

Vito Tenore
(a cura di)

Studio sulla responsabilità disciplinare, civile, penale e amministrativo-contabile del personale sanitario

NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA

II EDIZIONE

Personale medico e delle Professioni Sanitarie
Codici deontologici

Responsabilità e procedimento disciplinare
Responsabilità civile e penale dopo la legge Gelli
Responsabilità amministrativo-contabile
Casistica vagliata dalla Magistratura

Normativa Covid19. Polizze assicurative. Intelligenza artificiale

Contributi di:
Daniela Ciardo, Giuseppina Vecchia, Vito Tenore

Presentazione del
Prof. Antonio Giordano
Direttore dello Sbarro Institute for Cancer Research and Molecular Medicine di Philadelphia



Indice

<i>Presentazione</i> di Antonio Giordano	13
<i>Premessa alla seconda edizione</i> di Vito Tenore	17
<i>Premessa alla prima edizione</i> di Vito Tenore	31
<i>Capitolo primo</i>	
La responsabilità disciplinare del personale sanitario	43
1. Premessa. Gli Ordini professionali: natura giuridica e funzioni	44
2. Potestà normativa e potere disciplinare degli Ordini professionali	51
3. La deontologia medica	53
4. Verso un nuovo concetto di salute: un diritto individuale e collettivo	57
5. Il consenso informato durante la pandemia da <i>Covid19</i>	65
6. L'acquisizione del consenso informato presso i soggetti incapaci	67
7. La responsabilità disciplinare ordinistica degli esercenti le professioni sanitarie	72
8. Natura e principi dell'azione disciplinare ordinistica nei confronti degli esercenti le professioni sanitarie	76
8.1. I principi di proporzionalità e di adeguatezza della sanzione disciplinare	79
9. I fondamentali doveri di deontologia medica e la relativa responsabilità disciplinare: <i>a)</i> autonomia ed indipendenza; <i>b)</i> il "medico competente"; <i>c)</i> operare "secondo scienza e coscienza"; <i>d)</i> l'appropriatezza prescrittiva; <i>e)</i> il valore delle linee-guida nella responsabilità disciplinare; <i>f)</i> il dovere di aggiornamento e di formazione; <i>g)</i> il dovere di intervento; <i>h)</i> l'obbligo del segreto professionale	82
10. Il procedimento disciplinare: <i>a)</i> cenni generali sul procedimento disciplinare; <i>b)</i> la fase preliminare; <i>c)</i> l'apertura del procedimento disciplinare; <i>d)</i> la fase dibattimentale e la decisione camerale; <i>e)</i> l'impugnazione del provvedimento ed il ricorso alla Commissione Centrale per gli Esercenti le Professioni sanitarie (CCEPS); <i>f)</i> il ricorso alla Corte di Cassazione	95

11. La prescrizione dell'azione disciplinare	111
12. Rapporti tra azione penale ed azione disciplinare	112
13. La responsabilità disciplinare degli esercenti le professioni infermieristiche: <i>a)</i> il Codice Deontologico del 2019; <i>b)</i> le violazioni e le sanzioni disciplinari	114
14. L'obbligo di vaccinazione selettivo per gli operatori sanitari	120
14.1. Rassegna di giurisprudenza commentata sull'obbligo vaccinale	132
15. La responsabilità disciplinare del sanitario pubblico dipendente: gli obblighi di valenza disciplinare nel CCNL, nel codice di comportamento e nella legge dopo la riforma Madia (d.lgs. n.75 del 2017)	152
16. La conoscenza degli obblighi di valenza disciplinare da parte del pubblico dipendente: l'affissione (anche telematica) del codice disciplinare	158
17. I principi portanti della responsabilità e del procedimento disciplinare: <i>a)</i> obbligatorietà dell'azione disciplinare; <i>b)</i> proporzionalità sanzionatoria; <i>c)</i> parità di trattamento; <i>d)</i> tempestività; <i>e)</i> tassatività delle sanzioni; <i>f)</i> gradualità sanzionatoria; <i>g)</i> contraddittorio procedimentale; <i>h)</i> trasparenza del procedimento; <i>i)</i> potestà disciplinare verso ex dipendenti	161
18. La titolarità del potere disciplinare all'interno della P.A. dopo il d.lgs. n.75 del 2017: il dirigente capo-struttura e l'Ufficio procedimenti disciplinari (U.P.D.). Le sanzioni previste dal CCNL e dalla legge	168
19. Il procedimento disciplinare e le sue fasi: <i>a)</i> contestazione dell'addebito, <i>b)</i> istruttoria in contraddittorio, <i>c)</i> adozione della sanzione	173
20. La natura dei termini che cadenzano il procedimento disciplinare dopo il d.lgs. n.75 del 2017	182
21. Rapporti tra procedimento penale e procedimento disciplinare dopo il d.lgs. n.150 del 2009 ed il d.lgs. n.75 del 2017. L'incidenza del giudicato penale in sede disciplinare	185
22. La responsabilità disciplinare del dirigente sanitario dopo la riforma Madia (d.lgs. n.75 del 2017)	191
<i>Capitolo secondo</i>	
La responsabilità civile del personale sanitario	201
1. Fonti normative degli obblighi, doveri e responsabilità del personale sanitario	201
2. La responsabilità in solido con la struttura sanitaria	212
3. Responsabilità medica: Problemi processuali irrisolti dalla legge 24/2017	217

4. Il foro competente	224
5. L'onere della prova	226
6. Le linee guida	233
7. La responsabilità del medico di guardia	237
8. Responsabilità medica d' <i>équipe</i>	244
9. La responsabilità medica in relazione ai diritti del nascituro e dei genitori	252
10. La responsabilità medica nell'ambito della chirurgia estetica	260
11. La responsabilità dello psichiatra	264
12. La responsabilità del personale infermieristico	267
13. Intelligenza artificiale e sanità	270
14. Responsabilità medica ed intelligenza artificiale. Applicabilità dell'art. 2236 c.c.	275
<i>Capitolo terzo</i>	
La responsabilità penale del personale sanitario	281
1. La responsabilità penale	281
2. La rivisitazione emergenziale della responsabilità penale alla luce dello stato di emergenza epidemiologica da Covid19. Il c.d. "scudo penale"	286
2.1. Il primo scudo penale	288
2.2. Il secondo scudo penale	290
3. Il rifiuto di atti d'ufficio e l'interruzione di pubblico servizio (art. 328 c.p.).	293
3.1. Il rifiuto di atti d'ufficio e l'interruzione di pubblico servizio a seguito della diffusione del virus <i>Covid19</i>	298
4. Esercizio abusivo della professione medica (art. 348 c.p.)	299
4. Omissione del referto (art. 365 c.p.)	305
5. Falsità materiale ed ideologica in atti	308
6. Prescrizione illecita di sostanze stupefacenti	313
7. Interruzione illecita della gravidanza	317
8. Responsabilità penale del personale infermieristico	319
<i>Capitolo quarto</i>	
La responsabilità amministrativo-contabile del personale sanitario	325
1. Le cinque responsabilità del personale sanitario: quadro sistematico	325
1.1. La responsabilità amministrativo-contabile nel Comparto Sanità innanzi alla Corte dei Conti: profili generali. I futuri sviluppi legati all'intelligenza artificiale	328
1.2. Le principali casistiche di danno erariale nel Comparto Sanità	339

2. Le novità sulla giurisdizione contabile in casi di <i>malpractice</i> medica nella l. n.24 del 2017: ambito temporale di applicazione della novella Gelli, divergenze dal regime comune dell'azione giuscontabile. Rapporti con la rivalsa in sede civile. Danno indiretto dopo condanna civile e franchigie assicurative	345
3. I soggetti evocabili innanzi alla Corte dei conti per danno erariale (medici e/o vertici gestionali Aziendali, medici in attività <i>intramoenia</i> , medici privati) e le tipologie di condotte (attive e omissive; unipersonali e pluripersonali) vagliabili quale <i>malpractice</i> . Le scelte discrezionali transattive	355
4. Il danno erariale: la sua quantificazione, i limiti massimi introdotti dalla l. n.24 i coautori non evocati in giudizio ed il potere riduttivo dell'addebito. Casistica in tema di <i>malpractice</i> ed il danno all'immagine dell'Azienda. Il giudizio abbreviato	367
5. L'elemento psicologico: dolo o colpa grave del sanitario. Rilevanza delle linee guida ex art. 5, l. n. 24 del 2017. La <i>culpa in vigilando</i> dei Primari e dei vertici aziendali	378
5.1. Il nesso causale	392
6. Il giudizio innanzi alla Corte dei conti e le novità introdotte dalla L. n.24 del 2017: termini decadenziali, limiti probatori, tetti all'importo della condanna	396
7. Polizze a tutela dell'Azienda e del sanitario: ruolo dell'assicuratore rispetto al giudizio contabile	403
8. La misura interdittiva dell'inconferibilità di incarichi superiori introdotta dall'art.9, co.5, L. n.24 del 2017	409

Capitolo quinto

Le controversie civili e di lavoro nell'amministrazione sanitaria	413
1. La tutela giuridica della salute	413
2. L'accertamento del nesso di causalità	416
3. La più frequenti casistiche di responsabilità dalle quali traggono origine le controversie civili	425
4. Definizione transattiva del contenzioso in essere con i soggetti danneggiati da emosttrasfusione con sangue infetto, da somministrazione di emoderivati infetti e da vaccinazioni obbligatorie	438
5. Obbligo vaccinale anti <i>Covid19</i>	444

APPENDICE NORMATIVA

1. Legge 8 marzo 2017 n. 24 <i>Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie (Legge Gelli-Bianco)</i>	451
2. Decreto Legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (Articoli estratti) <i>Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche (Lavoro alle dipendenze della P.A.) (T.U. pubblico impiego).</i>	465
3. Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro dirigenti dell'area Sanità triennio 2016-2018 (Articoli estratti)	485
4. Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro relativo al Personale del Comparto Sanità Triennio 2019 – 2021 (Articoli estratti)	499
5. Codice civile (Articoli estratti)	505
6. Codice penale (Articoli estratti)	507
7. Codice di deontologia medica del 2014 (e succ. modifiche)	509
8. Codice Deontologico delle Professioni Infermieristiche 2019 Federazione Nazionale Ordini Professioni Infermieristiche	537
9. Codice Deontologico del fisioterapista (approvato dalla Direzione Nazionale A.I.F.I. il 7 Ottobre 2011)	547
10. Legge 14 gennaio 1994, n. 20 <i>Disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti</i>	557

La responsabilità amministrativo-contabile del personale sanitario

di Vito Tenore

Sommario: 1. Le cinque responsabilità del personale sanitario: quadro sistematico. – 1.1. *La responsabilità amministrativo-contabile* nel Comparto Sanità innanzi alla Corte dei Conti: profili generali. I futuri sviluppi legati all'intelligenza artificiale. – 1.2. Le principali casistiche di danno erariale nel Comparto Sanità. – 2. Le novità sulla giurisdizione contabile in casi di *malpractice* medica nella l. n.24 del 2017: ambito temporale di applicazione della novella Gelli, divergenze dal regime comune dell'azione giuscontabile. Rapporti con la rivalsa in sede civile. Danno indiretto dopo condanna civile e franchigie assicurative. – 3. I soggetti evocabili innanzi alla Corte dei conti per danno erariale (medici e/o vertici gestionali Aziendali, medici in attività *intra-moenia*, medici privati) e le tipologie di condotte (attive e omissive; unipersonali e pluripersonali) vagliabili quale *malpractice*. – 4. Il danno erariale: la sua quantificazione, i limiti massimi introdotti dalla l. n.24, i coautori non evocati in giudizio ed il potere riduttivo dell'addebito. Casistica in tema di *malpractice* ed il danno all'immagine dell'Azienda sanitaria. Il giudizio abbreviato. – 5. L'elemento psicologico: dolo o colpa grave del sanitario. Rilevanza delle linee guida *ex art.5, l. n.24 del 2017*. La *culpa in vigilando* dei Primari e dei vertici aziendali. – 5.1. Il nesso causale. – 6. Il giudizio innanzi alla Corte dei conti e le novità introdotte dalla l. n.24 del 2017: termini decadenziali, limiti probatori, tetti all'importo della condanna. – 7. Polizze a tutela dell'Azienda e del sanitario: ruolo dell'assicuratore rispetto al giudizio contabile. – 8. La misura interdittiva dell'inconferibilità di incarichi superiori introdotta dall'art.9, co.5, l. n.24 del 2017.

1. Le cinque responsabilità del personale sanitario: quadro sistematico

La tutela del valore basilare della salute, obiettivo primario di ogni Paese, sancito sia dall'art. 32 della Costituzione, che dall'art. 25 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, stipulata a New York dai paesi aderenti all'ONU il 19 dicembre 1948, impone una rigorosa responsabilizzazione del personale sanitario e, dunque, una attenta attività di controllo da parte del garante del bilancio pubblico, ovvero la Corte dei Conti. E tale attenzione deve essere necessariamente elevata in un contesto, quale quello italiano, connotato da una non adeguata erogazione di risorse al delicato comparto Sanità, situazione che impone notevole rigore su ocultezza delle spese, su sprechi e *malagestio*¹.

¹ Tale azione della Corte dei conti, come rimarcato dalla relazione scritta della Procura Generale della Corte dei Conti in occasione dell'inaugurazione dell'Anno Giudiziario nazionale 2023 della Magistratura contabile, p.39, in <https://www.corteconti.it/Download?id=7c0a01d0-b158-48d5-8bde-5e87cf68337d>, acquisita speciale rilevanza avuto riguardo alla spesa sanitaria dell'Italia, che si attesta in misura notevolmente inferiore, in rapporto al PIL, rispetto ad omologhi Paesi europei (solo il 7,2% nel 2021 a fronte, rispettiva-

La stessa Corte costituzionale con diverse sentenze, da ultimo con la pronuncia n. 233 del 21 novembre 2022, ha sottolineato più volte la necessità di preservare il livello essenziale di assistenza delle prestazioni sanitarie, evitando che le risorse all'uopo finanziate siano distolte da tale esigenza assolutamente prioritaria, sia con riguardo alla spesa sanitaria in generale, sia, a maggior ragione, con riguardo alle altre tipologie di spesa corrente.

A garanzia della corretta spesa sanitaria, e più in generale degli equilibri di bilancio (art.81 cost.), oltre che a tutela di un responsabile esercizio dell'attività lavorativa da parte del personale sanitario pubblico a tutela anche dei pazienti, opera la Corte dei conti, sia in sede di controllo², che attraverso la capillare azione di responsabilità amministrativo-contabile che in questa sede si analizzerà.

Giova premettere, su un piano generale, che mentre un sanitario libero-professionista (medico o infermiere) può incorrere, da privato, solo in tre forme di responsabilità, ovvero quella civile, penale e disciplinare-ordinistica, il sanitario dipendente pubblico, nell'esercizio delle proprie funzioni, può invece incorrere in ben cinque fondamentali responsabilità³: quella disciplinare (se viola obblighi previsti dal c.c.n.l., da legge o dal codice di comportamento, nonché per il personale sanitario iscritto in Albi, se viola le regole ordinistiche, *in primis* il Codice deontologico, v. Capitolo I), quella civile (se arreca danni a terzi, intranei o estranei all'amministrazione, o alla stessa P.A.: v. Capitolo II), quella penale (se delinque: v. Capitolo III), quella amministrativo-contabile (se arreca un danno patrimoniale alla P.A.), e dirigenziale (per il solo personale dirigenziale che non raggiunga i risultati posti dal vertice politico o si discosti dalle direttive dell'organo politico).

La privatizzazione del rapporto di pubblico impiego, soprattutto dopo le riforme Brunetta (d.lgs. n.150 del 2009) e Madia (d.lgs. n.75 del 2017), ha *ex novo* regolamentato sia la responsabilità disciplinare (artt.54 segg., d.lgs. 30 marzo

mente, dell'11% per la Germania e di più del 10% per la Francia), ed è ulteriormente scesa nell'anno 2022 (7,1%), con decremento al 6,1% nel periodo 2022-2025. Tale tendenza è incompatibile sia con le continue emergenze sanitarie, sia con il costante invecchiamento della popolazione italiana, nella quale il 23,5% ha più di 65 anni. A ciò si aggiunga che le risorse stanziare nel periodo 2020-2022 sono state interamente assorbite dalla necessità di far fronte alla pandemia, lasciando indietro aspetti essenziali quali la prevenzione nonché l'aggiornamento dei Livelli Essenziali di Assistenza (LEA) con conseguente allargamento del divario di offerta tra Regioni.

² Sul controllo della Corte dei conti sul sistema sanitario v. SUCAMELI, *La disciplina e i rimedi a tutela dell'equilibrio nel settore sanitario: i controlli amministrativi e la giurisdizione sul bilancio della Corte dei conti*, in TENORE, NAPOLI (a cura di), *Studio sui controlli affidati dalla Costituzione alla Corte dei conti*, Napoli, 2020, 285 ss.

³ Sul tema in generale v. TENORE, *Le cinque responsabilità del pubblico dipendente*, Milano, 2013; TENORE, *Il Manuale del pubblico impiego privatizzato*, Roma, IV ed., 2020, 471 ss.

2001 n.165), sia la responsabilità dirigenziale (art.21, d.lgs. n.165 cit.), mentre la previgente disciplina sulle tre restanti responsabilità, ovvero quella civile, penale ed amministrativo-contabile, è stata oggetto, per il personale sanitario, di rilevanti modifiche ad opera della legge 8 marzo 2017 n.24 (c.d. legge Gelli). La responsabilità disciplinare ordinistica, che meriterebbe alcuni ritocchi, non ha invece subito novelle da tempo.

In questo Capitolo sarà analizzata la responsabilità amministrativo-contabile del personale sanitario, mentre quella disciplinare, civile e penale sono state vagliate, rispettivamente, nei precedenti Capitoli I, II e III⁴.

Giova premettere che tali tre (per i sanitari “privati”) o cinque (per i sanitari “pubblici”) responsabilità non sono tra loro incompatibili o alternative, in quanto spesso la medesima condotta illecita di un sanitario, medico o infermiere, viola diversi precetti legislativi o contrattuali, originando concorrenti reazioni ad opera dell’ordinamento: si pensi al caso di un dipendente di una azienda sanitaria che accetti tangenti per aggiudicare una gara ad una ditta “amica”: tale comportamento configura un reato (corruzione, art.319 c.p.), un illecito civile verso le imprese partecipanti non vincitrici danneggiate (art.2043 c.c.), un illecito amministrativo-contabile (danno erariale da tangente e danno all’immagine della P.A.), un illecito disciplinare (art.55-*quater*, d.lgs. n.165 del 2001; art.84, co.9, del c.c.n.l. Comparto Sanità 2019-2021 del 2 novembre 2022; art.72, co.10, c.c.n.l. Dirigenza Sanitaria 2016-2018 del 19 dicembre 2019). Si pensi ancora ad un infermiere di una azienda ospedaliera che dopo aver timbrato il *badge* di ingresso, si allontani dall’ente per ore per motivi personali: oltre ai risvolti penali (truffa ai danni dello Stato) e disciplinari, si configura anche un illecito amministrativo-contabile (danno da erogazione di retribuzione da parte della P.A. senza fruire di controprestazione più danno all’immagine della P.A.). Si pensi infine ad un caso, non infrequente, di *malpractice* medica, che origina una responsabilità civile (dell’azienda e del medico) verso il paziente, un possibile reato di lesioni o omicidio, un possibile illecito disciplinare ove se ne ravvisino i presupposti e una eventuale responsabilità amministrativo-contabile del sanitario dopo il risarcimento liquidato dall’Azienda al paziente in sede civile o transattiva.

Al contrario, talune condotte, che assumono valenza di illecito penale potrebbero non avere rilevanza civile o disciplinare e viceversa, in quanto i presupposti

⁴ Sulle restanti responsabilità, oltre alla bibliografia citata nei rispettivi Capitoli, v. TONON, *Responsabilità penale dell’esercente la professione sanitaria*, in GELLI, HAZAN, ZORZIT (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione* (commento sistematico alla l. n.24 del 2017), Milano, 2017, 183 ss. Sul tema, più in generale, TENORE, *Le cinque responsabilità cit.*, 90 ss.

di ciascun illecito non sono sempre coincidenti: si pensi alla commissione di un illecito civile che non assuma valenza penale in assenza di dolo, oppure alla commissione di un reato extralavorativo che non abbia arrecato alcun danno patrimoniale a terzi o alla P.A. o violato precetti disciplinari.

L’ordinamento ha introdotto alcune norme volte a regolamentare, sul piano meramente procedurale-temporale, il concorso di tali concorrenti reazioni ordinarie: si pensi all’effetto (talvolta) sospensivo sul procedimento disciplinare derivante dall’azione penale (v. art.55-*ter*, d.lgs. n.165 del 2001), agli effetti del giudicato penale in sede disciplinare, civile o amministrativa (art.651-654 c.p.p.), al possibile problematico cumulo di azioni risarcitorie in sede civile e amministrativo-contabile (censurabile in sede di opposizione all’esecuzione *ex* art.615 c.p.c.). Alcune di queste interferenze procedurali sono state di recente opportunamente normate dal d.lgs. n.24 del 2017, come si evidenzierà nel prosieguo.

1.1. La responsabilità amministrativo-contabile nel Comparto Sanità innanzi alla Corte dei Conti: profili generali. I futuri sviluppi legati all’intelligenza artificiale

Numerose vicende riguardanti diversi profili gestionali del Comparto sanità, relative al personale medico, infermieristico, ma anche amministrativo, sono giunte al pettine della Corte dei Conti, come si vedrà nel successivo paragrafo, ma sono soprattutto i crescenti casi di *malpractice* medica, sistematicamente assurti anche a rilevanza mediatica nelle loro manifestazioni più clamorose (talvolta addirittura dolose), ad aver originato un crescente contenzioso civile, penale, disciplinare ed anche amministrativo-contabile per i medici in generale e per quelli pubblici in particolare⁵. I dati forniti dal Procuratore Generale in occasione della Inaugurazione dell’Anno Giudiziario 2023 della Corte dei Conti⁶ evidenziano come l’8,4% dei giudizi contabili di primo grado riguarda la responsabilità indiretta da malasanià, a cui vanno aggiunti altri filoni (appalti, mancati introiti pecuniari, doppi lavori – diffusa è la violazione del regime di esclusività

⁵ Sul concorso di tali responsabilità dopo la riforma Gelli del 2017, v. la dottrina citata in nota 8. Più in generale, sulle concorrenti responsabilità del pubblico dipendente, compreso quello operante nel Comparto Sanità, cfr. TENORE, *Le cinque responsabilità del pubblico dipendente*, cit.

⁶ La Relazione, con i suoi dati sui contenziosi schematizzati a p.11, è leggibile in <https://www.corteconti.it/Download?id=7c0a01d0-b158-48d5-8bde-5e87cf68337d>.

tra il personale sanitario⁷ –, assenteismo, danni all'immagine etc.), rendendo il Comparto sanità tra i più “fecondi” produttori di danni erariali.

Come meglio si è visto nel Capitolo II, sul piano civilistico⁸, ovvero del-

⁷ Sul regime di tendenziale esclusività al servizio della Nazione per i pubblici dipendenti, ivi compresi quelli del Comparto Sanità, vedasi la giurisprudenza e dottrina citati nella successiva nota 28 e da TENORE, *La nuova Corte dei conti*, cit., 88.

I medici dipendenti del Servizio Sanitario Nazionale, i quali possono optare per un regime di esclusiva, ovvero per quello che consenta attività libero-professionale *extramoenia*, percepiscono una specifica indennità (indennità di esclusiva) o maggiorazioni delle indennità tabellari. Di qui, come ben ricorda a p. 55 ss. la citata Relazione della Procura Generale in occasione della Inaugurazione dell'Anno Giudiziario 2023 della Corte dei Conti, nel caso di svolgimento di attività *extramoenia* non autorizzata o non autorizzabile, perché incompatibile, le azioni risarcitorie delle Procure contabili, anche se al riguardo la giurisprudenza risulta divisa sulla reclamabilità, oltre alla violazione dell'art.53, co.7, d.lgs. n.165 del 2001, anche del sinallagma retributivo per percezione di maggiori retribuzioni legate alla violata esclusività: da un primo orientamento viene evidenziata la sussistenza di un danno derivante dalla lesione del sinallagma contrattuale, discendente ex se dall'aver svolto un incarico non compatibile (per es. Sezione giurisdizionale per la Toscana, sentenza 25 ottobre 2022, n. 344, che richiama la giurisprudenza della Cassazione SS.UU., sentt. n. 6473/2021, n. 80507/2021 e n. 4852/2021); l'altro orientamento, invece, ritiene necessaria, al fine di configurare la responsabilità, la prova di un abbassamento di livello della prestazione professionale dovuto allo sviamento di energie lavorative. Secondo tale tesi i comportamenti in questione costituirebbero illeciti solo sul piano disciplinare e rappresenterebbero mero presupposto ed occasione per lo sviamento delle energie professionali, dal quale deriverebbe l'effettivo danno, come tale da provare (id., sez. II app. 16 maggio 2022, n. 221; sez. III app., 27 luglio 2022, n. 270; id., sez. app. Sicilia, 28 febbraio 2022, n. 33). Vedasi la casistica sulla violazione dell'art.53, co.6 e 7, d.lgs. n.165 citata nella successiva nota 27.

⁸ Sulla responsabilità medica in ambito penale e civile la produzione dottrinale è vastissima. Si segnalano, tra i soli studi successivi alla l. n.24 del 2017, oltre ai saggi citati nei Capitoli II e III: RUFFOLO, SAVINI NICCI, *Le nuove frontiere della responsabilità medica*, Milano, 2022; HAZAN, GELLI, *Responsabilità, rischio e danno in sanità*, Milano, 2022; CASSANO, LAURI (a cura di), *Manuale della responsabilità medica*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2022; AA.VV. (a cura di GABRIELLI e RUFFOLO), *La responsabilità medica*, in *Giur. it.*, 2021, 456 ss.; AA.VV., *Responsabilità sanitaria, rischio clinico e valore della persona*, Fasc.1, ottobre 2022, 3 in <https://www.diritto.it/wp-content/uploads/2022/12/Cassano-rivista-semestrale-responsabilita-sanitaria.pdf>, con vari contributi (tra i quali CANZIO, *Linee evolutive del sistema della responsabilità in ambito sanitario*); POSTERARO, PASCALE, *La responsabilità medica alla luce del nuovo decalogo della Cassazione*, coll.Officina del diritto, Milano, 2020; TODESCHINI (a cura di), *La responsabilità medica*, II ed., Torino, 2019; GAMBINO, CINGOLANI, *La riforma della responsabilità sanitaria: novità, continuità, criticità*, Milano, 2019; MEOLI, SICA, STANZIONE, *Commentario alla legge 8 marzo 2017 n.24*, Napoli, 2018; RODOLFI, MARTINI, *Responsabilità sanitaria*, Milano, 2018, 37 ss.; ALEO, D'AGOSTINO, DE MATTEIS, VECCHIO, *Responsabilità sanitaria*, Milano, 2018; CIARDO, *La responsabilità civile del personale sanitario*, in CASTIELLO, TENORE, *Manuale di diritto sanitario*, Milano, 2018, 267 ss.; GELLI, HAZAN, ZORZIN (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione (dopo la legge n.24 del 2017)*, cit.; LEVITA, *La nuova responsabilità del sanitario. Analisi della legge n. 24/2017 in tema di sicurezza delle cure e responsabilità medica*, Matelica, 2017; MONTANARI VERGALLO, *La nuova responsabilità medica dopo la riforma Gelli-Bianco*, Roma, 2017; DONELLI, GABRIELLI, *Responsabilità medica e valutazione del danno*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2017; LORENZINI, *La responsabilità del medico. Civile, penale, amministrativa. Aggiornato con la riforma Gelli e con la giurisprudenza più recente*, Pisa, 2017; AA.VV. (Benci ed altri), *Sicurezza delle cure e responsabilità sanitaria, commento alla legge 24/2017*, *Quotidiano Sanità*, 2017; CARBONE, *Responsabilità medica, strumenti assicurativi, danno erariale indiretto e le novità dal d.d.l. Gelli* (nota a

la tutela risarcitoria del paziente, l'obiettivo della “sicurezza delle cure” come espressione del “diritto alla salute” (art.32 cost.), si è tradotto, prima sul piano giurisprudenziale, poi sul piano normativo (legge 8 novembre 2012 n.189, c.d. *legge Balduzzi*; legge 8 marzo 2017 n.24, c.d. *legge Gelli*), in rilevanti interventi interpretativi e poi legislativi incentrati sulla responsabilità per errori professionali, che non può che essere complessiva e solidale tra medico e casa di cura (pubblica o privata) in quanto l'errore umano, decisamente fisiologico, è di regola concausato da carenze strutturali. Anzi, la centralità della tutela del paziente porta il legislatore a spostare il baricentro della responsabilità pecuniaria dal singolo medico (pur sempre evocabile in giudizio ed oggi munito di solvibile assicurazione) alla Azienda-persona giuridica che eroga il complessivo “servizio salute” (parimenti munita di assicurazione), per poi tornare, ma solo in seconda battuta, sul singolo medico attraverso la rivalsa civile e/o giuscontabile, rispondente al basilare principio della responsabilità personale individuale, fortemente attenuato e svilto però dalla presenza di una polizza assicurativa divenuta obbligatoria e che potrebbe deresponsabilizzare il sanitario.

Sotto quest'ultimo profilo, è stato ben rimarcato⁹ come un ulteriore aspetto, non ancora vagliato dalla giurisprudenza civile e contabile, è quello relativo alla mancata valutazione del rischio e al suo monitoraggio da parte delle Aziende e, più di recente, delle strutture sanitarie, con conseguente riflesso dannoso sui pazienti e possibilità di rivalsa in sede civile ed erariale sul personale medico e amministrativo con funzioni dirigenziali a ciò deputato.

A queste condotte spesso si accompagna poi una non trasparente gestione documentale delle attività ospedaliere, mediante una opaca tenuta delle cartelle cliniche ed infermieristiche. Risulta, infatti, talvolta omessa la redazione della sezione del diario clinico medico, mentre le notizie di ordine clinico vengono tenute nel diario infermieristico in maniera vaga, incompleta e contraddittoria. In questi casi gli operatori vengono perseguiti non soltanto per l'imperizia medica, ma anche per la lacunosa formazione della cartella clinica, sia a carico del

C. conti, sez. Lombardia, 4 ottobre 2016 n.163), in www.giustamm.it, 2016, fasc.12. In precedenza BONA, *La responsabilità medica civile e penale dopo il decreto Balduzzi*, Santarcangelo di Romagna, 2013; DI GIOVINE, *La responsabilità penale del medico: dalle regole ai casi*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2013, f. 1, p. 62 ss.; GIUNTA, *Protocolli medici e colpa penale secondo il «decreto Balduzzi»*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2013, f. 2, p. 820 ss.; DI LANDRO, *Le novità normative in tema di colpa penale (l. 189/2012, c.d. “Balduzzi”). Le indicazioni del diritto comparato*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2013, f. 2, p. 834 ss.; PALMIERI, *Responsabilità medica: la recente giurisprudenza e le questioni più dibattute*, in www.quotidianogiuridico.it.

⁹ Il riferimento è ancora alla relazione scritta della Procura Generale della Corte dei Conti in occasione dell'inaugurazione dell'Anno Giudiziario nazionale 2023 della Magistratura contabile, p.44,

redattore che di chi ha l'obbligo di controllarne l'esattezza e la completezza del suo contenuto, la cui violazione costituisce difetto di diligenza ai sensi dell'art. 1176 c.c.

In ambito medico le acquisizioni della scienza e della tecnica se, da un lato, determinano un miglioramento qualitativo dei trattamenti erogati dal Servizio sanitario nazionale nella tutela del diritto alla salute, dall'altro, comportano un notevole accrescimento delle aspettative di cura, generando conflittualità e contenziosi nelle relazioni tra medico e paziente e tra Aziende sanitarie e paziente, sempre più spesso sfocianti in azioni risarcitorie nei confronti del sanitario e della struttura (pubblica o privata), con conseguente abbandono del tradizionale rapporto di alleanza terapeutica.

In questo Capitolo, pur vagliandosi nel successivo paragrafo i vari filoni che hanno toccato il Comparto Sanità (medici, infermieri, personale amministrativo¹⁰), sarà analizzata prevalentemente la responsabilità amministrativo-contabile da *malpractice*, di regola consequenziale alla prioritaria condanna civile dell'Azienda pubblica su azione del paziente (o dei suoi eredi) o a transazione stragiudiziale. Trattasi infatti della casistica più ricorrente nei giudizi contabili.

Come è noto, la Corte dei conti è il giudice del danno erariale¹¹, ovvero del

¹⁰ La legge Gelli n.24 del 2017 riguarda testualmente gli "esercenti le professioni sanitarie". La definizione di "esercenti le professioni sanitarie" è tuttavia incerta. Difatti le professioni sanitarie propriamente dette sono quelle del medico chirurgo, farmacista, odontoiatra, veterinario e psicologo. Le professioni sanitarie infermieristiche e ostetriche sono quelle di infermiere, ostetrica, infermiere pediatrico (D.M. n. 739 del 14 settembre 1994, regolamento concernente l'individuazione della figura e del relativo profilo professionale dell'infermiere e del fisioterapista); le professioni sanitarie riabilitative sono quelle di fisioterapista, podologo, logopedista, ortottista-assistente di oftalmologia, terapista della neuro e psicomotricità dell'età evolutiva, il tecnico di riabilitazione psichiatrica e il terapista occupazionale.

Non costituiscono "professioni sanitarie" ma *tecnico-sanitarie* quelle del tecnico audiometrista, tecnico sanitario di laboratorio biomedico, tecnico sanitario di radiologia medica, tecnico di neurofisiopatologia (area tecnico-diagnostica); tecnico ortopedico, tecnico audioprotesista, tecnico della Fisiopatologia cardiocircolatoria e perfusione cardiovascolare, igienista dentale, dietista (area tecnico assistenziale). Le professioni tecniche della prevenzione comprendono il tecnico della prevenzione nell'ambiente e nei luoghi di lavoro e l'assistente sanitario. Il massofisioterapista è operatore "di interesse sanitario". Infine, sono "arti ausiliarie delle professioni sanitarie" il massaggiatore capo bagnino negli stabilimenti balneari, l'ottico, l'odontotecnico e la puericultrice.

¹¹ Tra i principali e più recenti studi generali in materia di responsabilità amministrativa dopo la l. 14 gennaio 1994, n. 20, senza pretesa di esaustività, si segnalano: TENORE (a cura di), *La nuova corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Milano, V ed., 2022; CANALE, CENTRONE, FRENI, SMIRALDO (a cura di), *La corte dei conti. Responsabilità, contabilità e controllo*, Milano, 2022; BOLOGNINO, BONURA, CANALE, *La responsabilità per danno erariale*, Bari, 2022; CERRATO, *Elementi fondamentali di responsabilità amministrativo-contabile e danno erariale*, Torino, 2021; CUCCHI (a cura di), *Processo contabile di responsabilità per danno erariale*, Pisa, 2021; TENORE, NAPOLI, *Studio sulla responsabilità amministrativo-contabile davanti alla Corte dei conti*, Napoli, 2019; PILATO, *La responsabilità amministrativa*, Torino, 2019; SCHLITZER,

danno cagionato alla P.A. da pubblici dipendenti (quali sono i sanitari e gli amministrativi dipendenti di una Azienda ospedaliera) o da soggetti legati all'amministrazione da rapporto di servizio nell'esercizio delle proprie funzioni istituzionali¹².

L'art.9 della legge 8 marzo 2017 n.24 (c.d. *legge Gelli*) ha confermato, dopo alcune oscillazioni nel corso del travagliato parto normativo¹³, la suddetta giurisdizione (concorrente con quella civile di rivalsa dell'Azienda e di surroga dell'assicuratore, menzionate nell'art.9, co.6, v. *infra*) della Corte dei conti sui

MIRABELLI (a cura di), *Trattato sulla nuova configurazione della giustizia contabile*, Napoli, 2018; BOTTINO, *Responsabilità amministrativa per danno all'erario*, in *Enc. dir.*, Roma, annali X, 2017; MASTROAGOSTINO, PILATO (a cura di), *Danno pubblico ed efficienza dell'Amministrazione*, Quaderni della Spisa, Bologna, 2016; ATELLI (a cura di), *La quantificazione del danno erariale*, Milano, 2015; CORPACI, *Ambito e funzioni della responsabilità amministrativa e della relativa giurisdizione*, relazione scritta nel Convegno di studi giuridici in occasione del 150° anniversario della istituzione della Corte dei Conti, tenutosi a Roma presso l'aula delle sezioni riunite della Corte dei Conti l'11 dicembre 2012; ALTIERI, *La responsabilità amministrativa per danno erariale*, Milano, 2012; GARRI (a cura di), *La Corte dei conti, controllo e giurisdizione, contabilità pubblica*, Milano, 2012; DELLA VENTURA, *I giudizi di responsabilità*, in *Formulario del processo contabile*, Milano, 2012, 135 ss.; SANTORO, *Manuale di contabilità e finanza pubblica*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2012; SANTORO, *L'illecito contabile e la responsabilità amministrativa*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2011; MERCATI, *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile quindici anni dopo la regionalizzazione: problemi attuali e prospettive future*, in *Riv.C.conti*, 2011, IV, 488; PALMIERI, SFRECOLA, ZERMAN, *La responsabilità della P.A. e del pubblico dipendente*, 2009.

¹² Ad esempio, per una casistica sul rapporto di servizio con la P.A., oltre ai medici di base iperprescrittori ed ai laboratori d'analisi convenzionati, di seguito analizzati nelle note 86 e 87, v. Cass., sez.un., a 9 settembre 2008, n. 22562, e massime conformi, per la quale "Presupposto per la responsabilità amministrativa è l'esistenza di una relazione funzionale tra l'autore dell'illecito causativo di un danno patrimoniale e l'ente pubblico che subisce tale danno, la quale è configurabile non solo quando intercorra un rapporto di impiego in senso proprio, ma anche quando sia ravvisabile comunque un rapporto di servizio in senso lato, in quanto il soggetto, pur se estraneo alla P.A., venga investito, anche di fatto, dello svolgimento in modo continuativo di una data attività in favore della pubblica amministrazione. Ne consegue che sussiste la giurisdizione della Corte dei Conti in ordine alla domanda di rimborso dei compensi corrisposti e di risarcimento dei danni, anche per le specialità mediche fornite a seguito di prescrizioni rilasciate, proposta dalla USL nei confronti di un soggetto che abbia esercitato presso la Usf la professione medica sulla base di un rapporto convenzionale, e che successivamente sia risultato privo di titolo di studio e di abilitazione professionale, senza che possa assumere rilievo la circostanza che la mancanza di abilitazione potrebbe comportare la nullità del contratto, atteso che alla responsabilità amministrativa sono riconducibili anche le condotte imputabili a sola colpa o negligenza".

¹³ Nel corso dei lavori preparatori della legge Gelli n.24 del 2017, si era prospettata la possibilità di devolvere la rivalsa nei confronti del medico pubblico al giudice ordinario (cfr. sul punto il Documento dell'Associazione Magistrati della Corte dei conti: Riflessioni sull'art. 9 del ddl A.S. 2224 "Disposizioni in materia di responsabilità professionale del personale sanitario"). Tale norma avrebbe aperto scenari di possibile incostituzionalità della norma per violazione dell'art.103 cost. che attribuisce la materia del danno erariale alla giurisdizione contabile. Ma non mancano eccezioni a tale regola, mai tacciate di incostituzionalità, quale la rivalsa sui magistrati per danni da responsabilità verso terzi, devoluta all'a.g.o. Sul tema TENORE, *Il Magistrato e le sue quattro responsabilità*, Milano, 2016, 144 ss.

danni erariali c.d. *indiretti*, cagionati cioè, per errori di medici¹⁴, a strutture sanitarie o sociosanitarie pubbliche a seguito di condanne (necessariamente definitive, v. *infra*¹⁵) di tali enti pubblici intervenute in sede civile. Come è noto, in

¹⁴ Sulla responsabilità amministrativo-contabile del personale sanitario, oltre ai profili generali in TENORE (a cura di), *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, V ed., 2022, 26 ss., 379 ss., tra gli scritti specifici cfr. POLICE, *Danno erariale e azione di responsabilità amministrativa nei confronti del personale sanitario*, in RUFFOLO, SAVINI NICCI, *Le nuove frontiere della responsabilità medica*, Milano 2022, 199 ss.; CREA, *L'azione di responsabilità amministrativa innanzi alla Corte dei conti*, in HAZAN, GELLI, *Responsabilità, rischio e danno in sanità*, Milano, 2022, 507; CASSANO, LAURI (a cura di), *Manuale della responsabilità medica*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2022; RAEI, *La responsabilità amministrativa sanitaria*, in AA.VV., *Linee evolutive del sistema della responsabilità in ambito sanitario*, cit. 145 ss.; SMIRLODO, *La responsabilità amministrativa degli esercenti le professioni sanitarie per "medical malpractice"*, in CANALE, CENTRONE, FRENI, SMIRLODO (a cura di), *La corte dei conti. Responsabilità, contabilità e controllo*, Milano, 2022, 431, ss.; TUZZI, *La medico-crazia difensiva: un confronto tra medicina e burocrazia difensiva alla luce dell'art. 21 del d.l. 76/2020*, in *Federalismi*, 2021, f.28, 154 ss.; POLICE e FRATTO ROSI GRIPPAUDO, *La responsabilità medica – La responsabilità erariale del personale sanitario*, in AA.VV. (a cura di GABRIELLI e RUFFOLO), *La responsabilità medica*, in *Giur. it.*, n. 2, 2021, 477 ss.; POSTERARO, PASCALE, *La responsabilità medica alla luce del nuovo decalogo della Cassazione*, Milano, 2020, 88; D'URSO, *La responsabilità amministrativa da malpractice medica e l'azione di rivalsa dinanzi alla Corte dei conti secondo la legge 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. legge Gelli-Bianco) a tre anni dalla sua entrata in vigore*, in *Riv. C. conti*, n. 4, 2020, 22 ss.; TODESCHINI (a cura di), *La responsabilità medica*, II ed., Torino, 2019; VILLAMENA, *La legge Gelli-Bianco: aspetti sostanziali sul versante delle responsabilità amministrative*, in GAMBINO, CINGOLANI, *La riforma della responsabilità sanitaria: novità, continuità, criticità*, Milano, 2019, 293 ss.; CATALANO, *Azione di rivalsa o di responsabilità amministrativa*, *Commento all'art.9*, in MEOLI, SICA, STANZIONE, *Commentario alla legge 8 marzo 2017 n.24*, Napoli, 2018, 200 ss.; TENORE, *La responsabilità amministrativo-contabile e disciplinare del personale sanitario*, in CASTIELLO, TENORE, *Manuale di diritto sanitario*, Milano, II ed., 2018, 146 ss.; MUNARO, *L'azione di rivalsa e di responsabilità amministrativa*, in RODOLFI, MARTINI, *Responsabilità sanitaria*, Milano, 2018, 37 ss.; TIGANO, *La responsabilità amministrativa dei sanitari dopo la legge 8 marzo 2017 n.24*, in ALEO, D'AGOSTINO, DE MATTEIS, VECCHIO, *Responsabilità sanitaria*, Milano, 2018, 269; CROTTI, GRAZIOSO, PETRAGLIA, TORCHIA, *La responsabilità sanitaria nella giurisprudenza contabile*, Milano, 2018; SCHLITZER, *La responsabilità medica*, in MIRABELLI, SCHLITZER (a cura di), *Trattato sulla nuova configurazione della giustizia contabile*, Napoli, 2018; BERCELLI, *La giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale indiretto nella legge n.24/2017*, in *Istit.del federal.*, 2017, 2, 376; FIORE, *La responsabilità amministrativa presso la Corte dei conti*, in AA.VV., *Sicurezza delle cure e responsabilità sanitaria*, *Commentario alla legge 24/2017*, Roma, 2017, 141; TENORE, *L'azione di responsabilità amministrativa innanzi alla Corte dei conti*, in GELLI, HAZAN, ZORZIN (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione (dopo la legge n.24 del 2017)*, cit., 469 ss.; IADECOLA, *Qualche riflessione sulla nuova disciplina della colpa medica per imperizia nella legge 8 marzo 2017 n. 24 (legge cd. GelliBianco)*, in *Dir. pen. cont.*, 13 giugno 2017.

Utilissima è poi la relazione scritta della Procura Generale della Corte dei Conti in occasione dell'inaugurazione dell'Anno Giudiziario nazionale 2023 della Magistratura contabile: in particolare ci si riferisce all'accurato contributo di TOMASSINI, VETRO, *Criticità della spesa sanitaria*, Capitolo II, 37, in <https://www.corteconti.it/Download?id=7c0a01d0-b158-48d5-8bde-5e87cf68337d>.

¹⁵ Sulla necessità di un previo giudicato risarcitorio innanzi all'a.g.o (o al g.a.) prima di esperire una azione per danno indiretto da parte della Procura contabile davanti alla Sezione giurisdizionale, v. TENORE (a cura di), *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, V ed., 2022, 301 ss., che critica l'avverso indirizzo propugnato dalla giurisprudenza d'appello della Corte dei Conti. Per una accurata ricostruzio-

base all'art.28 della Costituzione e degli artt.22 segg. d.P.R. n.3 del 1957, dei danni prodotti a terzi da pubblici dipendenti nell'esercizio di compiti istituzionali risponde solidalmente anche l'Ente di appartenenza¹⁶. Una volta condannato, quest'ultimo si attiverà segnalando il danno alla Corte dei conti (o agendo, cumulativamente, ma nei limiti del *ne bis in idem*, in rivalsa verso il dipendente in sede civile¹⁷).

Tale giurisdizione contabile opera:

ne vedasi la sentenza C. conti, sez. giur. Lombardia, 29 luglio 2016 n. 136 (in www.corteconti.it) che, richiamando altri precedenti e, soprattutto, riportandosi ad una corretta lettura ed esegesi della basilare e vincolante sentenza 14/QM del 15 settembre 2011 delle Sezioni Riunite della Corte dei conti (che, contrariamente a quanto affermato in talune sentenze d'appello, impone il previo giudicato prima della rivalsa giuscontabile), confuta l'avverso indirizzo giurisprudenziale acriticamente prevalente (C. conti, sez. II app., 27 marzo 2023 n.75; id., sez. II app., 4 febbraio 2022 n.30 che richiama univoci indirizzi d'appello tra cui id., sez. II, 11 febbraio 2016 n. 139; C. conti, App. Sicilia, 2 dicembre 2014 n. 474; id. I app., 13 marzo 2014, n. 402; id., 14 gennaio 2014, n. 43; id., 14 settembre 2015, n. 483; id., sez. Piemonte, 15 ottobre 2014, n. 122; id., sez. Toscana, 10 settembre 2014, n. 161) tendente ad ammettere una azione per danno indiretto in sede contabile anche a fronte di mere condanne esecutive, ma non in giudicato, del g.o., dando una faziosa e parziale lettura della censata sentenza 14/QM delle sezioni riunite che non conferma affatto tale lettura. Sul tema v. TENORE, *Il danno erariale c.d. indiretto è configurabile ed azionabile solo dopo il previo giudicato risarcitorio che condanni la P.A.*, in www.giustamm.it, n. 8, 2016. Tale tesi, che richiede il previo giudicato civile, è condivisa, proprio in materia sanitaria, da AA.VV. *L'azione di rivalsa e la responsabilità amministrativa del medico per danno erariale indiretto* in *Riv.it.Med.Leg.*, fasc. 3, 2012, 945 e da FIORE, *La responsabilità amministrativa presso la Corte dei conti*, in AA.VV. (Benci ed altri), *Sicurezza delle cure e responsabilità sanitaria, commento alla legge 24/2017*, *Quotidiano Sanità*, 2017, 138. *Contra* la erronea giurisprudenza sopra citata, favorevole ad una rivalsa ancorata al pagamento dopo sentenza esecutiva ma non ancora in giudicato.

¹⁶ Sul tema, tra i tanti studi, v. MERUSI, CLARICH, *Commento all'art. 28 Cost.*, in BRANCA, PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti civili*, Bologna-Roma, 1991, 356 ss.; CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, in *Corso di diritto amministrativo*, diretto da CASSESE, vol. I, Milano, 2009, 471 ss.; CLARICH, *Sul modello di responsabilità civile dell'art. 28 Cost. (Spunti da un confronto con le esperienze straniere e con la prassi interpretativa)*, in *Giur. cost.*, 1987, 1854 ss.; GIGLIOTTI, *Lesione di interesse legittimo e responsabilità diretta del pubblico dipendente*, in *Danno e responsabilità*, 2015, 11, 1109 e ss. Per una critica alla recente sentenza Cass., sez.un., 16 maggio 2019 n.13246, che riconduce molte ipotesi di responsabilità della P.A. all'art.2049 c.c. e non all'art.2043 c.c., v. TENORE, *"Occasionalità necessaria" con i fini istituzionali e responsabilità solidale indiretta della P.A ex art. 2049 c.c per danni arrecati a terzi da propri dipendenti: un non condivisibile approdo estensivo delle Sezioni Unite*, in www.giustamm.it, n.6, 2019 e in www.giustiziavivile.com, 19.6.2019.

¹⁷ Sulla rivalsa civile in materia sanitaria e su alcune peculiarità che la connotano rispetto all'ordinario rito processualecivile, si rinvia all'accurato studio di AMIDEI, *Il riparto interno di responsabilità tra struttura e medico ivi operante e il diritto di rivalsa (regresso) dell'ente nosocomiale*, in RUFFOLO, SAVINI NICCI, *Le nuove frontiere della responsabilità medica*, Milano, 2022, 169 ss., e 196 ss. che rimarca il favor legislativo, nella l. n.24 del 2017, per una trattazione separata della domanda risarcitoria del paziente e della (solo successiva) azione di rivalsa della struttura senza poter azionare direttamente la rivalsa aziendale verso il sanitario nel primo giudizio intentato dal paziente. Sul tema v. anche FACCÌ, *L'azione di "recupero" della struttura nei confronti del sanitario tra Corte dei conti e giudice ordinario*, in *Corr. Giur.*, n. 2, 2020, 234 ss.

- a) ai sensi dell'art.7, co.1, ovvero per danni arrecati a pazienti da esercenti la professione sanitaria, anche non dipendenti della stessa struttura pubblica ove il paziente sia ricoverato (*ergo* dipendenti pubblici di altre Aziende o privati scelti dal paziente)¹⁸ di cui l'ente pubblico si sia valso per l'adempimento della propria prestazione;
- b) ai sensi dell'art.7, co.2, ovvero per danni arrecati a pazienti in occasione di prestazioni sanitarie svolte in regime di libera professione intramuraria, ovvero nell'ambito di attività di sperimentazione e di ricerca clinica, ovvero in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale, nonché attraverso la telemedicina.

Decisamente infelice, ed anzi frutto di un verosimile *lapsus calami*, ci sembra poi l'ulteriore richiamo operato dal medesimo art.9, co.5, ad una asserita terza ipotesi di giurisdizione contabile da danno indiretto, ovvero quella del richiamato comma 3 dell'art.7, che, in realtà, riguarda il caso di una azione civile (extracontrattuale o contrattuale a seconda dei casi) promossa dal paziente direttamente nei confronti del sanitario: pare evidente che in tale evenienza, come sopra già rimarcato, non essendo condannata in sede civile la P.A., ma solo il suo dipendente-medico, non vi è il presupposto basilare per la successiva azione di rivalsa giuscontabile, ovvero il danno arrecato alle casse pubbliche¹⁹!

Tra l'altro, tali ipotesi di evocazione diretta del medico sono destinate verosimilmente a crescere: mentre infatti in passato il paziente, tramite il suo avvocato, preferiva aggredire patrimonialmente in sede civile la sola Azienda ospedaliera (più capiente, più "vogliosa" di transigere avendo una polizza as-

¹⁸ Non essendo l'Azienda una sorta di mero erogatore di servizi sanitari forniti da professionisti, anche esterni, la responsabilità dell'Azienda verso il paziente sussiste anche a prescindere dall'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato con il professionista che ha commesso l'errore, né ha alcuna rilevanza la circostanza che tale sanitario sia stato scelto dal paziente o possa considerarsi di sua fiducia: Cass., sez. III, 14 giugno 2007 n.13953; id., sez. III, 3 febbraio 2012 n. 1620; id., sez. III, 26 giugno 2012 n.10616, tutte in *Ced Cassazione*.

¹⁹ La nostra perplessità è pienamente condivisa da FIORE, *La responsabilità amministrativa presso la Corte dei conti*, in AA.VV. (Benci ed altri), *Sicurezza delle cure e responsabilità sanitaria, commento alla legge 24/2017*, Quotidiano Sanità, 2017, 140. Secondo l'attento autore, il danno erariale forse ipotizzato dal legislatore in questo infelice richiamo da parte dell'art.9 all'art.7, co.3, potrebbe correlarsi non alla condanna civile, che, come visto, non tocca il patrimonio dell'ente pubblico, essendo riferita a diverso soggetto, cioè l'esercente direttamente chiamato in causa, bensì all'eventuale esborso a carico dello stesso ente correlato ai complessivi obblighi di copertura assicurativa specificamente previsti dal terzo periodo del comma 1 dell'articolo 10 che, infatti, al riguardo, fa salvo quanto previsto dall'articolo 9.

Tale lettura non ci sembra convincente, in quanto il costo sopportato dalla Azienda pubblica per polizze a tutela di propri medici è imposto da legge, ed è quindi un costo legittimo non configurante danno erariale.

sicurativa alle spalle, responsabile per dolo o colpa a titolo meramente contrattuale e, talvolta, mal difesa da avvocature interne in affanno o da professionisti esterni scelti con criteri poco meritocratici) e non già il singolo medico autore dell'errore (meno solvibile, responsabile solo per colpa grave a titolo extracontrattuale e difeso da abili avvocati di propria fiducia), oggi, l'imposizione di una polizza professionale obbligatoria per i medici (art.10, co.3, l. n. 24 del 2017, confermativo di preesistente obbligo posto a carico di tutti i liberi professionisti²⁰) favorirà azioni dirette nei suoi confronti in sede civile (ove tuttavia risponde secondo i più rigorosi parametri probatori della responsabilità extracontrattuale, a differenza dell'Azienda evocabile contrattualmente: v. Capitolo I), stante la maggior solvibilità dello stesso. Tali polizze pongono però un basilare problema, vagliato nella parte finale del paragrafo 7 di questo Capitolo, in ordine alla permanenza o meno di spazi per la giurisdizione contabile a fronte di danni indiretti alla Azienda sanitaria pubblica che vengono refusati dalla compagnia stipulante la polizza privata del medico, o dalla compagnia stipulante la polizza obbligatoria imposta dalla legge alla Azienda stessa a tutela propria e dei propri medici (art.10, co.1. l. n.24).

Parimenti, alcun problema di giurisdizione contabile per danno indiretto si porrebbe se il paziente citasse direttamente in giudizio la compagnia di assicurazione della struttura sanitaria (in tale giudizio l'Azienda è litisconsorte necessario *ex* art.12, co.4), come consentito dall'art.12 della l. n.24, ottenendo un pieno ristoro.

Se, invece, tale ristoro fosse parziale per la presenza di franchigie, potrebbero residuare spazi per azioni civili del paziente nei confronti dell'Azienda e conseguente rivalsa della Corte dei conti (che potrebbe altresì reclamare anche altre voci di danno erariale: es. all'immagine)²¹.

Va da ultimo fatto cenno ai possibili risvolti in sede civile, e a catena in sede contabile, del crescente utilizzo di intelligenze artificiali in tutti i campi dell'*agere* umano e, dunque, anche in medicina. L'*Artificial Intelligence*, AI nella dizione anglosassone, si sta diffondendo velocemente nel mondo sanitario e, in particolare, nella diagnostica per immagini. Le soluzioni di *intelligen-*

²⁰ Sul tema assicurativo per i medici, oltre agli specifici capitoli nelle opere sistematiche sulla legge Gelli menzionate in nota 8, v. DI GIOVANNI, *L'assicurazione nella responsabilità da attività sanitaria*, in RUFFOLO, SAVINI NICCI, *Le nuove frontiere della responsabilità medica*, Milano 2022, 381; TITA, *Obbligo di assicurazione*, in AA.VV. (Benci ed altri), *Sicurezza delle cure e responsabilità sanitaria, commento alla legge 24/2017*, Quotidiano Sanità, 2017, 151; TITA, *L'assicurazione del rischio professionale sanitario. L'attuale legge di riforma Gelli n.24 del 2017*, in CASTIELLO, TENORE, *Manuale di diritto sanitario* cit., 431 ss.

²¹ Sul punto, si rinvia al successivo parag. 2 e, in particolare, alla nota 56.

za artificiale (AI) e *machine learning* attraverso algoritmi stanno trasformando il modo in cui viene fornita assistenza sanitaria. Le organizzazioni sanitarie hanno accumulato dati di grandi dimensioni sotto forma di cartelle cliniche e immagini, dati sulla popolazione, dati sui reclami e dati sugli studi clinici. Le tecnologie di intelligenza artificiale sono adatte per analizzare questi dati e scoprire modelli e informazioni che gli esseri umani non potrebbero trovare da soli o con maggiori tempistiche. Con il *deep learning* ottenuto dall'intelligenza artificiale, le organizzazioni sanitarie possono utilizzare algoritmi per prendere decisioni aziendali e cliniche più accurate e migliorare la qualità delle esperienze che forniscono. Ad esempio, utilizzando algoritmi di intelligenza artificiale, gli studi di tutto il settore sanitario possono essere analizzati per modelli e relazioni nascoste, che possono aiutare i professionisti dell'imaging a trovare rapidamente informazioni critiche. Esistono anche algoritmi in grado di supportare il radiologo nell'identificazione di patologie (ad esempio, noduli mammari o polmonari, fratture ossee, pneumotorace, ecc), riducendo al minimo gli errori di percezione, oppure aiutare lo specialista nella caratterizzazione di lesioni (ad esempio, il dermatologo con il melanoma cutaneo), con lo scopo di migliorare la diagnosi. Le ultime evidenze scientifiche riportano, inoltre, studi sull'uso di sistemi esperti "intelligenti", in grado di categorizzare il rischio del paziente, determinare una prognosi e supportare il medico nella successiva decisione terapeutica.

Tra l'altro, l'intelligenza artificiale applicata alla sanità consente di creare sistemi che aiutano a garantire equità e uguaglianza nella scienza dei dati e negli studi clinici, il che porta a risultati di salute ottimali per tutti. Gli algoritmi di intelligenza artificiale e *machine learning* possono essere addestrati per ridurre o eliminare i pregiudizi (su genere, razza, etnia o livello di reddito), promuovendo la diversità e la trasparenza dei dati per affrontare le disuguaglianze sanitarie, combattendo le disparità di risultati sanitari basate su pregiudizi.

Come ben colto da tempo dal Consiglio superiore di Sanità nello studio del 2021 "*I sistemi di intelligenza artificiale come strumento di supporto alla diagnostica*" (in https://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_3218 Allegato.pdf), uno sviluppo incontrollato e non governato dell'AI non è scevro da potenziali rischi, derivanti, ad esempio, dall'uso di sistemi di AI privi di una rigorosa validazione scientifica, dalla mancanza di controllo sui dati processati dai sistemi esperti, da possibili violazioni della privacy degli utenti e da discriminazioni introdotte dalla programmazione degli algoritmi.

Ma soprattutto, eventi infausti concausati da malfunzionamenti di macchinari o di errori ascrivibili ad "intelligenze artificiali" porranno nuovi e seri problemi di

responsabilità²² e di ascrizione causale di taluni eventi dannosi ad uomini (non potendosi ipotizzare una responsabilità dell'algoritmo o del macchinario-*res*), che non coincidono necessariamente con i sanitari operanti, allargando il grandangolo dei soggetti convenibili in sede civile (es. produttori del macchinario e dell'algoritmo fallace) e, conseguentemente, innanzi alla Corte dei conti per danno indiretto cagionato a pazienti (taluni coautori potranno essere anche estranei alla P.A. e come tali non evocabili in sede giuscontabile, salvo ipotizzare un rapporto di servizio).

Sicuramente un evento lesivo concausato da tali contributi meccanici, telematici, artificiali acclarato in sede civile porterà ad una riduzione dell'addebito, o addirittura alla esclusione della responsabilità del sanitario, qualora la serie causale autonoma sia ascrivibile non al medico (es. per una cattiva utilizzazione non conforme alle istruzioni allegate al macchinario), ma agli strumenti di cui si è valso e dunque a chi, persona fisica, li ha tarati su algoritmi fallaci, salvo ipotizzare e dimostrare comunque una *culpa in vigilando* del sanitario sullo strumento utilizzato o l'assenza, a monte, di omissioni dei vertici nel prevedere meccanismi di supporto o sostitutivi in caso di malfunzionamento della strumentazione o della intelligenza artificiale utilizzata.

Se la giurisdizione contabile sarà difficilmente ipotizzabile a fronte di errori ascrivibili ad algoritmi fallaci o ad AI malfunzionanti elaborati da imprese esterne, sicuramente l'Azienda ospedaliera pubblica danneggiata (es. per aver risarcito un paziente) dovrà attivarsi sul piano civile (e tale inerzia potrebbe originare profili di danno erariale) innanzi all'a.g.o. nei confronti del costruttore o fornitore del macchinario mosso da AI, chiedendo l'applicazione della direttiva sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi o quella del codice civile, tema attenzionato dalla Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 e conseguente Proposta di regolamento della Commissione europea del 21 aprile 2021, sul tema dei rapporti tra responsabilità e intelligenza artificiale, sulla base

²² Sul tema v. MONTINARO, *Responsabilità del prodotto difettoso e tecnologie digitali tra soft law e hard law*, in *Persona e mercato*, 2020, 4, 375 ss.; FRATTARI, *Robotica e responsabilità da algoritmo. Il processo di produzione dell'intelligenza artificiale*, in *Contr. e impr.*, 2020, 458 ss.; SALANITRO, *Intelligenza artificiale e responsabilità. La strategia della Commissione Europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 1248; FUSARO, *Quale modello di responsabilità per la robotica avanzata? Riflessioni a margine del percorso europeo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 1344; ZORNOZA, LAUKYTE, *Robotica e diritto: riflessioni critiche sull'ultima iniziativa di regolamentazione in Europa*, in *Contr. e impr./Europa*, 2016, 808; PALMERINI, *Robotica e diritto: suggestioni, intersezioni, sviluppi a margine di una ricerca europea*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 6, 1816 ss. Sull'Intelligenza Artificiale (AI) e sul suo utilizzo in sanità e in moltissimi altri campi, ivi compreso quello giuridico, oltre alla trattazione contenuta nel Capitolo II, par. 14 di questo volume per i possibili profili risarcitori, v. TENORE, *L'intelligenza artificiale può sostituire un giudice? I rischi della involuzione verso un "cretino digitale"*, Roma, Anicia, 2023.

della precedente Relazione al riguardo e del Libro bianco sull'intelligenza artificiale. Difatti, la previa immissione sul mercato di un sistema di intelligenza artificiale a rischio elevato implica la sottoposizione a una serie di controlli preordinati a garantire la sicurezza, attraverso una valutazione di conformità. Inoltre, il tema di un'appropriata progettazione e del consequenziale sviluppo del sistema di intelligenza artificiale risulta correlato alla possibilità di un'effettiva ed efficace sorveglianza da parte di persone fisiche allorché lo stesso è in uso.

1.2. Le principali casistiche di danno erariale nel Comparto Sanità

La previsione dell'art.9 della legge Gelli n.24 del 2017 in esame si inserisce in un complesso articolato normativo che regola diversi profili della sola *responsabilità professionale* degli esercenti la professione sanitaria (civile, penale, disciplinare, amministrativo-contabile) e, dunque, per quanto concerne la Corte dei conti, riguarda uno solo dei tanti filoni contenziosi che ruotano intorno al Comparto Sanità, ovvero quello dei danni erariali c.d. *indiretti* derivanti da casi di *malpractice* medica.

Tuttavia, il giudice contabile, nel corso degli anni, ha valutato, e sta ancora vagliando, numerosi altri "filoni" di danno erariale riscontrati nel complesso mondo della Sanità²³, con riguardo non solo al personale medico ed infermieristico, ma anche a quello amministrativo.

Tra i principali contenziosi, possono essere ricordati quelli concernenti: la *mala gestio* del patrimonio immobiliare aziendale²⁴, l'omesso introito di *ticket* sanitari per mala organizzazione interna²⁵, l'esercizio pluriennale della professione medica da soggetto privo di laurea o di infermiere privo di diploma²⁶, la percezione di de-

²³ Si rinvia, ancora una volta, all'accurata relazione scritta della Procura Generale della Corte dei Conti in occasione dell'inaugurazione dell'Anno Giudiziario nazionale 2023 della Magistratura contabile: in particolare si veda la casistica censita nel contributo di TOMASSINI, VETRO, *Criticità della spesa sanitaria*, Capitolo II, 37 ss. e 55 ss., in <https://www.corteconti.it/Download?id=7c0a01d0-b158-48d5-8bde-5e87cf68337d>.

²⁴ C. conti, sez. Lombardia, 11 ottobre 2021 n. 283 su asserita svendita a prezzo fuori mercato di sede di una ASL milanese; id., sez. Calabria 25 maggio 2022 n. 118 ha condannato gli amministratori di ASP per la cattiva gestione del patrimonio immobiliare.

²⁵ Tra i diversi giudizi nascenti da mancato introito di *ticket* sanitari per analisi e visite specialistiche per disorganizzazioni organizzative (o per mancato riversamento all'azienda da parte del cassiere riscossore), v. C. conti, sez. II app., 15 febbraio 2021 n.5; id., sez. Lombardia, 7 ottobre 2019 n. 245; id., sez. Campania, 1 dicembre 2020 n.570.

²⁶ Per un caso di medico non laureato v. C. conti, sez. giur. Lombardia, 14 dicembre 2016 n.215, in www.corteconti.it. Per un caso di infermiere non diplomato, id., sez. Piemonte, n.117 del 2013, *ivi*.

naro per accelerare liste di attesa ospedaliere²⁷, gare *contra legem* (o acquisti diretti senza gara, o aggirando il meccanismo Consip) lesive del principio di concorrenza o connotate da percezioni tangenziali, il demansionamento del personale, mancato utilizzo di costosi macchinari lasciati languire in scantinati (fino a divenire desueti ed inutilizzabili), l'uso non istituzionale di beni d'ufficio, appropriazione di beni e valori dell'Azienda, la parziale realizzazione e abbandono di immobili destinati a strutture sanitarie. Particolarmente diffuso è poi l'espletamento di attività *extramoenia* senza autorizzazione (avendo optato il medico per l'*intramoenia*)²⁸; in tali evenienze, oltre alla violazione dell'art.53, co.6 e 7, d.lgs. n.165 ed alla percezione di maggiorazioni stipendiali legate all'*intramoenia* violata, va conteggiato in alcuni casi anche il danno da mancata emissione di ricevute fiscali a fronte di prestazioni mediche rese "di fatto" senza ricevuta da medico in regime di attività *intramoenia* (il danno erariale deriva dal mancato introito da parte dell'Ente Ospedaliero della quota prevista per legge dei compensi non fatturati a fronte di prestazioni mediche rese in regime di *intramoenia* allargata)²⁹.

Ma molto frequenti sono anche le casistiche sull'espletamento di incarichi extralavorativi senza autorizzazione da parte di infermieri e quelle relative a sottrazioni di farmaci³⁰, erogazione di compensi e indennità in violazione di legge

²⁷ Per un clamoroso caso di percezione di "oboli" (denaro in nero) da parte di un Primario, Professore universitario ordinario di urologia, per accelerare i tempi di attesa per interventi in struttura pubblica v. C. conti, sez. giur. Lombardia, 27 aprile 2009 n.298, in www.corteconti.it.

²⁸ Si veda la giurisprudenza più recente citata nella Relazione per l'Inaugurazione dell'Anno Giudiziario 2023 dalla Procura Generale in nota 7. Per un interessante caso di Primario ospedaliero e Professore ordinario che espletava, senza autorizzazione, rilevante attività *extramoenia*, pur avendo formalmente optato, per iscritto, per il regime *intramoenia* e per l'insegnamento a tempo definito, v. C. conti, sez. giur. Lombardia, 31 gennaio 2017 n.14, in www.lexitalia.it, n.1, 2017, con nota di PERIN, *Brevi note sul regime di esclusività del personale medico-universitario*; la sentenza, che ha coniato il termine di "*dolo di protervia*" per la peculiare condotta clamorosamente violativa della normativa da parte del medico vagliata dalla Corte, è stata confermata in appello da C. conti, sez. I, 1 marzo 2018 n.97; sul tema v. anche C. conti, sez. giur. Toscana, 26 febbraio 2009, n. 161, in www.corteconti.it. Sulla responsabilità da omesso versamento delle somme introitate da pubblici dipendenti per attività extralavorative non espletabili o non autorizzate, v. la pregressa nota 7 e, in dottrina, TENORE, *La nuova Corte dei conti*, cit., 54 ss., 88 ss. con vasti richiami giurisprudenziali; TENORE, *I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione: riflessioni sull'art.98 Cost.*, in *Riv.C. conti*, 2022, 3, 3; BUSICO, *Attività extraistituzionali retribuite svolte dal dipendente pubblico in assenza di autorizzazione datoriale: conseguenze e normativa CEDU*, in *Riv.C. conti*, fasc.6, 2022; VETRO, *Incarichi retribuiti, privi di autorizzazione, a favore di pubblici dipendenti: individuazione della giurisdizione in materia di responsabilità per violazione del regime di incompatibilità*, in www.lexitalia.it, 28.6.2019. Per i concorrenti profili disciplinari di tali condotte, si rinvia al Capitolo I, par.15, lett.C), *sub d*.

²⁹ C. conti, sez. giur. Liguria, 2 agosto 2009, n. 375, in www.corteconti.it.

³⁰ Sulle attività extralavorative non autorizzate tra le tante, oltre alla sentenza citata nella precedente nota, v. C. conti, sez. giur. Lombardia, 6 ottobre 2015 n.165 e 9 febbraio 2016 n.12, in www.corteconti.it. Spe-

o della contrattazione collettiva, inquadramenti illegittimi di personale, incarichi a soggetti esterni in assenza dei presupposti dell'art.7, d.lgs. n.165 del 2001³¹, iperprescrizione di farmaci³², medici borsisti specializzandi espletanti altre attività extraospedaliere³³ e, non da ultimo, assenteismo, assunto a rilevanza addirittura mediatica-televisiva³⁴.

Vanno poi ricordati i danni da prescrizioni da parte di medico convenzionato di specialità medicinale per finalità non terapeutiche e, comunque, al di fuori delle indicazioni autorizzate³⁵; il danno per redazione di impegnative inusuali, incongrue ed incomplete, di eccessive prescrizioni agli assistiti di specialità medicinale, nonché di fatturazioni multiple e gonfiate per false prestazioni ambulatoriali³⁶; il danno da illegittima somministrazione dei farmaci agli assistiti in regime di ricovero ospedaliero³⁷; il danno da erogazione “a

cificamente sul personale infermieristico che espleta attività extralavorative senza previa autorizzazione v.C.conti., sez.Emilia Romagna, n.46 e n.192 del 2017; id., sez.Lombardia, n.131 del 2016, tutte *ivi*.

Per uno dei tanti casi, configuranti anche reato ed illecito disciplinare, di sottrazione di farmaci aziendali, v. C.conti, sez.Piemonte, n.40 del 2014, *ivi*.

³¹ C.conti, sez.giur.Lombardia, 13 giugno 2016 n.97, in *www.corteconti.it*.

³² Sui danni erariali da iperprescrizione di farmaci da parte di medici di base, v. C.conti, sez.giur.Lombardia, 8 gennaio 2010 n.9; id., sez.Friuli-Venezia Giulia, 26 ottobre 2022 n. 55, in *www.corteconti.it*. Sul tema VETRO, *Il diritto alla salute: la responsabilità professionale del medico, con particolare riguardo alla prescrizione di farmaci, secondo la giurisprudenza della Corte dei conti*, in *www.lexitalia.it*, 2011, fasc.5; MODESTI, *Profili di responsabilità amministrativa e contabile del medico generalista per eccesso di prescrizioni, alla luce della giurisprudenza della Corte dei Conti*, in *www.diritto.it*.

³³ Sulla assenza di danno erariale cagionato da tali specializzandi v. C.conti, sez.giur.Lombardia, 16 aprile 2015 n.55, in *www.corteconti.it*. In *terminis* id., 31 dicembre 2014 n. 237; id., 24 luglio 2014 nn. 156, 157, 158, 160 e 161; id., 19 maggio 2014 nn. 100, 101, 102.

³⁴ Con sentenza C.conti, sez. II app., 31 marzo 2022 n. 127, il danno è stato quantificato in misura pari alla retribuzione indebita percepita per le ore in cui due medici si erano ingiustificatamente assentati dal servizio, compresi i buoni pasto non spettanti, oltre al danno all'immagine da assenteismo, per avere falsamente attestato la loro presenza in servizio tramite il *badge* in dotazione. La Sezione giurisdizionale per la Toscana, con decisione 11 aprile 2022 n. 72, ha condannato un medico di Medicina Generale, nonché medico di Continuità Assistenziale, responsabile di assenteismo fraudolento da un presidio ospedaliero predisposto proprio per far fronte all'emergenza *Covid19* nel periodo di elevatissima criticità del sistema sanitario e di vulnerabilità del tessuto sociale.

³⁵ C.conti, sez. giur. Puglia, 23 giugno 2009, n. 492, in *www.corteconti.it*. Sulla iperprescrizione di farmaci si rinvia anche alla nota 86.

³⁶ C.conti, sez. giur. Puglia, 23 giugno 2009, n. 492, in *www.corteconti.it*.

³⁷ C.conti, sez. giur. Umbria, 28 settembre 2009, n. 111, in *www.corteconti.it*. I farmaci vanno dispensati a cura della stessa struttura nosocomiale almeno per il periodo immediatamente susseguente alla dimissione, così che le prescrizioni sul ricettario regionale dei medici ospedalieri e universitari in regime convenzionato sono limitate ad un novero di casi ancor più ristretto, prevedendo le norme di riferimento anche una casistica nella quale lo specialista può predisporre un «consiglio terapeutico» e la prescrizione vera e propria in regime convenzionato è affidata al medico di base. Infine, per gli assistiti in regime di *day hospital* le norme regionali prevedono generalmente che la somministrazione dei farmaci avvenga in somministrazione di-

pioggia” della retribuzione di risultato a dirigenti dell'Azienda sanitaria regionale³⁸.

Non mancano poi casistiche su erogazione indebita di assegni di invalidità in favore di soggetti che avevano da un medico dell'Inps ottenuto attestazioni medico-legali di stati di invalidità risultati insussistenti³⁹; sul danno da allontanamento illecito dal posto di lavoro dell'operatore sanitario senza effettuare la registrazione nell'apposito rilevatore delle presenze, così cagionando un danno patrimoniale all'immagine e da disservizio cagionato all'Amministrazione di appartenenza per l'ingiusto profitto corrispondente alla retribuzione percepita per il tempo di assenza dal luogo di lavoro e danneggiando dall'altro la medesima Amministrazione nella sua immagine⁴⁰; su danno da non corretta applicazione delle disposizioni di legge in materia di illecita attribuzione dell'equo indennizzo ad un pubblico dipendente, qualora venga liquidato sulla scorta del solo verbale della Commissione Medica Ospedaliera e senza attendere il parere della Comitato di Verifica, mostrando così grave ed inescusabile negligenza nell'applicazione delle norme disciplinanti la materia del riconoscimento delle cause di servizio⁴¹; su danno all'immagine per l'utilizzo, da parte di un infermiere, di timbri e carta intestata di un medico Aziendale per realizzare e vendere certificati falsi a terzi⁴²; su danno da acquisto di beni da parte di struttura sanitaria, quali arredi (es.: retta dalla struttura nosocomiale per l'intera durata della terapia. In caso di violazione di tali prescrizioni si determina per l'Azienda la sopportazione di maggiori costi, costituenti danno per l'Amministrazione, che il medico deve risarcire. Il minor onere finanziario per il SSN risiede nel consistente minor costo al quale le strutture del SSN, anche convenzionate, acquisiscono i farmaci, rispetto al costo del rimborso alla farmacia dispensatrice, di entità a volte molto più onerosa.

³⁸ Su tale fattispecie molisana, v. C.conti, sez. II app. n. 372/2022. Ma anche per C.conti, sez.Liguria n.41 del 2022, costituisce danno erariale quello derivante dall'erogazione “a pioggia” di incrementi retributivi ai medici di continuità assistenziale, in assenza di prestazioni ulteriori rispetto a quelle ordinariamente loro richieste e di verifiche circa il grado di raggiungimento dei benefici attesi da un progetto incentivante. Nella specie è stata accertata la responsabilità amministrativa di alcuni dirigenti, posto che l'erogazione di quote variabili aggiuntive di compenso era contemplata dalla contrattazione collettiva sia nazionale che regionale, subordinatamente allo svolgimento di attività previste dagli accordi regionali e aziendali, ulteriori rispetto ai compiti del medico declinati dalla contrattazione nazionale. Accertata la sostanziale identità della stesura della scheda prevista dal progetto incentivante con la compilazione dell'allegato M, da redigersi all'esito di ogni intervento di continuità assistenziale, è stato affermato che la redazione della scheda costituiva solo apparentemente un'attività ulteriore e che, attraverso la formale definizione di un progetto fittizio, le parti dell'accordo aziendale avessero inteso dissimulare l'erogazione di quote aggiuntive di remunerazione in mancanza della controprestazione, le quali si palesavano prive di causa e (come tali) indebite.

³⁹ C.conti, sez. II app., 15 marzo 2022 n.96.

⁴⁰ C.conti, sez. giur. Umbria, 5 agosto 2009, n. 100, in *www.corteconti.it*.

⁴¹ C.conti, sez. giur. Calabria, 11 giugno 2009, n. 283, in *www.corteconti.it*.

⁴² Cconti, sez.giur.Molise, n.81 del 2017, *ivi*.

statue marmoree di Padre Pio⁴³) e connesse spese, ritenute eccessive; il danno da spese per celebrazioni e rinfreschi eccessive⁴⁴; su danni da illegittima erogazione di assistenza farmaceutica per conto del SSN da parte di esercente (pubblico o privato) di farmacia⁴⁵; su danno da indebita percezione dell'indennità di rischio radiologico per esposizione⁴⁶; su danno cagionato da medici necroscopi per l'omessa comunicazione telematica del decesso all'Inps, ai sensi della normativa di settore, con conseguente indebita erogazione di pensioni a favore di persone decedute⁴⁷; su spaccio di sostanze stupefacenti⁴⁸; su danno per doppio pagamento o pagamento ingiustificato di somme da una ASL ad una clinica convenzionata, trattandosi di prestazioni extra budget, ovvero non validate⁴⁹; su sfioramento dei tetti di spesa previsti nel *budget* da parte di cliniche convenzionate⁵⁰.

Persino il *Covid19* ha originato giudizi per danno erariale: la sentenza n. 72/2022 della Sezione Emilia Romagna ha ritenuto l'assenza della colpa grave omissiva, ai sensi dell'art. 21 del d.l. n. 76/2020, nei confronti di un dipendente

⁴³ C. conti, sez. giur. Abruzzo, 30 ottobre 2008, n. 394, in *www.corteconti.it*.

⁴⁴ C. conti, sez. giur. Abruzzo, 30 ottobre 2008, n. 394, in *www.corteconti.it*.

⁴⁵ C. conti, sez. giur. Puglia, 23 giugno 2009, n. 492; C. conti, sez. giur. Liguria, 16 dicembre 2003, n. 1033. Sulla giurisdizione contabile su farmacie legate al SSN da convenzionamento C. conti, sez. III giur. app., 11 novembre 2002, n. 352; C. conti, sez. giur. Campania, 30 ottobre 2000, n. 94; C. conti, sez. giur. Liguria, 8 agosto 2007, n. 600; C. conti, sez. giur. Umbria, 28 giugno 2004, n. 275; C. conti, sez. giur. Liguria, 16 dicembre 2003, n. 1033, tutte in *www.corteconti.it*.

⁴⁶ Cfr. C. conti, sez. Toscana, n. 89 del 2014, in *www.corteconti.it*.

⁴⁷ C. conti, sez. Calabria, 23 marzo 2022 n. 71.

⁴⁸ C. conti, sez. Friuli Venezia Giulia, 26 ottobre 2022 n. 55, ha condannato a risarcire all'ASL la somma di euro 80.000 un medico di medicina generale responsabile di aver illecitamente prescritto un farmaco con un principio attivo oppioide a soggetti tossicodipendenti e loro familiari, in assenza di finalità terapeutiche; le ingenti quantità venivano, in parte, cedute a terzi dai pazienti, con la successiva contestazione del relativo reato di spaccio di sostanze stupefacenti.

⁴⁹ C. conti, sez. Calabria, 29 novembre 2022 n. 210, ha condannato in via principale una clinica convenzionata con l'Azienda sanitaria territoriale e l'amministratore e, in via sussidiaria, i vertici dell'ASL a risarcire un danno complessivo di oltre € 17.648.000,00. In particolare, la clinica cedeva crediti non liquidi né esigibili, perché soggetti a contenzioso, ovvero inesistenti perché già soddisfatti dalla ASL, per omessa vigilanza, ad una società, la quale azionava i titoli presso vari tribunali e relativo doppio pagamento o pagamento ingiustificato, trattandosi di prestazioni extra budget, ovvero non validate.

⁵⁰ Le strutture accreditate convenzionate sono obbligate al raggiungimento dei fini dell'Amministrazione, a seguito della stipula delle convenzioni nelle quali si stabiliscono le prestazioni da rendere nel regime di accreditamento ed il tetto massimo di risorse ad esse destinate. Pertanto, le strutture accreditate devono valutare se le prestazioni siano o meno erogabili, in quanto previste o meno nelle convenzioni e nel budget assegnato, come quelle rese a favore di soggetti di altre regioni ovvero quelle di emergenza/urgenza o dialisi. Ne consegue la responsabilità, per mancato rispetto del dovere di servizio, derivante dal superamento del tetto di spesa nel caso di esecuzione di prestazioni non previamente autorizzate, over budget e, comunque, pagate al di fuori delle ordinarie procedure amministrative o mediante artificioso contenzioso (C. conti, sez. Calabria, 5 ottobre 2022 n. 183).

pubblico che, omettendo di attivarsi tempestivamente all'entrata in funzione di impianto di allarme che segnalava il guasto del congelatore della farmacia, causava un danno erariale di € 16.406,97 in ragione della perdita per deterioramento di dosi di vaccino anti *Covid19*, destinate ad essere somministrate alle categorie aventi diritto in esecuzione del Piano vaccinale nazionale. Il pregiudizio è stato quantificato in € 15.792,00, per la perdita dei vaccini destinati alla campagna vaccinale, ed in € 614,97 per la spesa sostenuta dall'Ausl al fine di impiegare il maggior numero possibile di dosi di vaccino entro i parametri di sicurezza previsti. Ma altri giudizi ruotanti intorno alla pandemia *Covid19* saranno presto vagliati⁵¹.

Tali vicende hanno spesso originato, come si è visto, anche risvolti di *danno all'immagine* per l'Azienda pubblica (discredita su giornali e *media*), parimenti contestato dalla Corte dei Conti con conseguenti rilevanti condanne pecuniarie, e ancor più oggi rivendicabile grazie alla riesplorazione della piena reclamabilità di tale voce di danno ad opera dell'art.4, co.1, lett.g), dell'allegato 3 del d.lgs. n.174 del 2016 (codice della giustizia contabile), che ha eliminato gli irragionevoli limiti alla perseguibilità di tale danno fissati dall'improvvido lodo Bernardo (art.17, co.30-ter, d.l. 1 luglio 2009 n.78, conv.to in l. 3 agosto 2009 n.102), consentendone la contestazione a fronte di danno all'immagine derivante

⁵¹ Dalla Procura territoriale per le Marche è stato notificato un invito a fornire deduzioni con istanza di sequestro conservativo ad un infermiere, dipendente di un ente del Sistema Sanitario Regionale, per avere simulato vaccinazioni, dietro compenso, in favore di una moltitudine di individui, che ambivano a ottenere il "Green Pass" senza sottoporsi alla vaccinazione, cagionando danni patrimoniali, diretti e indiretti, tanto all'ente di appartenenza, quanto alla Struttura commissariale nazionale per l'attuazione e il coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica *Covid19*, incardinata presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri. Il giudizio cautelare è stato definito con ordinanza mentre, essendo il relativo procedimento penale ancora in fase di indagini preliminari, nell'ammontare del danno contestato non è stato compreso il danno all'immagine.

Sull'impatto dell'emergenza *Covid19* sulla responsabilità medica in sede civile (con possibili riflessi per danno indiretto presso la Corte dei conti), v. RUFFOLO, *Le responsabilità mediche nell'emergenza sanitaria*, in AA.VV. (a cura di GABRIELLI e RUFFOLO), *La responsabilità medica*, in *Giur.it.*, 2021, 456 ss.; RISICATO, *La metamorfosi della colpa medica nell'era della pandemia*, in *Discrimen*, n. 2, 2020, 389 ss.; CALETTI, *Emergenza pandemica e responsabilità penali in ambito sanitario. Riflessioni a cavaliere tra "scelte tragiche" e colpa del medico*, *Sistema Penale*, n. 5, 2020, 17 ss.; ROIATI, *Esercizio della professione sanitaria e gestione dell'emergenza Covid19: note minime per un ampliamento delle fattispecie di esclusione della responsabilità penale*, in *www.la-legislazionepenale.eu*, 19 maggio 2020; BANA, PAGELLA, ROSADA, *Riflessioni sulla responsabilità medica nel contesto Covid19: spunti di diritto civile e penale a confronto*, in *Ris. Danno Resp.*, 5 maggio 2020; CAPECCHI, *Coronavirus e responsabilità sanitaria: quali prospettive di riforma*, in *Riv. Resp. Med.*, 9 aprile 2020; CASCELLA, BARILE, *Riflessioni sull'incidenza del c.d. "Covid19" sulla responsabilità medica*, in *Ris. Danno Resp.*, 28 maggio 2020; COMANDÉ, *La responsabilità sanitaria al tempo del coronavirus... e dopo*, in *Danno e Resp.*, 2020, 3, 297.

dalla commissione di qualsiasi forma di reato e non solo dei reati contro la P.A. della l. n.97 del 2001⁵².

Tale variegata casistica di danni erariali nel Comparto Sanità, non dissimile da quella riscontrabile in altri settori della P.A., si presterebbe ad una più vasta ed unitaria trattazione, che esula però dagli scopi di questo studio, limitato prevalentemente ai casi di *malpractice* medica che ridonda, dopo la condanna in sede civile dell'ente pubblico (o una transazione stragiudiziale), in termini di danno indiretto innanzi alla Corte dei Conti.

2. Le novità sulla giurisdizione contabile in casi di *malpractice* medica nella l. n.24 del 2017: ambito temporale di applicazione della novella Gelli, divergenze dal regime comune dell'azione giuscontabile. Rapporti con la rivalsa in sede civile. Danno indiretto dopo condanna civile e franchigie assicurative

Venendo ai prevalenti profili di danno erariale da *malpractice* medica, giova rimarcare che per il giudice contabile è irrilevante che la responsabilità civile, sulla cui base venga condannato al risarcimento danni un ente pubblico, abbia natura contrattuale o extracontrattuale (tema invece basilare in sede civile, stante il diverso onere probatorio che connota le due forme di responsabilità, come si vedrà nel Capitolo II⁵³): ciò che rileva innanzi alla Corte dei conti è l'avvenuto esborso, ad opera della condanna definitiva del giudice civile⁵⁴ o di pagamento in

⁵² Sul danno all'immagine e sulla sofferta evoluzione interpretativa c.d. Iodo Bernardo, è sufficiente rinviare a TENORE (a cura di), *La nuova Corte dei conti*, cit., 291. Per una conferma della tesi estensiva sulla più ampia perseguibilità del danno all'immagine della P.A. da noi sopra sostenuta, dopo la recente abrogazione dei limiti alla perseguibilità del danno all'immagine ad opera del d.lgs. n.174 del 2016, v. C. conti, sez. Lombardia, 1 dicembre 2016 n. 201, in www.corteconti.it e in www.giustam.it, 12, 2016, con nota di D'ANGELO.

Per un caso di danno all'immagine arrecato da addetto alla telefonia del 118 che ritardava l'invio di ambulanze sul luogo del sinistro per consentire l'arrivo di carri attrezzi amici da cui riceveva denaro, v. C. conti Piemonte, n.276 del 2016. Per un caso invece di infermiere che aveva avendo indotto diversi soggetti a consegnargli delle somme di denaro al dichiarato fine di comprare i favori del direttore sanitario dell'ospedale per il rilascio di una attestazione valida per l'assunzione come infermieri, v. C. conti, sez. Sicilia, n. 654 del 2014, *ivi*.

⁵³ Sul tema si vedano anche i Capitoli VIII, IX e X dello studio di GELLI, HAZAN, ZORZIN (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione (dopo la legge n.24 del 2017)*, cit. In precedenza, in chiave felicemente riassuntiva dello stato della giurisprudenza prima della novella Gelli, CARBONE, *Responsabilità medica, strumenti assicurativi, danno erariale indiretto e le novità dal d.d.l. Gelli* (nota a C. conti, sez. Lombardia, 4 ottobre 2016 n.163), in www.giustam.it, 2016, fasc.12.

⁵⁴ Sulla necessità del previo giudicato civile e per la critica all'indirizzo che consente alla Corte dei conti di attivarsi sulla base di sentenze civili di condanna non definitive ma meramente esecutive, si rinvia alla precedente nota 15.

sede transattiva, di denaro pubblico per una condotta, attiva o omissiva, dolosa o gravemente colposa di un dipendente pubblico (sanitario), o di soggetto (persona fisica o giuridica) legato da *rapporto di servizio* alla P.A.⁵⁵.

Ne consegue che la Corte dei conti non si attiva, ovviamente, a fronte di esborsi civili o transattivi pagati interamente e direttamente dai sanitari in sede civile (non essendoci pagamento al danneggiato con denaro pubblico), né a fronte di esborsi risarcitori pagati interamente da compagnie di assicurazione aziendali. Se tuttavia mancasse una polizza assicurativa (ad esempio nel caso in cui le aziende avessero accantonato proprie somme per eventuali sinistri: c.d. autoassicurazione), o se il sinistro cadesse, *in toto* o in parte, nella c.d. franchigia (c.d. aggregata) assicurativa di regola connotante le polizze aziendali (e notoriamente assai elevate: oltre il milione di euro annuo), si configura un esborso dannoso per l'erario.

Proprio del “perverso” riflesso in sede giuscontabile di polizze assicurative aziendali con franchigia aggregata, ovvero che coprono sinistri ospedalieri solo dopo l'esaurirsi della franchigia che resta a carico dell'Azienda (e dunque configura un danno erariale) si è fatta carico la più attenta magistratura contabile, valutando l'impatto del peculiare meccanismo di parziale copertura assicurativa in sede civile sul conseguente giudizio per danno erariale, ritenendo che non sia equo imputare al medico in via esclusiva il rischio di un danno erariale derivante da scoperta (parziale) assicurativa a seconda del fatto, meramente cabalistico, che il sinistro ospedaliero si sia verificato o meno in periodo connotato da franchigia⁵⁶.

⁵⁵ Anche in sede civile la giurisprudenza ha più volte ribadito che “*Sia che si voglia inquadrare la responsabilità della struttura sanitaria nell'art.2049 c.c., sia che la si voglia inquadrare, più probabilmente, nell'art.1228 c.c., in assenza di specifici addebiti nei confronti della Clinica (...), questa avrà diritto ad essere manlevata da ogni danno subito per effetto della condotta negligente del sanitario che ha operato all'interno della propria struttura*”: *ex pluribus*, Trib.Cremona 12 marzo 2012 n. 268, inedita.

⁵⁶ La previsione di franchigie è una prassi abituale in ambito assicurativo che ha assunto proporzioni notevoli nell'ambito delle polizze di responsabilità civile medica poiché, consentendo all'assicuratore ed all'assicurato di giungere a un accordo economico che comporta costi più contenuti e mantiene in equilibrio tecnico il rischio, permette da un lato di responsabilizzare l'assicurato, rendendolo partecipe, sebbene in quota minoritaria, delle conseguenze economiche derivanti da una propria condotta illecita e, dall'altro, solleva l'assicuratore dalla cura di alcuni sinistri, ovvero i sinistri inferiori alla soglia di franchigia.

Per alcuni casi vagliati dalla Corte dei conti in cui la presenza di una franchigia aggregata operante (con conseguente pagamento da parte dell'Azienda e non dell'assicuratore del sinistro frutto di *malpractice*) ha portato ad una ragionevole riduzione dell'addebito nei confronti del medico, stante la aleatorietà temporale del momento in cui si verifica l'errore medico e scatta la copertura assicurativa sostituendosi all'esborso dell'ente (in franchigia fino ad un certo importo), v. C. conti, sez. giur. Lombardia, 4 ottobre 2016 n.163, in www.giustam.it, n.12, 2016, con nota di CARBONE, *Responsabilità medica, cit.* e, più di recente, C. conti, sez. Lombardia 3 luglio 2019 n.171, in www.corteconti.it.

Tale azione giuscontabile si affianca, a tutela delle casse dell'Azienda danneggiata, alla *rivalsa* civile dell'Ente stesso *ex art.9, co.1-3, l. n.24*, ed al *regresso* dell'assicuratore dell'Ente *ex art.1916 c.c.* (richiamato dal cennato art.9, co.6). Non riteniamo dunque condivisibili talune letture⁵⁷ dell'art.9, che tendono a limitare la rivalsa civile (commi 1-3) innanzi all'a.g.o. ai soli casi di danno indiretto arrecato dal medico a strutture sanitarie *private* ove lavorano, attribuendo alla Corte dei conti la giurisdizione sul danno indiretto ad Aziende *pubbliche* cagionato da medici pubblici o equiparati; ben potrebbe l'azienda pubblica attivarsi con una rivalsa civile in quanto la norma dell'art.9 non sancisce testualmente tale distinguo e la tesi del “doppio binario”, civile e giuscontabile, per il recupero di danni erariali alla P.A. è ad oggi assolutamente prevalente (oltre ad essere costituzionalmente imposta)⁵⁸, anche se non indiscussa, come a breve si chiarirà.

La vasta casistica di errori medici vagliati in sede di rivalsa dalla Corte dei conti ha riguardato molte fattispecie richiamate nel successivo paragrafo 4.

La formulazione della legge n. 24 del 2017, negli articoli e nei commi che toccano la giurisdizione contabile, non presenta divergenze (che sarebbero risultate stravaganti e, come tali, di dubbia legittimità costituzionale) dal regime generale della responsabilità amministrativo-contabile scolpito nella legge 14 gennaio 1994 n.20 e succ.mod. (per i profili sostanziali) e nel d.lgs. 26 agosto 2016 n.174 (per i profili processuali), se non per alcuni assai discutibili aspetti, decisamente rilevanti sul piano sostanziale e processuale ed espressivi di una chiara esigenza di protezione di una categoria, quella dei medici, letteralmente “aggredita” negli ultimi anni da migliaia di citazioni per *malpractice*. Tali deroghe operanti per il solo personale sanitario delineerebbero invece, secondo un certo approccio dottrinale⁵⁹,

⁵⁷ La restrittiva tesi dell'utilizzabilità della rivalsa in sede civile per i soli danni arrecati a strutture private è propugnata da BERNARDI, *L'azione di rivalsa*, in AA.VV. (Benci ed altri), *Sicurezza delle cure e responsabilità sanitaria, commento alla legge 24/2017*, Quotidiano Sanità, 2017, 123.

⁵⁸ Se da un lato l'art.103, co.2 cost. devolve alla Corte dei conti la giurisdizione generale sulla contabilità pubblica, l'art.24 consente a tutti, e dunque anche alla P.A. danneggiata, di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. Da ultimo, è stata ribadita da C.conti, sez. II app., 2 maggio 2022 n. 216 (e id., sez.II app., 16 maggio 2022 n. 221), l'ammissibilità dell'azione di rivalsa civile e di quella risarcitoria contabile in assenza di riparazione del danno, attesa l'indipendenza tra le due azioni e la loro ontologica diversità, fermo il limite del risarcimento integrale del danno e l'impossibilità di una condanna ad un risarcimento complessivamente superiore a quello accertato. Nel giudizio di responsabilità amministrativa, infatti, deve essere accertato il danno indiretto erariale e non la legittimità della rivalsa aziendale e i rapporti interni tra sanitario e struttura ospedaliera (id., sez. Calabria, 24 ottobre 2022 n. 194).

⁵⁹ La tesi della specialità della responsabilità amministrativa del medico è propugnata da TUZZA, *La medicocrazia difensiva: un confronto tra medicina e burocrazia difensiva alla luce dell'art. 21 del d.l. 76/2020*, in *Federalismi*, 2021, f.28, 154 ss., secondo il quale già dal titolo della legge, “disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti

un *sottosistema speciale* di responsabilità amministrativo-contabile, derogatorio a quello generale, che personalmente non condividiamo, prestandosi, come si vedrà, tali deroghe di *favor* normativo a tutela dei soli sanitari a censure di incostituzionalità. Tali regimi derogatori possono, a nostro avviso, trovare giustificazione solo in situazioni emergenziali (es da *Covid19*) e a tempo, come nel caso delle deroghe normative in sede penale all'elemento psicologico di alcune fattispecie di reato introdotte dall'art. 3-bis del d.l., 1 aprile 2021, n. 44⁶⁰.

In assenza di un *regime transitorio* e sulla scorta del principio cardine dell'art.1 delle preleggi, non vertendosi in materia penale (retta dall'art.2 c.p., che

le professioni sanitarie”, si deduce come l'organo legislativo abbia voluto condensare, in un unico testo, tutta la materia della responsabilità professionale del sanitario, ricomprendendo, all'interno di essa, anche quella amministrativa per danno erariale, analiticamente regolata dall'art. 9 della predetta legge. L'autore ne trae come corollario l'inapplicabilità al personale sanitario delle modifiche alla *lex generalis* (l. n.20 del 1994) apportate, seppur a termine, dall'art.21, d.l. n.76 del 2020. Per la lettura della legge Gelli come regime speciale settoriale derogatorio a quello generale della l. n.20 del 1994 anche POLICE e FRATTO ROSI GRIPPAUDO, *La responsabilità medica – La responsabilità erariale del personale sanitario*, in AA.VV. (a cura di GABRIELLI e RUFFOLO), *La responsabilità medica*, in *Giur.it.*, f.2, 2021, 477 ss., per cui la disciplina relativa alla responsabilità da *malpractice* dell'esercente una professione sanitaria «*presenta elementi di specialità rispetto all'ordinario statuto della responsabilità amministrativa, alterandone alcuni profili sia sostanziali sia processuali e realizzando un nuovo bilanciamento degli interessi*» e che «*a godere di un regime speciale sono solo le azioni di responsabilità amministrativa preordinate al recupero del danno erariale, indiretto, provocato da malpractice medico-chirurgica, disciplinate dall'art. 9, 5° comma, L. n. 24/2017*». Sul tema anche FACCI, *L'azione di “recupero” della struttura nei confronti del sanitario tra Corte dei conti e giudice ordinario*, in *Corr. Giur.*, n. 2, 2020, 234 ss. e BERTILLO, *L'azione di responsabilità amministrativa*, in DE SANTIS (a cura di), *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, 2017, Roma-Tre press, Roma, 83 ss., per cui «*la norma (art. 9, legge Gelli) introduce, quindi, una disciplina speciale riferibile ad una peculiare tipologia di dipendente pubblico, come già avvenuto con riferimento ai magistrati con la legge 13 aprile 1988, n. 117, sulla falsariga della quale è costruito l'odierno testo normativo nella parte qui di interesse*». Ancora sulla creazione di un subsistema normativo di accertamento della responsabilità dell'esercente la professione sanitaria, ZAPPALÀ, *Il subsistema normativo della responsabilità sanitaria*, in *Riv. it. Dir. lav.*, n. 3, 2018, 399 ss., in cui si assume il fatto che la legge Gelli-Bianco ha introdotto un modello di accertamento di responsabilità lavoristica «*che sfugge alle regole ordinarie del procedimento disciplinare, e che si trasforma in una mera responsabilità economica di cui il dipendente risponde in proprio a seguito di una azione di rivalsa o di una azione di responsabilità contabile (nel caso in cui il medico sia un dipendente pubblico)*».

⁶⁰ Il legislatore ha fronteggiato la situazione emergenziale provocata dalla pandemia da *Covid19* introducendo, per il comparto sanitario, oltre ad alcuni obblighi vaccinali, uno “scudo penale”, ai sensi degli artt. 3 e 3-bis del d.l., 1 aprile 2021, n. 44. L'art. 3-bis, aggiunto dalla legge di conversione n. 76/2021, ha previsto, in particolare, che «*durante lo stato di emergenza epidemiologica da Covid19, dichiarato con delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, e successive proroghe, i fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale, commessi nell'esercizio di una professione sanitaria e che trovano causa nella situazione di emergenza, sono punibili solo nei casi di colpa grave*». Sul punto NATALINI, *Le “norme-scudo” a favore degli operatori sanitari*, in *Corti Supreme e Salute*, n. 2, 2021, 331 ss.

Sull'impatto dell'emergenza *Covid19* sulla responsabilità medica v. la dottrina in nota 51.

prevede la retroattività delle norme più favorevoli), secondo marmoreo indirizzo della Corte dei conti⁶¹, tale sopravvenuto regime della legge Gelli, che disegna compiutamente un nuovo sistema di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie, ha natura sostanziale, di talché le disposizioni di natura processuale, pure in essa contenute, non possono che leggersi in stretta ed indispensabile connessione con il complesso del nuovo regime sostanziale di responsabilità, del quale rappresentano mero corollario non essendone ipotizzabile un'applicazione avulsa dall'intera vigenza del nuovo sistema. Pertanto, i precetti dell'art. 9, della legge n. 24 cit., ponendosi in un *unicum* con le disposizioni di natura sostanziale contenute nel medesimo corpo normativo, non risultano immediatamente applicabili, *ratione temporis*, a fatti storici di erronea prestazione medica verificatisi prima dell'entrata in vigore della l. n.24, ovvero prima del 1° aprile 2017.

In altre parole, le disposizioni poste dagli artt. 9 e 13, l. n. 24/2017 trovano applicazione nel giudizio di responsabilità amministrativa a condizione che il "fatto generatore" si sia verificato in vigenza della disciplina recata dalla legge c.d. Gelli-Bianco, ove per "fatto generatore" è da intendersi il fatto storico foriero di responsabilità civile ossia l'illecito civile a monte, essendo irrilevante che l'eventuale transazione fra danneggiato civile ed ente, ovvero l'esborso indebito patito dall'ente danneggiato, si collochino temporalmente dopo l'entrata in vigore della legge medesima⁶².

⁶¹ La sentenza 17 febbraio 2022 n.45 della Sezione II centrale appello ha escluso l'applicabilità, a fatti commessi anteriormente all'entrata in vigore della legge, della preclusione di cui all'art. 13 che onera le strutture sanitarie e sociosanitarie, nonché le imprese di assicurazione, di dare comunicazione al sanitario dell'instaurazione di giudizi per la responsabilità civile o di trattative stragiudiziali, a pena di preclusione dell'azione di rivalsa (conformi, id., sez. II app., 7 marzo 2022 n. 90; id., sez. III app., 11 agosto 2022 n. 296; id., sez. Lombardia n. 226/2022; id., sez. giur. Toscana, n. 309/2022). Un'applicazione retroattiva della legge, secondo tale interpretazione, impedirebbe di perseguire fatti anteriori, posto che gli obblighi di comunicazione a carico delle Aziende ospedaliere all'epoca non erano previsti.

In terminis sulla portata temporale della normativa sostanziale e processuale Gelli e l'inapplicabilità della stessa al giudizio contabile per fatti di erronea esecuzione della prestazione medica verificatisi prima dell'entrata in vigore della legge (1 aprile 2017), v. C. conti, sez. giur. Lombardia, 9 febbraio 2023 n.23; id., sez. Umbria, 24 giugno 2022 n.43; id., sez. Toscana, 7 ottobre 2022 n.309; id., sez. Campania, 21 novembre 2022 n.890; id., sez. II app., 28 ottobre 2021 n.372 id., sez. Toscana, 31 agosto 2021 n.323; id., sez. II app., 5 luglio 2021 n.224; id., sez. I app., 27 maggio 2019 n.114; id. sez. Lombardia 3 luglio 2019 n.171, 13/2019, 103/2018, 53/2018, 50/2018, 196/2017, 191/2017, 93/2017; id., sez. giur. Piemonte nn.66 e 68 del 2019; id., sez. Calabria 159/2018; id., sez. giur. Sicilia 732/2018 e 76/2018; id., sez. giur. Emilia Romagna 21/2018; id., sez. giur. Toscana, 84/2019 e 221/2018; id., sez. I app. n.536/2017, tutte in www.cortecont.it.

In dottrina v. DONINI, *I problemi di applicazione retroattiva della legge Gelli-Bianco*, in RUFFOLO, SAVINI NICCI, *Le nuove frontiere della responsabilità medica*, cit., 447.

⁶² C. conti, sez. giur. Sicilia, n. 845/2022. Aggiunge la giurisprudenza che le eccezioni di decadenza e di inammissibilità dell'azione di responsabilità amministrativa, basate sull'applicabilità retroattiva dell'art.

Pertanto, coerentemente, in relazione a una fattispecie di *malpractice* sanitaria verificatasi dopo l'entrata in vigore della l. n. 24/2017 e pertanto ricadente sotto la sua disciplina, è stata correttamente ritenuta inammissibile⁶³ l'azione di responsabilità amministrativa per violazione dell'art. 13 della cit. normativa, che pone a carico delle aziende sanitarie l'obbligo di comunicare tempestivamente all'esercente della professione sanitaria l'instaurazione del giudizio promosso nei suoi confronti dal soggetto danneggiato o l'avvio delle trattative stragiudiziali, con l'invito a prendervi parte.

Venendo al regime delineato dalla legge Gelli, le suddette varianti contenute nella l. n.24 del 2017 dal regime generale valevole per tutti gli altri pubblici dipendenti, consistono:

- a) nel discutibile tetto massimo pecuniario (circa il triplo della retribuzione lorda percepita al momento del fatto dannoso) fissato per le condanne giurisdizionali dei sanitari (art.9, co.5), configurante un regime di *favor* non riscontrabile per nessun altro pubblico dipendente e, come tale, a rischio di incostituzionalità⁶⁴. Sul punto si tornerà nel successivo paragrafo 4;
- b) nell'utilizzabilità da parte della Corte dei conti (art.9, co.7), quale mero argomento di prova, delle prove assunte dal giudice in sede civile solo se l'esercente la professione sanitaria abbia partecipato a tale giudizio.

9, l. n. 24/2017, sono infondate, posto che l'unica norma della cit. legge applicabile ai giudizi in corso è quella relativa ai criteri di liquidazione del danno non patrimoniale, la quale rinvia agli artt. 138 e 139 del codice delle assicurazioni private. Tuttavia, anche in quest'ultima ipotesi, la retroattività risulta meramente apparente, poiché si tratta solo di applicare il sistema tabellare vigente al tempo della decisione della causa (C. conti, sez. giur. Umbria, n. 6/2022, 7/2022 e 43/2022). La l. n. 24/2017 è inapplicabile ai fatti antecedenti alla sua entrata in vigore e, diversamente opinando, ne deriverebbe una sterilizzazione di tutte le azioni risarcitorie in cui le aziende ospedaliere non abbiano seguito, in buona fede, una procedura all'epoca non prevista e non richiesta da previsioni di legge né regolamentari (C. conti, sez. giur. Toscana, n. 309/2022).

⁶³ C. conti, sez. giur. Lombardia, 26 settembre 2022 n. 226, che rimarca come l'obbligo di notificare entro 45 gg. il medico da parte dell'Azienda per poi poter esperire azione di rivalsa, riguarda sia la tempestiva comunicazione del ricorso *ex art. 696-bis c.p.c.* per ATP, sia la mediazione di cui all'art. 5, co.1-*bis* del decreto legislativo n. 28/2010, prevista come alternativa all'ATP, configurando entrambe "avvio di trattative stragiudiziali" di cui all'art.13, l. n.24, in quanto il risultato finale cui entrambi possono pervenire, in caso di successo del tentativo, si concretano in un accordo tra le parti, con funzione deflattiva del contenzioso: ciò giustifica, pertanto, l'omogeneità di disciplina in relazione alla necessità, per entrambi i procedimenti, di comunicarne l'avvio a tutte le parti coinvolte, per consentire loro di partecipare. Nella specie, la tardiva comunicazione al medico della istanza di ATP da parte dell'Azienda, formulata ma oltre i 45 gg. di legge (in fattispecie sorta dopo l'entrata in vigore della l. n.24 del 2017), ha portato la Corte dei conti a dichiarare inammissibile la domanda di responsabilità amministrativa per violazione dell'art.13, l. Gelli.

⁶⁴ Dubita della compatibilità di tale tetto con il regime della responsabilità amministrativa anche POLICE, *Danno erariale e azione di responsabilità amministrativa nei confronti del personale sanitario*, in RUFFOLO, SAVINI NICCI, *Le nuove frontiere della responsabilità medica*, Milano 2022, 203.

Sul punto, espressivo dei principi derivanti dai limiti soggettivi del giudicato e dal chiaro disposto dell'art. 1306 c.c. (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), si tornerà nel successivo paragrafo 6;

- c) nell'inammissibilità, ex art.13, dell'azione di rivalsa giuscontabile qualora le strutture sanitarie o sociosanitarie e le relative imprese di assicurazione (o quelle dei medici) non comunichino (con raccomandata a/r, o posta elettronica certificata) entro 45 giorni dalla notifica della citazione in giudizio civile dell'ente, copia di quest'ultimo atto all'esercente professione sanitaria autore dell'asserito errore medico (figura spesso difficilmente individuabile e che conduce a comunicazioni a raggiera ad una serie vasta di potenziali sanitari autori del danno). Identica inammissibilità opera in caso di tardiva comunicazione (*ergo* il termine di 45 gg. suddetto è perentorio) o di incompleta comunicazione (ovvero carente dei profili rilevanti della citazione civile), o in caso di mancata comunicazione dell'avvio di trattative stragiudiziali (nozione un po' generica e fluida⁶⁵) con il danneggiato con invito a prendervi parte. La norma, che si presta ad evidenti censure di incostituzionalità, sarà meglio analizzata nel successivo paragrafo 6;
- d) nell'assai dubbia applicabilità al giudizio per danno indiretto innanzi alla Corte dei Conti della decadenza annuale di tale azione decorrente dall'avvenuto pagamento, qualora il medico non sia stato parte del giudizio (o della procedura stragiudiziale) di risarcimento danni, prevista testualmente solo e soltanto per l'azione di rivalsa civile (art.9, co.2) e non per la distinta azione giuscontabile del successivo comma 5 dell'art.9⁶⁶. Sui problemi che la norma pone si tornerà nel successivo paragrafo 6.

Va poi ricordato, come già sopra anticipato, che in caso di danni arrecati all'amministrazione sanitaria da un proprio dipendente, nonostante qualche av-

⁶⁵ È stata sottolineata la diversità tra la mediazione stragiudiziale ai sensi del decreto legislativo n. 28/2010 e l'obbligo informativo di cui all'art. 13 della legge n. 24/2017, che scatta esclusivamente nel caso dell'accordo amichevole di cui all'art. 11, assimilabile alla transazione civilistica (C.conti, sez. app. Sicilia, 5 settembre 2022 n. 158).

⁶⁶ In terminis C.conti, sez. app. Sicilia, 5 settembre 2022 n. 158. Ritiene inapplicabile in principio in sede contabile RAEI, *La responsabilità amministrativa sanitaria*, in AA.VV., *Linee evolutive del sistema della responsabilità in ambito sanitario*, cit, 145 ss. Dubita della compatibilità di tale limite annuale, valevole in sede di rivalsa civile, con il regime quinquennale della responsabilità amministrativa anche POLICE, *Danno erariale e azione di responsabilità amministrativa nei confronti del personale sanitario*, in RUFFOLO, SAVINI NICCI, *Le nuove frontiere cit.*, 203.

versa pronuncia di legittimità tendente a riconoscere una giurisdizione esclusiva della Corte dei conti⁶⁷, l'ente danneggiato potrebbe recuperare il risarcimento,

⁶⁷ Cass. civ., sez. un., 15 luglio 1988 n. 4634: “Spetta alla giurisdizione della Corte dei Conti l'azione di rivalsa promossa da ente ospedaliero (poi tra-sformato in U.S.L.) nei confronti del dipendente a seguito d'intervenuta condanna al risarcimento dei danni arrecati a terzi (nella specie lesioni personali provocate da un medico nel corso di un intervento chirurgico), atteso che l'art. 103 Cost. attribuisce al giudice contabile tutte le ipotesi di responsabilità per danni arrecati agli enti pubblici da persone aventi con questi vincoli d'impiego o comunque di servizio, come conseguenza della violazione di tali rapporti, tra i quali rientrano, in carenza di esplicite deroghe legislative, i rapporti tra U.S.L. e propri dipendenti”; e Cass. civ., sez. un., 4 dicembre 2001 n. 15288, in Giust. civ., 2002, I, 40: “Qualora un ente ospedaliero (ovvero un'Usl dopo l'attuazione della l. 23 dicembre 1978 n. 833, istitutiva del S.S.N.) venga condannato al risarcimento del danno subito da un assistito per fatto colposo del proprio dipendente, e poi agisca in rivalsa nei confronti del dipendente medesimo, la relativa controversia spetta alla cognizione della Corte dei Conti, atteso che la giurisdizione di tale Corte, secondo la previsione dell'art. 52 r.d. 12 luglio 1934 n. 1214, e dell'art. 103 Cost., non si riferisce ai soli fatti inerenti al maneggio di denaro, ma si estende ad ogni ipotesi di responsabilità per pregiudizi economici arrecati allo Stato o ad enti pubblici da persone legate da vincoli di impiego o di servizio ed in conseguenza di violazioni degli obblighi inerenti a detti rapporti”. In terminis Tribunale Trani, 7 gennaio 2008, in *Giurisprudenzabarese.it*, 2008 e C.conti, sez. III, 17 maggio 2006, n. 213, in *Foro amm. CDS*, 2006, 5, 1622; id., sez.III App., 21 luglio 2005, n. 490; id., sez.II App., 1 luglio 2005, n. 223 (tutti in materia di azione di rivalsa/regresso della P.A.). Del resto, l'art.22 d.P.R. n.3 del 1957, per tale rivalsa/regresso, richiama gli artt.18 e 19, il secondo dei quali devolve alla Corte dei conti la giurisdizione in materia (pur non affermandola testualmente, va rimarcato, in via esclusiva). Sulla esclusività della giurisdizione contabile v. Cass., sez.un., 22 ottobre 2007 n.22059, in *Ced Cassazione*.

Tuttavia la tesi del doppio binario, nei limiti del *ne bis in idem* (nascente però solo da un previo giudicato civile ostativo ad un successivo giudizio contabile sulle medesime voci di danno, ma ben possibile su altre connesse), ben espressa in v. TENORE, *La muova corte dei conti cit.*, 43 ss., è affermata da C.cost., 7 luglio 1988 n. 773, in *Cons. Stato*, 1988, II, 1354 e in *Foro it.*, 1989, I, 368, con nota di VARRIENTI e ripresa da Cass., sez.un., 6 luglio 2011 n.14831 in *Ced Cassazione* che, sebbene relativa al rapporto tra azione civile in sede penale ed azione contabile, ribadisce l'enunciato della Consulta secondo cui solo “un giudicato penale con cui si sia liquidato il danno erariale”, esso solo preclusivo della “proposizione dell'azione di responsabilità amministrativa nei confronti del condannato”. La tesi è recepita dalla più recente giurisprudenza (Cass., sez.un., 12 ottobre 2020 n.21992) ed è ripresa anche da Tribunale Roma, 24 gennaio 2004 (e in precedenza Cass., sez. III, 5 gennaio 1979 n. 31) che afferma che del danno alla salute o biologico conseguito ad errore medico nel corso di operazione chirurgica, rispondono, in solido verso il paziente il medico chirurgo che ha eseguito l'intervento con la struttura sanitaria, quest'ultima, in quanto datore di lavoro non è tenuta a rivalere il dipendente delle somme da questo eventualmente versate al terzo danneggiato a titolo di risarcimento, ma piuttosto il datore una volta indennizzato il terzo danneggiato, ha azione di rivalsa nei confronti del dipendente. Del resto, come rimarca Cass., sez. III, 3 aprile 2015, n. 6816, in *Guida al diritto*, 2015, 32, 77, lo stesso art. 28 d.P.R. n. 761 del 1979, che regola lo stato giuridico del personale delle unità sanitarie locali prevede che le amministrazioni possano stipulare una assicurazione a copertura della responsabilità civile dei propri dipendenti senza possibilità di rivalsa nei loro confronti, salvo i casi di dolo o colpa grave: *ergo* in quest'ultima ipotesi la rivalsa è ben consentita, come oggi conferma l'art.9, co.1, l. n.24 del 2017. Anche la giurisprudenza contabile consente l'esercizio dell'azione erariale salvo giudicato civile pienamente satisfattivo del bene della vita: da ultimo C.conti, 18 maggio 2015, ord. n. 5; id, III app., 3 giugno 2015, n. 329; id., sez. Lazio, 30 settembre 2016, n. 271.

In posizione mediana è l'indirizzo che consente al giudice ordinario una statuizione sull'an della responsabilità del dipendente nei confronti della P.A. con devoluzione alla giurisdizione esclusiva contabile del

secondo univoca giurisprudenza, anche attraverso una normale azione civile di rivalsa (contrattuale) innanzi al giudice ordinario⁶⁸, come conferma l'art.9, co.1-3, l. n.24, a nostro avviso norma di portata generale, applicabile anche per danni arrecati a soggetti pubblici (e parimenti può fare l'assicuratore dell'Azienda con azione di regresso ex art.1916 c.c. richiamato dall'art.9, co.6, l. n.24): in tale evenienza non si pone alcuna interferenza (né pregiudizialità ex art. 295 c.p.c.) tra il giudizio sull'illecito amministrativo-contabile (art.9, co.5, l. n.24) e quello sull'illecito civile (art.9, co.1-3), con l'unico limite del divieto di doppia condanna del dipendente, in sede contabile e civile, per lo stesso fatto e con eventuale effetto decurtante sulla pretesa della Procura erariale derivante dal parziale recupero intervenuto in sede civile (e viceversa) o in sede transattiva⁶⁹.

quantum: per Cass., sez. un., 6 luglio 2011 n. 14831, in *Giust.civ.*, 2012, I, 1, 130, il diverso fondamento e la diversa funzione dell'azione di responsabilità amministrativa e della comune azione per il risarcimento del danno da reato escludono che una violazione del divieto del c.d. «bis in idem» possa risultare dall'esperimento dell'una e dell'altra, rispettivamente, dinanzi al giudice penale ed a quello contabile: esse sono in rapporto di alternatività; e l'art. 538 del vigente codice di rito penale, non diversamente dall'art. 489 c.p.p. 1930, provvede al riguardo, consentendo al giudice penale la pronuncia di condanna generica al risarcimento del danno in favore dell'amministrazione costituitasi parte civile, ma vietandogli di provvedere alla relativa liquidazione, essendo al fine prevista la competenza di altro giudice, identificabile nella specie nella Corte dei conti (cfr. Cass., ord. 22 dicembre 2009 n. 27092, ivi, 4031; e Cass., ord. 21 ottobre 2005 n. 20343, in *Riv. C. conti*, 2005, II, n. 5, 129, entrambe citate in motivazione).

⁶⁸ Sulla rivalsa civile sanitaria si rinvia alla bibliografia in nota 17. Ribadisce Cass., sez.un., 12 ottobre 2020 n.21992 (che richiama Cass., sez.un., 18 dicembre 2014, n. 26659, Cass., 23 agosto 2018, n. 21021), che l'azione di responsabilità contabile nei confronti dei sanitari dipendenti di un'azienda sanitaria non è sostitutiva delle ordinarie azioni civilistiche di responsabilità nei rapporti tra amministrazione e soggetti danneggiati, sicché, quando sia proposta da una azienda sanitaria domanda di manleva nei confronti dei propri medici, non sorge una questione di riparto tra giudice ordinario e contabile, attesa l'autonomia e non coincidenza delle due giurisdizioni. Se l'azione di responsabilità per danno erariale tutela l'interesse pubblico generale al buon andamento della P.A., quella di responsabilità civile proposta dalla singola amministrazione tende infatti al pieno ristoro del danno, con funzione riparatoria e compensativa (nella specie la Corte ha cassato la decisione della Corte d'appello che non avrebbe potuto affermare il difetto di giurisdizione ordinaria in favore di quella contabile, ma avrebbe dovuto accertare la fondatezza o meno dell'autonoma domanda di manleva proposta dall'Azienda Ospedaliera nei confronti del proprio sanitario). La sentenza, a fronte di tale approdo pacifico, chiarisce «Nè può interferire, sulla questione di giurisdizione in esame, la L. n. 24 del 2017, art. 9, comma 5, (evocato anche nella memoria del controricorrente) – quale che sia la portata, in termini di esclusività o meno della giurisdizione della Corte dei conti, di detta disposizione che intesta al pubblico ministero contabile l'esercizio dell'azione di responsabilità amministrativa, per dolo o colpa grave, nei confronti dell'esercente la professione sanitaria in caso di accoglimento della domanda di risarcimento proposta dal danneggiato contro la struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica di cui il sanitario stesso sia legato da rapporto di servizio – giacché si tratta di norma intervenuta successivamente alla proposizione della domanda (avutasi con citazione del marzo 2002), cui l'art. 5 c.p.c. impedisce di dare rilievo».

⁶⁹ Sulla non configurabilità di una questione di giurisdizione e di una litispendenza a seguito della previa proposizione di un'azione civile di danni per i medesimi fatti e per la piena legittimità del sistema del c.d.

L'indipendenza tra i due giudici (ordinario e contabile), anche quando vengano investiti di un medesimo fatto materiale, comporta una mera interferenza tra giudizi (innegabilmente caratterizzati da regimi sostanziali e processuali assai diversi) e non tra giurisdizioni.

Ci sia consentito pragmaticamente rimarcare che, per diverse ragioni, sostanziali e processuali, è molto più «conveniente» essere giudicati dalla Corte dei conti (si pensi alla sola fruibilità del potere riduttivo dell'addebito e del giudizio abbreviato ex art.130, d.lgs. n.174 del 2016), che dal giudice ordinario, nei due distinti meccanismi di rivalsa: è dunque irragionevole che trovi applicazione un regime diverso a seconda del giudice che si attivi e, forse, la miglior soluzione, potrebbe esser quella di applicare il medesimo regime sostanziale (quello della l. n.20 del 1994) innanzi ad ambo i giudici⁷⁰. Non peregrina ci sembra una pos-

doppio binario (azione civile e contabile) per il recupero del danno patito dalla P.A., che consente il promovimento dell'azione giuscontabile anche se ci sia stata costituzione di parte civile in sede penale da parte della P.A. nei confronti dell'autore del danno erariale, o, addirittura, una condanna in sede civile (o penale) sull'an del risarcimento (condanna generica), salvo che non sia in giudicato e pienamente satisfattiva del credito risarcitorio dell'Ente danneggiato, vedasi, tra le tante, C. conti, sez. riun., 29 ottobre 1986, n. 516, in *Foro amm.*, 1987, 2432; id., sez. I, 15 maggio 1991, n. 743, in *Riv. C. conti*, 1991, f. 4, 102; id., sez. riun., 17 febbraio 1992, n. 752/A, in *Sett. giur.*, 1992, IV, 169; C. conti, sez. I, 23 settembre 1992, n. 200, in *Riv. C. conti*, 1992, f. 5, I, 50; id., sez. riun., 9 dicembre 1992, n. 816/A, in *Riv. C. conti*, 1993, f. 1, 50; id., sez. giur. Lombardia, 20 dicembre 2016, n. 222, in *www.corteconti.it*.

La tesi del doppio binario civile/contabile nei limiti del *ne bis in idem* (nascente solo da un giudicato civile totalmente satisfattivo del credito risarcitorio dell'Ente danneggiato) è confermata da Cass., sez.un., 15 febbraio 2022 n.4871; id., sez.un., 23 novembre 2021 n.36205; id., sez.un., 6 luglio 2011 n.14831 in *Ced Cassazione* che richiama id., sez. un. 26 novembre 2004 n. 22277, 21 ottobre 2005 n. 20343, 22 dicembre 2009 n. 27092 e 13 febbraio 2010 n. 4312, tutte sulla stessa linea di quanto deciso da C.cost. n. 773/88; Cass., sez. un., 23 novembre 1999, n. 822/SU, in *Foro it.*, *Rep.* 2000, voce *Responsabilità contabile*, n. 1012; id., sez. un., 21 maggio 1991, n. 369/ord., in *Riv. C. conti*, 1991, f. 5, 235 e Cons. St., parere 20 gennaio 1997, n. 1420, in *Cons. Stato*, 1997, III, 1321. Un ruolo centrale assume sul doppio binario civile/contabile C. cost., 7 luglio 1988, n. 773, in *Cons. Stato*, 1988, II, 1354 e in *Foro it.*, 1989, I, 368, con nota di VARRIENTI; C. conti, sez. riun., 2 giugno 1990, n. 670, in *Riv. C. conti*, 1990, f. 4, 71.

⁷⁰ Come rimarcato in dottrina (TENORE, *La nuova Corte dei conti* cit., 47, nt.25), le principali differenze tra l'azione civile e quella contabile attengono: a) al meccanismo di attivazione delle due magistrature (a domanda e, quindi, a discrezione della P.A. l'azione civile; d'ufficio e obbligatoriamente l'azione contabile); b) al regime della intransmissibilità agli eredi della responsabilità risarcitoria (operante solo in sede contabile); c) alla sussistenza o meno di concorrenti azioni a tutela del credito (le azioni revocatorie, surrogatorie e di simulazione, sino alla adozione dell'art.1, co.174, l. n.266 del 2005, oggi art.73, d.lgs. n.174 del 2016, non erano esperibili in sede contabile dall'attore P.M., ma solo in sede civile dal creditore-P.A.); d) al regime probatorio (in sede civile vi è, di fatto, un vasto utilizzo della prova testimoniale, mai usata in sede giuscontabile.); e) al regime prescrizionale (decennale per l'illecito contrattuale innanzi all'a.g.o., quinquennale innanzi alla Corte dei conti, salvo oggi valutare, nei casi di *malpractice*, l'art.9, co.2, l. n.24 del 2017 che fissa 1 anno per la sola rivalsa civile); f) all'utilizzo della riduzione dell'addebito da parte del giudice (meccanismo inesistente innanzi all'a.g.o.); g) all'applicabilità dell'art. 1225 c.c. («Se l'indebitamento o il ritardo non dipende da dolo del debitore, il risarcimento è limitato al danno che poteva

sibile incostituzionalità dell'attuale regime irragionevolmente diversificato, che solo in sede civile potrebbe essere prospettata da un sanitario, convenuto dall'Azienda danneggiata, in base a regole civilistiche a lui maggiormente sfavorevoli.

3. I soggetti evocabili innanzi alla Corte dei conti per danno erariale (medici e/o vertici gestionali Aziendali, medici in attività *intramoenia*, medici privati) e le tipologie di condotte (attive e omissive; unipersonali e pluripersonali) vagliabili quale *malpractice*. Le scelte discrezionali transattive

I convenuti nei giudizi per *malpractice* medica sono, di regola, medici ed infermieri in servizio presso la struttura ove si è verificato il sinistro, la quale sia stata citata in sede civile e condannata (con sentenza definitiva, v. *infra*) al risarcimento dei danni, talvolta parzialmente pagati dalla compagnia assicuratrice, o che abbia transatto una pretesa risarcitoria, ed abbia poi doverosamente segnalato (nella persona del Direttore Generale o del Direttore amministrativo o di organi di controllo interni) i fatti dannosi alla Procura contabile, quale suo obbligo *ex art.1, co.3, l. n.20 del 1994 ed ex art.52, d.lgs. n.174 del 2016*, che richiamano le norme generali su tale obbligo di denuncia (v. art.20, d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 ed altre settoriali)⁷¹. Un obbligo di denuncia grava, *ex art.129 disp.att. c.p.p.*,

prevedersi nel tempo in cui è sorta l'obbligazione »), non operante in sede contabile; *h*) al diverso regime della responsabilità degli organi collegiali (innanzi al g.o. opera l'irresponsabilità dei soli componenti « *che abbiano fatto constatare nel verbale il proprio dissenso* », art. 24, d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3; innanzi alla Corte dei conti rispondono solo coloro che « *hanno espresso voto favorevole* », art. 1, co. 1-ter, l. n. 20 del 1994); *i*) al triplice grado di giudizio che caratterizza il giudizio civile, a fronte del duplice grado in sede contabile; *l*) alla non operatività innanzi all'a.g.o. del giudizio abbreviato (comportante una sensibile riduzione dell'addebito) di cui all'art.130, d.lgs. n.174 del 2016; *m*) alla non evocabilità in garanzia della compagnia assicuratrice del dipendente in sede contabile, evenienza invece fisiologica in sede civile. Inoltre, il regime di *favor debitoris* delineato dalla l. n. 20 del 1994, non sembra estensibile in sede civile: il riferimento è alla irresponsabilità degli organi politici in buona fede, alla insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali

Non riteniamo invece, contrariamente a quanto sostenuto da molti autori, che vi sia una divergenza di regime, in sede civile e contabile, in ordine all'elemento psicologico dell'illecito, che deve essere sempre caratterizzato, anche innanzi all'a.g.o., da « *dolo o colpa grave* » del dipendente convenuto in rivalsa civile (v. art. 23, co. 1, d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 10; art. 1, co. 1, l. 14 gennaio 1994, n. 20), come conferma, anche in caso di *malpractice* medica, l'art.9, co.1, l. n.24 del 2017. Tuttavia, come si vedrà nel prosieguo, qualche problema sorge per la restrizione (si auspica temporanea, sono al giugno 2023) dell'elemento psicologico al solo dolo per le condotte commissive innanzi alla sola Corte dei conti (e non all'a.g.o.) ad opera dell'art.21, d.l. n.76 del 2020.

⁷¹ Sull'obbligo di denuncia alla Corte dei Conti di comportamenti dannosi per la P.A., si rinvia a TENORE, *La nuova corte dei conti* cit., 633 ss.; TENORE, *Profili ricostruttivi dell'obbligo di denuncia alla Corte dei*

anche sul P.M. penale che stia vagliando profili di reato da *malpractice* medica forieri di danno erariale.

Non è però da escludere la evocabilità in giudizio innanzi alla Corte dei conti anche dei vertici gestionali (Direttore Generale, Direttore Sanitario, Direttore amministrativo, Primario) qualora l'evento lesivo del paziente, ed il conseguente danno risarcito in sede civile, si sia verificato, oltre che per imperizia medica, per il concorrente contributo concausale dato da carenze strutturali ed organizzative interne, quali carenze igieniche (es. non corretta asepsi delle camere operatorie e degli strumenti), mancanza di personale in giorni festivi (o...feriali), malfunzionamento di macchinari obsoleti in sala operatoria o di ambulanze non revisionate, confusione amministrativa di cartelle cliniche o di referti di analisi utilizzati per successive scelte diagnostiche, curative o per interventi. Né sono da escludere, sul piano etiologico-causale, possibili contributi concausali di vertici politici (amministratori regionali) per carenze organizzative e finanziarie (per mezzi ed uomini formalmente richiesti) nei confronti di strutture ospedaliere che abbiano portato ad eventi lesivi o letali: difatti la esenzione da responsabilità degli organi politici statuita dall'art.1, co.1-ter, l. n.20 del 1994 non opera qualora l'inerzia gestionale del politico non sia in buona fede.

Tali contributi concausali «apicali» sono stati talvolta valorizzati dalla più attenta giurisprudenza, pur a fronte della mancata evocazione in giudizio da parte della Procura contabile di tali vertici gestionali (che non hanno dunque partecipato al giudizio innanzi alla Corte dei conti per danno erariale da *malpractice*), portando quanto meno ad una riduzione del *quantum* imputabile ai medici convenuti per errori professionali, o, addirittura, alla esclusione della colpa grave in capo ai sanitari, così assolti⁷². Non sono poi da escludere casi-limite di respon-

Conti di fatti e comportamenti dannosi per l'Erario, in *Foro amm.*, 1997, 1236 e GALEFFI, *Responsabilità amministrativa per omessa denuncia*, in *Riv.C. conti*, 2004, 3. Le Sezioni Riunite in sede giurisdizionale della Corte dei conti, con sentenza 30 gennaio 2017, n. 2/2017/Q.M., hanno statuito che «*L'obbligo di denuncia di un danno erariale sussiste anche nell'ipotesi in cui esso si risolva in una autodenuncia del soggetto agente*». Ulteriore obbligo stabilito dal codice di giustizia contabile a carico della Pubblica Amministrazione denunciante è quello di adottare tutti gli atti necessari a «*evitare la continuazione dell'illecito e a determinarne la cessazione*».

⁷² Per un interessante caso in cui la disorganizzazione Aziendale interna (felicitemente definita «*carenza di apparato*»), oltre alla oggettiva complessità dell'arte medica soprattutto in caso di parto, connotato ancora oggi da fisiologici margini di rischio, ha portato alla assoluzione del dipendente medico e della ostetrica, v. C.conti, sez.giur.Lombardia, 9 novembre 2016 n.194, in *www.corteconti.it*. Parla di responsabilità, per i profili civili ex art.1218 e 1228 c.c., da deficit organizzativi anche AMIDEI, *La responsabilità della struttura sanitaria e dei dirigenti apicali, nella gestione del rischio clinico*, in RUFFOLO, SAVINI NICCI, *Le nuove frontiere della responsabilità medica*, Milano 2022, 203.

sabilità da *malpractice* ascrivibili in via esclusiva non già ai sanitari, ma ai vertici gestionali inetti o sordi alle richieste gestionali di beni, personale e servizi, adeguatamente formalizzate (preferibilmente per iscritto o via mail certificata) da medici, infermieri e dirigenti sanitari capi-struttura, che operino in situazione di grave disagio e tra carenze di ogni tipo.

Non evocabili in giudizio, né è possibile un loro intervento volontario, sono le Compagnie assicuratrici del dipendente, che invece ben possono partecipare al giudizio civile ove l'Azienda promuovesse una azione di rivalsa innanzi all'a.g.o.

Di regola non sindacabile, anche alla luce dei limiti al vaglio della Corte dei conti nel "merito" delle scelte discrezionali della P.A. (art.1, co.1, l. n.20 del 1994) è poi la scelta Aziendale di *transigere liti* con pazienti, strada suggerita dalla più recente normativa per mitigare il poderoso contenzioso sanitario⁷³ e per evitare maggiori esborsi: la giurisprudenza contabile⁷⁴ ha più volte affermato che non può essere considerato responsabile di un danno erariale il Direttore Sanitario dell'ASL che – in conseguenza del processo penale instaurato nei confronti di due medici operanti presso l'istituto per l'omicidio colposo di un paziente deceduto durante il ricovero, solo successivamente conclusosi con una sentenza di

⁷³ Da segnalare il recente convegno "Gli strumenti complementari della risoluzione delle controversie" tenuto a gennaio 2023 presso il Centro Congressi della Fondazione Cariplo a Milano e organizzato da Relyens, in qualità di Risk Manager e assicuratore della sanità italiana ed europea, in cui un'autorevole direttore generale, Presidente di Federsanità, Tiziana Frittelli, ha affermato "Secondo i dati Ocse il costo del contenzioso sanitario in Italia supera anche di 5,6 volte quello degli altri Paesi europei e le imposte sui premi assicurativi superano il 20%. Le aziende sanitarie e Federsanità sostengono l'introduzione di misure alternative per conciliare le controversie, mentre tra i sanitari esistono forti resistenze alla transazione perché questa viene considerata come un'ammissione di colpa. La mediazione, invece, è una tutela per tutti. È, prima di tutto, una necessità economica essenziale perché ogni euro speso nei risarcimenti è un euro sottratto alle cure: transigere permette di risparmiarne moltissimo. Ma la mediazione è anche un elemento di civiltà: uno strumento per abbattere l'altissimo livello di litigiosità e sfiducia che vede contrapporsi cittadini e istituzioni e del quale il gravissimo fenomeno delle aggressioni è una conseguenza diretta. È evidente che la transazione deve essere conveniente per i conti pubblici e, per far sì che lo sia, è necessario che le aziende sanitarie investano in professionalità e competenze anche esterne capaci di fornire valutazioni oggettive e professionali sulle quali basare la decisione di conciliare".

Sul tema TOPPETTI (a cura di), *La risoluzione stragiudiziale delle controversie mediche e sanitarie*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2020; IADECOLA, *Profili di responsabilità amministrativa nel ricorso alle modalità alternative di risoluzione delle controversie*, in AA.VV., *Responsabilità sanitaria, rischio clinico e valore della persona*, Fasc.1, ottobre 2022, 3 in <https://www.diritto.it/wp-content/uploads/2022/12/Cassano-rivista-semestrale-responsabilita-sanitaria.pdf>; TUZZI, *Il potere transattivo della pubblica amministrazione nella risoluzione alternativa delle controversie: spunti per una rinnovata lettura anche attraverso il prisma della responsabilità amministrativo-contabile*, in Riv. Corte conti, 2021, 1, 29; NATALE, *Sistemi integrati di composizione delle liti delle Pubbliche Amministrazioni*, in Rass.Av.V. St., 2018, fasc.3, 237 ss.

⁷⁴ Tra le tante, v. C.conti, sez.giur.Piemonte, 18 novembre 2016 n. 266.

assoluzione – accetti un accordo transattivo con l'erede del defunto onde evitare l'avvio di un lungo e dispendioso contenzioso civile con elevatissimo rischio di soccombenza della struttura sanitaria. È comunque evidente che l'esborso, che avvenga a seguito di sentenza o che avvenga a seguito di transazione, origina sempre un giudizio innanzi alla Corte dei conti⁷⁵, ove dovrà acclararsi la responsabilità di sanitari o vertici dell'Azienda alla stregua del più elevato (rispetto alla sede civile) parametro della colpa grave e di un rigoroso nesso causale, talvolta non così lineare in sede civile o transattiva.

Difatti, a tale ultimo fine, va rimarcato come, molto spesso, tali transazioni intervengono in sede civile per motivi pragmatici e su impulso (e gestione diretta) della compagnia assicuratrice Aziendale, senza adeguata valutazione della dinamica dei fatti, del nesso causale e dei migliori approdi medico-legali, e soprattutto sovente senza la partecipazione istruttoria del sanitario (asserito) autore del danno, evenienza oggi limitata dall'art.9, co.2, e soprattutto dall'art.13 della l. n.24 del 2017 (che preclude la rivalsa in caso di mancata comunicazione al sanitario dell'avvio di trattative stragiudiziali con il danneggiato con invito a prendervi parte). Ben consapevole della "larghezza" con cui vengono transate liti da *malpractice* medica, la giurisprudenza contabile è dunque monolitica nel non ritenere vincolante innanzi a sé tale accordo (al pari della sentenza civile, in caso di giudizio), rivalutando sempre autonomamente i fatti e disponendo non raramente CTU e disattendendo le risultanze civili o transattive in punto di ascrizione dell'esborso al convenuto. Tale approdo è oggi testualmente confermato dall'art.9, co.4, della l. n.24.

Le transazioni sanitarie, al pari di qualsiasi transazione, pur espressive di scelte discrezionali di regola insindacabili nel merito da parte della Corte dei conti ex art.1, co.1, l. n.20 del 1994, sono ben vagliabili se illogiche, contraddittorie, irragionevoli, disancorate da una attenta valutazione di rischio⁷⁶. Ma anche se siano ragionevoli, derivano pur sempre da condotta gravemente colposa di sanitari foriera di esborso da parte dell'Azienda: esse originano dunque sempre un giudizio di rivalsa per danno patrimoniale indiretto.

Più opinabile è invece la giurisdizione contabile in altre evenienze.

⁷⁵ Tra i tanti giudizi originati da esborsi transattivi cfr. C.conti, sez. giur.Lombardia, 28 aprile 2022, n. 113; id., sez. giur. app. Sicilia, 24 settembre 2020, n. 45, secondo la quale sussiste la responsabilità amministrativa per colpa grave del medico chirurgo di un'azienda sanitaria ospedaliera per il danno erariale indiretto cagionato all'ente dal rimborso corrisposto ai familiari di un paziente deceduto a causa di una diagnosi inesatta e incompleta, a seguito di transazione civile intervenuta tra questi e l'ospedale.

⁷⁶ Sulla sindacabilità nel merito di scelte discrezionali, anche transattive, se illogiche, o contraddittorie, o immotivate, v. TENORE (a cura di), *La nuova Corte dei conti* cit., 271 ss. e, in particolare, 282.

In *primis* era discutibile, prima dell'avversa soluzione normativa estensiva di seguito richiamata (artt.7, co.2 e 9, co.5, l. Gelli), la sussistenza della giurisdizione contabile sui danni arrecati da medici-pubblici dipendenti che abbiano leso pazienti non già nell'esercizio di attività ospedaliera, ma nell'esercizio di attività libero-professionale privata *intramoenia* (per quella *extramoenia* sembrerebbe evidente la esclusiva giurisdizione ordinaria), trattandosi di attività privata che esula dalle mansioni istituzionali di pubblico dipendente ed è svolta al di fuori dell'orario di lavoro del dipendente⁷⁷. Anche la Cassazione penale ha più volte ribadito⁷⁸ che l'attività *intramoenia* svolta a favore dei pazienti è “in modo in-

⁷⁷ Sul regime *intramoenia* e sulla responsabilità civile della struttura pubblica (contrattuale) e del professionista (contrattuale o, secondo alcuni, extracontrattuale), oltre ai rilievi svolti nel Capitolo II di questo volume, v. SAVINI NICCI, *La responsabilità del medico e della struttura sanitaria per le prestazioni rese in regime di attività libero-professionale intra moenia*, in RUFFOLO, SAVINI NICCI, *Le nuove frontiere cit.*, 73 ss.; CARAVITA, *La responsabilità del personale sanitario in regime di intramoenia*, in AA.VV. (a cura di GABRIELLI e RUFFOLO), *La responsabilità medica*, in *Giur.it.*, 2021, f.2, 472 ss. con ampi richiami dottrinali e giurisprudenziali; LEPRE, *Attività medica in regime intramurario e responsabilità della struttura sanitaria*, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, 698.

⁷⁸ Ribadisce Cass. pen. sez. VI, (ud. 16 giugno 2016) 6 luglio 2016, n. 27954, in *Ced Cassazione*, che pur essendo indiscussa la natura privatistica dell'attività intramuraria svolta dal professionista, allo stesso deve riconoscersi la qualità di pubblico ufficiale al pari di qualunque dipendente pubblico che le prassi o le consuetudini mettano nella condizione di riscuotere e detenere denaro di pertinenza dell'amministrazione, venendo in rilievo non già l'attività professionale, ma la virtuale sostituzione del medico ai funzionari amministrativi nell'attività pubblicistica di riscossione dei pagamenti (*in terminis* sez. VI, n. 2969 del 6 ottobre 2004, dep. 31 gennaio 2005, Moschi, Rv. 231474). Ed è orientamento consolidato che integra il delitto di peculato la condotta del medico dipendente di un ospedale pubblico il quale, svolgendo in regime di convenzione attività intramuraria, dopo aver riscosso l'onorario dovuto per le prestazioni, ometta poi di versare all'azienda sanitaria quanto di spettanza della medesima, in tal modo appropriandosene (sez. VI, n. 25255 del 14 febbraio 2012, Rv. 253098 e sez. VI, n. 39695 del 17 settembre 2016 Rv. 245003, che in motivazione precisa che anche il medico convenzionato, pur non potendosi qualificare dipendente pubblico, riveste la qualità di pubblico ufficiale per la parte della sua attività inerente al versamento delle somme che, in base alle norme vigenti in materia di attività *intra moenia*, sono dovute all'azienda sanitaria, sicché è configurabile il reato di peculato nell'ipotesi in cui tale soggetto si approprii di tali porzioni di somme ricevute dai pazienti). *In terminis* Cass. pen. sez. VI, (ud. 29 maggio 2012) 23 agosto 2012, n. 33150; id., sez. VI, (ud. 10 gennaio 2011) 31 gennaio 2011, n. 3390; id., sez. 6, Sent. n. 2969 del 6 ottobre 2004, *ivi*. Anche Cass. pen., sez. III, (ud. 3 dicembre 2014) 9 aprile 2015, n. 14247, *ivi*, conferma che qQQuanto al medico che operi in regime di “*intramoenia*”, va ricordato che il rapporto instauratosi tra medico e paziente è di natura pubblicistica quando il secondo si rivolge al primo non per ragioni professionali, che riguardano lo specifico professionista, ma alla struttura ospedaliera nell'ambito della quale il sanitario opera. Ma già in precedenza Cass. civ., sez. un., 4 febbraio 1987, n. 1002, *ivi*, aveva affermato che trattasi di attività libero-professionale in un rapporto privatistico di natura autonoma, ancorché soggetta a diverse limitazioni, richiamando Sezioni Unite n.5465 del 1979. Anche la Corte dei conti in tale omesso riversamento di somme intravede un compito pubblicistico che configura rapporto di servizio con l'Azienda ospedaliera pubblica: v. la successiva nota 79.

Per una valorizzazione più generale dei profili pubblicistici dell'*intramoenia* v. la giurisprudenza citata nella successiva nota 79. In dottrina v. la nota 77.

discutibile privatistica” anche se integra comunque il delitto di peculato (oltre che di danno erariale) la condotta (ben distinta dalla *malpractice*) del medico dipendente di un ospedale pubblico il quale, svolgendo in regime di convenzione attività intramuraria, dopo aver riscosso l'onorario dovuto per le prestazioni, ometta poi di versare all'azienda sanitaria quanto di spettanza della medesima, in tal modo appropriandosene, essendo solo e soltanto questo secondo profilo un obbligo di natura pubblicistica.

Pertanto, salvo ipotizzare che in tutte le condotte intramurarie (e dunque anche in quelle dannose verso pazienti), di evidente natura privatistica, si radichi con la P.A. datrice il c.d. *rapporto di servizio* (che instaura la giurisdizione contabile, correttamente già affermata dalla Corte dei conti nel ben differente caso di mancato versamento da parte del professionista della quota parte di compenso *intramoenia* spettante all'Azienda nel regime di compartecipazione⁷⁹), dopo una condanna in sede civile della struttura (che risponde a titolo contrattuale verso il paziente) per *malpractice* del medico (come oggi sancisce l'art.7, co.2, l. n.24) che ivi espletava tale attività *intramoenia*, non dovrebbero esserci spazi per rivalere innanzi alla Corte dei conti, ma solo in sede civile dell'Azienda verso il professionista.

Difatti, se da un lato l'Azienda pubblica può in tale evenienza, con qualche forzatura logica, essere evocata contrattualmente in giudizio civile dal paziente (in quanto essa stessa trae un utile economico dalla attività libero professionale, essendo i relativi proventi ripartiti, sia pure in percentuali variabili, tra il sanitario e l'azienda di appartenenza, ed inoltre, secondo l'insegnamento consolidato della giurisprudenza⁸⁰ e della dottrina⁸¹, oggi avallati dall'art.7, co.2, l. n.24, il rapporto che lega la struttura sanitaria⁸² al paziente ha fonte in un contratto obbli-

⁷⁹ Sul rapporto di servizio v. *infra*. Sul danno erariale cagionato dal medico pubblico, in regime *intramoenia*, che, nella sua qualifica di agente contabile legato da rapporto di servizio alla P.A., non riversi all'Azienda la quota di spettanza dell'ente, C.conti, sez.giur.Abruzzo, 17 febbraio 2010 n.49, confermata da id., sez.I App., 18 ottobre 2012 n. 593; id., sez.giur.Piemonte, 19 gennaio 2009 n. 3; id., sez.giur. Campania, 2 settembre 2014 n. 975, tutte in *www.corteconti.it*. Non si rinviengono però giudizi su danno indiretto da *malpractice* in regime *intramoenia*.

Si segnala poi che Cass., sez.III, 27 marzo 2015 n.6243, in *Ced Cassazione*, ha affermato che l'Azienda sanitaria risponde in sede civile ex art.1218 c.c. dei danni arrecati a pazienti dal medico di base, ipotizzandosi dunque un rapporto di servizio con tali professionisti privati.

⁸⁰ Cass., 1 luglio 2002, n. 9556 e Cass., 11 gennaio 2008, n. 577 in *Ced Cassazione*; Trib. Verona, 15 ottobre 1990, Trib. Varese, 16 giugno 2003, in *Danno e resp.*, 2004, 891 con nota di AMATO, *La responsabilità della casa di cura ovvero della gestione negligente del “dono dello spirito maligno”*.

⁸¹ VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 2005, 237; IUDICA, *Danno alla persona per inefficienza della struttura sanitaria*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, 3.

⁸² Prima della legge n.24 del 2017, per quanto concerne la responsabilità della struttura sanitaria nei con-

gatorio atipico, il c.d. contratto di “*spedalità*” o di “assistenza sanitaria”, che si perfeziona anche sulla base di meri fatti concludenti, consistenti nell’accettazione del malato presso la struttura) e può dunque essere condannata in detta sede civile, la rivalsa non dovrebbe essere proponibile innanzi al giudice contabile, ma solo innanzi a quello ordinario, avendo il medico commesso un errore nell’esercizio di attività libero-professionale privata.

Tale lineare e più restrittivo approdo è stato però messo in discussione, e smentito, dall’art.9, co.5, l. n.24 del 2017, che attribuisce la giurisdizione contabile anche nella ricordata ipotesi dell’art.7, co.2, ovvero su costi sopportati dall’Azienda per i danni risarciti a pazienti per prestazioni sanitarie svolte in regime privatistico di libera professione intramuraria, ovvero nell’ambito di attività di sperimentazione e di ricerca clinica, ovvero in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale, nonché attraverso la telemedicina.

Pare evidente che tale testuale previsione, *a contrario*, riconosce oggi formalmente in capo a chi svolge attività intramuraria un legame con l’Azienda pubblica riconducibile al c.d. *rapporto di servizio* anche quando commette errori diagnostici o terapeutici o curativi, tesi che può trovare supporto in alcuni indirizzi della Cassazione penale e della stessa Corte dei conti tendenti a rimarcare la valenza pubblicistica anche dell’*intramoenia*⁸³ in quanto una attività profes-

sione svolta nelle strutture pubbliche e con utilizzo degli strumenti pubblici dell’ente ospedaliero al solo fine di favorire l’esercizio della libera professione dei propri dipendenti costituisce un completamento della attività sanitaria dell’ente. Ne consegue che, inserendosi siffatta attività nella pubblica attività sanitaria e contribuendo in modo rilevante ad attuare i fini dell’ente, non è possibile sostenere che quella svolta dai medici intramoenia sia una mera attività di carattere privato, ma sia attività configurante un *rapporto di servizio* con la P.A.

In generale, tale *rapporto di servizio*, secondo pacifica giurisprudenza, si configura quando una persona fisica, o anche giuridica, venga inserita a qualsiasi titolo (volontario, coattivo, onorario, impiegatizio o *de facto*)⁸⁴ nell’apparato organizzativo pubblico e venga investita sia autoritativamente che convenzionalmente dello svolgimento in modo continuativo di un’attività retta da regole proprie dell’azione amministrativa, così da essere partecipe dell’attività della P.A. La Cassazione ha più volte ribadito che “*la responsabilità amministrativa*

sione svolta nelle strutture pubbliche e con utilizzo degli strumenti pubblici dell’ente ospedaliero al solo fine di favorire l’esercizio della libera professione dei propri dipendenti costituisce un completamento della attività sanitaria dell’ente. Ne consegue che, inserendosi siffatta attività nella pubblica attività sanitaria e contribuendo in modo rilevante ad attuare i fini dell’ente, non è possibile sostenere che quella svolta dai medici intramoenia sia una mera attività di carattere privato, ma sia attività configurante un *rapporto di servizio* con la P.A.

In generale, tale *rapporto di servizio*, secondo pacifica giurisprudenza, si configura quando una persona fisica, o anche giuridica, venga inserita a qualsiasi titolo (volontario, coattivo, onorario, impiegatizio o *de facto*)⁸⁴ nell’apparato organizzativo pubblico e venga investita sia autoritativamente che convenzionalmente dello svolgimento in modo continuativo di un’attività retta da regole proprie dell’azione amministrativa, così da essere partecipe dell’attività della P.A. La Cassazione ha più volte ribadito che “*la responsabilità amministrativa*

avvalgono degli strumenti e della organizzazione della struttura ospedaliera. Il medico e l’ospedale regolano i loro rapporti per l’espletamento di tale attività con una convenzione. Ora, secondo la giurisprudenza, l’attività esercitata dai medici convenzionati con strutture pubbliche ha natura pubblicistica perché trattasi di un servizio offerto dalla struttura pubblica che ha fini assistenziali della popolazione e che si inseriscono in un progetto sanitario complessivo della attività dell’ente ospedaliero. Insomma è davvero difficile ritenere che l’ospedale consenta una attività professionale nelle proprie strutture e con utilizzo degli strumenti pubblici dell’ente ospedaliero al solo fine di favorire l’esercizio della libera professione dei propri dipendenti; tale attività viene, invece, svolta perché costituisce un completamento della attività sanitaria dell’ente. Ne consegue che inserendosi siffatta attività nella pubblica attività sanitaria e contribuendo in modo rilevante ad attuare i fini dell’ente, non è possibile sostenere che quella svolta dai medici intramoenia sia una mera attività di carattere privato. L’unica differenza tra l’attività ospedaliera e quella intramoenia in effetti è costituita dal fatto che la predetta attività, che si svolge in aggiunta alle ore di normale servizio, viene remunerata direttamente dall’utente, secondo tariffe però predisposte dall’Ente ospedaliero, ma ciò non è sufficiente per fare mutare natura all’attività svolta. Del resto certamente valenza pubblicistica ha l’attività, analoga a quella svolta intramoenia, dei medici convenzionati con l’Inam (Cass., sez. V penale, 28 settembre 1983-7 dicembre 1983, n. 10515, CED 161586), dei sanitari convenzionati con gli enti mutualistici, dei medici di un laboratorio convenzionato con il Servizio sanitario nazionale (Cass. sez. V penale, 9 marzo 2005 – 5 aprile 2005, n. 12827, CED 231700)”. Anche la giurisprudenza contabile rimarca la valenza pubblicistica dell’*intramoenia*, ma, ad oggi, solo nel mancato versamento della quota di somme spettanti all’Azienda: v. *supra* nota 79.

⁸⁴ Sul rapporto di servizio TENORE, *La nuova Corte dei conti* cit., 181 ss.; GARRI, *La corte dei conti*, cit., 714 ss.; GARRI-DAMMICCO, LUPI, DELLA VENTURA, VENTURINI, *I giudizi innanzi alla Corte dei conti*, cit., 79; PISANA, *La responsabilità amministrativa*, cit., 115 ss.; GARRI, *I giudizi*, cit., 192 ss. con ampi richiami giurisprudenziali; MARTUCCI DI SCARFIZZI, *Profili evolutivi giurisprudenziali della nozione di rapporto di servizio quale presupposto della giurisdizione contabile*, in *I TAR*, 1993, II, 194; STADERINI, SILVERI, *La responsabilità*, cit., 122. Tra i primi scritti in materia v. anche SILVESTRI, *Rapporto di servizio e giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1962, 823. Sulla instaurazione del rapporto di servizio per investitura *de facto* di funzioni pubbliche v. C. conti, sez. app. Sicilia, 23 aprile 2010, n. 127/A, in *www.corteconti.it*.

per danno patrimoniale ad ente pubblico postula una relazione funzionale tra l'autore dell'illecito e l'amministrazione pubblica che non implica necessariamente un rapporto di impiego in senso proprio, essendo sufficiente la partecipazione del soggetto all'attività dell'amministrazione pubblica ed essendo altresì irrilevante che tale soggetto sia una persona fisica o una persona giuridica, pubblica o privata” e “senza che rilevi né la natura giuridica dell'atto di investitura (provvedimento, convenzione o contratto)”⁸⁵.

Nel campo sanitario, tale rapporto di servizio è stato ipotizzato dalla Corte dei conti con riferimento ai medici di base c.d. iperprescrittori⁸⁶ e ai laboratori

⁸⁵ Cass., sez. un., 12 aprile 2012 n. 5756, in *Ced Cassazione*; id., sez. un., 19 dicembre 2009 n. 26806, in *Foro amm. CDS*, 2010, I, 59, con nota di TENORE, in *Giust. civ.*, 2010, II, 1, 2497, con nota di SALVAGO; id., sez. un., 1 aprile 2008, n. 8409; id., sez. un., 20 marzo 2008, n. 7446; id., sez. un., 31 gennaio 2008 n. 2289, in *Giust. civ. mass.*, 2008, I, id., sez. un., 22 febbraio 2007 n. 4112, in *Foro it.*, 2008, I, 190, in *Giust. civ. mass.*, 2007, 2 e in *Foro amm.-Cds*, 2007, 4, 1151, con nota di SAITTA; id., sez. un., 20 ottobre 2006 n. 22513, in *Riv. C. conti*, 2006, 5182.

⁸⁶ Sul rapporto di servizio con il servizio sanitario nazionale dei medici di base, v. Cass., sez. un., 2 aprile 2007 n. 8093, in *Ced Cassazione*; id., sez. un., 18 dicembre 1985 n. 6442, *ivi*; id., sez. un., 21 dicembre 1999, n. 922, in *Giust. civ.*, 2000, I, 3223, con nota di VISCA e in *Giust. civ. mass.*, 1999, 2590 (sul caso Poggi-Longostrevi, malasanià milanese); id., sez. un., 13 novembre 1996, n. 9957, in *Giust. civ. mass.*, 1996, 1518; id., sez. un., 17 novembre 1994, n. 9747, in *Giust. civ.*, 1995, I, 1275; id., sez. un., 17 novembre 1994, n. 9751, in *Riv. C. conti*, 1995, n. 3, 174, con nota di PADULA; id., sez. un., 11 aprile 1994, n. 3358, in *Giust. civ. mass.*, 1994, n. 4; id., sez. un., 15 marzo 1993, n. 3053, in *Giust. civ. mass.*, 1993, 495; id., sez. un., 5 aprile 1993, n. 4060, *cit.*; id., sez. un., 18 dicembre 1985, n. 6442, in *Giust. civ. mass.*, 1985, f. 12. Si segnala che secondo la Cassazione (Cass., sez. III, 27 marzo 2015 n. 6243, in *Ced Cassazione*) risponde ex art. 1218 c.c. dei danni arrecati a pazienti dal medico di base anche la USL.

Per la giurisprudenza contabile v. C. conti, sez. Piemonte, 15 aprile 2021 n. 135; id., sez. Lombardia 16 maggio 2017 n. 74; id., sez. Liguria, 14 settembre 2011 n. 269, id., sez. Campania 18 luglio 2011 n. 1309, id., sez. Lombardia, 8 settembre 2011 n. 541 e id., sez. Lombardia, 8 gennaio 2010 n. 9, tutte in *www.corteconti.it* (tutte sul danno da iperprescrizione di farmaci); id., sez. Veneto, 20 novembre 2006, n. 986; id., sez. Umbria, 28 giugno 2004 n. 275; id., sez. Liguria, 15 aprile 2004, n. 282 (in materia di iperprescrizioni); id., sez. Lombardia, 6 ottobre 1997, n. 344/ord., in *Panorama giuridico*, 1997, n. 6, 42, ancora sul noto caso Poggi Longostrevi, c.d. malasanià milanese; id., sez. Lazio, 19 maggio 2003, n. 1291, in *Panorama giuridico*, 2003, f. 1/2, 71.

In buona sostanza la Cassazione ha chiarito che nell'ambito della complessa e molteplice attività svolta dai medici specialisti in regime di convenzionamento esterno, sulla base delle convenzioni nazionali con le USL (ora ASL), previste dall'art. 48 della l. n. 833 del 1978, anche nel sistema sorto a seguito della istituzione, in forza di detta legge, del SSN, accanto all'esercizio delle prestazioni medico-professionali legali (che ha luogo sulla base di rapporti di diritto privato fra i medici specialisti e le USL, con conseguente estraneità dei professionisti alla struttura amministrativa dell'ente e devoluzione alla giurisdizione del giudice ordinario), esistono compiti *lato sensu* di certificazione sanitaria e finanziaria (compilazione di prescrizioni farmaceutiche e cartelle cliniche, identificazione di assistiti, accertamento del loro diritto alle prestazioni sanitarie ecc.) il cui svolgimento si inserisce nell'ambito dell'organizzazione strutturale, operativa e procedimentale dell'USL ed ha natura amministrativa, con la conseguenza che il professionista con riguardo a detti compiti, operando in forza di una devoluzione da parte dell'USL, li svolge in esecuzione di un rapporto di servizio. Ne discende che, allorché si assuma verificato un danno erariale che si ricolle-

d'analisi convenzionati⁸⁷ (avendo la Corte giurisdizione anche su persone giuridiche che abbiano prodotto danni erariali) che attestavano analisi mai eseguite ottenendo rimborsi dalla Regione. Anche le cliniche private accreditate sono pacificamente asservite alla giurisdizione contabile per danni arrecati alla Regione da rimborsi gonfiati⁸⁸.

Altra evenienza menzionata nell'art. 7, co. 1, richiamato dall'art. 9, co. 5, per la quale è lecito dubitare circa la giurisdizione contabile, è quella dei medici liberi professionisti (e non dipendenti pubblici) richiesti dal paziente per interventi in strutture pubbliche (evenienza in verità di difficile ipotizzabilità, da limitare forse alle sole strutture private). In tali ipotesi, se per errori di tali sanitari sia stata condannata l'Azienda pubblica, è ancor più dubbio se possa attivarsi in rivalsa la Procura contabile nei confronti di un privato che ha instaurato un rapporto contrattuale professionale, diretto e personale, con il paziente, utilizzando solo i locali dell'Azienda. Tale (raro) utilizzo del sanitario privato esterno non sembra poter configurare un rapporto di servizio con l'Azienda, che possa poi avallare la rivalsa giuscontabile della Corte. Unica via di tutela per l'ente danneggiato dall'esborso risarcito sarà in questo caso una propria rivalsa in sede civile verso il medico privato e la sua assicurazione.

Tuttavia, in contrasto con tale lettura, l'art. 9, co. 5, l. n. 24 del 2017 attribuisce alla Corte dei conti la rivalsa nei casi di condanna civile dell'Azienda di cui all'art. 7, co. 1 e tra tali casi vi è, testualmente, quello della condanna risarcitoria civile per errore commesso da esercenti la professione sanitaria “scelti dal pa-

ghi a comportamenti del professionista riconducibili a detta attività amministrativa, in ordine alla relativa responsabilità sussiste la giurisdizione contabile della Corte dei conti (nel caso vagliato dalla citata Cass., sez. un., n. 922 del 1999, si contestava ad un professionista, come causa del danno erariale, la redazione di impegnative inusuali, incongrue od incomplete, nonché di prescrizioni eccessive e di fatturazioni multiple e gonfiate per false prestazioni ambulatoriali, mentre nel caso vagliato da Cass., sez. un., n. 9957 del 1996 si censurava la prescrizione di specialità medicinali per finalità non terapeutiche e, comunque, al di fuori delle indicazioni autorizzate).

⁸⁷ Sui laboratori convenzionati, tra le tante, C. conti, sez. Campania, 8 aprile 2011, n. 572; id., sez. Sicilia, 17 gennaio 2007 n. 134. Si veda anche tutta la giurisprudenza sulla giurisdizione contabile sui medici di base citata nella precedente nota, stante la identità della problematica.

⁸⁸ Per la provvista di giurisdizione contabile per danni cagionati all'Erario regionale da cliniche private “accreditate”, cfr. C. conti, sez. II app., 21 aprile 2021, n. 123; id., sez. I app., 29 luglio 2016, n. 290; id., sez. Lazio, 24 novembre 2015, n. 461, id., sez. Piemonte, 15 luglio 2015, n. 153; id., sez. Lazio n. 30/2014; id., sez. Lazio, n. 348/2012; id. nn. 1454/2010, 1951/2008. Interessante è la lettura della sentenza C. conti, sez. II, 21 aprile 2021 n. 123 (confermativa della sentenza di primo grado C. conti, sez. Lombardia, 16 settembre 2019 n. 231) sulla penosa vicenda tangenzialità relativa alla clinica Maugeri di Milano, autrice di rimborsi gonfiati avallati dal governatore Formigoni in cambio di tangenti. La sentenza, nello statuire la giurisdizione contabile su clinica accreditata, ha ricevuto il definitivo avallo di Cass., sez. un., 31 gennaio 2023 n. 2882.

ziente e ancorchè non dipendenti della struttura stessa”. Dunque, il legislatore del 2017 sembra attribuire *ope legis* a tale medico “esterno” qualifica di soggetto legato da rapporto di servizio con la P.A., rimarcando e valorizzando la funzione pubblicistica espletata dallo stesso in Ospedale pubblico rispetto all’*opus* meramente professionale e privatistico svolto in concreto sulla base di contratto con il paziente.

I casi di *malpractice* che vengono al pettine della Corte dei conti sono i medesimi vagliati nella pregressa fase civile o in sede transattiva: condotte attive o omissive, unipersonali o, assai più spesso, pluripersonali. Come in sede civile, anche in sede giuscontabile, la magistratura giudica sempre più spesso non solo errori medici frutto di scelte commissive, ma sempre più spesso errori derivanti da omissioni, ovvero omessa osservanza di parametri fissati dalla migliore scienza ed esperienza medica.

Decisamente frequenti sono poi le condotte dannose pluripersonali: non solo in caso di errori frutto di *equipe* mediche, ma anche di concorso tra vari medici (es. quello ospedaliero e quello privato curante; tra più medici della stessa Azienda) o tra medici e vertici gestionali dell’Azienda sanitaria, o tra medici ed infermieri. In tutti questi ultimi casi, il co. 1-*quater* all’art. 1 della legge n. 20 del 1994, ha sancito, in caso di concorso di persone nell’illecito, il principio della personalità e parziarietà (regola del c.d. «*a ciascuno il suo*») della responsabilità amministrativa (in verità già previsto dall’art. 82, r.d. 18 novembre 1923, n. 2440, l. cont. Stato). È stato così espunto l’antitetico principio di solidarietà passiva, recepito in passato dalla prevalente giurisprudenza contabile per esigenze di tutela del credito erariale, ed oggi limitato, a seguito della novella della l. n.639 del 1996 alla legge n.20 del 1994, alle due sole eccezionali ipotesi («punitive») di concorrenti beneficiari di «*illecito arricchimento o che abbiano agito con dolo*».

La Corte dei conti, dunque, dopo la condanna civile dell’ente pubblico, deve, in sede di rivalsa, accertare i singoli contributi causali e psicologici (rivalutando liberamente le risultanze civili, ancorchè abbiano già vagliato i profili di concorso di persone), graduando, per ciascun componente della *equipe* medica o dei sanitari (e amministrativi) concorrenti a vario titolo, il *quantum* ad esso ascrivibile. Il danno invocato viene dunque normalmente ripartito in maniera differenziata a seconda del ruolo ricoperto dai convenuti (primo operatore, secondo operatore, specializzandi, responsabile dell’unità operativa complessa e tenuto al tutoraggio sugli specializzandi per omessa vigilanza sull’esatta impostazione ed esecuzione delle terapie, prevenzione degli errori e tempestiva adozione dei provvedimenti richiesti da eventuali emergenze ai sensi del d.P.R. 27 marzo

1969, n. 128)⁸⁹. E qualora alcuni dei coautori non siano stati convenuti dal PM, la Sezione giudicante dovrà tenerne conto, senza poter chiamare in causa i non citati (art.83, co.1, d.lgs. n.174 del 2016), valutando il loro contributo concausale e riducendo la quota ascrivibile ai convenuti in giudizio (art.83, co.2 cit.), ovviamente in caso di concorso gravemente colposo (in caso di dolo, la condanna sarà per l’intero importo).

Tuttavia la giurisprudenza ha chiarito⁹⁰, in relazione al frequentemente eccipito affidamento da parte di taluni componenti dell’*equipe* nelle altrui competenze e capacità (meccanismo volgarmente noto come “scaricabarile”), che la responsabilità d’*equipe* (in specie per l’attività chirurgica) comporta che ciascuno dei membri assuma nei confronti del paziente una vera e propria posizione di garanzia, che impone a ciascuno il rispetto delle regole di prudenza e di diligenza, atteso che la condotta del singolo è funzionalmente connessa a quella del resto dell’*equipe*. Il principio dell’affidamento dell’operato altrui opera soltanto in relazione alle fasi dell’intervento in cui i ruoli e i compiti di ciascun operatore sono nettamente distinti.

La giurisprudenza contabile, in sintonia con quella della Cassazione⁹¹, ha dunque più volte ravvisato nell’*equipe* medica un organo tecnico complesso, strutturato gerarchicamente, nel cui ambito, “*distinti nettamente, nell’ambito di un’operazione chirurgica, i ruoli ed i compiti di ciascun elemento della equipe, dell’errore o della omissione risponde il singolo operatore che abbia in quel momento la direzione dell’intervento o l’errore sia riferibile ad una specifica competenza medica (ad es. l’anestesista)*”, mentre ha affermato tale giurisprudenza il dovere di tutti i soggetti intervenuti all’atto operatorio di partecipare ai controlli volti a fronteggiare il rischio di errori comuni, nel caso in cui l’attività

⁸⁹ Per un caso interessante di concorso v. C.conti, sez.I app., n.571 del 2022 che ha confermato la responsabilità di due chirurghi, perché eseguendo nella rispettiva qualità di primo operatore e di aiuto, l’intervento di asportazione linfonodale laterocervicale sinistra su di una paziente affetta da tumefazione di un linfonodo laterocervicale posteriore, con un comportamento connotato da colpa grave, in quanto ostensivo di straordinaria negligenza, inescusabile imperizia e macroscopica imprudenza, omettendo di adottare le manovre protettive atte a preservare le strutture nervose e mancando di identificare le strutture linfatiche, provocavano alla predetta una lesione irreversibile con conseguente sviluppo di sindrome algo-disfunzionale a carico dei territori di pertinenza di tali nervi, donde è derivata, a danno della paziente, un’incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni per oltre quaranta giorni e l’indebolimento permanente dell’organo funzionale. Gli appellanti sono stati, quindi, condannati, nella misura del 50% ciascuno, al risarcimento in favore della azienda sanitaria.

⁹⁰ C.conti, sez.giur. Toscana, n. 309/2022; id., sez.Liguria, n.17/2022.

⁹¹ Cass. pen., sez. IV, 27 agosto 2014, n.36229; id., 18 giugno 2009, n.36580; C.conti, sez. Lombardia n.6 del 2017.

dell'*equipe* sia corale, cioè riguardi quelle fasi dell'intervento chirurgico in cui ognuno esercita il controllo sul buon andamento di esso, senza possibilità di delega delle proprie incombenze agli altri componenti o di invocare il già richiamato "principio dell'affidamento".

Un ruolo decisivo assumono in tale delicato lavoro di imputazione soggettiva tra i vari coautori le risultanze peritali svolte in sede civile e reiterabili in sede giuscontabile a fronte di dubbi o incertezze. Non essendo il giudice (sia civile che contabile) onnisciente, attraverso accurate CTU⁹² vengono forniti basilari risultanze medico-legali da valutare in giudizio e senza alcun vincolo derivante, per il giudice contabile, da pregresse statuizioni civili, secondo pacifici approdi giurisprudenziali, confermati anche dall'art.9, co.7, l. n.24 del 2017, come meglio si vedrà nel successivo paragrafo 7.

I parametri utilizzati dal giudice contabile per determinare il *quantum* per ciascun coautore attengono al ruolo rivestito ed alla specializzazione posseduta con riferimento allo specifico incidente, alla pregressa (lunga o breve) esperienza professionale, alla più o meno approfondita conoscenza della anamnesi del paziente, al legittimo affidamento nelle specialistiche competenze di altri medici, al disagio organizzativo frutto di carenze strutturali (di uomini e di mezzi) e, soprattutto, alla tipologia di sinistro ove connotato da peculiare "rischiosità" (es. parti, interventi di speciale difficoltà, interventi su anziani etc.).

4. Il danno erariale: la sua quantificazione, i limiti massimi introdotti dalla l. n.24 i coautori non evocati in giudizio ed il potere riduttivo dell'addebito. Casistica in tema di *malpractice* ed il danno all'immagine dell'Azienda. Il giudizio abbreviato

Il danno erariale prodotto da un dipendente del comparto Sanità può, in via generale e non limitato alla sola *malpractice*, consistere nel deterioramento o nella perdita di beni o denaro (danno emergente, es. risarcimento danni a terzi dall'ente, appropriazione o uso non istituzionale di beni dell'ufficio), o nella

⁹² Nel respingere le censure relative a vizi motivazionali della sentenza gravata, la sezione di appello ha ritenuto di fare ricorso alla consolidata giurisprudenza di legittimità secondo cui il giudice del merito, quando aderisce alle conclusioni del consulente tecnico d'ufficio che nella relazione abbia tenuto conto, replicandovi, dei rilievi dei consulenti di parte, esaurisce l'obbligo della motivazione con l'indicazione delle fonti del suo convincimento, non essendo quindi necessario che egli si soffermi sulle contrarie deduzioni dei consulenti di fiducia che, anche se non espressamente confutate, restano implicitamente disattese perché incompatibili con le argomentazioni accolte (C.conti, sez. II, nn. 45 e 216/2022).

mancata acquisizione di incrementi patrimoniali che l'ente pubblico avrebbe potuto realizzare (lucro cessante, es. omesso recupero di un credito verso terzi o di somme indebitamente erogate a dipendenti). Sul punto si rinvia alla vasta casistica "sanitaria" ricordata nel paragrafo 1.2.

Tale responsabilità si configura, sempre su un piano generale, non solo a fronte di danni subiti *direttamente* dall'amministrazione (es. sottrazione di una somma o uso non istituzionale di beni d'ufficio da parte del dipendente, o mancato versamento della quota di *intramoenia* spettante all'ente omettendo di fatturare), ma anche quando il danno sia stato subito *indirettamente* dalla P.A., chiamata innanzi al giudice ordinario (o, oggi, anche innanzi al giudice amministrativo ex art.30, d.lgs. n.104 del 2010) a risarcire, ex art. 28 cost., il terzo danneggiato dal proprio lavoratore durante l'attività di servizio (es. danni risarciti dalla P.A. ad un paziente di una struttura ospedaliera pubblica leso da un imperito intervento chirurgico di un sanitario).

Per i casi di *malpractice* normati dalla l. n.24 del 2017, si è dunque innanzi ad una evidente e classica ipotesi di *danno indiretto* (previa sentenza civile o transazione) che cagiona alla Azienda un *danno emergente*, pari al *quantum* risarcito al paziente (e non refuso all'Azienda da una eventuale assicurazione, o refuso solo in parte, come avviene di regola per prodotti con franchigie rilevanti).

La casistica giurisprudenziale innanzi alla Corte dei conti è davvero assai vasta e riflette fatalmente il progressivo ampliamento della nozione di danno risarcibile in sede civile. Tra i tanti pronunciamenti, costantemente ricordati anche in occasione delle Inaugurazioni degli anni giudiziari della Corte dei Conti⁹³, possono ricordarsi quelli relativi a: danno da omessa acquisizione del consenso informato in occasione dell'intervento chirurgico di asportazione di un neurinoma effettuato sulla paziente stessa (C.conti, sez.giur.Lombar-

⁹³ Si rinvia ancora una volta alla relazione scritta della Procura Generale della Corte dei Conti in occasione dell'inaugurazione dell'Anno Giudiziario nazionale 2023 della Magistratura contabile: in particolare si veda la casistica censita nel contributo di TOMASSINI, VETRO, *Criticità della spesa sanitaria*, Capitolo II, 52 ss., in <https://www.corteconti.it/Download?id=7c0a01d0-b158-48d5-8bde-5e87cf68337d>, che ricorda come sempre numerose sono le casistiche legate ai danni riportati dal feto, dal bimbo nel caso di sopravvivenza e dalla gestante durante il parto, a testimonianza del fatto della particolare criticità di tale evento che, se pur naturale, necessita di speciale attenzione calibrata sul caso concreto. Emblematica la sentenza 1 settembre 2022 n. 58 della sez. giur. per l'Umbria, che ha condannato un medico ginecologo per aver eseguito un numero di controlli sulla gestante del tutto insufficienti, per non aver interpretato in maniera corretta gli esami clinici e, infine, per aver effettuato in maniera tardiva il parto cesareo, con postumi gravemente invalidanti a carico del neonato. Ma su danni da *malpractice* legata al parto v. anche C.conti, sez. giur. Basilicata, 10 gennaio 2022 n. 1; id., sez. Umbria, 25 maggio 2022 n. 67; id., sez. Calabria 24 ottobre 2022 n. 194.

dia, 1 febbraio 2012 n.63); danno da omessa diagnosi di una evidente frattura al piede dx (C.conti, sez.giur.Lombardia, 17 luglio 2012 n.187); danno da omessa tempestiva estrazione di parte di un sondino di Redon posizionato durante un intervento chirurgico, che renda necessario un ulteriore intervento per estrarre tale porzione (C.conti, sez. giur.Lazio, 12 agosto 2013 n. 593); danno da omesso controllo, da parte di medico e infermiere, sul corretto posizionamento delle sponde della barella su cui stanzia una paziente con diagnosi di sospetta recidiva di crisi epilettica, in epatopatia HCV correlata e diabete mellito di tipo 2, non ne impedivano la caduta dalla barella con conseguenti fratture multiple (C.conti, sez.giur.Piemonte, 12 luglio 2013 n.127); danno prodotto da medici che eseguivano un intervento di asportazione dell'ovaia e della tuba sinistra diverso da quello programmato con la paziente, consistente nell'asportazione di cisti ovariche bilaterali ed eventuale annessiectomia ovariectomia destra (C.conti, sez.giur.Liguria, 29 novembre 2014 n.124); danno arrecato da medico durante l'esecuzione di un intervento chirurgico di neurolisi, intervento ordinario e di non particolare difficoltà tecnica, che recida parzialmente il nervo mediano della mano destra con conseguente opposizione del pollice della paziente (C.conti, sez.giur.Umbria, 10 luglio 2013 n.56); danno da omessa adozione di misure di natura diagnostica e terapeutica atte a fronteggiare la patologia di sindrome da iperstimolazione ovarica di una paziente, così cagionandone la morte (C.conti, sez.giur.Sicilia, 23 luglio 2013 n.2719); danno da omessa somministrazione di una terapia anticoagulante a una paziente erroneamente sottoposta a un intervento – ottimamente eseguito – di “nefroureterectomia sinistra laparoscopica” a causa di un difetto nel sistema informatico, con conseguente decesso (C.conti, sez. giur.Emilia Romagna, 29 maggio 2014 n.104); danno da terapie inadeguate su un paziente affetto da diabete mellito di tipo II con lesione cutanea superficiale dell'alluce destro, determinando l'amputazione dell'avampiede destro (C.conti, sez.giur.Lombardia, 21 settembre 2012 n. 386); danno da erronea estrazione di un dente (C.conti, sez.giur.Umbria, 14 marzo 2014, n. 33); danno da errore nella esecuzione di intervento su ginocchia valghie (C.conti, sez. giur. Emilia Romagna, 17 luglio 2014 n. 124); danno da inesatta asportazione del tessuto prostatico e neoplasico (C.conti, sez.giur. Emilia Romagna, 18 febbraio 2015 n. 19); danno da perforazione dell'intestino retto durante intervento o durante un clistere (v. rispettivamente C.conti, sez.giur.Toscana, 6 maggio 2015 n. 84 e id., n.203 del 2017); danno da imperizia nel primo intervento che rende necessario secondo intervento, che ha determinato una residua alterazione anatomica del decorso naturale dell'uretere sinistro ed una

conseguente incisione addominale ipogastrica a livello sottombelico-pubica, con conseguente antiestetica cicatrice cheloidea ed ipertrofica di 11 cm. (C. conti, sez.giur.Emilia Romagna, 20 maggio 2015 n. 60); danno da mancata rimozione *stant* biliare (C.conti, sez.giur.Emilia Romagna, 4 agosto 2015 n. 101); danno da erroneo intervento chirurgico di osteotomia valgizzante al ginocchio destro (C.conti, sez.giur. Emilia Romagna, 20 agosto 2015 n. 106); danno da erroneo intervento chirurgico per ernia discale lombare (C. Conti, sez.giur. Toscana, 9 marzo 2016 n.58); danno da intervento chirurgico di asportazione di cisti di Baker al ginocchio destro, aderente al fascio vascolonervoso, nel corso del quale è stato arrecato un danno alla funzionalità degli arti inferiori (C.conti, sez.giur. Piemonte, 13 aprile 2016 n. 84); danno da pratica ad un paziente con frattura spiroide della falange prossimale del 4° dito della mano destra di un trattamento sanitario manifestamente inidoneo ad evitare la deviazione dei frammenti distali in senso rotatorio (C.conti, sez. giur.Calabria, 12 dicembre 2013 n. 379); danno in capo al medico del Servizio 118 che, rilevando uno stato di intossicazione acuta da alcool in soggetto trattenuto in una caserma dei Carabinieri, praticava una iniezione di Midazolam da 15 mg provocando nel paziente un arresto cardiocircolatorio e il conseguente decesso (C. Conti, sez.giur. Toscana, 2 aprile 2015 n. 68); danno a minore dopo esecuzione intervento routinario (C.conti, sez.giur.Lombardia, 3 novembre 2016 n. 175); danno (escluso per assenza di colpa grave e nesso causale) in capo al medico radiologo che, nell'eseguire e refertare gli esami radiografici di un paziente richiesti dal medico ortopedico operativo del Pronto Soccorso, esegua il referto di sua competenza sull'esame radiografico delle parti anatomiche invertite (gomito sinistro e polso destro), ritardando di sedici giorni la diagnosi di frattura delle parti infortunate (C.conti, sez.giur. Emilia Romagna, 2 maggio 2016 n. 74); danno cagionato da medico che, dopo un intervento di asportazione di un tumore alla bocca (neoplasia del trigono retro molare sinistro), non programmi né prescriba un ciclo di radioterapia post operatoria finalizzata ad evitare l'insorgenza di recidiva e così cagionando danni alla salute ad un paziente stante l'effettiva insorgenza di recidiva e la necessità di nuovi interventi chirurgici (C.conti, sez.giur. Lombardia, 14 ottobre 2016 n. 172); danno da dimenticanza durante un intervento chirurgico di isterectomia totale nell'addome della paziente di una spatola metallica di 29 cm di lunghezza (C.conti, sez.giur.Lombardia, 26 gennaio 2017 n. 6); danno arrecato ad un minore operato e ingessato a causa di una frattura e successivamente, persistendo dolori anomali al braccio, rioperato con intervento correttivo del gesso, ma, nonostante tale intervento e le proce-

ture terapeutiche il minore riportava lesioni per un'ulcerazione, a sua volta originante un'escara seguita da decesso, non ascritto a colpa grave dei medici (C.conti, sez.giur. Calabria, 10 giugno 2015 n. 111); danno da errore diagnostico e terapeutico di una meningite da pneumococco dei sanitari, che causi alla paziente gravi e permanenti handicap (C.conti, sez.giur. Piemonte, 5 ottobre 2012 n. 145); danno prodotto da medico del Pronto Soccorso che, con condotta omissiva e gravemente colposa, non diagnostichi la patologia cardiaca di un paziente nonostante la stessa fosse evidente dal tracciato dell'elettrocardiogramma (C.conti, sez.giur. Marche, 13 agosto 2012 n. 86); danno da dimenticanza all'interno del corpo del paziente una delle garze chirurgiche utilizzate durante l'intervento (C.conti, sez.giur. Sicilia, 6 agosto 2013 n. 2793); danno in capo a medici dipendenti di una struttura sanitaria che, in occasione dell'accesso al Pronto Soccorso di una giovane donna per lamentate perdite ematiche utero-vaginali e diagnosticate come "metrorragia", non si accorgevano della progressiva e fatale anemizzazione della paziente (C.conti, sez.giur. Lombardia, 26 settembre 2016 n. 156); danno da intervento di sostituzione protesica dell'anca sinistra, sede di grave coxartrosi (C.conti, sez.giur. Emilia Romagna, 12 gennaio 2017 n. 2); danno, in fase di parto, da paralisi dell'arto superiore sinistro a seguito di lesione del plesso brachiale del neonato (C. Conti, sez.giur. Basilicata, 27 marzo 2012 n. 53); danno, in fase di parto, per le lesioni permanenti riportate dalla nascita per la distocia alla spalla trattata con la manovra di Jacquemier, ma con esclusione della colpa grave dei medici (C.conti, sez.giur. Calabria, 21 febbraio 2013 n. 65); grave cerebropatia con ritardo psicomotorio patita dal neonato, ma con esclusione della colpa grave dei medici (C.conti, sez.giur. Lazio, 6 marzo 2013 n. 234); danno da ritardo psicomotorio patito da un minore e diagnosticato come Tetraparesi distonica, ma con esclusione della colpa grave dei medici (C.conti, sez.giur. Emilia Romagna, 25 settembre 2013 n. 141); danno a neonato per "paralisi totale del plesso brachiale destro" con "rottura extraforaminale delle radici C5, C6 e C7" ed "avulsione delle radici C8 e D1C" (C.conti, sez.giur. Lombardia 4 ottobre 2016 n. 163). Per analoghe fattispecie di danno indiretto da errori in fase di parto vedansi C. Conti, sez.giur. Calabria, 12 dicembre 2013 n. 379; id., sez. III App., 22 giugno 2016 n. 248; id., sez. Marche, 20 novembre 2015 n. 106.

Ma numerosi altri sono i danni indiretti da erroneo intervento chirurgico (C.conti, sez.giur. Emilia Romagna, 4 dicembre 2015 n. 160; id., sez.giur. Piemonte, 17 dicembre 2015 n. 214; id., sez. Lazio, 18 gennaio 2016 n. 3) evidenziati soprattutto in occasione delle relazioni negli Inaugurazioni degli anni giudiziari.

Tale danno indiretto si configura, secondo la migliore dottrina e la più attenta giurisprudenza (anche delle Sezioni riunite⁹⁴), non già quando, in sede civile, l'Azienda sanitaria sia stata meramente condannata con sentenza di primo o secondo grado non in giudicato ancorché esecutiva⁹⁵, o quando vi sia stato il pagamento materiale al danneggiato dopo sentenza non definitiva⁹⁶, ma quando

⁹⁴ Si legge testualmente nella sentenza n. 3/QM del 2003 delle sezioni riunite: "nel momento in cui passa in giudicato la sentenza di condanna dell'Amministrazione (il cui agente ha danneggiato il terzo) al pagamento di una somma di denaro quantificata ovvero il danno stesso viene risarcito stragiudizialmente attraverso la transazione diviene certo liquido ed esigibile il debito dell'amministrazione pubblica nei confronti del terzo danneggiato". Ribadisce la chiarissima decisione 14/QM/2011 delle Sezioni riunite che "l'obbligazione risarcitoria della P.A. si perfezioni in modo definitivo – almeno con riferimento ai mezzi ordinari di impugnazione – ed acquisisca concretezza ed attualità al momento del passaggio in giudicato della sentenza di condanna in favore del terzo danneggiato, è un dato di tale solare evidenza da non richiedere ulteriori argomentazioni".

⁹⁵ Per la (erronea) sussistenza di un danno anche a fronte di condanna civile esecutiva ma non in giudicato C. conti, sez. II app., 27 marzo 2023 n.75id., sez. II app., 4 febbraio 2022 n. 30 che richiama id., sez. I app. nn. 89, 90, 211, 248 del 2017; id. nn. 150, 183, 262, 301, 362 del 2018; id. n. 109 e 252 del 2019; id. n. 133 del 2021; id., sez. II app. nn. 149, 161, 284, 319, 565 del 2017; id. n. 150, 565, 773, 780 del 2018; id. n. 284, 385, 408, del 2019; id. n. 105, 247 del 2020; id. nn. 51 e 164 del 2021; id., sez. III app. n. 604 del 2017; n. 122 del 2018; n. 143 del 2019; n. 13 del 2020; n. 78 del 2021; id., sez. II app., 11 febbraio 2016, n. 139; C. conti, sez. app. Sicilia, 2 dicembre 2014, n. 474; id., sez. I app., 13 marzo 2014, n. 402; id. 14 gennaio 2014, n. 43; id., 14 settembre 2015, n. 483; id., sez. app. Sicilia n. 6 del 2017; n. 239 del 2018; n. 99 del 2019; id., sez. Piemonte, 15 ottobre 2014, n. 122; id., sez. Toscana, 10 settembre 2014, n. 161id., sez. II app., 11 febbraio 2016 n.139; id, sez.I app., 14 settembre 2015, n. 483; id., App. Sicilia, 2 dicembre 2014 n. 474; id, I app., 13 marzo 2014, n. 402; id, sez.I app., 14 gennaio 2014, n. 43; id, sez. Piemonte, 15 ottobre 2014, n. 122; id, sez. Toscana, 10 settembre 2014, n. 161; id., sez. Lombardia, n.380/2003, tutte in www.corteconti.it.

⁹⁶ Secondo C.conti, sez.riun., 15 settembre 2011 n.14/QM, "il dies a quo della prescrizione dell'azione di responsabilità per il risarcimento del danno c.d. indiretto va individuato nella data di emissione del titolo di pagamento al terzo danneggiato", ma una attenta lettura della sentenza, sia della parte in fatto che del diritto, fa chiaramente comprendere che tale sentenza dava per scontata l'esistenza di un giudicato civile di condanna, per poi spostare in avanti il dies a quo prescrizione alla data del pagamento successivo al giudicato. Tale decorrenza ancora al pagamento è propugnata di recente da C. conti, sez. II app., 27 marzo 2023 n.75, che richiama in terminis C.conti, I sez. centr. app. nn. 89, 90, 211, 248 del 2017; id. nn. 150, 183, 262, 301 del 2018; id. n. 109 e 252 del 2019; id. n. 133 del 2021; II sez. centr. app. nn. 149, 161, 284, 319, 565 del 2017; id. n. 150, 565, 773, 780 del 2018; id. n. 284, 385, 408, del 2019; id. n. 105, 247 del 2020; id. nn. 51 e 164 del 2021; III sez. centr. app. n. 604 del 2017; n. 122 del 2018; n. 143 del 2019; n. 13 del 2020; n. 78 del 2021; sez. Sicilia app. n. 6 del 2017; n. 239 del 2018; n. 99 del 2019.

Per una critica a tale decorrenza prescrizione legata al pagamento e non al giudicato civile, v. TENORE (a cura di), *La nuova Corte dei conti*, cit., 463 ss.; TENORE, *Il danno erariale c.d. indiretto è configurabile ed azionabile solo dopo il previo giudicato risarcitorio che condanni la P.A.*, in www.giustamm.it, n. 8, 2016. Per la più corretta individuazione del dies a quo nella data del passaggio in giudicato della sentenza di condanna della P.A. C. conti, sez. riun., 15 gennaio 2003, n. 3/QM, in *Riv. C. conti*, 2003, f. 1, 88; id., sez. Calabria, 7 ottobre 2010, n. 512, in www.corteconti.it; id., sez. II app., 16 agosto 2010, n. 308/A, ivi; id., sez. Campania, 8 aprile 2010, n. 558, ivi; id., sez. Veneto, 28 dicembre 2006, n. 1336; id., sez. II, 11 marzo 2003, n. 84/A, in *Riv. C. conti*, 2003, f. 2, 130; id., sez. II, 3 marzo 2003, n. 64/A, in *Riv. C. conti*, 2003, f.

sia intervenuto il *formale giudicato di condanna*: solo in tale momento il danno patito dalla P.A. è definibile “certo” e determinato⁹⁷, che radica la giurisdizione contabile per la doverosa rivalsa. Tuttavia un non condivisibile indirizzo delle sezioni d’appello, che sembra dimenticare gli avversi indirizzi nomofilattici delle Sezioni riunite, ritiene sufficiente una condanna di primo grado esecutiva perché si attivi la Corte dei conti in rivalsa, dimenticando la differenza tra *condanna esecutiva* (che non rende certo il danno) e *condanna in giudicato* (che rende certo il danno e dunque azionabile la pretesa giuscontabile)⁹⁸.

Da tale giudicato civile (*rectius*, dalla sua piena e formale conoscenza da parte della Azienda⁹⁹) decorre altresì la prescrizione quinquennale dell’azione contabile di rivalsa (art.1, co.2, l. n.20 del 1994), anche se talune sentenze differiscono il *dies a quo* prescrizione alla data, meramente fattuale, del pagamento della somma da parte della P.A. condannata, tesi maggioritaria in appello e che parimenti non condividiamo, in quanto il danno è certo, e pertanto la prescrizione corre, quando la sentenza passata in giudicato è conosciuta. Differire il *dies a quo* alla data del pagamento pare illogico, anche perché lo si ancora ad un evento incerto e demandato alla maggiore o minore solerzia del debitore-P.A. nel pagare il paziente risarcito¹⁰⁰. Quest’ultima largheggiante tesi sembra essere stata invece prescelta dall’art.9, co. 2, l. n.24 del 2017 per la rivalsa annuale prevista (a nostro avviso esclusivamente) in sede civile a favore della Azienda condannata al risarcimento danni a favore del paziente. Occorrerà vedere se tale norma verrà estesa, dalla giurisprudenza, alla rivalsa giuscontabile sia in ordine al termine-capestro annuale (di dubbia legittimità costituzionale, a fronte di un

2, 123; id., sez. II, 22 luglio 2002 n. 268/A, in *Riv. C. conti*, 2002, f. 4, 177; id., sez. I, 15 luglio 2002, n. 239/A, in *Riv. C. conti*, 2002, f. 4, 127; id., sez. III, 1 ottobre 2001, n. 253/A, in *Riv. C. conti*, 2001, f. 5, 125; id., sez. II app., 3 febbraio 1999, n. 24, inedita; id., sez. Toscana, 29 maggio 1998, n. 322, in *Riv. C. conti*, 1998, n. 4, II, 102; id., sez. riun., 29 gennaio 1997, n. 12/ A, in *Riv. C. conti*, 1997, f. 2, 94; id., 13 marzo 1995, n. 33, in *Riv. C. conti*, 1995, f. 2, 78; id., sez. II, 17 febbraio 1994, n. 51, in *Riv. C. conti*, 1994, f. 1, 93; id., sez. I, 22 giugno 1993, n. 94, in *Riv. C. conti*, 1993, f. 3, 91; id., sez. riun., 5 marzo 1993, n. 848, in *Riv. C. conti*, 1993, f. 3, 64.

⁹⁷ Sulla necessità del “giudicato” civile di condanna della P.A. perché si configuri un danno erariale reclamabile dalla Corte dei conti, si rinvia alla precedente nota 15. Sulla rilevanza della data del passaggio in giudicato della sentenza di condanna della P.A. C. conti, sez. riun., 15 gennaio 2003, n. 3/QM, in *Riv. C. conti*, 2003, f. 1, 88; id, sez. Lombardia, 18 luglio 2010 n.403; id., sez.Lombardia, 12 gennaio 2010, n.10 e, da ultimo id., sez.Lombardia, 29 luglio 2016 n.136, in *www.corteconti.it*, oltre la giurisprudenza citata nella precedente nota.

⁹⁸ Per una serrata critica a tale indirizzo d’appello v. TENORE (a cura di), *La nuova Corte dei conti*, cit., 308 ss.

⁹⁹ Non valgono conoscenze parziali (es. del mero dispositivo) a considerare conosciuto il danno erariale.

¹⁰⁰ Per la più corretta individuazione del *dies a quo* prescrizione nella data del passaggio in giudicato della sentenza di condanna della P.A. v. la giurisprudenza citata in nota 95.

termine prescrizione generale quinquennale ex art.1, co.2, l. n.20 del 1994), sia all’anomalo spostamento in avanti del *dies a quo* decadenziale alla data del pagamento e non del giudicato civile.

Va poi ricordato che non di rado, nella quantificazione del danno da rifondere all’Azienda ospedaliera, la giurisprudenza contabile esercita il *potere riduttivo dell’addebito* (art. 83, r.d. 18 novembre 1923, n. 2440; art. 52 del r.d. 12 luglio 1934, n. 1214; art. 19, d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3)¹⁰¹.

Tali norme attribuiscono alla Corte dei conti un peculiare potere-dovere, che è stato tradizionalmente visto come un *unicum* nel panorama magistratuale: quello di ridurre, secondo il proprio prudente apprezzamento, il *quantum* di danno accertato ed imputabile al pubblico dipendente autore di condotte illecite, giungendo, in ipotesi limite (ad esempio legale all’emergenza *Covid19*), persino alla esclusione di qualsiasi addebito¹⁰². L’istituto, sconosciuto nel rito civile (e che, quindi, rende preferibile, per il medico, la rivalsa in sede giuscontabile piuttosto che quella civile) è ancorato a varie circostanze *soggettive* o *oggettive* ostative ad una piena imputazione del danno in capo al dipendente pubblico.

Tra le prime assumono favorevole rilevanza i precedenti (positivi) di carriera del convenuto¹⁰³, l’esperienza lavorativa (breve) pregressa e la giovane età¹⁰⁴, il comportamento e la personalità del convenuto, lo stato emotivo in occasione

¹⁰¹ Sul potere riduttivo dell’addebito spettante alla Corte dei conti v. TENORE (a cura di), *La nuova Corte dei conti*, cit., 399 ss.; GARRI, *In tema di potere riduttivo dell’addebito da parte della Corte dei Conti*, in *Foro amm.*, 1968, II, 78; id., *I giudizi*, cit., 160; DI STEFANO, *Il c.d. potere riduttivo nella giurisprudenza*, in SCHLITZER, *L’evoluzione della responsabilità amministrativa*, Milano, 2002, 202; SCIASCIA, *Manuale di diritto processuale contabile*, Milano, 2003, 538 ss. Sul possibile arbitrio derivante dall’esercizio del potere riduttivo si sofferma ITALIA (intervento nel convegno *La Corte dei conti fra tradizione storica ed esigenze della società*, Milano, 16 marzo 1998, i cui atti sono pubblicati in *Amm. e contab.*, 1998, n. 3, 230) che, parafrasando la nota tesi del Montesquieu secondo cui il giudice deve essere la *bocca della legge*, afferma che la sentenza non dovrebbe essere soltanto espressione della *bocca del giudice*.

¹⁰² Per un raro precedente sul punto v. C. conti, sez. I, 5 ottobre 2001, n. 291/A, in *Riv. C. conti*, 2001, f. 5, 85.

¹⁰³ Per la rilevanza dei precedenti di servizio C. conti, sez. II app., 23 marzo 1998, n. 31/A; id., sez. I, 15 novembre 1991, n. 333, in *Riv. C. conti*, 1991, f. 6, 47; id., sez. riun., 19 aprile 1990, n. 662, in *Foro amm.*, 1990, 2475 e in *Riv. C. conti*, 1990, f. 4, 48; id., sez. riun., 2 settembre 1969, n. 97, in *Foro amm.*, 1970, I, 3, 10. Per la rilevanza della giovane età del convenuto, v. C. conti, sez. I, 22 novembre 1995, n. 114, in *Riv. C. conti*, 1995, f. 6, 115; id., sez. II, 3 maggio 1993, n. 110, in *Riv. C. conti*, 1993, f. 3, 94; id., sez. I, 2 aprile 1990, n. 63, in *Foro amm.*, 1990, I, 63. L’indirizzo è particolarmente seguito in caso di sinistri automobilistici.

¹⁰⁴ Per la rilevanza della giovane età del convenuto, v. C. conti, sez. I, 22 novembre 1995, n. 114, in *Riv. C. conti*, 1995, f. 6, 115; id., sez. II, 3 maggio 1993, n. 110, in *Riv. C. conti*, 1993, f. 3, 94; id., sez. I, 2 aprile 1990, n. 63, in *Foro amm.*, 1990, I, 63. L’indirizzo è particolarmente seguito in caso di sinistri automobilistici causati da giovani militari di leva o in caso di danni arrecati da giovani agenti delle forze dell’ordine nell’esercizio di compiti di prevenzione o repressione di reati.

dell'evento dannoso¹⁰⁵, il suo stato di salute, il suo trattamento economico e le sue condizioni economiche generali¹⁰⁶, l'essere vittima di pressioni estorsive¹⁰⁷, le ragionevoli motivazioni sottese alla condotta dannosa e la lodevole condotta successiva all'evento dannoso per ridurne la portata¹⁰⁸, la mancata fruizione di una previa adeguata attività formativa o professionale¹⁰⁹, la sottoposizione a incombenze di ordine materiale notevolmente gravose e ripetute nel tempo¹¹⁰.

Tra le circostanze *oggettive*, la Corte valorizza invece spesso le situazioni esterne in cui l'autore dell'illecito si è trovato ad operare: particolare condizione di luogo e di tempo, contributo di terzi alla causazione del danno¹¹¹, entità

¹⁰⁵ La rilevanza dello stato emotivo del convenuto viene spesso valorizzato dalla magistratura in caso di sinistri automobilistici o eventi letali (e dannosi) cagionati da appartenenti alle forze dell'ordine nell'esercizio di compiti di repressione o prevenzione di reati: cfr. C. conti, sez. I, 16 marzo 1995, n. 35, in *Riv. C. conti*, 1995, f. 2, 78; id., sez. I, 14 giugno 1993, n. 87, in *Riv. C. conti*, 1993, f. 3, 79.

¹⁰⁶ Per la rilevanza del (modesto) reddito del convenuto v. C. conti, sez. I, 18 marzo 2003, n. 105/A, in *Riv. C. conti*, 2003, f. 2, 93; id., sez. III app., 14 maggio 1998, n. 132/A, in *Riv. C. conti*, 1998, f. 4, 86; id., sez. II, 13 giugno 1997, n. 78/A, in *Riv. C. conti*, 1997, f. 5, 123; id., sez. riun., 19 aprile 1990, n. 662/A, in *Foro amm.*, 1990, 2475 e in *Riv. C. conti*, 1990, f. 4, 48.

¹⁰⁷ La pressione psicologica cui si trova sottoposta la vittima di fatti estorsivi può attenuare, nel senso della riduzione dell'addebito, ma non escludere, la responsabilità del contabile comunale che abbia sottratto danaro a lui affidato per corrispondere alle richiamate richieste delittuose (C. conti, sez. II, 16 ottobre 2001, n. 330/A, in *Riv. C. conti*, 2001, f. 5, 107).

¹⁰⁸ La encomiabile finalità del preside di una scuola di tutelare l'esigenza della continuità didattica, negando la ripresa del servizio ad un insegnante di ruolo, di malferma salute, che aveva richiesto di tornare all'insegnamento ad anno scolastico inoltrato, può essere valutata dal giudizio contabile, al fine della riduzione dell'addebito (C. conti, sez. I, 19 gennaio 1995, n. 10, in *Riv. giur. scuola*, 1995, 833). Le finalità pubblicistiche di una dannosa scelta gestionale sono valorizzate anche da C. conti, sez. I, 27 novembre 1989, n. 421, in *Riv. C. conti*, 1989, f. 6, 100. Per la rilevanza della lodevole condotta successiva all'evento dannoso v. C. conti, sez. I, 18 aprile 1989, n. 152, in *Foro amm.*, 1989, 186; id., sez. Puglia, 19 febbraio 1992 n. 1, *ivi*, 1992, I, 109.

¹⁰⁹ C. conti, sez. I, 19 gennaio 1995, n. 13, in *Riv. C. conti*, 1995, f. 1, 137 (fattispecie relativa a Carabinieri non adeguatamente formato nell'uso di armi); id., sez. I, 26 novembre 1990, n. 244, in *Foro amm.*, 1990, I, 69. La mancanza di adeguata attività formativa non può tuttavia, a nostro avviso, giustificare tale potere riduttivo se non in relazione a compiti peculiarmente « tecnici », richiedenti conoscenze o addestramento non acquisibili *ex se* dal lavoratore sul quale grava un doveroso auto-aggiornamento professionale (lettura di norme, riviste, libri, circolari) che non può interamente essere accolto alla P.A. con attività formativa.

¹¹⁰ Sulla rilevanza di tumi impegnativi, delle incombenze di ordine materiale notevolmente gravose e ripetute nel tempo, v. C. conti, sez. I, 31 gennaio 1994, n. 26, in *Riv. C. conti*, 1994, f. 1, 54; id., sez. II, 3 maggio 1993, n. 110, in *Riv. C. conti*, 1993, f. 3, 94; id., sez. II, 27 luglio 1992 n. 175, in *Riv. C. conti*, 1992, f. 4, 66; id., I, 19 aprile 1991, n. 146, in *Riv. C. conti*, 1991, f. 2, 92.

¹¹¹ Per la valutazione delle circostanze di tempo e di luogo v. C. conti, sez. I, 2 aprile 1990, n. 63, in *Foro amm.*, 1990, I, 52. Per la rilevanza del contributo di terzi (impiegati non evocati in lite o estranei alla P.A. non convenibili in sede giuscontabile) v. C. conti, sez. II, 25 marzo 1994, n. 100, in *Riv. C. conti*, 1994, f. 2, 91; id., sez. riun., 20 marzo 1997, n. 33/A, in *Riv. C. conti*, 1997, f. 4, 104; id., sez. II, 20 giugno 2001, n. 218/A, in *Riv. C. conti*, 2001, f. 3, 127.

del danno cagionato, disorganizzazione dell'ufficio (soprattutto in fattispecie di danno da tardivo pagamento a terzi)¹¹², imponente carico di lavoro pregresso, ristrutturazioni dell'amministrazione, complessità organizzativa dell'ente¹¹³, difficoltà oggettiva della materia, novità o complessità della normativa (circostanze, queste ultime due, che potrebbero talvolta addirittura escludere l'elemento psicologico della colpa grave, v. il successivo paragrafo 5), urgenza del servizio, condizionamenti derivanti da pressioni sindacali.

A tali parametri, per l'arte medica, va poi considerata la sua oggettiva “rischiosità” e l'alea che ontologicamente connota una scienza complessa, quale la medicina, e taluni difficili interventi, le difficoltà organizzative Aziendali, o, come sopra rimarcato, il peculiare meccanismo di assicurazione con franchigia aggregata.

In epoca di pandemia *Covid19*, lo stato emergenziale in cui i sanitari hanno eroicamente operato può ben essere valutato ai fini del potere riduttivo dell'addebito o, addirittura, ai fini dell'esclusione della colpa grave.

Tali pacifici approdi giurisprudenziali sono stati testualmente recepiti e ribaditi dalla legge n.24, che, all'art.9, co.5, recita: “*Ai fini della quantificazione del danno, fermo restando quanto previsto dall'articolo 1, comma 1-bis, della legge 14 gennaio 1994, n. 20, e dall'articolo 52, secondo comma, del testo unico di cui al regio decreto 12 luglio 1934, n. 1214, si tiene conto delle situazioni di fatto di particolare difficoltà, anche di natura organizzativa, della struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica, in cui l'esercente la professione sanitaria ha operato*”.

Né va trascurato, ai fini della determinazione del *quantum* (oltre che, ancor più a monte, per la sussistenza della colpa grave), l'inosservanza (o la parziale osservanza) delle *linee guida* dell'art.5, l. n.24, che, sebbene testualmente valorizzate dall'art.7, co.3 ai soli fini del risarcimento dei danni civili, rappresentano, a nostro avviso, un rilevante parametro anche per la determinazione del danno erariale ascrivibile al medico, valutando il tasso e le ragioni dello scostamento da tali linee guida.

¹¹² Sulla inadeguatezza delle strutture dell'amministrazione, la disorganizzazione dell'ufficio e la carenza numerica delle unità organiche assegnate all'ufficio quale fondamento dell'uso del potere riduttivo dell'addebito v. C. conti, sez. riun., 11 maggio 1982 n. 302, in *Foro amm.*, 1983, I, 811; id., sez. riun., 20 settembre 1988, n. 591, *ivi*, 1988, I, 106; id., sez. riun., 5 aprile 1990, n. 657, *ivi*, 1990, I, 83; id., sez. I, 14 febbraio 1994, n. 34, in *Riv. C. conti*, 1994, f. 1, 66.

¹¹³ Sulla rilevanza della complessa organizzazione di un ente v. C. conti, sez. II app., 9 agosto 1996, n. 88/A, in *Riv. C. conti*, 1996, f. 6, 107. In tali evenienze, a nostro avviso, andrebbe tuttavia accertata l'eventuale responsabilità degli organi dirigenziali apicali per la farraginosità procedurale ed organizzativa posta in essere.

In considerazione di possibili utilizzi eccessivamente largheggianti di tale potere riduttivo, con conseguente accollo in capo alla P.A. della quota di danno non addebitata al lavoratore, la giurisprudenza e la dottrina, attenuando la discrezionalità assoluta che in passato imperava, hanno rimarcato la necessità che il giudice motivi congruamente sulle ragioni sottese all'esercizio del potere riduttivo, soprattutto in casi caratterizzati da forti decurtazioni, mentre non necessita di motivazione il mancato esercizio dello stesso¹¹⁴.

Tale ragionato e ragionevole potere riduttivo e gli stessi equi parametri valutativi rimarcati dall'art.9, co.5, vengono tuttavia oggi ad intersecarsi con la anomala previsione, introdotta sempre dalla legge Gelli, con cui viene fissato un opinabile e coercitivo tetto massimo pecuniario per le condanne giuscontabili dei sanitari (esteso anche a quelle civili di rivalsa e regresso dal comma 6 dell'art.9), per singolo evento, in caso di colpa grave (*ergo* il limite non opera in caso di dolo): esso non può superare *“una somma pari al valore maggiore della retribuzione lorda o del corrispettivo convenzionale conseguiti nell'anno di inizio della condotta causata dall'evento o nell'anno immediatamente precedente o successivo, moltiplicato per il triplo”*.

Trattasi di un regime di *favor* non riscontrabile per nessun altro pubblico dipendente (anche se esposto a rischi maggiori di quelli di un sanitario: componenti di commissioni di gara, avvocati pubblici, collaudatori di opere pubbliche etc.) e, come tale, a rischio di incostituzionalità per irragionevole disparità di trattamento e per interferenze con la libera valutazione del giudice contabile (o civile) dei danni da quantificare. In ogni caso, tale limite renderà a nostro avviso più rari i casi di esercizio del potere riduttivo dell'addebito, essendo un tetto estremamente benevolo, soprattutto a fronte di danni da *malpractice* (non rari) assai rilevanti.

Oltre al danno indiretto corrispondente al risarcimento patito dalla Azienda sanitaria in sede civile, non è da escludere la possibilità che la Corte dei conti, in taluni casi, possa aggiungere una seconda voce di danno, ovvero quello diretto all'*immagine*, per il discredito giornalistico-mediatico patito dalla Azienda per

¹¹⁴ Per la doverosa motivazione delle ragioni che giustificano l'esercizio del potere di riduzione dell'addebito v. C. conti, sez. riun., 22 dicembre 1987, n. 563, in *Riv. C. conti*, 1988 I, 46; id., sez. riun., 6 giugno 1990, n. 671, in *Riv. C. conti*, 1990 I, 75; id., sez. riun., 22 luglio 1992 n. 795, in *Riv. C. conti*, 1992, f. 5, 30; id., 15 gennaio 1993, n. 824, *ivi*, 1993, f. 2, 46; id., sez. riun., 13 maggio 1997, n. 45, in *Riv. C. conti*, 1997, f. 5, 91. In dottrina GARRI, *I giudizi*, cit., 163; POLICE, *La disciplina attuale della responsabilità amministrativa*, in SCOCA (a cura di), *La responsabilità amministrativa*, cit., 142; PILATO, *La responsabilità amministrativa*, cit., 309; SCIASCIA, *Manuale di diritto processuale*, cit., 547. La citata giurisprudenza esclude invece la necessità di motivazione in caso di mancato esercizio del potere riduttivo dell'addebito.

alcuni casi di clamorosa inettitudine di medici (es. asportazione di un rene, un ginocchio o un orecchio sbagliato al paziente): in tali evenienze, configuranti anche reato (lesioni colpose gravissime o, talvolta, lesioni dolose gravi in peculiari vicende di asportazione di seni sani o di fratture ossee provocate solo per effettuare interventi o utilizzare protesi di imprese amiche), dovrà valutarsi, come già sopra rimarcato nel parag.1.2, l'incidenza dell'art.4, co.1, lett.g), dell'allegato 3 del d.lgs. n.174 del 2016 (codice della giustizia contabile), che ha eliminato i limiti alla perseguibilità di tale danno fissati dall'improvvido lodo Bernardo (art.17, co.30-ter, d.l. 1 luglio 2009 n.78, conv.to in l. 3 agosto 2009 n.102), consentendone la contestazione a fronte di danno all'immagine derivante dalla commissione di qualsiasi forma di reato e non solo dei reati contro la P.A. della l. n.97 del 2001¹¹⁵.

La quantificazione di tale voce di danno è equitativa: si valuta l'oggettiva gravità del fatto, la qualifica (apicale o meno) dell'autore, la diffusività (maggiore o minore) della notizia tra i *media* etc.

Va da ultimo ricordato che, a fronte di fatti storici destinati a verosimile condanna in sede giuscontabile, il convenuto ha la vantaggiosa possibilità di evitare il giudizio attraverso l'istituto del *“rito abbreviato”* previsto dall'art.130 del d.lgs. n.174 del 2016: versando al danneggiato, previa valutazione della congruità dell'offerta da parte della Sezione giurisdizionale, di una somma non superiore al 50% della pretesa risarcitoria azionata in citazione dalla Procura. L'istituto è utilizzabile anche in appello (ed anche per la prima volta), dove però l'importo da versare non deve essere inferiore al 70% del danno contestato in citazione. L'istituto prevede, per deflazionare il contenzioso, una definizione con sentenza che prende atto del pagamento e che non è impugnabile.

5. L'elemento psicologico: dolo o colpa grave del sanitario. Rilevanza delle linee guida ex art. 5, l. n. 24 del 2017. La culpa in vigilando dei Primari e dei vertici aziendali

Come si è più volte rimarcato, la pregressa condanna civile dell'Azienda sanitaria (anche per attività intramoenia: art.7, co.2, l. n.24 del 2017) non comporta una automatica e consequenziale condanna del sanitario autore della condotta attiva o omissiva foriera del danno al paziente e risarcita dall'ente pubblico.

¹¹⁵ Sul danno all'immagine e sul c.d. lodo Bernardo si rinvia alla precedente nota 51.

Occorre sempre una autonoma rivalutazione dei fatti in sede giuscontabile, soprattutto con riferimento all'elemento psicologico della *colpa grave*.

Difatti, mentre in sede civile l'Azienda ospedaliera risponde verso terzi (a titolo contrattuale) per dolo o *colpa* (art. 1218 e 1228 c.c.; art.7, co.1, l. n.24) salvo quando la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà (ove è richiesta colpa grave ex art. 2236 c.c.)¹¹⁶, in sede di rivalsa innanzi alla Corte dei Conti (ma anche in sede di rivalsa civile: v. art.9, co.1, l. n.24 del 2017) va accertato sempre il dolo o la *colpa grave* del sanitario, come per qualsiasi giudizio innanzi al giudice contabile (art.1, co.1, l. n.20 del 1994; art.23, d.P.R. n.3 del 1957)¹¹⁷: pertanto, l'averlo ribadito nell'art.9, co.5, l. n.24, è davvero superfluo, ma serve comunque a rimarcare che una condanna intervenuta in sede civile per colpa per un intervento errato, può portare ad assoluzione in sede contabile ove la Procura non provi la *colpa grave* del sanitario, con conseguente diritto al rimborso delle spese legali sostenute.

Probabilmente il legislatore, la cui scelta nella l. n.20 del 1994 per la *colpa grave* è stata ritenuta costituzionalmente legittima¹¹⁸, ha preso atto del numero ingente e della gravosità dei doveri posti a carico dei pubblici dipendenti dall'ampia (e complessa) normativa esistente nel nostro ordinamento, per attenuare la soglia della punibilità ed evitare il rischio che il dipendente venisse chiamato a rispondere di danni derivanti da errori non gravi: una *ratio* analoga

¹¹⁶ I casi in cui si risponde per colpa grave anche in sede civile sono solo quelli ancorati alla particolare complessità dell'opera ex art.2236 c.c.: v. la successiva nota 118. Come ben rimarca C.conti, sez.III app., 10 novembre 2004 n.601, in www.corteconti.it, "mentre nel processo civile la colpa dei medici viene richiesta in grado elevato solo quando la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà (art. 2236 c.c.), e, quindi, per l'imperizia e non anche per la valutazione della prudenza e della diligenza per le quali è sufficiente la colpa lieve (art.1176 c.c.), nel giudizio di responsabilità amministrativa è sempre richiesta la colpa grave non solo per l'imperizia, ma anche per l'imprudenza e per la negligenza. Ed è alla luce di tali principi, che il ricordato recepimento da parte del giudice civile della perizia Omissis non può costituire preclusione per il giudice contabile ai fini di una diversa valutazione dei fatti nell'ottica della pronuncia che il medesimo è chiamato a rendere: il che, del resto, si inserisce nel più vasto contesto dei rapporti tra giudizio civile e giudizio amministrativo che esclude qualsiasi effetto vincolante dell'uno rispetto all'altro".

¹¹⁷ Sull'elemento psicologico nell'illecito amministrativo-contabile, v.TENORE, *La nuova Corte dei conti cit.*, 365 ss.; CASTIELLO, TENORE, *Manuale di diritto sanitario*, cit., 185 ss.

¹¹⁸ Con riferimento alla colpa grave nella legge n.20 del 1994, v. C.cost., 20 novembre 1998 n.371, in *Giust.civ.*, 1999, I, 377, ricordata da TENORE, *La nuova Corte dei conti cit.*, 365. La decisione rimarca il ragionevole "intento di predisporre, nei confronti degli amministratori e dei dipendenti pubblici, un assetto normativo in cui il timore delle responsabilità non esponga all'eventualità di rallentamenti ed inerzie nello svolgimento dell'attività amministrativa", nonché la "finalità di determinare quanto del rischio dell'attività debba restare a carico dell'apparato e quanto a carico del dipendente, nella ricerca di un punto di equilibrio tale da rendere, per dipendenti ed amministratori pubblici, la prospettiva della responsabilità ragione di stimolo, e non di disincentivo".

è sottesa all'innalzamento della soglia di punibilità per gli esercenti professioni intellettuali di particolare difficoltà ex art.2236 c.c. ed ex art.9, co.1, l. n.24 del 2017. Non è da escludere che, sia nella legge n.20 del 1994, sia nella l. n.24 del 2017, si siano volute valorizzare nel contempo anche la fisiologica disfunzione che caratterizza la P.A. (in realtà già ben considerata nell'esercizio del potere riduttivo dell'addebito), nonché l'evoluzione dell'azione amministrativa verso i risultati e l'efficienza, il cui perseguimento potrebbe trovare rallentamenti nel timore di onerosi interventi risarcitori per errori marginali.

A ciò aggiungasi, con riferimento specifico all'arte medica, che, come detto, lo stesso codice civile eleva talvolta la soglia psicologica alla colpa grave "*Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave*" (art.2236 c.c.) applicabile però, come chiarito dalla Cassazione, ai soli casi di imperizia, e non già di imprudenza o negligenza, sia pure in casi di speciale difficoltà¹¹⁹, mentre innanzi alla Corte dei conti tale più elevato requisito opera in ogni caso.

Comunque, l'opzione legislativa ha di fatto esteso l'area dei « *danni legali* », ovvero di quei danni che, in quanto frutto di colpa lieve, restano a carico della finanza pubblica.

Va segnalato che tale regime generale è stato temporaneamente derogato dall'art.21 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76 ("*Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale*" in vigore dal 17 luglio 2020, convertito in l. 11 settembre 2020, n. 120 e prorogato nei suoi effetti al 30 giugno 2023 dall'art. 51, comma 1, lett. h, del d.l. 31 maggio 2021, n. 77, c.d. "decreto Semplificazioni-bis" e successivamente prorogato al 30 giugno 2024 dall'art.12-*quinquies*, d.l. n.44/2023 conv.to in L.74/2023 "*disposizioni urgenti per il rafforzamento della capacità amministrativa delle amministrazioni pubbliche*") noto volgarmente come "*scudo erariale*". La norma è stata ripresa, per estenderne l'applicazione alle condotte del Commissario per il Giubileo del 2025, dal recente art. 13, co.4 del d.l. 17 maggio 2022 n. 50.

Il precetto dell'art.21, d.l. n.76, oltre ad aver fornito, nel novellare l'art. 1, l. n. 20 del 1994, una consapevole lettura in chiave penalistica dell'elemento dolo (come coscienza e volontà non solo della condotta, ma anche dell'evento dan-

¹¹⁹ "Il medico chirurgo chiamato a risolvere il caso di particolare complessità, il quale cagioni un danno a causa della propria imperizia, è responsabile solo se versa in dolo od in colpa grave, ai sensi dell'art. 2236 c.c. Tale limitazione di responsabilità invece, anche nel caso di interventi particolarmente difficili, non sussiste con riferimento ai danni causati per negligenza od imprudenza, dei quali il medico risponde in ogni caso": Cass., sez.III, 18 novembre 1997 n.11440, in *Ced Cassazione*. V. anche Cass., sez.III, 13 aprile 2007 n.8826, *ivi*.

noso), ha soprattutto sancito, dal 17 luglio 2020 e sino al 30 giugno 2024, una limitazione temporale della responsabilità amministrativo-contabile alle sole condotte *dolose commissive* dei pubblici dipendenti, lasciando la perseguibilità per *dolo e colpa grave* per quelle *omissive*. Il precetto, decisamente irragionevole nel suo distinguo tra azioni ed omissioni, per la sua portata generale e in base ad una lettura necessariamente generalizzata, è a nostro avviso, e nonostante avverse tesi in dottrina, operante anche per i sanitari in deroga ai canoni della colpa grave sanciti anche dalla legge Gelli¹²⁰.

La novella, che depotenzia clamorosamente la funzione di deterrenza della responsabilità in esame, soprattutto in epoca connotata da erogazione di rilevanti finanziamenti pubblici legati al PNRR (che richiederebbe, al contrario, più attenti controlli proprio sull'*agere* dei funzionari pubblici, con relative azioni risarcitorie), si fonda su un dogma sotteso alla scelta legislativa, ben suscettibile di smentita: che la responsabilità amministrativo-contabile di un dipendente pubblico, ivi compreso il sanitario, sia causa di rallentamenti ed inefficienze dell'azione amministrativa per "*paura della firma*" (omologo, nel campo sanitario,

¹²⁰ La nostra tesi è condivisa da MACRI, *Brevi riflessioni sulla responsabilità amministrativo-contabile tra provvedimenti normativi e orientamenti giurisprudenziali*, in *Resp. medica*, n. 1, 2021, 21 ss.; FRATTO ROSI GRIPPAUDO, *La responsabilità erariale dell'esercente la professione sanitaria*, in *Federalismi.it*, n. 21, 2021, 83 ss., per cui «alla luce dell'art. 21 del "decreto semplificazioni", la responsabilità amministrativa da medical malpractice risulta gravemente compromessa. L'errore medico è, per definizione, sorretto dall'elemento psicologico della colpa grave e, generalmente, si sostanzia in una condotta attiva. Di tal guisa, la quasi totalità degli illeciti erariali consumatisi nel settore de quo sino al 31 dicembre 2021 difficilmente potranno trovare ristoro in un giudizio di responsabilità amministrativa».

Contra TUZZI, *La medico-crazia difensiva: un confronto tra medicina e burocrazia difensiva alla luce dell'art. 21 del d.l. 76/2020*, in *Federalismi*, 2021, f.28, 156, secondo cui «Il ragionamento sopra delineato, in definitiva, induce a riconoscere un significativo grado di specialità della legge Gelli-Bianco; normativa che rimane autonoma ed estranea, in base al principio *lex posterior generalis non derogat priori specialis*, alle modifiche apportate dal d.l. Semplificazioni, che, invece, interviene sulla responsabilità erariale atipica e generale di cui alla legge n. 20/1994. Nondimeno, anche a voler qualificare l'art. 21 d.l. 76/2020 alla stregua di una *lex specialis*, in quanto precetto eccezionale e temporaneo, non è dato estendere il suo campo di applicazione alla responsabilità amministrativa del medico di cui alla legge n. 24/2017, poiché la novella disciplina la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica limitatamente all'azione di responsabilità «di cui all'art. 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20», facendo dunque salve le ipotesi tipiche di responsabilità erariale che esulano dalla disciplina generale della legge n. 20/1994».

Per una distinzione tra azione ed omissione nell'attività sanitaria merita adottare un criterio naturalistico in base al quale se il processo causale che ha condotto all'evento è stato messo in moto dal medico, che innescava o accelera un fattore di rischio, può parlarsi di "azione"; se il processo causale, patologicamente idoneo a sfociare autonomamente nell'evento, non è stato arrestato o rallentato dal medico, con conseguente progredire letale della malattia non curata si tratterà di "omissione". Per approfondire, C. SALE, *La condotta medica tra azione e omissione*, in *Dir. pen. cont.*, 12 dicembre 2011.

della "*paura dell'intervento*" o "*medicina difensiva*"¹²¹, che porta ad alluvionali ed onerose analisi mediche prima di operare un paziente, soprattutto se fragile).

La norma del d.l. n.76 ha inoltre irragionevoli ricadute nel campo sanitario: difatti, con la limitazione della colpa grave ai soli casi di omissione, il sanitario andrebbe assolto se fosse stato gravemente imperito nel praticare (agendo) la corretta manovra chirurgica al paziente, nonostante l'appropriata individuazione delle linee guida nel caso concreto. È notorio invece che sono propri quelli frutto di condotte commissive i casi più gravi di colposa malasana, che consistono, ad esempio, nell'errore di lato del sito chirurgico da operare¹²², nella derelizione di corpi estranei (garze) all'interno del paziente e in tutti quegli interventi abnormi che segnano un evidente distacco dalle linee guida esecutive.

Il paradosso, oltre a quello di rendere impunte gravi condotte lesive, in palese contrasto con il principio dettato dall'art. 1 della legge n. 24/2017 sulla si-

¹²¹ Sul punto v. TUZZI, *La medico-crazia difensiva: un confronto tra medicina e burocrazia difensiva alla luce dell'art. 21 del d.l. 76/2020*, in *Federalismi*, 2021, f.28, 140 ss.; FORTI CATINO, D'ALESSANDRO, MAZZUCCATO, VARRASO, *Il problema della medicina difensiva*, ETS, Milano, 2010, 17 ss., che la identificano «in una serie di decisioni attive o omissive, consapevoli o inconsapevoli, e non specificamente meditate, che non obbediscono al criterio essenziale del bene del paziente, bensì all'intento di evitare accuse per non avere effettuato tutte le indagini e tutte le cure conosciute o, al contrario, per avere effettuato trattamenti gravati da alto rischio di insuccesso o di complicanze, (...), prescrivendo esami e terapie non necessarie (c. d. medicina difensiva positiva) o evitando pazienti o procedure diagnostiche ad alto rischio (c. d. medicina difensiva negativa)». Nello stesso senso, CATTÒ *et al.*, *La medicina difensiva*, in *Riv. it. med. leg.*, n. 3, 2007, 909 ss.; sul tema della medicina difensiva v. MARCHISIO, *Evoluzione della responsabilità civile medica e "medicina difensiva"*, in *Riv. dir. civ.*, n. 1, 2020, 189 ss., spec. nota 36; GUERRA, *La "medicina difensiva": fenomeno moderno dalle radici antiche*, in *Politiche sanitarie*, n. 4, 2013, 221 ss.; POGGI, *La medicina difensiva: nozioni, problemi e possibili rimedi*, Modena, 2018; ALPA *et al.*, *La responsabilità sanitaria*, 2017, Pisa, spec. 239 ss.; SIMONETTI, *Medicina difensiva*, Napoli, 2015; GENOVESE e MARIOTTI, *Responsabilità sanitaria e medicina difensiva*, Rimini, 2013; BUSNELLI, *Bioetica e diritto privato*, Frammenti di un dizionario, Torino, 2001, spec. p. 218; GRANELLI, *Il fenomeno della medicina difensiva e la legge di riforma della responsabilità sanitaria*, in *Resp. civ. e prev.*, n. 2, 2018, 410 ss.; Id., *La medicina difensiva in Italia*, in *Resp. civ. e prev.*, n. 1, 2016, 22 ss.; ALESSANDRINI *et al.*, *Dal controverso "Decreto Balduzzi" alla proposta di riforma della responsabilità medico-sanitaria: il contrasto alla medicina difensiva nel più vasto scenario della crisi del rapporto medico-paziente*, in *Riv. inf. mal. prof.*, n. 1, 2016, 129 ss.; MINNITI, *Medicina difensiva e responsabilità civile sanitaria. Relazione tenuta in occasione del convegno organizzato dalla Camera Civile di Firenze "Medicina difensiva: male di oggi ma soprattutto di domani: quali rimedi?"*, 6 novembre 2015, Firenze, in *www.questionegiustizia.it*; D'ALESSANDRO, *Contributi del diritto alla riduzione della medicina difensiva*, in *Riv. it. med. leg.*, n. 3, 2014, 927 ss.; DE MARIA, *Il dito e la luna. Medicina difensiva, politiche pubbliche e responsabilità medica*, in *Riv. trim. scienza amm.*, n. 2, 2013, 101 ss.; BARTOLI, *I costi "economico-penalistici" della medicina difensiva*, in *Riv. it. med. leg.*, n. 4/5, 2011, pp. 1107 ss.; EUSEBI, *Medicina difensiva e diritto penale "criminogeno"*, in *Riv. it. Med. leg.*, 2011, 1085 ss.; ROJATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, Milano, 2012; MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, Pisa, 2014.

¹²² Per un caso di errore tradottosi nella rimozione di impianto uditivo dall'orecchio sano in luogo di quello affetto da tumore, v. C.conti, sez. Lombardia, 13 febbraio 2019 n.19.

curezza delle cure (per cui «la sicurezza delle cure è parte costitutiva del diritto alla salute ed è perseguita nell'interesse dell'individuo e della collettività»), è quello di un progressivo ritorno alla medicina difensiva c.d. positiva, poiché se il medico rimanesse impunito per colpa grave solo allorquando agisca e non si astenga, allora sarà indotto sempre ad attivarsi, anche quando non necessario

In realtà i rallentamenti da paura della firma e da medicina difensiva, che si vorrebbe combattere con norme come l'art.21, d.l. n.76, innegabilmente presenti dell'*agere* pubblico, traggono origine, conoscendo bene la P.A. e i suoi uomini e donne in vari contesti, da ben altre cause: iperproduzione normativa, farraginosità nella formulazione dei precetti, riduzione dei controlli preventivi, tortuosità dei percorsi decisionali dei funzionari pubblici anche in epoche telematiche, scarsa preparazione professionale frutto di assunzioni poco meritocratiche e di poco aggiornamento, insufficienza degli organici, a cui aggiungere anche l'età anagrafica o le fragilità di taluni pazienti più "rischiosi" di altri. Solo superando questi antichi problemi si può recuperare il "coraggio perduto della firma"¹²³, in quanto le limitazioni di responsabilità introdotte dal superficiale legislatore del 2020, parafrasando il noto enunciato Manzoni, non danno certo coraggio a chi non lo ha.

È dunque facile presagire che la modifica apportata dall'art. 21 in esame porterà, per un vasto arco temporale (auspicando che la norma, operante sino a giugno 2024, non diventi "regola" a regime, snaturando la responsabilità amministrativo contabile e la sua onotologica funzione di prevenzione e deterrenza soprattutto sulle condotte gravemente colpose), a minori iniziative delle Procure, anche nel campo sanitario, ad indagini più lunghe, penetranti e probanti e a più frequenti ed irragionevoli assoluzioni in sede giuscontabile per assenza di colpa grave in condotte commissive, o per assenza di dolo alla luce della novella e più restrittiva nozione di dolo contabile¹²⁴.

¹²³ La felice espressione è di POLICE, *Una nuova stagione per la Corte dei conti e per la sua funzione di garanzia "nelle fasi avverse del ciclo economico"*, in Riv. C. conti, 2020, 4, 1 ss.

¹²⁴ Sull'art. 21 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, la dottrina è univocamente critica: V. TENORE, *La nuova Corte dei conti*, cit., 419, che rimarca i vari profili di incostituzionalità del precetto; CANALE, *L'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa*, in CANALE, CENTRONE, FRENI, SMIRLOLO (a cura di), *La Corte dei conti. Responsabilità, contabilità, controllo*, Milano, 2022, II ed., 133 ss.; CANALE, *Il Decreto Semplificazioni e il regime transitorio in tema di responsabilità amministrativo-contabile: i chiaro-scuri della riforma*, Lectio magistralis tenuta alla Luiss il 25 marzo 2021, consultabile sul sito www.giuristidiamministrazione.com; CARBONE, *Problematiche e prospettive della responsabilità erariale: dalla gestione dell'emergenza epidemiologica all'attuazione del piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)*, cit.; GIORDANO, *La responsabilità amministrativa tra legge e necessità. Note sull'art. 21 d.l. n. 76/2020*, in Riv. C. conti, 2021, 1, 18 ss.; D'URSO, *La riforma del dolo nei giudizi di responsabilità dopo il d.l. n. 76/2020 (c.d. "decreto*

Tali restrizioni alla ordinaria responsabilità, se potrebbero apparire giustificabili per chi, in epoca di picchi Covid19, ha gestito, eroicamente, criticità straordinarie (addetti a strutture sanitarie, protezione civile), rappresenta invece un irragionevole privilegio per tutte le altre categorie di pubblici dipendenti che in nulla hanno mutato le proprie routinarie mansioni ed, anzi, le hanno viste sensibilmente ridotte e rallentate

Venendo alle due tipologie di elemento psicologico, mentre il "dolo" (anche nella sua forma di "dolo eventuale") non origina problemi interpretativi ed applicativi (soprattutto dopo la novella apportata dall'art.21, d.l. n.76 del 2020 cit. che lo ha penalisticamente qualificato come coscienza e volontà non solo della condotta, ma anche dell'evento dannoso), coincidendo, nonostante taluni tentativi volti a rivendicarne una autonomia dogmatica in sede contabile¹²⁵, con la nozione penalistica delineata dall'art. 43 c.p. (si pensi al caso, non fantasioso, di medici che asportino seni a donne sane solo per "fare cassa"), la più problematica (soprattutto in Sanità) *colpa grave* si configura non più a seguito della mera violazione di una obbligazione o di una norma, ma bensì quando, sebbene il danno sia oggettivamente prevedibile ed evitabile, il dipendente non ha posto in essere una diligenza minima, ovvero quello sforzo possibile che avrebbe impedito il verificarsi dell'evento, inosservando le elementari regole di prudenza o le basilari regole tecniche di una data professione.

In altre parole, secondo l'antico brocardo di Ulpiano, la colpa grave è la «massima negligenza, cioè il non intendere ciò che tutti intendono».

Il parametro medio di riferimento è costituito dal « dipendente o amministratore di ordinaria diligenza » addetto alle medesime mansioni, soggetto dotato di

Semplificazioni"), convertito dalla legge n. 120/2020, in Riv. C. conti, 2021, n. 2, 21; AMANTE, *La "nuova" responsabilità amministrativa a seguito del d.l. n. 76 del 2020*, in Urb. e appalti, 2021, 63; ATELLI et al., *Il dolo contabile dopo l'art. 21 del decreto-legge Semplificazioni fra contraddizioni e incoerenza di sistema*, in Riv. C. conti, 2020, n. 6, 28; BRIGUORI, *La sopravvivenza della giurisdizione della Corte dei conti tra scudo erariale e dolo "penalistico"*, in Azienditalia, 2021, 722; PAGLIARIN, *L'elemento soggettivo dell'illecito erariale nel "decreto semplificazioni"*: ovvero la "diga mobile" della responsabilità, in www.federalismi.it, 7 aprile 2021; CARBONE, *Una responsabilità erariale transitoriamente "spuntata". Riflessioni a prima lettura dopo il d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (c.d. "decreto semplificazioni")*, ibidem, 4 novembre 2020; MARRÈ, BRUNENGHI, *Prime riflessioni critiche sulla nuova responsabilità erariale nel decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 conv. in legge 11 settembre 2020, n. 120*, in Bilancio comunità persona, 2020, 2, 162 ss.; BENIGNI, *Prima lettura del d.l. n. 76/2020 tra formante legislativo e interpretazione costituzionalmente orientata*, in questa Rivista, 2020, 5, 3 ss.; D'ANGELO, *Il "nuovo" dolo erariale nelle prime decisioni del giudice contabile* (nota a Corte dei Conti, sez. I App., 2 settembre 2020, n. 234), in www.lexitalia.it, che ipotizza, con tesi audace, una perseguibilità per colpa lieve per le condotte omissive.

¹²⁵ C. conti, sez. III, 28 settembre 2004 n. 510 in *Foro amm.-CdS*, 2004, 2981, con note di CASO, *Il dolo comune e il dolo erariale*, e di VENTURINI, *Il dolo erariale: natura e incidenza*.

una preparazione ed una esperienza superiore a quella dell'« uomo medio », in quanto selezionato attraverso una rigorosa procedura concorsuale (che recluta soggetti, di regola, ben più preparati rispetto alla media della collettività o, per i medici pubblici, rispetto alla media dei medici sul mercato) e addetto a compiti pubblicistici di rilevanza sociale che impongono, per la predetta varietà di fonti vigenti nella P.A., una diligenza superiore all'« uomo della strada »¹²⁶.

Per la peculiare colpa grave medica assume poi, come si chiarirà di seguito, ruolo centrale l'art.5 della l. n.24 del 2017 ed il parametro dell'osservanza o meno delle *linee guida* ivi previsto.

L'accertamento da parte della Corte dei conti di tale colpa grave del medico va condotto dunque *ex ante* e in concreto, evitando forvianti apriorismi dogmatici ed avendo come costante riferimento la specificità della qualifica e delle mansioni svolte, notoriamente assai differenti tra loro nel variegato pubblico impiego ed in quello sanitario in particolare (connotato da diverse specializzazioni e da concorso di diversi sanitari in diagnosi, interventi e cure del paziente), e, come tali, richiedenti soglie minimali di attenzione assai diverse, anche in considerazione del più o meno complesso quadro normativo e tecnico (generale e settoriale) di riferimento¹²⁷.

Il concetto di gravità della colpa non rinviene la propria definizione in un addentellato normativo, ma si colora dei contenuti che il diritto vivente gli conferisce¹²⁸.

¹²⁶ La tesi è condivisa, sulla scorta di alcune recenti pronunce delle sezioni d'appello della Corte dei Conti, da SCHLITZER, *Profili sostanziali della responsabilità amministrativo-contabile*, AA.VV. (a cura di SCHLITZER), *L'evoluzione cit.*, 65.

¹²⁷ Sull'accertamento della colpa grave in concreto, in relazione alla tipologia delle funzioni e delle mansioni in concreto esercitate, v. anche PILATO, *La responsabilità amministrativa*, cit., 218 ss. Sul maggior rigore nella valutazione della colpa grave da parte della Corte in relazione a dipendenti assegnatari di funzioni e qualifiche più elevate, v. C. conti, sez. Lazio, 2 agosto 2002 n. 2205, in *Riv. C. conti*, 2002, f. 4, 226.

¹²⁸ Secondo i più recenti arresti giurisprudenziali (Cass., sez. IV penale, 18 maggio 2020, n. 15258), «*va ribadito che si può ragionevolmente parlare di colpa grave solo quando si sia in presenza di una deviazione ragguardevole rispetto all'agire appropriato, rispetto al parametro dato dal complesso delle raccomandazioni contenute nelle linee guida di riferimento, quando cioè il gesto tecnico risulti marcatamente distante dalle necessità di adeguamento alle peculiarità della malattia ed alle condizioni del paziente; e quanto più la vicenda risulti problematica, oscura, equivoca o segnata dall'impellenza, tanto maggiore dovrà essere la propensione a considerare lieve l'addebito nei confronti del professionista che, pur essendosi uniformato ad una accreditata direttiva, non sia stato in grado di produrre un trattamento adeguato e abbia determinato, anzi, la negativa evoluzione della patologia*». Ai sensi della giurisprudenza del giudice contabile, invece, la colpa grave «*si risolve nella massima e inescusabile negligenza, nel non intendere, non tanto "ciò che tutti intendono" (secondo il brocardo uplaneo), ma ciò che intendono i dipendenti pubblici addetti alle medesime mansioni*» (C. conti, sez. giur. Emilia-Romagna, n. 207/2021), nella macroscopica inosservanza dei doveri d'ufficio, nella deficienza volitiva, nel disprezzo degli elementari doveri di comportamento (*ex*

Un utile referente (sebbene non vincolante) per la individuazione di alcune macro-ipotesi di colpa grave è costituito, oltre che dalla giurisprudenza della Cassazione civile (2236 c.c.) e penale elaborata in altri rami del diritto, in cui viene in gioco tale peculiare elemento psicologico (analizzata negli altri Capitoli di questo volume), dall'ormai copiosa elaborazione delle sezioni riunite della Corte dei conti¹²⁹, e dal risalente ma sempre valido indirizzo di coordinamento 19 ottobre 1996, n. I.C./6 della Procura Generale della medesima Corte (una sorta di Circolare esplicativa)¹³⁰, che ravvisa tale elemento psicologico in caso di *errore professionale inescusabile*, che si configura in tre ipotesi fondamentali:

multis, C. conti, sez. giur. Toscana, n. 273/2019; id., sez. giur. Veneto nn. 103/2016 e 107/2015; id., sez. giur. Lombardia n. 1/2017). Nell'ambito di attività medica routinaria, C. conti, sez. Giur. Sicilia, n. 238/2008, per cui «*la colpa è grave quando non si presenti una situazione emergenziale, o quando il caso non implichi problemi di particolare difficoltà, ovvero ancora quando, come nel caso in esame, il medico abbia completamente omissso di compiere un'attività diagnostica e terapeutica routinaria, atta a scongiurare determinate complicazioni*».

¹²⁹ Tra le numerose sentenze delle sezioni riunite volte a dare una definizione generale di « colpa grave », si segnala C. conti, sez. riun., 21 maggio 1998, n. 23/A (in *Riv. C. conti*, 1998, f. 3, 128), secondo cui la colpa grave «*si fonda sull'evidente e marcata trasgressione degli obblighi di servizio o di regole di condotta, che sia ex ante ravvisabile dal soggetto e riconoscibile per dovere di ufficio e si concretizzi nell'inosservanza del minimo di diligenza richiesto nel caso concreto o in una marchiana imperizia, superficialità e noncuranza, e non sussistano oggettive ed eccezionali difficoltà nello svolgimento dello specifico compito d'ufficio*».

In termini sostanzialmente identici si esprime C. conti, sez. riun., 10 giugno 1997, n. 56/A (in *Riv. C. conti*, 1997, f. 6, 117), secondo cui «*affette da colpa grave vanno considerate quelle evidenti e marcate trasgressioni degli obblighi di servizio o di regole di condotta che siano ex ante ravvisabili e riconoscibili per dovere professionale d'ufficio, e che, in assenza di oggettive ed eccezionali difficoltà, si materializzano nell'inosservanza del minimo di diligenza richiesto nel caso concreto ovvero in una marchiana imperizia o in una irrazionale imprudenza*». Assai interessante è l'ulteriore enunciato di tale sentenza, secondo cui «*non ogni comportamento censurabile può integrare gli estremi della colpa grave, ma solo quelli contraddistinti da precisi elementi qualificanti, che – nella inconfigurabilità di un criterio generale – vanno accertati caso per caso dal giudice in relazione alle modalità del fatto, all'atteggiamento soggettivo dell'autore, nonché al rapporto tra tale atteggiamento e l'evento dannoso, di guisa che il giudizio di riprovevolezza della condotta venga in definitiva ad essere basato su di un *quid pluris* « rispetto ai parametri di cui agli artt. 43 c.p. e 1176 c.c. ».*

C. conti., sez. riun., 23 settembre 1997, n. 66 (in *Riv. C. conti*, 1997, f. 6, 127 e in *Foro amm.*, 1998, 1238) opta per una nozione oggettiva di colpa grave, rapportata non tanto al grado di coscienza e consapevolezza dell'agente, quanto al complesso dell'organizzazione amministrativa nel cui ambito si inserisce l'attività che si presume fonte di danno erariale ingiusto: ne consegue che il grado di colpevolezza richiesto è tanto più elevato quanto minore è la funzionalità complessiva della realtà organizzativa in cui l'illecito va a collocarsi. Sulla non incidenza della funzionalità dell'organizzazione amministrativa v. invece id., sez. II centrale, 14 gennaio 1997, n. 1, in *Riv. C. conti*, 1997, f. 4, 111.

¹³⁰ L'indirizzo di coordinamento 19 ottobre 1996, n. I.C./6 della Procura Generale della Corte dei conti è commenta in TENORE, *La nuova Corte dei conti*, cit., 587 ss. Tale indirizzo recepisce quasi testualmente l'elaborazione dottrinale di GARRI, *I giudizi*, cit., 155, all'epoca Procuratore Generale presso la Corte.

- a) a fronte di una erronea percezione di una realtà di diritto o di fatto che in base a dati obiettivi risulti che non poteva così essere intesa per carenza di elementi di dubbio (es. errore in intervento routinario e standardizzato su paziente giovane e in ottime condizioni di salute; finanziamento erroneamente erogato a fronte di inequivoco dato normativo ostativo; risarcimento danni per l'illegittima esclusione di una ditta da una gara sulla scorta di un macroscopico errore interpretativo del bando e della chiarissima legge, etc.). *A contrario*, la colpa grave (e, a maggior ragione, il dolo) non sussiste in caso di errore applicativo o interpretativo scusabile;
- b) quando la percezione stessa sia stata frutto di una scelta che abbia dato prevalenza all'erroneo proprio opinamento, senza tener conto di istruzioni, indirizzi, prassi e pronunce esistenti. In tali ipotesi si riscontra una (gravemente) colpevole inerzia nell'attivazione dell'attività conoscitiva che avrebbe evitato il dannoso errore professionale (es. mancata valutazione di interventi o manovre mediche alternative note; non ragionevole inosservanza di *linee guida*; mancata o parziale valutazione di risultanze istologiche o di analisi effettuate; proposizione di un appello avverso una sentenza assolutamente fondata e conforme ad univoco indirizzo giurisprudenziale, con conseguente condanna al pagamento delle spese di lite, etc.);
- c) quando il comportamento sia conseguenza della mancata acquisizione di queste istruzioni, indirizzi, prassi, linee guida e pronunce, pur esistenti o della equivalente evenienza di una ricerca e considerazione, tra le stesse del solo documento conforme a scelta già effettuata (es. adozione di una scelta gestionale dannosa sulla scorta di un isolato e datato precedente in letteratura, superato dall'univoco successivo sviluppo della scienza medica)¹³¹.

¹³¹ Per il danno erariale nascente dalla ricerca e considerazione tra le istruzioni, indirizzi, prassi e pronunce del solo documento conforme a scelta già effettuata, cfr. C. conti, sez. Toscana, 21 marzo 1997, n. 249, in *Riv. C. conti*, 1997, f. 3, 102.

Sulla irrilevanza, ai fini della buona fede, dell'essersi conformati a prassi pregresse cfr. C. conti, sez. riun., 27 marzo 1995, n. 17/A, in *Riv. C. conti*, 1995, f. 2, 66; id., sez. Emilia Romagna, 29 gennaio 2002, n. 282, in *Riv. C. conti*, 2002, f. 1, 198; id., sez. Campania, 8 novembre 1999, n. 72, in *Riv. C. conti*, 2000, f. 1, 119; id., sez. II, 3 febbraio 1999, n. 35, in *Comuni Italia*, 1999, 946; id., sez. riun., 27 marzo 1995, n. 17/A, in *Riv. C. conti*, 1995, f. 2, 66; id., sez. II, 16 gennaio 1989, n. 3, in *Riv. C. conti*, 1989, f. 1, 115. *Contra*, per la rilevanza scriminante della prassi, soprattutto se *praeter legem*, v. C. conti, sez. Umbria, 12 luglio 2001, n. 315, in *Riv. C. conti*, 2001, f. 3, 182; id., sez. Basilicata, 6 ottobre 1998, n. 312, in *Riv. C. conti*, 1998, f. 5, 77; id., sez. I, 1 giugno 1994, n. 97, in *Riv. giur. scuola*, 1995, 356. Sul tema REBECCHI, *Prassi contra legem e responsabilità amministrativo-contabile: valore scriminante della colpa grave?*, in *Riv. C. conti*, 1999, f. 2, 194. La prassi assume comunque rilevanza ai fini dell'esercizio del potere riduttivo dell'addebito.

La giurisprudenza contabile ha in molti contenziosi vagliato la sussistenza della colpa grave medica, chiarendo che con particolare riferimento alle attività materiali, quale, appunto, quella tipicamente sanitaria, la condotta può essere valutata come gravemente colposa allorché il comportamento sia stato del tutto anomalo ed inadeguato, tale, cioè, da costituire una devianza macroscopica dai canoni di diligenza e perizia tecnica e da collocarsi in posizione di sostanziale estraneità rispetto al più elementare modello di attività volta alla realizzazione degli interessi cui gli operatori pubblici sono preposti. Insomma, per configurare ipotesi di responsabilità a carico del medico, non basta che il comportamento sia stato riprovevole in quanto non rispondente perfettamente alle regole della scienza e dell'esperienza, ma è necessario che il medico, usando la dovuta diligenza, abbia potuto prevedere e prevenire l'evento verificatosi; perché, quindi, possa parlarsi di responsabilità per colpa grave si deve accertare che si siano verificati errori non scusabili per la loro grossolanità o l'assenza delle cognizioni fondamentali attinenti alla professione, ovvero il difetto di quel minimo di perizia tecnica che non deve mai mancare in chi esercita la professione sanitaria e, comunque, ogni altra imprudenza che dimostri superficialità e disinteresse per i beni primari affidati alle cure di prestatori d'opera¹³².

Va tuttavia ben rimarcato che, a fronte di questi generali rilievi valevoli per qualsiasi pubblico dipendente convenuto innanzi alla Corte dei conti, l'accertamento della colpa grave per un sanitario assume una nuova coloritura alla luce dell'art.5 della novella L. n.24 del 2017 e del parametro delle *linee guida* ivi previsto¹³³.

¹³² Sul punto, tra le tante, C. conti, sez. III app., 10 novembre 2004 n.601 cit. Per una applicazione in caso di parto, v. C. conti, sez. giur. Toscana, 21 marzo 2002 n.179, in *Ragusan*, 2003, n.231-2, 226.

¹³³ Sul peso delle linee guida nella determinazione del *quantum* risarcibile in sede civile v. HAZAN, ZORZIT, *Responsabilità civile della struttura e dell'esercente la professione sanitaria*, in AA.VV. (Benci ed altri), *Sicurezza delle cure e responsabilità sanitaria, commento alla legge 24/2017*, Quotidiano Sanità, 2017, 107 ss. In chiave dubitativa, gli attenti autori si domandano: “*Vien dunque da chiedersi: posto che, per definizione, la “colpa” consiste nella inosservanza delle “regole dell’arte”, come è possibile che il medico che ha applicato le linee guida (pertinenti al caso di specie) risponda comunque? L’art. 7, parlando di “determinazione del risarcimento” sembra infatti dare per scontato l’an (che, cioè, un obbligo risarcitorio sussista egualmente). Una prima ipotesi potrebbe essere quella del professionista che abbia seguito alla lettera le “prescrizioni” astratte e, tuttavia, abbia commesso un errore materiale nella loro esecuzione; si potrebbe sostenere che, in questo caso, egli si è comunque “attenuto” alle linee guida, salvo aver sbagliato nella loro concreta “messa in opera”. O, ancora, si può pensare a quelle (frequenti) situazioni in cui la linea guida lasci al sanitario margini, spazi di discrezionalità e scelta (ad es. tra più strumenti percorsi) ed egli opti per la soluzione in concreto meno idonea. Resta poi da chiedersi cosa accada nell’ipotesi in cui il medico (o comunque l’esercente la professione sanitaria) non abbia seguito le linee guida: anche qui si aprono due diversi scenari. Se erano controindicate in ragione delle peculiarità della fattispecie (o*

Difatti, tale norma è destinata a divenire un basilare referente per qualsiasi giudice (civile, penale, contabile, ma anche in sede disciplinare interna) che debba, a monte, acclarare l'elemento psicologico della azione (o omissione) di un medico autore di un fatto di *malpractice*. Ma la norma dell'art.5 rileva anche, a valle, ai fini della determinazione giudiziale del *quantum* del danno civile ex art.7, co.3, L. n.24 e, a nostro avviso, del danno erariale.

Recita la norma: *“Gli esercenti le professioni sanitarie, nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale, si attengono, salve le specificità del caso concreto, alle raccomandazioni previste dalle linee guida pubblicate ai sensi del comma 3 ed elaborate da enti e istituzioni pubblici e privati nonché dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministro della salute, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, e da aggiornare con cadenza biennale. In mancanza delle suddette raccomandazioni, gli esercenti le professioni sanitarie si attengono alle buone pratiche clinico-assistenziali”*.

L'osservanza delle raccomandazioni di tali *linee guida* esclude la punibilità per i reati di omicidio o lesioni colpose (art.590-*quinquies* c.p., introdotto dall'art.6, L. n.24), e assume nel contempo basilare rilevanza in sede civile per la determinazione del danno (art.7, co.3, L. n.24).

Se, dunque, tali *linee guida* assumono centrale rilevanza in sede penale e civile¹³⁴ (e, implicitamente, in sede disciplinare), fatalmente rappresenteranno anche per la Corte dei conti il principale parametro per valutare la colpa grave del medico ed il *quantum* del danno ascrivibile, anche se la giurisprudenza contabile, sotto la vigenza della legge Balduzzi n.158 del 2012, ha comunque

se erano addirittura espressione di esigenze economiche, non compatibili con la tutela del paziente) nulla questo: non si potrà muovere al medico nessun rimprovero (sempreché, ovviamente, la sua condotta non sia stata per altro verso comunque negligente, diligente o imperita). Ma se esse erano confacenti al caso? Si potrebbe addirittura ipotizzare una colpa grave ex se? E la regola secondo la quale il risarcimento dovrebbe tener conto della condotta vuol forse alludere alla possibilità, in consimili casi, di adottare un meccanismo “para punitivo”, tale da aggravare la portata risarcitoria ordinaria?”.

¹³⁴ È opinione comune in giurisprudenza che le guidelines, pur dopo il loro riconoscimento normativo, avvenuto già con l'art. 3, comma 1 del d.l. n. 158/2012, conv. in legge n. 189/2012 (c.d. decreto Balduzzi) e ora con l'art. 5 della legge n. 24 (con l'evidente scopo di delimitare la responsabilità del sanitario, nell'ottica della medicina difensiva), pur non avendo la valenza di norma dell'ordinamento, costituiscono «espressione di parametri per l'accertamento della colpa medica, che contribuiscono alla corretta sussunzione della fattispecie concreta in quella legale disciplinata da clausole generali, quali quelle contenute negli artt. 1218 e 2043 c.c.» (cfr. Cass. civ., sez. III, 29 aprile 2022, n. 13510).

rivendicato l'autonomia valutativa della Sezione giurisdizionale giudicante sulla colpa grave anche a fronte della inosservanza di tali linee guida codificate¹³⁵. In particolare, si è chiarito che *“nel caso della responsabilità amministrativa per danno sanitario va dimostrata la colpa grave del convenuto nel caso specifico, e pertanto vanno indicati gli elementi di prova in base ai quali, sul caso concreto, l'accusa ritiene che vi sia stata violazione delle buone pratiche mediche. Non appare, dunque, 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 stata sicuramente connotata da colpa grave”*¹³⁶.

Tale indirizzo ha poi ulteriormente specificato che *“ai fini della valutazione del nesso causale tra la condotta dei sanitari e il danno indiretto per malpractice medica, non è sufficiente contestare una condotta difforme dalle linee guida prodotte in giudizio dalla parte pubblica (nel caso in cui si dimostri che le stesse sono accreditate presso la comunità scientifica), ma spetta al Pubblico Ministero la dimostrazione positiva che le scelte diagnostiche e chirurgiche operate nel caso concreto si sono poste quale causa efficiente diretta del disagio arrecato al paziente, o ai pazienti, che ha portato alla richiesta di risarcimento del danno liquidato dalla struttura aziendale pubblica”*. Tale ultima sentenza si segnala, altresì, per aver evidenziato che *“il concetto di colpa grave si differenzia tra l'ambito penalistico (dove per l'esimente in parola viene in rilievo la sola imperizia, non estendendosi anche ad errori diagnostici per negligenza o imprudenza;*

¹³⁵ Del resto le sezioni penali della Corte di Cassazione (Cass. pen. n. 35922 del 2012; Cass. pen. sent. n. 16237 del 2013; Cass. pen. n. 35922 del 2012) hanno costantemente affermato che le *linee guida* contengono indicazioni generali riferibili al caso astratto e che il medico è sempre tenuto ad esercitare le proprie scelte alla luce delle circostanze peculiari che caratterizzano il caso concreto e la specifica situazione del paziente, al di là delle regole previste nei protocolli medici che costituiscono dunque solo un atto di indirizzo e non un salvacondotto per il medico. Dunque le linee guida, sebbene rappresentino un parametro importante nell'accertamento della colpa, purché siano accreditate nella comunità scientifica, non eliminano la discrezionalità del giudice che resta libero di valutare se le circostanze concrete esigano una condotta diversa da quella prescritta dalle stesse linee guida, ovvero qualora il medico non rispetti le linee guida il giudice dovrà comunque accertare, anche con l'ausilio di consulenza preordinata a verificare eventuali peculiarità del caso concreto, se tale inosservanza sia stata determinante nella causazione dell'evento lesivo o se questo, tenuto conto della complessiva condizione del paziente, era comunque in ogni caso inevitabile e, come tale rientrando nel caso fortuito.

¹³⁶ C. conti, sez. giur. Emilia-Romagna, 7 aprile 2016 n. 49, in www.corteconti.it, ripresa e condivisa da id., sez. Giur. Emilia-Romagna, 2 maggio 2016, n. 74 e id., da id., sez. Puglia, 30 ottobre 2022 n.637. In dottrina PERIN, *La responsabilità amministrativa del personale sanitario: per affermare la responsabilità amministrativa nell'azione di rivalsa non è sufficiente la sola violazione delle buone pratiche mediche*, in *LexItalia.it*, pag. <http://www.lexitalia.it/a/2017/92437>.

Cass. Pen. 27.04.2015, n. 26996) e l'ambito giuscontabile (dove la colpa grave del medico sussiste per errori non scusabili per la loro grossolanità o l'assenza delle cognizioni fondamentali attinenti alla professione o il difetto di un minimo di perizia tecnica e ogni altra imprudenza che dimostri superficialità; Sez. III App., n. 601/2004), con ciò introducendo una valutazione ad ampio spettro dell'elemento soggettivo nella responsabilità medica sul piano erariale¹³⁷.

Del resto, lo stesso art.5, fa “salve le specificità del caso concreto”, rendendo le linee guida un parametro autorevole, ma solo tendenziale, per valutare la colpa grave. Come rimarcato da attenta dottrina¹³⁷, se diviene ardua la configurazione di una colpa grave nel comportamento di un sanitario che si sia attenuto al contenuto delle linee guida, “viceversa, la scelta di non attenersi, ignorando il compito, seppure non vincolante, di orientamento nella valutazione dell'interprete che ricoprono, pur non determinando automaticamente la dimostrazione della colpa grave dell'agente, costituisce un indizio circa la possibile presenza della stessa”.

In epoca di pandemia Covid19, lo stato emergenziale in cui i sanitari hanno eroicamente operato può ben essere valutato, come sopra detto, ai fini del potere riduttivo dell'addebito ma, addirittura, ai fini dell'esclusione della colpa grave.

Per chiudere sull'elemento psicologico, va ricordato che particolare rilevanza assume poi nel campo sanitario (e non solo in casi di *malpractice*, ma anche per attività gestionali amministrative, quali incarichi, gare o omessa riscossione di *ticket*¹³⁸), in capo ai medici apicali (Primari, dirigenti di struttura semplice o complessa, capi *equipe* e, a maggior ragione, Direttori Generali, direttori amministrativi e sanitari) la c.d. *culpa in vigilando* sui colleghi, su specializzandi¹³⁹ e su infermieri, ovvero per omesso, inadeguato o tardivo controllo sulla condotta dei propri subordinati, tradottasi in un danno per l'erario. Essa va valutata con estrema attenzione e in concreto, non come una “responsabilità oggettiva”, ma tenendo conto della complessità organizzativa, dei rispettivi ruoli dei soggetti coinvolti e delle peculiarità di ciascuna attività o procedimento.

¹³⁷ POLICE e FRATTO ROSI GRIPPAUDO, *La responsabilità medica – La responsabilità erariale del personale sanitario*, cit., 479.

¹³⁸ Per alcuni interessanti casi di corresponsabilità dei vertici Aziendali per omesso introito di ticket sanitari, v. v. C. conti, sez. II app., 15 febbraio 2021 n.5; id., sez. Lombardia, 7 ottobre 2019 n. 245; id., sez. Campania, 1 dicembre 2020 n.570.

¹³⁹ Per l'esclusione di colpa grave in capo a medico militare per *culpa in vigilando* su uno specializzando, capitano medico, per la dimenticanza nella rimozione di un sondino di drenaggio (sondino di Redon) posizionato durante un intervento chirurgico, v. C. Conti, sez. giur. Lazio, 11 settembre 2012 n. 881, in *www.corteconti.it*.

Più in dettaglio, tale *culpa in vigilando* è stata esclusa:

- a) qualora il dipendente tenuto alla vigilanza sia stato contemporaneamente investito della direzione di più uffici o reparti di nuova istituzione, venendosi così a trovare in una situazione di obiettiva difficoltà per il cumulo di impieghi gravosi e cogenti cui assolvere con organici largamente incompleti e inadeguati¹⁴⁰;
- b) qualora il dirigente di un ufficio di grandi dimensioni non poteva avvedersi dell'errore commesso dal proprio subordinato se non attraverso una revisione – pratica per pratica – del lavoro compiuto dall'intero ufficio¹⁴¹, tematica assai rilevante per Primari di strutture di vaste dimensioni;
- c) qualora la condotta del dipendente subordinato dannosa per l'erario sia caratterizzata da una particolare callidità nei meccanismi fraudolenti posti in essere dai subordinati o collaboratori, tale da non consentire un agevole riscontro da parte del dirigente e da divenire così causa esclusiva dell'evento¹⁴²;
- d) qualora il dirigente « vigilante » abbia da breve tempo assunto l'incarico¹⁴³.

5.1. Il nesso causale

Il nesso causale in sede amministrativo-contabile non presenta divergenze rispetto alla categoria logico-giuridica ampiamente esplorata in sede civile e

¹⁴⁰ C. conti, sez. I centrale, 16 luglio 1998, n. 225, in *Panorama giuridico*, 1998, n. 4, 46. Secondo C. conti, sez. I, 18 febbraio 1993, n. 15 (in *Riv. C. conti*, 1993, f. 1, 75), deve essere esclusa la « *culpa in vigilando* » del direttore di conservatoria dei registri immobiliari per il pregiudizio erariale conseguente alle irregolarità compiute dall'addetto alla cassa dell'ufficio medesimo, qualora le attività *contra legem* di quest'ultimo impiegate siano perpetrate con attenti artifici contabili ed il convenuto debba contemporaneamente attendere alla reggenza di due uffici.

¹⁴¹ C. conti, sez. III centrale, 23 luglio 1996, n. 320/A, in *Riv. C. conti*, 1996, f. 5, 96. Sul principio secondo cui sul dirigente non incombe un onere generalizzato di controllo analitico di tutte le singole pratiche d'ufficio (fattispecie di omesso puntuale accertamento fiscale da parte di funzionario dell'ufficio delle imposte in relazione al quale il direttore sia stato imputato di mancata vigilanza), v. C. conti, sez. I, 6 luglio 1993, n. 103, in *Riv. C. conti*, 1993, f. 4, 69 e in *Fin. loc.*, 1994, 777; id., sez. II, 6 febbraio 1990, n. 61, in *Riv. C. conti*, 1990, f. 1, 107.

¹⁴² Per la rilevanza della callidità nell'occultamento del danno al proprio dirigente v. C. conti, sez. I app., 4 novembre 2002, n. 376/A, in *Riv. C. conti*, 2002, f. 6, 122; id., sez. Sicilia, 12 gennaio 1999, n. 10, in *Riv. C. conti*, 1999, f. 2, 11; id., sez. III, 6 novembre 1998, n. 275; id., sez. III, 23 luglio 1998, n. 192, in *Riv. C. conti*, 1998, f. 4, 88; id., sez. Emilia Romagna, 6 maggio 1997, n. 281, in *Riv. C. conti*, 1997, f. 5, 145; id., sez. Toscana, 15 novembre 1996, n. 558, *ivi*, 1997, f. 1, 98; id., sez. I, 27 marzo 1991 n. 112, in *Riv. C. conti*, 1991, f. 2, 74; id., sez. I, 10 ottobre 1990, n. 194, in *Riv. C. conti*, 1990, f. 5, 81.

¹⁴³ Danno rilevanza alla brevità dell'incarico C. conti, sez. III, 6 novembre 1998, n. 275; id., sez. III, 23 luglio 1998, n. 192, in *Riv. C. conti*, 1998, f. 4, 88.

penale¹⁴⁴. La giurisprudenza della Corte dei conti ha pertanto sostanzialmente recepito, senza particolari (e sovente inutili) approfondimenti, gli orientamenti dottrinali e della Corte di Cassazione in materia, ai quali è dunque sufficiente rinviare¹⁴⁵ ed il tema ha avuto qualche peculiare rilievo, come è intuibile, in

¹⁴⁴ Sul nesso causale è sufficiente il rinvio alla ampia e aggiornata bibliografia citata da TASSONE, *Responsabilità contrattuale, prova del nesso e "più probabile che non"*, nota a Cass., sez. III, 14 novembre 2017, n. 26824, in *Foro it.*, 2018, I, 557; TRAVAGLINO, *La questione dei nessi di causa*, Milano, 2012; TENAGLIA, *La selezione dei fattori condizionanti l'evento nel giudizio di causalità: un problema sempre aperto*, in *www.amcorteconti.it*. In generale, tra i penalisti, BARBIERI, *Omissione di interventi diagnostici o terapeutici ed accertamento del nesso di causalità* (nota a Cass., sez. IV pen., 19 dicembre 2000), in *Giur. it.*, 2001, II, 1690; LORE, FINESCHI, *Lesione personale ed aborto: nuovi e vecchi problemi in tema di nesso causale*, in *Riv. it. med. leg.*, 1987, 96; AGAZZI, *La spiegazione causale di eventi individuali (o singoli)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, f. 30, 393; MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, Padova, 2001, 145 ss., 161 ss.; DI GIOVINE, *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico al vaglio delle sezioni unite* (nota a Cass., sez. un. pen., 11 settembre 2002 n. 30328), in *Foro it.*, 2002, II, 608; MONTAGNI, *La responsabilità penale per omissione. Il nesso causale*, Padova, 2002. Tra i numerosi studi civilisti, v. GERI, *Il rapporto di causalità in diritto civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 1983, 187, 297; DI GIOVANNI, *Causalità, danno e giudizio ipotetico*, in *Rass. giur. Enel*, 1986, 892; FEDI, *Nesso di causalità: nuove prospettive della giurisprudenza di cassazione* (nota a sent. Cass., sez. III, 7 gennaio 1991, n. 60), in *Giust. civ.*, 1991, I, 3023; BIANCA, *Diritto civile, 5, La responsabilità*, Milano, 1994, 128 ss.; SCODITTI, *Danni conseguenza e rapporto di causalità* (nota a Cass., sez. I, 15 ottobre 1999, n. 11629), in *Foro it.*, 2000, I, 1919; IZZO, *Storie di (stra)ordinaria causalità: rischio prevenibile ed accertamento della causalità giuridica in materia di responsabilità extracontrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, I, 49; CAPECCHI, *Il nesso di causalità*, Padova, 2002; FACCÌ, *Il nesso di causalità e la funzione della responsabilità civile* (nota a Cass., sez. III, 24 aprile 2001, n. 6023), in *Resp. civ. e prev.*, 2002, II, 144; DE RENTIS, *La verifica del nesso eziologico nell'illecito aquiliano* (nota a Cass., sez. II, 12 ottobre 2001, n. 12431), in *Giur. it.*, 2002, I, 1145.

La dottrina giuscontabile e la stessa giurisprudenza della Corte dei conti si sono sostanzialmente tarate sui consolidati indirizzi civilistici e penalistici: v. i richiami giurisprudenziali rinvenibili in TENORE, *La nuova Corte dei conti*, cit., 450; IADECOLA, *Il nesso causale*, in CANALE, CENTRONE, FRENI, SMIROLDO (a cura di), *La corte dei conti*, Milano II, ed., 2022, 123 ss.; PILATO, *La responsabilità amministrativa*, cit., 160 ss. (l'Autore si sofferma in particolare sulla «causalità procedimentale», ovvero l'apporto causale dato dai vari soggetti coinvolti nell'iter procedimentale che ha portato alla scelta dannosa); POLICE, *La disciplina attuale della responsabilità amministrativa*, in SCOCA, *La responsabilità amministrativa*, cit., 105 ss.; MADDALENA, *Responsabilità civile e amministrativa: diversità e punti di convergenza dopo le L. 19 e 20 del 1994*, in *Cons. Stato*, 1994, II, 1436 ss.

¹⁴⁵ Tra le pronunce che hanno indugiato, più di altre, in riflessioni sul nesso causale, si segnalano: C. conti, sez. II app., 15 marzo 2022, n. 98; id., sez. Sicilia, 24 marzo 2022, n. 287; id., sez. I app., 20 settembre 2021, n. 350; id., sez. III app., 30 luglio 2021, n. 350; id., sez. Trentino-Alto Adige, Bolzano, 29 gennaio 2021, n. 2 (su *culpa in vigilando* di un insegnante); id., sez. II app., 2 aprile 2021 n.111; id., sez. Lombardia, 11 gennaio 2012, n. 24, in *www.corteconti.it*; id., sez. Lombardia, 29 settembre 2006, n. 521, *ivi*; id., sez. Toscana, 9 ottobre 1996, n. 492, in *Riv. C. conti*, 1997, f. 1, 93; id., sez. I, 24 luglio 1997, n. 159, in *Riv. C. conti*, 1997, f. 6, 141; id., sez. Sicilia, 6 luglio 1998, n. 237, in *Riv. C. conti*, 1998, f. 5, 80; id., sez. Toscana, 26 agosto 1999, n. 1007, in *Riv. C. conti*, 1999, f. 5, 85; id., sez. Puglia, 1 febbraio 2001, n. 82. V. anche i richiami giurisprudenziali rinvenibili in POLICE, *La disciplina attuale della responsabilità amministrativa*, in SCOCA, *La responsabilità amministrativa*, cit., 105 ss.

contenziosi in materia di *malpractice* medica, su cui è destinata ad incidere la novella della legge Gelli n. 24 del 2017¹⁴⁶.

In particolare, circa il nesso causale la giurisprudenza della Corte dei conti ha fatto riferimento alle disposizioni cardine del nostro ordinamento, l'art. 1223 del c.c. (danno che del fatto illecito, nella specie l'inadempimento, sia «conseguenza immediata e diretta») e, in particolar modo, gli artt. 40 ss. del codice penale («nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l'evento dannoso o pericoloso da cui dipende l'esistenza del reato non è conseguenza della sua azione od omissione») e 41 («il concorso di cause preesistenti o simultanee o sopravvenute, anche se indipendenti dall'azione od omissione del colpevole non esclude il rapporto di causalità fra l'azione od omissione e l'evento. Le cause sopravvenute escludono il rapporto di causalità quando sono state da sé solo sufficienti a determinare l'evento»).

Pertanto si è evidenziata, sul piano giurisprudenziale¹⁴⁷, la sufficienza di un qualsiasi apporto causale al determinarsi di un effetto dannoso, perché emerga e sussista il nesso eziologico tra condotta del soggetto agente ed evento dannoso per l'Erario: nel campo giuscontabile il criterio dell'immediatezza viene esteso, considerando rilevanti anche gli eventi indiretti e mediati, purché però siano effetto normale della condotta (principio c.d. della regolarità causale). In particolare, nell'ipotesi di concorso di cause (pluralità di fatti dannosi, imputabili a più persone e succedutisi nel tempo), si riconosce efficienza causale nei confronti di

¹⁴⁶ Sul tema ZORZIT, *Il nesso causale in sanità: continuità o cambiamento?*, in GELLI, HAZAN, ZORZI, *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, Milano, 2017, 287 ss. In giurisprudenza, tra le tante, v. C. conti, sez. Lombardia, 28 dicembre 2017, n. 191, secondo cui «La valutazione della sussistenza del nesso causale fra evento dannoso e condotta antigiridica nei casi di responsabilità medica si è oggi assestata sul criterio, condiviso da questo Collegio, secondo cui assume rilevanza "l'alto o elevato grado di credibilità razionale" o "probabilità logica" (cfr. sez. app. Sicilia 6 dicembre 2007, n. 303; sez. Toscana 31 agosto 2007, n. 802 e sez. Lazio 12 gennaio 2010, n. 36) ovvero, come richiamato dalla giurisprudenza penale, la "probabilità prossima alla certezza" (cfr. Cass. pen., SS.UU. n. 30328 del 10 luglio 2002). Il nesso causale, in altri termini, sussiste qualora, a seguito di un giudizio condotto sulla base di una generalizzata regola di esperienza o di una legge scientifica universale o statistica emerga che, ipotizzandosi come realizzata dall'operatore sanitario la condotta doverosa impeditiva dell'evento, questo non si sarebbe verificato, ovvero si sarebbe verificato, ma in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva. Spetta all'organo giudicante fare applicazione di tale criterio al caso concreto, così che, esclusa l'interferenza di fattori alternativi, la pronuncia sarà di addebito ove, all'esito del ragionamento probatorio, risulti "processualmente certa" la conclusione che la condotta del medico sia stata condizione necessaria dell'evento lesivo con "alto o elevato grado di credibilità razionale o probabilità logica" (Cass. Pen., SS.UU., n. 30328 del 2002 cit.)».

¹⁴⁷ C. conti, sez. I app., 24 febbraio 2015, n. 189 a cui *adde* id., sez. III app., 4 febbraio 2011, n. 132; id., sez. II app., 16 gennaio 1984, n. 9; id., sez. Toscana, 15 gennaio 2001, n. 54 e 26 agosto 1999, n. 1004.

tutti coloro che abbiano determinato una situazione tale che, senza il loro apporto, l'evento non si sarebbe verificato.

Sovente in tema di responsabilità medica vengono richiamati gli approdi della giurisprudenza delle sezioni unite civili (cfr. sentenza n. 581/2008)¹⁴⁸ sul c.d. “più probabile che non”, per cui il giudice civile può affermare l'esistenza del nesso causale tra illecito e danno anche soltanto sulla base di una prova che lo renda probabile, a nulla rilevando che tale prova non sia idonea a garantire una assoluta certezza, come in sede penale, “al di là di ogni ragionevole dubbio”¹⁴⁹.

Pertanto, la giurisprudenza contabile ha più di una volta seguito quella della Corte di Cassazione civile, per la quale la verifica del nesso causale tra la condotta e il fatto dannoso deve compiersi sulla scorta del criterio del “più probabile che non”, conformandosi ad uno *standard* di certezza probabilistica che, in materia civile, “non può essere ancorato alla determinazione quantitativa-statistica delle frequenze di classi di eventi (cd. probabilità quantitativa o pascaliana) la quale potrebbe anche mancare o essere inconferente, ma va verificato riconducendone il grado di fondatezza all'ambito degli elementi di conferma (e, allo stesso tempo, di esclusione di altri possibili alternativi) disponibili nel caso concreto (c.d. probabilità logica o baconiana)”¹⁵⁰. Peraltro, secondo una giurisprudenza, il principio probabilistico – pur se accettato ai fini della sussistenza del

¹⁴⁸ Vedasi anche in chiave riassuntiva Cass., sez. III, 19 gennaio 2016, n. 768 secondo cui per “consolidata giurisprudenza di questa Suprema Corte: a) i principi generali che regolano la causalità materiale (o di fatto) sono anche in materia civile quelli delineati dagli artt. 40 e 41 c.p. e dalla regolarità causale; b) ciò che differenzia l'accertamento del nesso causale in sede penale ed in sede civile è la regola probatoria, valendo per il primo il principio dell'“oltre ogni ragionevole dubbio”, mentre nel secondo vale il principio della preponderanza dell'evidenza o “del più probabile che non”, fermo restando che la regola della “certezza probabilistica” non può essere ancorata esclusivamente alla determinazione quantitativa-statistica delle frequenze di classe di eventi (c.d. probabilità quantitativa), ma va verificata riconducendo il grado di fondatezza all'ambito degli elementi di conferma disponibili nel caso concreto (c.d. probabilità logica)”. Vedansi anche in *terminis* Cass., sez. lav., 2 agosto 2017, n. 19270 e id., sez. VI, 24 ottobre 2017, n. 25119, in *Ced Cassazione*. Da ultimo Cass., sez. III, 14 novembre 2017, n. 26824, in *Foro it.*, 2018, I, 557, con chiara nota di TASSONE cit.

¹⁴⁹ Sul “più probabile che non” v. C. conti, sez. Puglia, 30 ottobre 2022 n.637/ord. (in *lexitalia*, 2022, con nota di PERIN, *Anche con la legge Gelli Bianco resta confermata la giurisdizione della Corte dei conti per i pregiudizi finanziari pubblici conseguenti alla malpractice sanitaria*) che richiama C. conti, sez. giur. Emilia-Romagna, sent. n. 104/2014 e id., sez. Giur. Veneto, n. 53/2019; id., III/A, n. 221/2020; v. anche id., sez. Abruzzo, 28 maggio 2015, n. 53 distingue, in termini generali, la prova presuntiva e probabilistica in sede civile ed amministrativo-contabile, rispetto alla “certezza” tipica del sistema penale. Nello stesso senso, in termini di inquadramento sistematico della questione di massima proposta, cfr. C. conti, sez. riun., 18 giugno 2015, n. 28. Vedasi anche id., sez. Lombardia, 14 ottobre 2015, n. 173 e id., 14 ottobre 2016, n. 172; id., sez. Piemonte, 13 aprile 2016, n. 84; id. sez. Puglia, n. 329/2017; id. sez. II app. n. 191/2017; id., sez. III app., 3 ottobre 2016, n. 464, che richiama C. conti, I app., 412 e 449 del 2010 nonché III app., n. 819 del 2011.

¹⁵⁰ Cass. civ., sez. III, 27 luglio 2021, n. 21530, che ha richiamato anche la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 21 giugno 2017 in causa C-621/15 in tema di responsabilità da prodotto difettoso.

nesso eziologico tra condotta (attiva o omissiva) ed evento di danno, costituisce altresì criterio idoneo per l'applicazione del potere di riduzione dell'addebito¹⁵¹.

6. Il giudizio innanzi alla Corte dei conti e le novità introdotte dalla L. n.24 del 2017: termini decadenziali, limiti probatori, tetti all'importo della condanna

Dopo l'analisi dei presupposti “sostanziali” della responsabilità amministrativo-contabile del sanitario pubblico per danni arrecati alla sua Azienda per casi di *malpractice*, va analizzato il profilo processuale, ovvero il giudizio innanzi alla Corte dei conti regolato in via generale dal d.lgs. 26 agosto 2016 n.174 (codice della giustizia contabile), alla luce delle settoriali novità, non del tutto condivisibili e a forte rischio di incostituzionalità (per talune di esse), introdotte dalla legge 8 marzo 2017 n.24 (c.d. riforma Gelli). Come si è detto nel precedente paragrafo 2, i profili sostanziali e processuali sono tra di loro fortemente connessi, circostanza che ha ricadute in punto di regime intertemporale sulla applicabilità della novella Gelli del 2017 nel suo complesso (sostanziale e processuale) ai giudizi contabili¹⁵².

Va preliminarmente ribadito che il giudizio innanzi alla Corte dei Conti, come già ricordato nella parte finale del paragrafo 2, non subisce interferenze dall'eventuale parallelo giudizio di *rivalsa* civile (contrattuale) intrapreso innanzi all'a.g.o. dalla Azienda (anche pubblica¹⁵³) verso il sanitario o dall'azione di *regresso* dell'assicuratore Aziendale verso il medico *ex art.*1916 c.c., se non nei limiti del divieto del *ne bis in idem*: una previa condanna in sede civile avrà effetto impeditivo dell'azione contabile solo se integralmente satisfattiva del credito erariale, altrimenti avrà una mera portata decurtante sulla somma maggiore rivendicata dalla Corte dei conti¹⁵⁴. Sia per la Corte dei conti che per il giudice

¹⁵¹ C. conti, sez. I app., 10 giugno 2022 n. 282.

¹⁵² Sul regime intertemporale, v. la giurisprudenza in nota 61 nel paragrafo 2.

¹⁵³ Come rimarcato nel paragrafo 2, riteniamo che la rivalsa civile di cui all'art.9, co.1-4, è ben proponibile anche dalla Azienda sanitaria pubblica nei confronti di propri medici pubblici (o assimilati), in assenza, in detti commi, di una espressa statuizione sulla utilizzabilità di tale azione civile da parte di soli soggetti privati. Inoltre, il doppio binario civile/giuscontabile per il recupero di danni erariali, è principio recepito in giurisprudenza in via generale, seppur non indiscusso: v. note 67-69.

¹⁵⁴ Vedasi la giurisprudenza citata nelle precedenti note 62-64. Sulla autonomia del giudizio contabile da quello civile e penale v. CHIARENZA, EVANGELISTA, *Il giudizio di responsabilità innanzi alla Corte dei conti*, in V. TENORE (a cura di), *La nuova Corte dei conti cit.*, 870 ss.; EVANGELISTA, *I rapporti tra giudizi risarcitori: i riflessi del giudicato amministrativo e civile di danno, anche in sede penale, nel connesso giudizio contabile per responsabilità amministrativa*, in *www.rivistacorteconti.it*.

ordinario, come meglio si chiarirà nel prosieguo, nessun effetto vincolante assoluto assume la previa condanna dell'Azienda evocata dal paziente in giudizio, né la previa transazione civile comportante l'esborso: tali risultanze andranno debitamente ed autonomamente rivalutate nei giudizi di rivalsa innanzi alla magistratura contabile e/o ordinaria.

Sempre in via prioritaria, va chiarito che la Procura della Corte dei conti inizia officiosamente e obbligatoriamente indagini nei confronti di sanitari pubblici (obbligo che settorialmente ribadisce anche l'art.9, co.5, L. n.24 del 2017), anche in caso di *malpractice*, non già attraverso generalizzate verifiche randomizzanti (che porterebbero alla nullità dei relativi atti ex art.51, d.lgs. n.174 del 2016), ma solo e soltanto su conoscenza puntuale, concreta e dettagliata di fatti dannosi, doverosamente segnalati dai vertici delle strutture sanitarie (Direttore generale, direttore amministrativo, direttore sanitario, dirigenti di strutture) o dagli organi di controllo (revisori) ex art.1, co.3, L. n.20 del 1994 ed ex art.52, d.lgs. n.174 del 2016, che richiamano le norme generali su tale obbligo di denuncia (v. art.20, d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 ed altre settoriali)¹⁵⁵. L'omessa denuncia alla Corte dei conti di una sentenza di condanna civile nei confronti di una Azienda sanitaria da parte degli abulici vertici, con conseguente prescrizione dell'azione contabile¹⁵⁶, comporta che a rispondere del danno saranno gli omessi segnalatori in base al cennato art.1, co.3, L. n.20 del 1994.

Ovviamente, tale denuncia va fatta solo se il danno liquidato dal giudice civile non sia stato refuso integralmente dalla assicurazione dell'Azienda (che avrà poi azione di surroga ex art.1916 c.c. verso il sanitario) o del medico che ha errato, non essendoci in tal caso un danno erariale. Se la refusione assicurativa fosse stata invece parziale (ad esempio quando opera la franchigia aggregata¹⁵⁷), nella denuncia alla Corte dei conti (anche per ulteriori voci di danno, quale quello all'immagine), dovrà darsi contezza e prova di tale parziale recupero per limitare la rivalsa giuscontabile all'importo residuo del danno.

Venuta a conoscenza del danno (es., nella materia in esame, una sentenza di condanna civile per *malpractice* medica passata necessariamente in giudicato,

¹⁵⁵ Sull'obbligo di denuncia alla Corte dei conti di comportamenti dannosi per la P.A., si rinvia alla precedente nota 71.

¹⁵⁶ Si ribadisce che la rivalsa giuscontabile sottostà alla prescrizione quinquennale dell'art.1, co.2, L. n.20 del 1994 e non ci sembra tale regola-base derogabile dal più breve termine decadenziale annuale introdotto testualmente per la sola azione civile di rivalsa dall'art.9, co.2, L. n.24 del 2017.

¹⁵⁷ Vedi *supra* nota 56 per un caso di polizza con franchigia aggregata.

non essendo sufficiente una sentenza non definitiva, ancorchè esecutiva¹⁵⁸, o una transazione foriera di esborso), la Procura regionale territorialmente competente svolge le sue indagini, ripercorrendo, anche in chiave critica, il percorso logico e tecnico svolto in sede civile (o in sede transattiva) per verificare se sussistano i presupposti di una colpa grave (o dolo) del sanitario. Vengono svolte attività istruttorie (acquisizione di documenti, cartelle cliniche, svolte consulenze di parte, escussi soggetti informati etc.) e viene infine inoltrato l'invito a dedurre di cui all'art.67, d.lgs. n.174 del 2016 al potenziale (o ai potenziali) autore del danno.

Se i chiarimenti, scritti e/o verbali, del medico invitato sono soddisfattivi, il fascicolo viene archiviato motivatamente e comunicato all'incolpato ex art.69, co.4, d.lgs. n.174. Altrimenti segue la citazione in giudizio, ove si indicano i fatti contestati e la pretesa risarcitoria reclamata a favore della Azienda danneggiata.

A tale giudizio non partecipa, di regola, l'amministrazione danneggiata (es. Azienda ospedaliera, che potrebbe però spiegare un intervento adesivo dipendente ex art.85, d.lgs. n.174 del 2016¹⁵⁹), né possono partecipare le Compagnie di assicurazione aziendale o del medico convenuto.

La Sezione giurisdizionale, all'esito dell'udienza dibattimentale a cui partecipa, se si costituisce, il convenuto, e nel corso della quale possono essere svolte, se necessarie, CTU mediche suppletive rispetto a quelle già intervenute in sede civile, trattiene in decisione la causa, per poi depositare la sentenza, appellabile solo alle sezioni centrali d'appello a Roma. Non vi è un terzo grado di giudizio, se non per questioni di giurisdizione.

Sono poi esperibili dalla Procura contabile strumenti cautelari (sequestro *ante causam* o in corso di giudizio in caso di timore di sottrazione di beni o crediti) e a tutela del credito erariale in caso di alienazioni anomale di beni per sottrarsi a condanne (art.73 segg., d.lgs. n.174 del 2016).

¹⁵⁸ Come si è già chiarito nelle note 15, 94 e 95, la giurisprudenza delle sezioni riunite della Corte dei conti, sovente mal recepita dalle sezioni di appello (menzionate in nota 15), espressamente richiede, in sintonia con la nozione di "danno certo", che vi sia un giudicato di condanna civile prima di poter attivare la rivalsa giuscontabile.

¹⁵⁹ Sulla possibilità di un intervento adesivo dipendente dell'amministrazione danneggiata *ad adiuvandum* del PM contabile v. TENORE, *La nuova Corte dei conti*, cit., 807 ss., che richiama *in terminis*, C. conti, sez. Veneto, 14 dicembre 2021 n.284; id., sez. Lazio, 24 settembre 2021 n.686; id., sez. I, 21 gennaio 2011, n. 15; id., sez. Campania, 22 ottobre 2010, n. 2047; id., sez. I, 3 settembre 2010, n. 502; id., sez. Campania, 3 ottobre 2007, n. 2515; id., sez. II, 16 marzo 2000, n. 87/A, in *Riv. C. conti*, 2000, f. 3, 105 (s.m.). Al contrario, ritengono inammissibile l'intervento adesivo dipendente dell'amministrazione danneggiata, in quanto non possiede alcun distinto interesse rispetto alla pretesa risarcitoria fatta valere dal Pubblico Ministero: C. conti, sez. Toscana, 10 settembre 2012, n. 425; id., sez. II, 19 giugno 2012, n. 384; id., sez. giur. Lombardia, 3 luglio 2003, n. 817; id., sez. III, 29 gennaio 2001, n. 21/A, in *Foro amm.*, 2001, f. 6; id., sez. II, 1 settembre 1999, n. 229/A, in *Riv. C. conti*, 1999, f. 6, 80.

Nella motivazione della sentenza contabile le risultanze civile o penali sono un basilare punto di partenza, ma non hanno alcuna portata vincolante automatica sulla decisione della Corte dei Conti (come sembrerebbe invece imporre l'art.9, co.3, L. n.24 del 2017 se il sanitario abbia partecipato al giudizio), che procede sempre ad una autonoma rivalutazione dell'elemento psicologico, del nesso causale e dei fatti storici acclarati per coglierne il risvolto in punto di danno erariale o per più correttamente riqualificare il *quantum* del danno acclarato in sede civile per imputarlo ai medici coinvolti, valutando, come sopra detto, apporti concausali di altri soggetti non evocati in giudizio¹⁶⁰ o esercitando il potere riduttivo dell'addebito¹⁶¹.

Del resto, anche secondo le regole civilistiche (applicabili sicuramente alla rivalsa Aziendale nei confronti del sanitario innanzi all'a.g.o., ma costituenti referente logico-giuridico anche per la Corte dei conti) i rapporti interni tra condebitori solidali (Azienda sanitaria e medico *ex art.28 cost.*) non risentono dell'iniziativa del creditore che scelga di richiedere l'adempimento dell'intero debito nei confronti di uno solo dei condebitori (es.l'Azienda): in base al principio della vincolatività del giudicato tra le sole parti (2909 c.c.) e all'art.1306 c.c., il *solvens*, condebitore solidale condannato (Azienda), dovrà agire in separato giudizio per ottenere un titolo che lo legittimi al recupero dal condebitore per la sua quota (sanitario).

A maggior ragione tale doverosa rivalutazione interna da parte del giudice contabile, espressiva del suo irrinunciabile libero convincimento, interviene qualora l'esborso risarcitorio da parte dell'Azienda sanitaria sia avvenuto in sede *transattiva*, le cui motivazioni, soprattutto se gestite da Compagnie assicuratrici, sono spesso molto pragmatiche e meno ancorate (rispetto ad una sentenza civile) a ragionamenti tecnico-giuridici in punto di reale ed esatta imputazione al medico (o a ciascun medico, in caso di concorso di persone) di una colpevolezza (grave) tutta da dimostrare. E quest'ultimo accertamento sul nesso causale e sull'elemento psicologico (oltre che sul *quantum debeatur*) avverrà dunque

¹⁶⁰ Sulla impossibilità di chiamata in causa per ordine del giudice se non nei limiti dell'art.83, co.3, d.lgs. n.174 del 2016 e sulla riduzione del *quantum* ascrivibile al convenuto per il contributo concausale di terzi non evocati in giudizio (art.83, co.2), v. C.cost., 28 luglio 2022 n.203 che ha statuito l'infondatezza della prospettata illegittimità costituzionale della norma. Sul punto TENORE (a cura di), *La nuova Corte dei conti*, 397 ss.

¹⁶¹ Tra le tante applicazioni di tale riponderazione in sede giuscontabile, sul piano causale e psicologico, di sentenze civili o penali intervenute sui medesimi fatti, v. C. conti, sez.III app., 22 dicembre 2016, n. 677, in www.corteconti.it; id., sez. giur. Lombardia, 4 ottobre 2016 n.163, in www.giustamm.it, 2016, fasc.12, con nota di CARBONE, *Responsabilità medica, strumenti assicurativi, danno erariale indiretto e le novità dal d.d.l. Gelli*.

innanzi alla Corte dei conti. Del resto, secondo elementari principi civilistici (applicabili sicuramente alla rivalsa Aziendale nei confronti del sanitario innanzi all'a.g.o., ma costituenti referente logico-giuridico anche per la Corte dei conti), il contratto (transazione) vincola le sole parti contraenti (*ergo* non il sanitario) e, inoltre, secondo l'art.1304 c.c. gli effetti della transazione conclusa con uno solo dei coobbligati (l'Azienda) non si producono in capo ad altri debitori in solido laddove essi non dichiarino di volerne fruire.

In caso poi di assoluzione piena nel merito, il sanitario avrà diritto di chiedere all'Amministrazione di appartenenza il rimborso delle spese legali sostenute nel giudizio di responsabilità¹⁶².

La legge n.24 del 2017 ha posto alcuni opinabili limiti alle comuni regole di questo giudizio, già ricordate nel paragrafo 1.1 e qui schematicamente riprese:

- a) viene fissato un opinabile tetto massimo pecuniario per le condanne giuscontabili dei sanitari (art.9, co.5), per singolo evento, in caso di colpa grave (*ergo* il limite non opera in caso di dolo): esso non può superare *“una somma pari al 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, moltiplicato per il triplo”*. Trattasi di un regime di *favor* non riscontrabile per nessun altro pubblico dipendente (sovente esposto a rischi comparabili o superiori a quelli di un sanitario) e, come tale, a rischio di incostituzionalità per irragionevole disparità di trattamento. Tale tetto, seppur rispondente a finalità di tutela dei sanitari e a prevenire medicina difensiva, è in ogni caso di importo risibile a fronte di danni talvolta davvero poderosi, che si accollerà fatalmente l'Azienda sanitaria (o la sua Compagnia assicurativa) e dunque la collettività che paga le tasse, con una sorta di distribuzione sociale del rischio sanitario;
- b) viene statuita l'utilizzabilità da parte della Corte dei conti (art.9, co.7), quale argomento di prova (c.d. prova atipica), delle risultanze istruttorie assunte

¹⁶² Ai sensi dell'art. 3, c. 2-bis, d.l. n. 543 del 1996, convertito con modificazioni dalla L. n. 639 del 1996, *“In caso di definitivo proscioglimento ai sensi di quanto previsto dal comma 1 dell'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, come modificato dal comma 1 del presente articolo, le spese legali sostenute dai soggetti sottoposti al giudizio della Corte dei conti sono rimborsate dall'amministrazione di appartenenza”*. Sulla disciplina del rimborso delle spese defensionali sostenute da soggetti sottoposti a giudizio di responsabilità dinanzi alla Corte dei conti e risultati prosciolti nel merito e sul problema della relativa competenza giurisdizionale si rinvia a D'ANGELO, *Proscioglimento nel merito del convenuto nei giudizi innanzi alla Corte dei Conti e condanna alle spese dell'amministrazione: un nuovo orientamento giurisprudenziale?*, in www.respamm.it; VETRO, *La disciplina relativa alla liquidazione delle spese legali nei giudizi di responsabilità amministrativo-contabile, alla luce della recente sentenza del TAR del Lazio 9 dicembre 2015 n. 13753*, in www.giuristidiamministrazione.com.

dal giudice in sede civile solo se l'esercente la professione sanitaria abbia partecipato a tale giudizio. Dunque, *a contrario*, la norma sembrerebbe dire che se il sanitario non abbia partecipato al giudizio civile, tali prove non sarebbero utilizzabili. Ma tale conclusione parrebbe in palese contrasto con pacifici approdi della Corte dei conti e, ancor prima, con elementari regole logico-giuridiche sulla piena ed incondizionata valutabilità, ai fini del decidere, di elementi istruttori di altri giudizi connessi anche se le parti di quello successivo non abbiano partecipato a quello prioritario. Ovviamente alcun automatismo deriva in sede giuscontabile dalle risultanze istruttorie e decisorie civili, che andranno sempre rivalutate dalla Corte dei conti, anche con possibili ulteriori CTU, soprattutto per accertare la colpa grave del sanitario e per una esatta quantificazione del danno da imputargli, anche se, innegabilmente, le risultanze peritali svolte in sede civile restano un basilare e suggestivo punto di partenza per il giudicante della rivalsa;

- c) viene stabilita l'inammissibilità, ex art.13, dell'azione di rivalsa giuscontabile (e della rivalsa in sede civile dell'Azienda) verso il sanitario qualora le strutture sanitarie o sociosanitarie e le relative imprese di assicurazione (o quelle dei medici) non comunichino (con raccomandata a/r, o posta elettronica certificata) entro 45 giorni dalla notifica della citazione in giudizio civile dell'ente, copia di quest'ultimo atto all'esercente professione sanitaria autore dell'asserito errore medico (figura spesso difficilmente individuabile e che conduce a comunicazioni a raggiera ad una serie vasta di potenziali sanitari autori del danno). Identica inammissibilità opera in caso di tardiva comunicazione (*ergo* il termine di 45 gg. suddetto è perentorio). Identica inammissibilità opera in caso di tardiva comunicazione (*ergo* il termine di 45 gg. suddetto è perentorio) o di incompleta comunicazione (ovvero carente dei profili rilevanti della citazione civile) o in caso di mancata comunicazione dell'avvio di trattative stragiudiziali con il danneggiato con invito a prendervi parte¹⁶³.

¹⁶³ Per un commento a tale previsione dell'art.13, L. n.24 v. MARTINENGO, *L'obbligo di comunicazione al professionista sanitario*, in AA.VV. (Benci ed altri), *Sicurezza delle cure e responsabilità sanitaria, commento alla legge 24/2017*, Quotidiano Sanità, 2017, 195 ss. Osservano poi POLICE e FRATTO ROSI GRIPPAUDO, *La responsabilità medica – La responsabilità erariale del personale sanitario cit.*, 480, come “L'interesse del legislatore a che il medico partecipi alle predette fasi, sia giudiziali sia stragiudiziali, trova giustificazione nell'esigenza di permettere al professionista di difendersi, sin dagli esordi, da possibili imputazioni per colpa grave, che potrebbero, direttamente o indirettamente, essere oggetto di discussione. Meno chiara è la ratio che governa la scelta di precludere l'azione di rivalsa o di responsabilità amministrativa della struttura nell'ipotesi in cui l'omessa comunicazione sia ascrivibile alla relativa impresa di assicurazione, contro cui il terzo danneggiato ha esperito azione risarcitoria”.

La sorprendente norma, se da un lato si presta ad evidenti censure di incostituzionalità per la irragionevole divergenza di tale anomala e preclusiva condizione processuale dal regime valevole per qualsiasi altro dipendente pubblico (parimenti esposto a rilevanti rischi professionali e voglioso di partecipare al giudizio civile o alle trattative transattive in atto, di cui viene opportunamente informato: poliziotti, carabinieri, avvocati pubblici, ingegneri, magistrati, insegnanti etc.), aprirà scenari di possibile responsabilità amministrativo-contabile omissiva (da inerzia o ritardo) in capo agli inerti segnalatori della avvenuta citazione civile (o dell'avvenuto “avvio di trattative stragiudiziali”, nozione in verità assai fluida). Questi ultimi, tra l'altro, vengono individuati non solo nei vertici delle strutture sanitarie e sociosanitarie (soggetti palesemente pubblici e, come tali evocabili in giudizio dalla Corte dei conti), ma anche nelle relative imprese di assicurazione preposte, spesso *in toto*, alla gestione del sinistro (soggetti palesemente privati, come tali difficilmente evocabili innanzi alla Corte dei conti, salvo ipotizzare un assai problematico “rapporto di servizio” con l'Azienda sanitaria); altri problemi giuridici potranno sorgere in ordine alla individuazione dell’“avvio di trattative stragiudiziali con il danneggiato”, nozione alquanto generica, ai fini dell'insorgenza dell'obbligo di comunicazione in esame;

- d) assai opinabile è poi l'applicabilità al giudizio per danno indiretto innanzi alla Corte dei Conti, di cui all'art.9, della decadenza annuale di tale azione decorrente dall'avvenuto pagamento, qualora il medico non sia stato parte del giudizio (o della procedura stragiudiziale) di risarcimento danni, essendo tale decadenza prevista testualmente solo e soltanto per l'azione di rivalsa civile (art.9, co.2) e non per la distinta azione giuscontabile del successivo comma 5 dell'art.9¹⁶⁴. Ne consegue che, limitando testualmente la norma la sua portata operativa ai soli casi di rivalsa civile, l'azione della Corte dei conti per danno indiretto dovrebbe restare invece sempre regolata dalle generali regole sul termine quinquennale prescrizione dell'art.1, co.2, L. n.20 del 1994, sia che il medico abbia partecipato, sia che non abbia partecipato al giudizio civile confluito nella condanna risarcitoria della Azienda.

¹⁶⁴ Tale nostra tesi che ritiene non applicabile la decadenza annuale al giudizio contabile è condivisa da TIGANO, *La responsabilità amministrativa dei sanitari dopo la legge 8 marzo 2017 n.24*, in ALEO, D'AGOSTINO, DE MATTEIS, VECCHIO, *Responsabilità sanitaria*, Milano, 2018, 336. Dubita della compatibilità di tale limite annuale, valevole in sede di rivalsa civile, con il regime quinquennale della responsabilità amministrativa anche POLICE, *Danno erariale e azione di responsabilità amministrativa nei confronti del personale sanitario*, in RUFFOLO, SAVINI NICCI, *Le nuove frontiere cit.*, 203.

Del resto, un testuale termine decadenziale annuale per l'azione contabile si sarebbe prestato a censure di incostituzionalità per irragionevole disparità di trattamento nella tutela delle casse erariali e nel perseguire pubblici dipendenti, creando un regime di *favor* per i soli medici pubblici: da qui l'interpretazione restrittiva e costituzionalmente orientata da noi proposta. È tuttavia innegabile che questo diverso termine per la rivalsa (annuale o quinquennale, a seconda che ad attivarla sia l'Azienda innanzi all'a.g.o. o la Procura contabile) origina comunque un anomalo distinguo nei due paralleli meccanismi processuali (civile e amministrativo-contabile), che potrebbe dunque assurgere a rilevanza di incostituzionalità, ove ben prospettato in sede civile da parte di difensori di Aziende sanitarie un po' distratte che si fossero attivate in rivalsa oltre il termine annuale per dolo o colpa grave.

7. Polizze a tutela dell'Azienda e del sanitario: ruolo dell'assicuratore rispetto al giudizio contabile

Da ultimo va sottolineato che la legge n. 24 del 2017, all'articolo 10, nel suo sforzo complessivo di bilanciare varie contrastanti esigenze (la tutela del paziente, la tutela dei medici, la tutela delle Aziende sanitarie), ha necessariamente valorizzato lo strumento assicurativo¹⁶⁵, a tutto vantaggio delle grandi lobbies assicurative, a cui non è stato inspiegabilmente imposto un obbligo speculare a

¹⁶⁵ Con garanzie sulla qualità e completezza del prodotto ex art.10, co.6, L. n.24, frutto di attenta vigilanza dell'IVASS e della moderata portata retroattiva (art.11). Per una chiara ricostruzione dell'interessante tema, prima della legge Gelli, v. LANDINI, *Responsabilità sanitaria e assicurazione*, in AA.VV. (a cura di GABRIELLI e RUFFOLO), *La responsabilità medica*, in *Giur.it.*, 2021, f.2, 508; CINGOLANI, JULLIARD, MANIARI, MARTINELLI, *Quale modello assicurativo? Spunti di riflessione e proposte di mercato*, in GELLI, HAZAN, ZORZIT (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione cit.*, 723 ss.; TITA, *L'assicurazione della responsabilità professionale sanitaria*, in CASTIELLO, TENORE (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Milano, 2018, II ed., 438 ss.; TITA, *Assicurare la responsabilità medica/sanitaria e certificare i bilanci regionali. Spunti per attuare la "Balduzzi" nel 2014: alcune pronunce 2013 di Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici (AVCP) e di Corte dei Conti*, in www.lexitalia.it; GAGLIARDI, *Profili di rilevanza assicurativa nella riforma "Balduzzi": poca coerenza e scarsa attenzione al sistema*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2013, f. 2, 771 ss.; GAGLIARDI, *Salute e assicurazione: il diritto delle assicurazioni in campo sanitario*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2015, p. 1323; COLAIANNI, *Autoassicurazione e assicurazione nella responsabilità civile medica*, in LANDINI (a cura di), *Autoassicurazione e gestione del rischio*, Cesifin online, 55; ROMAGNOLI, *Limiti di "praticabilità" della c.d. autoassicurazione della responsabilità medica da parte delle amministrazioni sanitarie*, in LANDINI (a cura di), *op. cit.*, 62 ss. Per una felice sintesi dei problemi assicurativi, anche in chiave di riflessi sul danno erariale vagliabile dalla Corte dei conti, v. CARBONE, *Responsabilità medica, strumenti assicurativi cit.*

contrarre (che avrebbe sensibilmente abbassato il costo dei premi), che vedranno notevolmente ampliato il proprio mercato attraverso la doverosa assicurazione di persone fisiche e persone giuridiche imposta dalla legge Gelli.

In questa sede è sufficiente rimarcare come tale obbligo assicurativo, esteso oggi anche alle Aziende (co.1), era per ogni libero professionista, tra cui il medico, in realtà già imposto dall'art.3, co.5, lett.e) del d.l. 13 agosto 2011 n.138 (conv.to in L. 14 settembre 2011 n.148), dall'art.5 del d.P.R. 7 agosto 2012 n.137 e dall'art.3, co.2, d.l. 13 settembre 2012 n.158 (conv.to in L. 8 novembre 2012 n.189, c.d. *legge Balduzzi*). Il comma 3 dell'art.10, L. n.24 ribadisce dunque un obbligo già esistente per il medico.

Tale imposizione normativa comporterà un aumento dei costi sopportati per i premi sia dalle Aziende sanitarie, sia dai medici, fatalmente scaricati poi sull'utenza finale, ovvero i cittadini-pazienti e i cittadini-contribuenti. Pertanto la "*clausola di invarianza finanziaria*" con cui si chiosa, all'art.17, la legge Gelli n.24 del 2017 (e ormai presente in ogni legge della Repubblica Italiana, quale stereotipa "*clausola di stile*" politicamente corretta e spendibile) è veritiera: le Aziende sanitarie, al pari dei medici, sopporteranno maggiori costi da premio assicurativo, ma tali costi verranno poi riversati e sopportati in concreto dal cittadino-contribuente e dal cittadino-paziente.

Inoltre, al pari dei potenziali pazienti (per opportune lungimiranti valutazioni preliminari sulla affidabilità della struttura ove ricoverarsi), anche le compagnie avranno già predisposto "su un piatto d'argento" i dati sul tasso di sinistrosità di ogni Azienda ospedaliera, stante l'obbligo di pubblicazione dei risarcimenti liquidati nell'ultimo quinquennio ex art.4, co.3, L. n.24, che consentirà, senza sopportare costi di ricerca e attuariali, di meglio tarare i propri prodotti assicurativi, partecipando a gare Aziendali per l'affidamento del servizio o per fornire prodotti ben calibrati sui singoli professionisti e sulle singole Aziende.

Sul punto ci sia però consentito sottolineare, su un piano più generale, come l'ampliamento dei sinistri e del danno risarcibile in generale, e nella Sanità in particolare, dovuto a molti fattori (maggior coscienza dei propri diritti da parte dei cittadini, numero rilevante di avvocati che fomentano azioni legali con martellanti battage pubblicitari su radio e TV, aumento delle tipologie di interventi sanitari connotati da rischio, ampliamento delle tipologie di danno risarcibili, larghezza interpretativa della magistratura civile verso le vittime di *malpractice*, parzialmente drenato dalla più oculata magistratura contabile in sede di rivalsa), comporta a catena, accanto a forme diffuse di "*medicina difensiva*" (inerzie o lentezze diagnostiche e nell'effettuare interventi rischiosi, per cautelarsi, previe

numerosi analisi sovente sovrabbondanti e non necessarie)¹⁶⁶, il proliferare di prodotti assicurativi, ieri facoltativi ed oggi imposti come doverosi per legge, che possono però portare anche ad una inopportuna “deresponsabilizzazione” del medico, grazie all’ombrello protettivo della polizza.

Da qui l’importanza delle franchigie assicurative che, oltre a comportare costi più contenuti dei prodotti immessi sul mercato, responsabilizzano i medici ad un attento esercizio delle proprie mansioni. Tali franchigie, sistematicamente presenti per i prodotti stipulati dalle aziende, originano poi interessanti problematiche sulla successiva rivalsa in sede giuscontabile verso i medici qualora la polizza non copra, nel periodo di franchigia, il sinistro cagionato a terzi. Sul punto è sufficiente rinviare a quanto sopra già rimarcato¹⁶⁷.

Ecco dunque il motivo per cui tali prodotti assicurativi, oggi imposti dalla L. n.24 del 2017 per la sola responsabilità civile professionale verso i pazienti (a cui vanno rese note ex art.10, co.4, L. n.27), sono affiancati sempre più spesso, per i medici (e per molte altre categorie di pubblici dipendenti “a rischio”), da polizze (o da clausole di estensione della copertura civile) che coprono anche la responsabilità amministrativo-contabile e le spese legali.

Ovviamente gli oneri del premio sono a carico del sanitario assicurato e contraente (come ribadisce l’art.10, co.3, L. n.24), essendo testualmente nulli prodotti a garanzia della responsabilità amministrativo-contabile con onere a carico della P.A. in base all’art. 3, co. 59 della L. 24 dicembre 2007, n. 244¹⁶⁸. Quest’ul-

¹⁶⁶ Sulla medicina difensiva v. la precedente nota 120.

¹⁶⁷ Si rinvia al precedente paragrafo 2 e, in particolare, alla nota 56.

¹⁶⁸ L’art. 3, co. 59 della L. 24 dicembre 2007, n. 244, ha sancito che “È nullo il contratto di assicurazione con il quale un ente pubblico assicura propri amministratori per i rischi derivanti dall’espletamento dei compiti istituzionali connessi con la carica e riguardanti la responsabilità per danni cagionati allo Stato o ad enti pubblici e la responsabilità contabile. I contratti di assicurazione in corso alla data di entrata in vigore della presente legge cessano di avere efficacia alla data del 30 giugno 2008. In caso di violazione della presente disposizione, l’amministratore che pone in essere o che proroga il contratto di assicurazione e il beneficiario della copertura assicurativa sono tenuti al rimborso, a titolo di danno erariale, di una somma pari a dieci volte l’ammontare dei premi complessivamente stabiliti nel contratto medesimo”. Prima di tale norma, la giurisprudenza era univoca nel ritenere configurato in capo ai firmatari pubblici del contratto un danno erariale: in giurisprudenza v. C. conti, sez. giur. Emilia-Romagna, 2 maggio 2012 n. 95, in www.corteconti.it; id., sez. giur. Umbria, 10 dicembre 2002, n. 553, in www.amcorteconti.it; id., sez. giur. Lombardia, 10 maggio 2002, n. 942, in *Fin. locale*, 2002, 1046; id., sez. giur. Friuli, 19 ottobre 2000 n. 489/EL, in *Riv. C. conti*, 2000, f. 6, 123.

Sul tema TENORE, *Finanziaria 2008: nulle le polizze a tutela della responsabilità amministrativo-contabile stipulate dalla P.A.*, in *Guida al pubblico impiego*, 2008, n. 1, 38 ss.; TENORE, *La nuova corte dei conti cit.*, 498 ss.; PINA, *Assicurazione dei danni derivanti da colpa grave e responsabilità amministrativa* (nota a C. conti, sez. Veneto, 5 agosto 1997), in *Dir. reg. Veneto*, 1997, 598; TRUCCHIA, *La copertura assicurativa della responsabilità a carattere professionale dei dirigenti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 371; CACCIAVIL-

tima norma recepisce un indirizzo dottrinale¹⁶⁹ che si era chiaramente espresso per la nullità virtuale (per contrasto con norme imperative: 1418, co. 1, c.c.) di tali prodotti assicurativi volti alla possibile deresponsabilizzazione del personale, della classe dirigente e politica dell’ente pubblico, tutelati nelle proprie eventuali illegittime o irragionevoli scelte gestionali – con esclusione di quelle dolose (non assicurabili ex art. 1990 c.c.) – dall’ombrello delle polizze assicurative. La nullità predetta, con la novella della finanziaria n.244 del 2007, diviene dunque testuale (ex art. 1418, co. 3, c.c.), mentre in passato era virtuale (ex art. 1418, co. 1, e 1343 c.c.).

Invece l’obbligo di dotarsi di una copertura assicurativa per la responsabilità civile è dalla stessa legge (ieri Balduzzi, oggi Gelli) espressamente previsto a tutela dei pazienti e ciò risponde all’esigenza di garanzia di ristoro per il danno subito: pertanto l’esborso economico collegato al pagamento del premio, in quanto corrispettivo dell’esecuzione di un servizio, non è idoneo ad integrare di per sé la fattispecie di danno erariale neppure indiretto a carico dell’Amministrazione¹⁷⁰, pur essendo incontestabile che esso rappresenti un costo per la struttura sanitaria sia che sottoscriva una polizza assicurativa, sia che ricorra all’accantonamento di proprie somme, ovvero alla c.d. autoassicurazione (ancorché poi scaricata sui contribuenti e pazienti) prevista dalla legge Gelli n.24 del 2017 come “misura analoga” dall’art.10.

A fronte, dunque, di polizza stipulata dalla Azienda o sottoscritta dal singolo medico a tutela di proprie condanne pecuniarie della Corte dei Conti e relative spese legali, le compagnie assicurative non sono pacificamente parte del giudizio contabile (ma sono invece ben evocabili in garanzia in sede civile qualora l’Azienda agisse in rivalsa nei confronti del sanitario innanzi all’a.g.o.), essendo

LANI, *Note minime sulla liceità della polizza assicurativa dei funzionari per il danno erariale*, in *Foro amm.*, 1998, 2615; REBECCHI, *Osservazioni in tema di rapporti contrattuali di « brokeraggio » con le P.A. e responsabilità amministrativa*, in *Ragusan*, 2000, f. 195-6, 107; FERLINI, *Responsabilità amministrativa e copertura assicurativa: illiceità del contratto o legittimità delle polizze?*, in *Dir. econ. assicur.*, 2001, f. 195-6, 391; LUPI, *Copertura assicurativa*, in AA.VV. (a cura di SCHLITZER), *L’evoluzione*, cit., 315; MINERVA, *Non assicurabilità a carico dell’erario pubblico del rischio costituito dalla eventuale condanna di amministratori o dipendenti da parte della Corte dei conti per i danni che abbiano causato all’ente di appartenenza (o ad altro ente) con il proprio comportamento gravemente colposo*, in www.amcorteconti.it; TENORE, *Niente polizze a spese dell’ente contro i danni erariali*, in *Dir. e pratica amministrativa*, 2007, fasc. 3, 77.

¹⁶⁹ Ci sia consentito il richiamo alle considerazioni da noi svolte nella prima edizione del volume TENORE, *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Milano, 2004, 195, poi riprese a pp. 427 della IV edizione del testo e da TENORE, *Niente polizze a spese dell’ente contro i danni erariali*, in *Dir. e pratica amministrativa*, 2007, fasc. 3, 77 e TENORE, *Finanziaria 2008: nulle le polizze cit.*, 38 ss.

¹⁷⁰ Così POLI, *I diritti e i doveri dell’azienda sanitaria in caso di danno derivante dalla prestazione medica del dipendente*, in AA. VV., *Responsabilità sanitaria: diritto e assicurazione*, Milano, 2014, 49 ss.

il pubblico dipendente (o il soggetto legato da rapporto di servizio con la P.A.) l'unico soggetto evocabile in tale giudizio.

Le compagnie assicuratrici, dunque, secondo pacifica giurisprudenza, non partecipano al giudizio con un intervento autonomo o adesivo, né possono essere chiamate in garanzia¹⁷¹, e si limitano quindi a versare al medico-cliente le somme alla cui refusione venga condannato dal giudice contabile, oltre a fornirgli (o pagargli), se pattuito (anzi, talvolta, imposto), un avvocato per la difesa.

Per chiudere, con una riflessione estremamente pragmatica, il discorso sul rapporto tra responsabilità amministrativo-contabile e polizze assicurative (ma analoghe conclusioni valgono in parte per la responsabilità civile), va rimarcato che la imposizione di polizze obbligatorie (quanto meno) per responsabilità professionale civile del medico, comporta che, una volta andata a regime tale

¹⁷¹ Sulla chiamata del terzo in causa nel processo contabile v. TENORE, *La nuova corte dei conti* cit., 790 ss. Sull'intervento di terzi nel processo contabile v. TENORE, *La nuova corte dei conti* cit., 804. Sulla inammissibilità di una chiamata in garanzia di una compagnia assicuratrice nel giudizio contabile, v. C. conti, sez. Toscana, 11 maggio 2017 n.100; id., sez. giur. Sicilia, 25 gennaio 2012 n.221, in www.corteconti.it, secondo cui, con riferimento al contratto di assicurazione del convenuto pubblico dipendente, "essendo quel rapporto governato dalle ordinarie regole civilistiche, esso risulta conoscibile esclusivamente in altro plesso giudiziario (Giudice ordinario) esulando, perciò, dalla giurisdizione di questa Corte". Aggiunge C. conti, sez. giur. Lazio, 26 novembre 2013 n.836, ivi, che "la possibilità del convenuto di far valere un rapporto di garanzia nell'azione di responsabilità deve essere rapportata alle attribuzioni giurisdizionali della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica, che si pronuncia sull'azione proposta dalla competente Procura per il ristoro del pregiudizio erariale cagionato da soggetti che esercitano funzioni pubbliche (art. 52 del R.D. n. 1214/1934); per converso, le controversie relative a rapporti di natura privatistica rientrano nella sfera giurisdizionale attribuita al Giudice Ordinario (cfr., per tutte, Cass., n. 5747/1995). Il difetto di giurisdizione di questa Corte in ordine alla delibazione di un contratto assicurativo (ad es., concreta operatività della garanzia, le limitazioni della responsabilità) non può quindi realizzare l'economia processuale che la chiamata di terzo consentirebbe". Tale tesi è confermata da id., sez. giur. Sicilia, 26 marzo 2015 n.325, ivi. Anche id., sez. giur. Campania, 4 dicembre 2014 n.1702, ivi, ribadisce che "un consolidato orientamento giurisprudenziale (sez. Lombardia 17.3.2003, n.324 e sez. Lazio 15.1.2003, n.92) espresso nel senso che la giurisdizione della Corte dei conti non possa estendersi al rapporto di garanzia esistente tra il convenuto in giudizio e la Società di assicurazioni, essendo l'oggetto della prima limitato all'accertamento della responsabilità di soggetti legati all'Amministrazione Pubblica da un rapporto di servizio per il risarcimento dei danni arrecati a questa dai medesimi. Da ciò discende che la legittimazione passiva nel giudizio di responsabilità amministrativo-contabile è solo di coloro che hanno un rapporto di servizio con la Pubblica Amministrazione, ovvero degli eredi del convenuto in caso di illecito arricchimento. In tale sistema processuale non v'è spazio di operatività per l'art.106 c.p.c., contemplante la c.d. "chiamata del terzo in garanzia" in quanto ogni questione discendente dalla esistenza, o preesistenza, di un contratto assicurativo tra convenuto ed Assicurazione esula dalle attribuzioni giurisdizionali della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica, il cui decidere deve modellarsi nel rispetto dello schema normativo delineato dall'art.52 del R.D. n.1214 del 1934, e quindi sulla fondatezza della azione di danno proposta dal Procuratore Regionale verso i soggetti che esercitano funzioni pubbliche". La tesi è da ultimo confermata da id., sez. giur. Calabria, 10 giugno 2015 n.111, ivi.

previsione, ogni qual volta l'Azienda sanitaria venisse condannata in sede civile per casi di *malpractice*, l'assicuratore della Azienda o del medico rifonderà l'importo alla Azienda, così stroncando sul nascere ogni danno erariale rivendicabile dalla Corte dei conti. In casi limite interviene poi il *Fondo di garanzia* per i danni da responsabilità sanitaria di cui all'art.14, L. n.24.

Ciò renderebbe superfluo per il medico stipulare a proprie spese una ulteriore polizza (o una clausola aggiuntiva) a copertura dei danni erariali indiretti cagionati alla Azienda oggetto di condanna contabile, in quanto già refusi all'ente pubblico con propria polizza obbligatoria o con la polizza per responsabilità professionale civile del medico, ostativa all'insorgere di una azione giuscontabile di rivalsa.

Ed allora quali casistiche di danno erariale potranno ancora venire al pettine della Corte dei conti se l'assicuratore del medico o della Azienda coprirà il danno patito dall'Azienda pubblica per il risarcimento pagato al paziente leso?

A nostro avviso residueranno tre frequenti evenienze così schematizzabili:

- danni alla Azienda pubblica di appartenenza per risarcimenti a pazienti per *malpractice* frutto di condotte gravemente colpose del medico che l'assicuratore di quest'ultimo copra in parte per la presenza di franchigia (l'evenienza più frequente ad oggi) o che non copra perché la polizza non è stata stipulata o, per ragioni tecniche varie, non operi;
- danni all'Azienda pubblica di appartenenza per risarcimenti a pazienti per *malpractice* frutto di condotte dolose del medico (es.interventi malvagiamente lesivi effettuati solo per utilizzare protesi costose fornite da imprese che versano tangenti al medico infedele, o per stornare i pazienti lesi in cliniche private in cui il medico ha interessi economici¹⁷²), come tali non coperte da assicurazione, che non tutela danni frutto di scelte dolose (art.1900 c.c.);
- danni all'immagine arrecati alla Azienda in connessione con gravi casi di *malpractice*.

In tale tre evenienze permangono spazi per la giurisdizione contabile, le cui condanne potranno essere garantite al previdente medico che abbia sottoscritto una personale polizza ulteriore anche per danni da responsabilità amministrativo-contabile, ma, anche qui, nei limiti della colpa grave, essendo il dolo inascurabile.

¹⁷² L'esempio non è fantasioso: si pensi alla casistica intervenuta a Milano presso la clinica (privata) Santa Rita o a quella ipotizzabile in relazione ad ospedali che impiantano protesi non necessarie o di scarsa qualità acquistate da imprese colluse con medici.

È comunque innegabile che il proliferare di prodotti assicurativi, a tutela sia della responsabilità civile che di quella amministrativo-contabile, porta fatalmente al già sopra segnalato rischio di una deresponsabilizzazione del medico, anche pubblico (parimenti attenuata in sede penale dall'art.6, L. n.24), che scarica oggi, nei limiti del dolo, sull'Assicuratore i propri rischi professionali, pur perseguendosi, sul piano complessivo, un pragmatico risparmio di costi risarcitori in capo alla P.A. (e di diffusa medicina difensiva) e una maggior tutela del paziente vittima di *malpractice*. Se ciò può ritenersi tollerabile per la responsabilità civile, prettamente risarcitoria, meno accettabile appare per quella amministrativo-contabile, ontologicamente connotata da profili non solo risarcitori, ma anche afflittivi-punitivi di matrice pubblicistica¹⁷³ ed aventi finalità di deterrenza, ben codificati negli artt.28 e 103 cost. e 18, d.P.R. n.3 del 1957, che vengono fortemente compressi dall'ombrello assicurativo, vietato in altri campi "punitivi" dall'art.12, d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (che non preclude tuttavia il pagamento delle spese di difesa connesse a giudizi penali o sanzionatori in generale). A nostro avviso, la riconducibilità a quest'ultimo divieto delle polizze a copertura della responsabilità amministrativo-contabile meriterebbe qualche ulteriore spunto di riflessione.

8. La misura interdittiva dell'inconferibilità di incarichi superiori introdotta dall'art.9, co.5, L. n.24 del 2017.

Va in conclusione fatto cenno alla discutibile previsione contenuta nell'art.9, co.5 della legge n.24, secondo la quale *"Per i tre anni successivi al passaggio in giudicato della decisione di accoglimento della domanda di risarcimento proposta dal danneggiato, l'esercente la professione sanitaria, nell'ambito delle strutture sanitarie o sociosanitarie pubbliche, non può essere preposto ad incarichi professionali superiori rispetto a quelli ricoperti e il giudicato costituisce oggetto di specifica valutazione da parte dei commissari nei pubblici concorsi per incarichi superiori"*.

¹⁷³ Sulla duplice valenza, risarcitoria e punitiva, della giurisdizione contabile, v. TENORE, *La nuova Corte dei conti* cit., 67 ss. Del resto, con riferimento all'art.28 cost., la Consulta ebbe a rimarcare, con la sentenza 14 marzo 1968 n. 2, che tale norma sancisce un principio generale che da una parte rende personalmente responsabili i dipendenti, ma che *"dall'altra non esclude, poiché la norma rinvia alle leggi ordinarie, che codesta responsabilità sia disciplinata variamente per categorie o per situazioni"*, con l'esclusione però di *"una negazione totale, che violerebbe apertamente quel principio o peccherebbe di irragionevolezza"*.

La norma, pur rispondendo ad una esigenza di tutela dell'Azienda e di potenziali pazienti (non affidare incarichi rilevanti a soggetti che si sono palesati incapaci), è davvero un *unicum* nel panorama del pubblico impiego, in quanto prevede un automatismo interdittivo ostativo ad incarichi superiori correlato non già ad una condanna penale (come previsto in via generale da alcuni precetti, quali il d.lgs. n.39 del 2013, attuativi della legge anticorruzione n.190 del 2012) o ad una sanzione disciplinare, ma ad una mera condanna civile. Inoltre, tale automatismo appare irragionevole nella parte in cui fa discendere il divieto di conferimento di incarichi superiori a fronte di qualsiasi condanna risarcitoria in giudicato, senza alcuna valutazione in ordine alla tipologia di condotta avuta, all'entità del danno arrecato, al grado di colpevolezza posto in essere, ad attenuati o aggravanti, etc.

La *ratio* della previsione è stata ricondotta da attenta dottrina¹⁷⁴ in parte al "filone" interdittivo, questa volta legato a condanne civili e non già penali, inaugurato dalla legge anticorruzione n.190 del 2012, in altra parte al mancato (o cattivo) raggiungimento di performance lavorative da parte del sanitario negligente, di matrice lavoristica: l'indicatore di mancata performance è il risultato negativo della condanna giudiziaria.

In via generale la giurisprudenza, anche costituzionale, ha sempre ritenuto illegittimi gli automatismi espulsivi normativi di tipo disciplinare correlati a condanne penali. Nell'art.9, co.5 citato non si tratta però di automatismi *espulsivi* (non si viene cioè licenziati¹⁷⁵), ma di mere preclusioni ad incarichi superiori, per cui non ben si attaglia detta rigorosa giurisprudenza, essendo tale previsione della L. n.24 del 2017 più vicina ai legittimi automatismi meramente *cautelari* (ovvero sospensivi e non espulsivi) previsti da talune fonti (es. legge Severino: d.lgs. 31 dicembre 2012 n.235, artt.8 e 11; sospensioni cautelari obbligatorie dei CCNL del pubblico impiego).

Ciò che lascia perplessi, e potrebbe originare contenziosi destinati ad una rimessione alla Consulta, è tuttavia l'automatismo di tale misura cautelare-interdittiva, che opera senza alcuna doverosa previa valutazione in concreto della gravità dei fatti e senza alcun rispetto del principio del contraddittorio¹⁷⁶: una

¹⁷⁴ VILLAMENA, *La legge Gelli-Bianco: aspetti sostanziali sul versante delle responsabilità amministrative*, in GAMBINO, CINGOLANI, *La riforma della responsabilità sanitaria: novità, continuità, criticità*, Milano, 2019, 301 ss.

¹⁷⁵ Un licenziamento per casi di *malpractice* di un medico è certamente ipotizzabile a fronte di gravissime incapacità o negligenze professionali palesate, ma previo espletamento di rituale procedimento disciplinare, normato dal d.lgs. n.165 del 2001 e dai CCNL: ul tema, oltre alle considerazioni sviluppate nel Capitolo I di questo volume TENORE, *Studio sul procedimento disciplinare nel pubblico impiego*, Milano, 2021.

¹⁷⁶ Su tali temi si rinvia allo studio citato nella precedente nota.

cosa è aver leso esteticamente, ma in modo minimale, un paziente con il taglio di un neo mal rimosso dal fondoschiena, altro è aver asportato un impianto uditivo ad un paziente con tumore, errando orecchio¹⁷⁷! Alla giurisprudenza l'ardua sentenza su questo e su tanti altri profili della riforma Gelli del 2017.

¹⁷⁷ Per un caso di errore tradottosi nella rimozione di impianto uditivo dall'orecchio sano in luogo di quello affetto da tumore, v. C.conti, sez.Lombardia, 13 febbraio 2019 n.19.