo un proprio convincimento, senza tenere conto di istruzioni, indirizzi e prassi.

⁴⁹ C. conti, Sez. Reg. Piemonte 10 novembre 1999 n.1757.

⁵⁰ C. conti, Sez.III centr. 6 novembre 2000 n.306.

⁵¹ C. conti, Sez. Reg. Emilia Romagna, 27 ottobre 2003 n.2210.

posto a suo carico, per cui lo stesso è responsabile sia del mancato intervento, sia dell'operato dei medici sottoposti alla sua vigilanza.⁵²

Il quadro normativo relativo alla responsabilità del primario è da integrarsi con la norma di cui all'art. 63 del D.P.R. 20 dicembre 1979 n. 761, il quale specifica che al primario competono “ funzioni di indirizzo e di verifica sulle prestazioni di diagnosi e cura “, nonché il potere-dovere di impartire istruzioni e direttive ed esercitare la verifica inerente alla loro attuazione.

La Corte di Cassazione ha affermato, di recente, il seguente principio di diritto:

“ Il primario ospedaliero ha un obbligo di vigilanza, diretta ed indiretta, esteso a tutte le fasi in cui si articola la prestazione sanitaria, ivi compresa quella postoperatoria “. ⁵³

Di particolare interesse, poi, la affermazione giurisprudenziale sulla responsabilità del primario per mancata utilizzazione di apparecchi diagnostici:

“ Il primario ospedaliero che, anche se costretto da oggettivi ostacoli, lasci inutilizzata per lungo tempo una costosa apparecchiatura diagnostica senza darne avviso agli amministratori, viene meno – con colpa grave – ad elementari doveri di servizio, cagionando altresì danni all'amministrazione, dei quali non può non rispondere “. ⁵⁴

6. L'azione di rivalsa e l'azione di responsabilità amministrativa.

E' osservazione comune che il danneggiato agisce verso la struttura pubblica perché questa è più solvibile⁵⁵ e perché la relativa azione è giuridicamente più agevole, in considerazione della natura

⁵² Trib. Firenze, 25 maggio 1981.

⁵³ Cass., 11 marzo 2002, n.3492.

⁵⁴ Cass., 11 marzo 2002, n.3492.

⁵⁵ Lo mette bene in evidenza J. Bercelli, *op. cit.*, il quale afferma: “ Il risultato pratico è che il danneggiato si rivolge abitualmente all'ente pubblico e nel caso in cui l'ente venga condannato a pagare o comunque paghi in sede transattiva un risarcimento, sorge il danno erariale indiretto, la correlata responsabilità amministrativa e la conseguente esperibilità dell'azione avanti la Corte dei conti del procuratore contabile”

contrattuale⁵⁶ della responsabilità della struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica,⁵⁷ tenuto conto dei vantaggi sul piano dell'onere della prova⁵⁸ e del termine di prescrizione.⁵⁹

Quando la struttura pubblica sia condannata a pagare un risarcimento al paziente ovvero paghi in sede transattiva, dunque, il risarcimento configura il c.d. danno erariale indiretto e si rientra nell'ambito della giurisdizione contabile.⁶⁰

La legge n.24/2017 disciplina nell'art. 9 l'azione di responsabilità amministrativa⁶¹ e l'azione civilistica di rivalsa⁶², che trova la sua compiuta disciplina nell'ambito dell'art. 22 del d.p.r. n.3/1957⁶³, in cui si prevede che l'amministrazione che abbia risarcito il terzo danneggiato sia tenuta ad esercitare la rivalsa nei confronti del dipendente, il quale con il proprio comportamento abbia cagionato la lesione della situazione giuridica soggettiva del privato, differenziandosi, peraltro, da quest'ultima, che può essere esercitata anche per colpa lieve.⁶⁴

In dottrina, peraltro, si è posto il problema a quali azioni l'art. 9 debba applicarsi e, in particolare, se sia compresa nella nozione “ azione di rivalsa “ anche l'ordinaria azione di regresso fra condebitori.

⁵⁶ Il legislatore ha recepito, dunque, l'orientamento giurisprudenziale anteriore alla riforma, che qualificava espressamente la responsabilità della struttura sanitaria nei confronti del paziente come responsabilità contrattuale, facendola derivare dal contratto di ospitalità, che da atipico diventa oggi nominato, in quanto espressamente disciplinato dalla legge in commento.

⁵⁷ V. art. 7., comma 1, legge n.24/2017.

⁵⁸ Nella responsabilità contrattuale, infatti, trova applicazione il principio della presunzione della colpa, spettando al creditore solo la prova dell'inadempimento e dell'entità del danno, mentre al debitore spetterà dimostrare l'impossibilità sopravvenuta della prestazione per cause a lui non imputabili. Cfr. Cass. 13 ottobre 2017, n. 24073, in tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria.

⁵⁹ Decennale anziché quinquennale, ai sensi dell'art. 2946 c.c.

⁶⁰ Vi è da dire, peraltro, che nella versione approvata dalla Camera dei deputati, il ddl originario prevedeva una unica azione di rivalsa da proporsi davanti al giudice ordinario, sia da parte delle strutture sanitarie private che da quelle pubbliche, con esclusione, quindi, della giurisdizione contabile. Nella versione definitiva, però, è prevalso l'orientamento di mantenere l'azione di responsabilità erariale del P.M. contabile e, conseguentemente, la giurisdizione contabile laddove il danno sia stato risarcito da una struttura pubblica. (v., supra).

⁶¹ Commi 5 e 7, nonché art. 13, ultimo comma.

Poiché l'esborso deve ricadere sulle casse dell'ente, desta perplessità il disposto del comma 5, nella parte in cui l'azione di responsabilità amministrativa viene collegata all'accoglimento della domanda di risarcimento proposta dal danneggiato ex art. 7., comma 3, nei confronti dell'esercente la professione sanitaria, stante che nessuna azione di responsabilità dovrebbe sussistere dappoiché la struttura sanitaria pubblica non sarebbe chiamata ad effettuare alcun esborso, perché estranea. Per dare un senso alla norma si deve fare riferimento, alla ipotesi in cui il soggetto danneggiato agisce sia nei confronti dell'esercente sia nei confronti della struttura, come avviene tutte le volte in cui un medesimo fatto materiale dia corso ad una pluralità di corresponsabili in via solidale, ai sensi dell'art. 2055 c.c..

⁶² Commi da 1 a 4, commi 7 e 8, nonché art. 13, ultimo comma.

⁶³ Norma tutt'ora in vigore.

⁶⁴ N. De Luca-M. Ferrante-A. Napolitano (*La responsabilità civile in ambito sanitario (artt. 7-9 l. 8 marzo 2017, n.24, in NLCC, n.4/2017)*) parlano di disparità di trattamento tra la disciplina degli impiegati civili dello Stato e la categoria degli esercenti la professione sanitaria.

Il dubbio è stato risolto distinguendo tra l'ipotesi in cui sia accolta la domanda proposta dal danneggiato nei confronti della struttura sanitaria privata, e questa intenda proporre una "rivalsa", e l'ipotesi in cui sia stata accolta la domanda proposta dal danneggiato nei confronti della struttura sanitaria pubblica. Nel primo caso, si ammette che la struttura sanitaria privata, in quanto coobbligato solidale ex art. 2055 c.c. nei confronti del paziente, possa esperire l'azione di regresso (ex art. 1299 c.c.) verso il medico autore del danno e tanto lo si desume dal comma 6; nel secondo caso, invece, il quinto comma lascerebbe intendere che è stata esclusa la possibilità per le strutture sanitarie pubbliche di avvalersi della ordinaria azione di regresso.

Con l'azione di responsabilità per danno erariale, per la quale è legittimato il P.M. contabile, non deve, comunque, confondersi l'azione (civilistica) di rivalsa né sotto il profilo sostanziale né sotto quello processuale, essendo diverso il titolo della responsabilità, che qui non è una responsabilità civile, ma la responsabilità amministrativa quale responsabilità di tipo " interno".⁶⁵

Sebbene i due istituti (azione di rivalsa e azione di responsabilità amministrativa) si attaglino a fattispecie diverse, tuttavia, esse presentano alcuni caratteri comuni.

Sia l'una che l'altra presuppongono che la struttura sanitaria abbia comunicato, entro il termine perentorio di 45 gg.⁶⁶, a pena di inammissibilità, all'esercente la professione sanitaria l'instaurazione del giudizio civile e/o l'avvio di trattative stragiudiziali con il danneggiato (Art. 13, comma 2)⁶⁷⁶⁸.

⁶⁵ Quale responsabilità verso l'amministrazione di appartenenza e non verso il soggetto esterno alla stessa. v. M.S. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*.

⁶⁶ Così elevato dall'art. 11, comma 1, lett. d), L. 11 gennaio 2018, n.3. Nella prima versione della legge, il termine era di soli dieci giorni.

⁶⁷ La norma è stata giudicata "folle" da M. Rossetti, *op. cit.*, il quale osserva.: " Delle quattro, infatti, l'una: a) se l'atto di citazione del paziente è notificato, oltre alla Asl, anche al medico, ed allora non v'è certo bisogno che qualcuno gli dica che è stato convenuto in giudizio; b) se l'atto di citazione non è stato notificato al medico, ed allora la sentenza pronunciata fra paziente ed Asl non fa stato nei confronti del medico, e se non fa stato non si vede perché il medico deve essere informato del procedimento; c) se le trattative fra paziente ed Asl non vanno a buon fine, la Asl non paga nulla e non ha diritto di regresso; d) se le trattative tra paziente ed Asl vanno a buon fine, quella transazione sarà inopponibile al medico per espressa previsione di legge (art.9, comma 4, l. 24/17) ”.

⁶⁸ Secondo P. Martinengo (*L'obbligo di comunicazione al professionista sanitario, in AA.VV. Sicurezza delle cure e responsabilità sanitaria*, cit.) l'omessa o ritardata ovvero incompleta comunicazione al professionista potrebbe determinare una responsabilità amministrativa per colpa grave in capo al responsabile della struttura sanitaria pubblica, per avere reso inammissibile l'azione di responsabilità amministrativa.

Comuni sono anche altri limiti, quali l'elemento soggettivo che deve raggiungere almeno la soglia della colpa grave⁶⁹ e il "massimale" della responsabilità (che opera solo nel caso di colpa grave).

Gli elementi in comune si fermano qui, in quanto si riferiscono esclusivamente alla azione di rivalsa:

-il comma 2, secondo cui, se l'esercente la professione sanitaria non è stato parte del giudizio o della procedura stragiudiziale di risarcimento, per l'esercizio dell'azione di rivalsa da parte della struttura è necessario che il danno sia stato previamente risarcito sulla base del titolo giudiziale o stragiudiziale e l'azione deve essere esercitata entro il termine di un anno dall'avvenuto pagamento del risarcimento, a pena di decadenza⁷⁰;

-il comma 3, secondo cui la decisione pronunciata nel giudizio promosso contro la struttura sanitaria o contro l'impresa di assicurazione non fa stato nel giudizio di rivalsa se l'esercente la professione sanitaria non è stato parte del giudizio;⁷¹

-il comma 4, nel quale si esclude che la transazione intercorsa tra la struttura e il danneggiato possa opporsi all'esercente la professione sanitaria nel giudizio di rivalsa⁷².

Nello *status quo ante* della riforma, si era visto un sistema non coerente di responsabilità⁷³ caratterizzato dalla sottoposizione del medico pubblico a due azioni di responsabilità, quella civilistica di rivalsa e quella contabile.

⁶⁹ Secondo F. G. Cuttaia, op. cit., tale equiparazione appare propedeutica alla definizione di una concezione unitaria della colpevolezza.

⁷⁰ Secondo U. Corea (*I profili processuali della nuova legge sulla responsabilità medica: note a prima lettura*, in www.judicium.it, 30 giugno 2017) la *ratio* della norma dovrebbe rinvenirsi nella intenzione del legislatore di favorire il *simultaneus processus* e di "proteggere" il sanitario, costringendo la struttura o l'assicurazione ad agire nei suoi confronti subito o in tempi più contenuti di quelli consentiti dagli ordinari termini di prescrizione.

⁷¹ Secondo U. Corea, op. cit., la norma è esplicitazione dei principi derivanti dai limiti soggettivi del giudicato e dal chiaro disposto dell'art. 1306 c.c., in applicazione della regola della inopponibilità al debitore in solido, anche da parte degli altri debitori in sede di regresso, della sentenza di condanna intervenuta tra il creditore e uno dei debitori in solido.

⁷² La norma costituisce applicazione dell'art. 1304 c.c., secondo cui la transazione fatta dal creditore con uno dei condebitori in solido non produce effetto nei confronti degli altri, se questi non dichiarano di volerne profittare.

⁷³ " ...giacchè i medici appartenenti al servizio pubblico potrebbero, a differenza di tutti gli altri dipendenti pubblici, essere esposti su due lati visto che sono convenibili in un giudizio civile, dove per aversi responsabilità è sufficiente, ai fini di una condanna, la colpa lieve, e possono, infine, essere sottoposti, sul lato interno, al giudizio di responsabilità amministrativa per danno erariale (come tutti i dipendenti pubblici, ma con il trattamento più favorevole riconosciuto dal legislatore, specialmente sotto l'aspetto dell'elemento psicologico richiesto) da parte della Corte dei conti " : Tinello, *Personale medico e profili di responsabilità amministrativa: le sezioni di appello della Corte dei conti non seguono la Cassazione* (nota a C. conti, Sez. III centr., 30 marzo 2000, n. 124/2000).

Si deve verificare, dunque, se l'approvazione dell'art. 9 della legge n.24/2017, alla luce dei lavori parlamentari, faccia propendere per la coesistenza o meno dell'azione civilistica di rivalsa e di quella di responsabilità amministrativa.

Sul punto più in generale dei rapporti tra azione(civile) di rivalsa e azione erariale si registrano due tesi: la prima che esclude la possibilità per le strutture pubbliche di azionare la rivalsa⁷⁴ dinanzi al giudice ordinario e la seconda che, al contrario ritiene possibile il concorso di azioni⁷⁵.

Vi è da dire che, nella prima versione dell'originario ddl, l'art. 9, comma 5, recava la espressa previsione della esclusione della giurisdizione della Corte dei conti⁷⁶. Il parere formulato dalla Commissione giustizia della Camera dei deputati, nella seduta del 16 dicembre 2015, osservava come “ al fine di escludere il rischio che l'esercente la professione sanitaria dipendente di una struttura pubblica possa essere coinvolto in due giudizi di rivalsa in sede civile e innanzi alla Corte dei conti...si potrebbe scegliere di privilegiare la giurisdizione ordinaria, e di consentire in tale sede la rivalsa, tanto alla struttura sanitaria pubblica quanto eventualmente alla compagnia assicuratrice in via di surrogazione”.

Al termine del lungo *iter* parlamentare, nel testo approvato in via definitiva, si è espressamente prevista nell'art. 9, comma 5, la giurisdizione della Corte dei conti.

Si è osservato, peraltro, in dottrina⁷⁷, che il testo vigente dell'art. 9, comma 5, non è simmetrico *in negativo* rispetto al testo iniziale approvato dalla Camera dei deputati, limitandosi ad affermare la giurisdizione della Corte dei conti, ma non preoccupandosi di escludere espressamente quella del giudice ordinario.

⁷⁴ Cfr. F.Garri, voce *Responsabilità civile, II) Responsabilità civile dei dipendenti pubblici*, in *Enc. Giur.*, Roma, 2010, vol. XXX.

⁷⁵ Cfr. A Pajno, *Il rapporto con le altre giurisdizioni: concorso o esclusività della giurisdizione di responsabilità amministrativa*, in *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Atti del LI Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Milano 2006.

⁷⁶ In caso di accoglimento della domanda proposta dal danneggiato nei confronti della struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica, l'azione di rivalsa nei confronti dell'esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 dell'articolo 7 deve essere esercitata dinanzi al giudice ordinario ed è esclusa la giurisdizione della Corte dei conti”

⁷⁷ Cfr. J. Bercelli, *op. cit*, il quale afferma che nei lavori parlamentari non è stata affrontata la questione” se si sia inteso aggiungere all'azione civilistica di rivalsa quella del procuratore contabile, o si sia invece inteso sostituire all'azione civilistica di rivalsa quella del procuratore contabile avanti alla Corte dei conti”.

Secondo alcuni, il silenzio della norma sta a significare che la scelta compiuta dal legislatore del 2017 è quella di ritenere che la giurisdizione contabile, e non quella civile, rappresenti la soluzione più idonea alla salvaguardia degli interessi pubblici nella specifica materia della responsabilità sanitaria e, pertanto, quella civile dovrebbe essere esclusa, tenuto conto altresì della *ratio legis* risultante dai lavori parlamentari.⁷⁸

Anche in sede di redazione ed approvazione del Codice di giustizia contabile (d.lgs. 26 agosto 2016, n.174) il legislatore delegato ha scelto di non prendere posizione sulla questione del possibile concorso di azioni (e di giurisdizioni) sicchè occorre rifarsi agli orientamenti giurisprudenziali in materia di responsabilità sanitaria.

Sul punto si deve sottolineare come vi siano diverse pronunce delle Sezioni unite civili della Cassazione a favore della esclusività della giurisdizione della Corte dei conti rispetto al giudizio civile per il danno erariale indiretto.⁷⁹⁸⁰

⁷⁸ Cfr. J.Bercelli, *op. cit.*, ad avviso del quale “ poco ragionevole appare l’interpretazione secondo cui il legislatore, con la riaffermazione della giurisdizione della Corte dei conti, abbia voluto aggravare la posizione del medico pubblico dipendente rispetto a quella del medico dipendente privato, sottoponendo quello pubblico a due azioni di responsabilità, quella civilistica di rivalsa e quella contabile”.

⁷⁹ Cfr. Cass., 4 dicembre 2001, n. 15288 e 17 luglio 1988, n.4634. Più in generale, Cass. 22 dicembre 1999, n.933, secondo cui “ costituisce principio pacifico che la giurisdizione della Corte dei conti è esclusiva, nel senso che è l’unico organo giudiziario che può decidere nelle materie devolute alla sua cognizione, [e] ne consegue che va esclusa una concorrente giurisdizione del giudice ordinario, adito secondo le regole normali applicabili in tema di responsabilità e di rivalsa” e, di recente, Cass. 28 dicembre 2017, n. 31107. . Tuttavia, di co-legittimazione di Procura contabile e P.A. in sede civile parla la Cassazione, secondo cui “ in tema di tutela del credito da danno erariale, la spettanza al P.M. contabile dell’esercizio dell’azione revocatoria innanzi alla Corte dei conti, ex art.1, comma 174, della L. n. 266 del 2005, non esclude la sussistenza della legittimazione dell’amministrazione danneggiata, come per qualsiasi altro creditore, ad esperire l’omologa azione del P.M. contabile, ed i problemi di coordinamento nascenti da tale fenomeno di co-legittimazione all’esercizio di quell’azione a due soggetti diversi e davanti a distinte giurisdizioni vanno esaminati e risolti, da ciascuna delle giurisdizioni eventualmente investite, nell’ambito dei poteri inerenti ad ognuna di esse, non riguardando una questione di individuazione della giurisdizione stessa” (Cass., Sez. un., 19 luglio 2016, n. 14792). Conforme: C. conti, Sez. Reg. Calabria, 20 dicembre 2017, n. 352.

In senso favorevole alla esclusività della giurisdizione contabile in ambito sanitario, di recente, C. conti, Sez. Reg. Emilia-Romagna, 7 aprile 2016, n.100.

Pur tuttavia, le Sezioni unite affermano che, essendo la giurisdizione civile e penale, da un lato, e la giurisdizione contabile, dall’altro, reciprocamente indipendenti nei loro profili istituzionali anche quando investono un medesimo fatto materiale, l’eventuale interferenza tra i giudizi pone esclusivamente un problema di proponibilità dell’azione, e non di giurisdizione (*ex multis*, Cass., Sez. un., 21 maggio 2014, n. 11229).

⁸⁰ La “ proponibilità” della domanda da parte del P.M. contabile trova, piuttosto, un ostacolo nella circostanza che, nel parallelo giudizio civile o penale, l’amministrazione danneggiata abbia ottenuto il ristoro del pregiudizio subito : cfr., C. conti, Sez. II centr., 1 luglio 2004, n. 215; Id., 19 giugno 2002, n. 195; Id., Sez. Reg. Lombardia, 6 giugno 2005, n. 414.

La scelta del legislatore, nel senso della esclusività della giurisdizione contabile, appare conforme a Costituzione, ai sensi dell'art. 103 cost., oltre che ragionevole, in considerazione dei rischi a cui è sottoposto l'esercente la professione sanitaria.

Accogliendo la tesi della esclusività della giurisdizione contabile, inoltre, si pone fine all'assurdo secondo cui, se la struttura pubblica chiama a rispondere l'esercente la professione sanitaria davanti al giudice ordinario si applica un tipo di responsabilità (civile) con le sue regole e se, invece, è il P.M. contabile a convenirlo davanti alla Corte dei conti si applicano regole completamente diverse, quanto alla prescrizione, al *quantum*, etc.⁸¹

Non ci si nasconde che in tal guisa rimane a carico della struttura sanitaria quella parte di danno non addebitata a carico del sanitario, ma è ciò che accade tutte le volte che viene esercitato dal giudice contabile il c.d. potere riduttivo e, conseguentemente, non è recuperato l'intero danno accertato.

7. Profili processuali: la posizione nel giudizio contabile dell'amministrazione danneggiata e della compagnia di assicurazione.

Per quello che riguarda la struttura sanitaria pubblica, sarebbe stato auspicabile, ma ciò non è stato, un maggiore coinvolgimento della stessa, in quanto la questione si pone esclusivamente in termini di intervento in giudizio *ad adiuvandum* ed in favore del P.M. contabile, a sostegno cioè delle ragioni dello stesso, ora disciplinato dall'art. 85 del "Codice di giustizia contabile" (D.lgs. 26 agosto 2016, n.174).⁸²

Riguardo alla compagnia di assicurazione, l'esclusione della possibilità per il medico di chiamare in garanzia la propria assicurazione è stata sostenuta, in modo pressochè concorde, nella giurisprudenza contabile, posto che detta chiamata comporterebbe la sottoposizione al giudizio contabile di profili inerenti il rapporto "interno" tra assicurazione e assicurato, disciplinato da regole civilistiche e

⁸¹ In dottrina, in senso contrario, V. Tenore, *op. cit.*, secondo cui "l'ente danneggiato potrebbe recuperare il risarcimento anche attraverso una normale azione civile di rivalsa (contrattuale) innanzi al giudice ordinario...con l'unico limite del divieto di doppia condanna del dipendente in sede contabile e civile, per lo stesso fatto".

⁸² In tal senso era già la prevalente giurisprudenza: C. conti, Sez. Reg. Puglia, 5 ottobre 2016, n.365. Id., App. Sicilia, 13 settembre 2016, n. 125; Id., Sez. Reg. Campania, 2 maggio 2016, n. 220; Id., Sez. I centr., 21 gennaio 2011, n. 15; Id., Sez. Reg. Campania, 22 ottobre 2010, n. 2047. Contra: C. conti, Sez. III centr., 29 gennaio 2001, n. 21/A; Id., Sez. II centr., 1 settembre 1999, n. 229/A.

riconducibile alla giurisdizione ordinaria, trattandosi di soggetto privato nei confronti del quale la Corte dei conti non può giudicare.⁸³

Si ritiene, difatti, in giurisprudenza, che la compagnia non è legittimato passivo nel giudizio contabile, caratterizzato dalla responsabilità personale del convenuto, che potrà, poi, davanti al giudice ordinario attivare la copertura assicurativa per colpa grave.

La soluzione giurisprudenziale, caratterizzata dal formalismo, sembra risentire della impostazione sanzionatoria, più che risarcitoria, della responsabilità amministrativa ed è contraria a ragioni di economia processuale, ben potendo essere la sede contabile quella in cui prendere in esame le questioni riguardanti la operatività della polizza assicurativa, così evitandosi che il sanitario assicurato debba magari iniziare un autonomo giudizio nei confronti della compagnia di assicurazioni per far valere la copertura assicurativa.

8. Rapporti tra giudizio civile e contabile. L'efficacia del giudicato civile e del giudicato penale.

Il legislatore della riforma si è occupato del rapporto tra giudizi solo con riferimento al valore delle prove assunte in sede civile e penale.

L'art. 9, comma 5, dispone che tanto nell'azione di rivalsa quanto nell'azione di responsabilità amministrativa, il giudice può desumere argomenti di prova dalle prove assunte nel giudizio promosso dal danneggiato nei confronti della struttura sanitaria o sociosanitaria o dell'impresa di assicurazione, a condizione che l'esercente la professione sanitaria abbia preso parte al relativo giudizio.

La norma, che è stata ritenuta non perspicua⁸⁴, sembra escludere la possibilità di utilizzare nel giudizio contabile le prove assunte nel giudizio civile precedente al quale non abbia partecipato il sanitario⁸⁵

⁸³ M. Smioldo (*La pluralità di parti nel processo: Litisconsorzio, Chiamata in causa, Intervento, Successione, in Il nuovo processo davanti alla Corte dei conti. Commento sistematico al codice della giustizia contabile (D.Lgs. n. 174/2016)*) (a cura di A. Canale, F. Freni, M.Smioldo), Milano, 2017) richiama la decisione delle Sezioni Unite della Cassazione, n. 24707/2015, mettendo in evidenza come i limiti soggettivi della giurisdizione contabile non siano compatibili con l'istituto della chiamata in garanzia.

⁸⁴ In termini, U. Corea, *op. cit.*

⁸⁵ Esprime forti perplessità Tenore (*La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Milano 2018) in ordine alla restrizione normativa, pur in astratto condivisibile. Deve rilevarsi, tuttavia, che con tale previsione il legislatore si

Indubbiamente, nella valutazione del grado di colpa che il giudice contabile dovrà affrontare ai fini della affermazione della responsabilità, non possono non assumere la loro rilevanza le acquisizioni probatorie del processo civile o penale, essendo innegabile una loro influenza sul convincimento di fatto, anche se va ribadita *in subjecta materia* l'assoluta autonomia del giudizio di responsabilità amministrativa.⁸⁶

Al di là delle affermazioni di principio, tuttavia, è innegabile che ben difficilmente il giudice contabile andrà di contrario avviso rispetto alla valutazione già effettuata dal giudice civile, essendo influenzato dalle prove raccolte nel processo civile.

Per quanto riguarda l'efficacia del giudicato civile e penale in sede contabile nulla dispone la legge n. 24/2017, per cui è alla disciplina generale della efficacia del giudicato penale nel giudizio contabile che occorre rifarsi e, in particolare agli artt. 651 e 652, 654 c.p.p., secondo le indicazioni fornite fino ad oggi dalla giurisprudenza⁸⁷.

Pacifica è l'efficacia di giudicato della sentenza penale di condanna nel giudizio di responsabilità amministrativa “ quanto all'accertamento del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso”, ai sensi dell'art. 651 c.p.p.. Non altrettanto pacifica è l'efficacia di giudicato della sentenza penale di assoluzione, sulla scorta di una pronuncia delle Sezioni Riunite,⁸⁸

limita a codificare quello che era un consolidato orientamento della giurisprudenza contabile: cfr., infatti, C. conti, Sez. Reg. Lazio, 17 luglio 2013, n. 562, secondo cui” nel processo contabile, gli atti e gli elementi di prova acquisiti in un processo penale sono liberamente valutabili dal giudice secondo il criterio della gravità e della concordanza degli indizi processuali”. Conformi: C. conti, Sez. Reg. Umbria, 19 giugno 2013, n. 53.

“ Le sentenze del giudice civile di condanna della P.A. al risarcimento del danno non hanno alcuna efficacia vincolante nel giudizio di responsabilità amministrativa, ma ciò non esclude che il giudice contabile possa trarre dalle prove testimoniali e dalla documentazione acquisita, ivi incluse le consulenze tecniche, quegli elementi utili a formare il libero e autonomo convincimento dello stesso giudice contabile ai sensi dell'art. 116 c.p.c. “.(C. conti, Sez. Giur. Emilia Romagna, 6 luglio 1995 n.104 e Sez. III centr., 7 giugno 2001 n. 138/A).

⁸⁶ “ Il giudizio di responsabilità civile innanzi all'a.g.o. e quello di responsabilità amministrativa innanzi al giudice contabile si muovono su piani diversi, sia perché sono finalizzati a regolare rapporti giuridici soggettivamente ed oggettivamente distinti, sia perché diversi sono i parametri normativi cui essi fanno riferimento “(C. conti, Sez. III centr., 30.3.2000 n. 124).

⁸⁷ Con riferimento all'art. 654 c.p.p., invero, la giurisprudenza contabile ritiene che la norma operi soltanto nei casi in cui si controverta di un diritto che costituisce il presupposto per il radicarsi della giurisdizione o dell'azione di responsabilità ed il cui riconoscimento dipenda dall'accertamento dei medesimi fatti materiali oggetto di cognizione del giudice penale

⁸⁸ Cfr. C. conti, Sez. riun., 2 novembre 1993, n. 911. Conformi: C. conti, Sez. I centr., 14 gennaio 2000, n. 331; Id., 11 luglio 2001, n. 221/A; Id., Sez. Reg. Lazio, 10 giugno 2003, n. 1255.

sebbene la giurisprudenza prevalente sia orientata per l'applicabilità dell'art. 652 c.p. nel giudizio di responsabilità amministrativa.⁸⁹⁹⁰

Va segnalato, tuttavia, scendendo dal piano delle affermazioni di principio a quello delle concrete applicazioni, che la giurisprudenza contabile cerca di ritagliarsi degli spazi entro i quali mantenere un certo margine di manovra, sotto il profilo dell'accertamento autonomo dei fatti dedotti nel giudizio contabile,⁹¹ ripudiando alcun automatismo fra formula assolutoria⁹² adottata dal giudice penale.⁹³

In definitiva, si dice, va interpretata la sentenza penale, al fine di verificare in concreto che cosa il giudice penale abbia effettivamente stabilito giudicato extra-penale.⁹⁴

⁸⁹ Cfr. C. conti, App. Sicilia, 8 novembre 2012, n. 3096; Id., Sez. I centr., 1 luglio 2005, n. 211; Id., Sez. Reg. Campania, 20 dicembre 2001, n. 134; Id., Sez. I centr., 27 maggio 2003, n. 154.

⁹⁰ L'applicabilità dell'art. 652 c.p. al giudizio contabile risulterebbe confermata dalla modifica apportata allo stesso articolo dall'art. 9 della legge 27 marzo 2001, n.97, che ha precisato doversi intendere disposta l'efficacia di giudicato della sentenza assolutoria penale non solo per il giudizio risarcitorio del danno "promosso dal danneggiato", ma anche in quello eventualmente promosso "nell'interesse del danneggiato", con evidente allusione (risultante dai lavori parlamentari) al giudizio promosso dal Procuratore regionale (cfr. Senato della Repubblica, XIII Legislatura, 1014 seduta antimeridiana – Assemblea – resoconto st. 1 febbraio 2001, p. 9 – relatore Pellegrino).

⁹² Dal novero delle formule assolutorie l'art. 652 c.p. esclude quella "perché il fatto non costituisce reato".

⁹³ In termini, C. conti, Sez. I centr., 9 gennaio 2008, n. 14.

⁹⁴ Secondo S.M. Pisana (*La responsabilità amministrativa*, Torino, 2007), ad esempio, nel caso di assoluzione "per non avere commesso il fatto" occorre interpretare la sentenza penale, per vedere se, con la predetta formula assolutoria, il giudice abbia inteso riferirsi ad un fatto materiale o al fatto reato, risultante dalla tipizzazione normativa, non essendoci dubbio che solo la prima affermazione può avere effetto di giudicato in sede contabile