



Dipartimento di GIURISPRUDENZA Cattedra DIRITTO SANITARIO

**LA RESPONSABILITA' AMMINISTRATIVA DEL MEDICO
DI MEDICINA GENERALE, CON PARTICOLARE RIFERIMENTO ALL'ABUSO DI
ATTIVITA' PRESCRITTIVA**

RELATORE

Chiar. mo Prof. Vincenzo Antonelli

CANDIDATO

Matr.123473

Francesco Giulio Cuttaia

CORRELATORE

Chiar. mo Prof. Marcello Clarich

ANNO ACCADEMICO 2014 - 2015

INDICE

LA RESPONSABILITA' AMMINISTRATIVA DEL MEDICO DI MEDICINA GENERALE, CON PARTICOLARE RIFERIMENTO ALL'ABUSO DI ATTIVITA' PRESCRITTIVA

	<i>Pag.</i>
INTRODUZIONE	5
CAPITOLO I	9
Il regime della responsabilità amministrativa in generale.	
§ 1 Natura, funzioni, fondamento normativo.	9
1.1 Definizione e caratteri.	9
1.2 Disciplina normativa della responsabilità amministrativo-contabile.	12
§ 2 Gli elementi costitutivi dell' illecito amministrativo-contabile.	25
2.1 Il danno erariale.	25
2.2 Il soggetto agente e il rapporto di impiego o di servizio con la pubblica amministrazione.	39
2.3 La condotta dell'autore.	44
2.4 Il nesso causale.	55

CAPITOLO II	58
La natura amministrativa dell' attività prescrittiva del medico convenzionato.	
§ 1 L' assistenza medico-generica.	58
§ 2 La qualificazione giuridica del rapporto del medico convenzionato con l' ASL ai fini dell' attribuzione della responsabilità amministrativa.	63
§ 3 L' attività prescrittiva svolta dal medico convenzionato, quale attività amministrativa.	69
3.1. Qualificazione giuridica della prescrizione medica.	69
3.2 L' ancoraggio al requisito dell' appropriatezza.	74
3.3 Le modalità di redazione della prescrizione di medicinali.	85
§ 4 Gli ambiti di discrezionalità del medico convenzionato.	88
4.1 La prescrizione medica come atto amministrativo discrezionale.	88
4.2 La piena prescrivibilità dei farmaci ricompresi nel Prontuario Farmaceutico Nazionale.	93
4.3 La rilevanza giuridica delle linee guida.	96
4.4 Le prescrizioni off-label.	105

CAPITOLO III	115
Presupposti e contenuto della responsabilità amministrativa derivante da iperprescrizione di farmaci, esami diagnostici e altre prestazioni ambulatoriali.	
§ 1 L' iperprescrizione di farmaci quale fonte di danno erariale.	115
1.1 L' iperprescrizione in senso ampio.	115
1.2 L' iperprescrizione in senso stretto.	126
1.3 L' iperprescrizione da fatti illeciti.	135
§ 2 L' accertamento e la quantificazione del danno derivante da iperprescrizione.	139
§3 La concorrente responsabilità amministrativa del farmacista.	147
3.1 Il sistema delle farmacie quale strumento per la erogazione dell' assistenza farmaceutica territoriale.	147
3.2 Il rapporto di servizio pubblico intercorrente tra titolari di farmacia e Servizio Sanitario Nazionale.	151
3.3 Le fattispecie di responsabilità amministrativo-contabile.	155

CAPITOLO IV	158
La responsabilità del medico di medicina generale e il riparto della giurisdizione in relazione alle conseguenze dannose derivanti dal comportamento iperprescrittivo.	
§ 1 I rapporti tra giudizio contabile e giurisdizione civile.	159
§ 2 I rapporti tra giudizio contabile e giurisdizione penale.	181
§ 3 La sottoposizione del medico convenzionato a procedimento disciplinare.	190
CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE	194
BIBLIOGRAFIA	201

INTRODUZIONE

L'attività prescrittiva del medico di medicina generale costituisce una delle principali espressioni del livello primario di assistenza sanitaria.

Essa, infatti, si inquadra nel contesto dell'assistenza distrettuale che, unitamente all'assistenza sanitaria collettiva di vita e lavoro e all'assistenza ospedaliera, definisce il quadro complessivo dei livelli di assistenza sanitaria (LEA) che, in attuazione dell'art. 3 della Costituzione, debbono essere garantiti a tutti i cittadini.

Nello svolgimento delle proprie competenze il medico di base, attraverso l'attività prescrittiva, oltre a rendere la sua prestazione professionale, compie un'attività ricognitiva e certificativa del diritto soggettivo dell'assistito a ricevere l'erogazione di medicinali nonché a fruire di prestazioni specialistiche e diagnostiche.

Nella prescrizione del medico convenzionato convergono quindi due profili:

il primo, tecnico-professionale, che concerne le valutazioni di ordine clinico operate dal sanitario, finalizzate a definire la strategia di cura del paziente; il secondo, caratterizzato peculiarmente dall'esercizio di una *potestas* che ha contenuto amministrativo e si inserisce in un procedimento a sua volta finalizzato a garantire la tutela della salute del cittadino.

In particolare, la prescrizione di un medicinale, che si esplica attraverso la redazione della ricetta, rende operativo il diritto all'assistenza farmaceutica, consentendo l'erogazione dei farmaci ricompresi nell'apposita categoria di quelli rimborsabili.

La ricetta ha, in particolare, la funzione di autorizzare l'assunzione di un onere finanziario a carico dell'amministrazione pubblica.

L'aspetto peculiare è costituito dalla circostanza che in tale sua attività prescrittiva il medico esprime una potestà pubblica in esplicazione di uno specifico rapporto che lo lega all'amministrazione sanitaria pubblica, sia pur in virtù di una convenzione, qual è quella stipulata con l'ASL, che ha natura negoziale.

Tuttavia, come è stato più volte ribadito dalla Cassazione, il rapporto di convenzionamento, pur avendo natura di rapporto di lavoro autonomo, assume i caratteri della parasubordinazione.

Questo vuol dire che il medico di medicina generale è in qualche modo inserito in un apparato amministrativo che, oltre a porlo come destinatario di specifici obblighi giuridici, gli fa carico di operare quelle valutazioni in ordine alla ponderazione tra gli interessi individuali e gli interessi generali che ordinariamente gli organi della pubblica amministrazione compiono nell'espletamento dei propri compiti.

Come tutte le attività amministrative, anche quella prescrittiva soggiace a regole che la conformano in vista della soddisfazione dell'interesse generale, regole che, considerata la peculiarità del servizio svolto dal medico di medicina generale, sono anche di natura tecnica.

Un'attività prescrittiva immotivatamente sovrabbondante e violativa di tali regole espone quindi il medico convenzionato a responsabilità amministrativo - contabile nei confronti dell'amministrazione sanitaria con la quale egli è convenzionato, per i danni (diretti e anche indiretti) che possa aver ad essa arrecato, con dolo o colpa grave, indipendentemente dalla insorgenza di altre tipologie di responsabilità a seguito del comportamento tenuto.

La Tesi ha, quindi, preso in esame gli aspetti riguardanti l'inquadramento del comportamento iperprescrittivo del medico di medicina generale negli ambiti di promovibilità dell'azione contabile da parte del procuratore regionale presso la sezione giurisdizionale della Corte dei conti. Ambiti che ricomprendono una' ampia area di attività iperprescrittive connotate dal requisito della inappropriatezza.

Con tale termine ci si riferisce non soltanto alla idoneità, per così dire, tecnica della prescrizione, ma anche alla sua compatibilità con le esigenze, fattesi negli anni sempre più stringenti, di contenimento delle spese sanitarie.

Proprio quest'ultimo aspetto, via via, ha costituito uno dei parametri cui il medico deve necessariamente riferirsi nella ponderazione degli interessi che costituisce il tratto distintivo della sua attività amministrativa.

La magistratura contabile, di fronte ai numerosi casi prospettati nelle segnalazioni dell' amministrazione sanitaria e a fronte delle indagini condotte dagli organi di polizia (nella gran parte, la Guardia di Finanza), si è sforzata di integrare il dettato normativo recependo diverse sollecitazioni intese ad elaborare categorie in grado di ricomprendere comportamenti che, pur oggettivamente dannosi, rischiano di sfuggire alla delibazione giurisdizionale per la difficoltà di rinvenire prove che attestino in modo specifico e puntuale l' illiceità del comportamento.

Sulla base della considerazione che il giudizio contabile non è di tipo sanzionatorio, ma eminentemente ripristinatorio, un autorevole indirizzo giurisprudenziale ha ritenuto di distinguere tra iperprescrizione in senso ampio e iperprescrizione in senso stretto. Mentre quest' ultima è ancorata all' accertata verifica del superamento del quantitativo di farmaco assumibile dall' assistito in un determinato periodo di tempo, in maniera che, come si pronunciano alcuni collegi "la condotta foriera di danno si accerti in concreto e atomisticamente", per quanto riguarda invece la c.d. iperprescrizione in senso ampio, si perviene ad un giudizio di responsabilità sulla base di una media di prescrizioni, verificata come superiore, in base a sofisticati indici aritmetici, alla media fatta registrare nel distretto dalla totalità dei medici convenzionati.

L' indirizzo prevalente è ormai orientato a non considerare di per sé sufficiente la mera violazione di parametri che possono avere solo valore orientativo, ma a valutare il comportamento dell' agente nella sua dimensione concreta, esaminando caso per caso le prescrizioni effettuate.

Resta poi una terza categoria di iperprescrizione, quella da fatti illeciti, denominazione, questa, che sta a indicare i comportamenti iperprescrittivi collegati solitamente a fattispecie rilevanti sul piano penale e connotate da dolo.

Le tre categorie non costituiscono, comunque, compartimenti stagni, ma espressione di una elaborazione concettuale volta a dare sistematicità alle valutazioni operate in relazione ai diversi casi prospettati dalla quotidianità, la quale, ora sottopone situazioni connotate da pura negligenza e incapacità professionale, ora situazioni caratterizzate da quel fenomeno in continua espansione

definito “medicina difensiva”, che consiste nella ricerca da parte del medico di soluzioni cliniche intese a prevenire contenziosi o ulteriori responsabilità, attraverso comportamenti iperprescrittivi che attestino di aver fatto tutto quello che era possibile fare per tutelare la salute del paziente, ora situazioni che vedono coinvolti i medici iperprescrittori in ignobili fattispecie criminose caratterizzate dalla commissione di reati quali la corruzione, la truffa aggravata, la falsità in atti, il comparaggio, per ricavare utilità a spese del servizio sanitario pubblico e che vede compartecipi in tali disegni criminosi (inevitabilmente) i farmacisti.

Proprio la contemporanea presenza di diversi profili di responsabilità (da quella penale, a quella civile, a quella disciplinare, derivanti dal medesimo fatto storico), ha indotto ad esaminare i rapporti che intercorrono tra il procedimento contabile e i giudizi penale e civile, i quali, pur improntati a reciproca autonomia, presentano rilevanti problematicità in ordine ad alcuni aspetti peculiari riguardanti ad esempio la valutazione delle prove e l’efficacia sul giudizio contabile dell’eventuale sentenza intervenuta in altro giudizio.

Non sempre l’espressione letterale delle norme riesce a sciogliere nodi, spesso intricati, riguardanti alcuni aspetti della disciplina della responsabilità amministrativa, specie per quanto riguarda gli ambiti di discrezionalità da riconoscere al medico di base. Spesso, quindi, occorre riferirsi alle interpretazioni della giurisprudenza che si traducono in indirizzi in grado di esprimere quel diritto vivente che nella materia della tutela del diritto alla salute, anche sotto l’aspetto delle compatibilità con le esigenze economico-finanziarie del sistema, serve a colmare eventuali lacune normative o ad anticipare lo stesso dettato normativo, come nel caso del valore da attribuire alle linee guida e all’efficacia da riconoscere alle prescrizioni off-label.

CAPITOLO I

IL REGIME DELLA RESPONSABILITA' AMMINISTRATIVA

IN GENERALE

§1 NATURA, FUNZIONI, FONDAMENTO NORMATIVO.

1.1. DEFINIZIONE E CARATTERI.

In via generale, l' espressione "responsabilità amministrativa" indica la responsabilità in cui incorre un soggetto legato ad una pubblica amministrazione da un rapporto di impiego o di servizio, per ogni genere di danno da lui causato all'ente di appartenenza (ma anche ad altra pubblica amministrazione) in conseguenza di azioni od omissioni poste in essere in violazione delle norme che disciplinano la sua attività .¹

¹ La definizione, in dottrina, è sostanzialmente univoca. Cfr. M. CLARICH, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Bologna, 2015, p. 301; R. GAROFOLI – G. FERRARI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Roma, 2015, p. 1810; E. CASSETTA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Milano, 2014 p. 623; F.G. SCOCA (a cura di) *Diritto Amministrativo*, Torino, 2014, p. 584; P. M. ZERMAN, *La responsabilità amministrativo-contabile*, in M. MIRABELLA (a cura di) *Manuale di Diritto Amministrativo*, 2012, p. 1051; M. SCIASCIA, *Manuale di Diritto processuale contabile*, Milano, 2012; P. SANTORO *Manuale di contabilità e finanza pubblica*, Santarcangelo di Romagna 2011; M. ATELLI (a cura di), *Lineamenti di diritto processuale contabile*, Roma, 2009; L. TORCHIA, *La responsabilità*, in S. CASSESE (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003 p. 1649; F. GARRI, voce *Responsabilità amministrativa*, in Enc. Giur. Treccani, vol. XXVI, Roma, 1991, p. 1.

Gli studi in materia di responsabilità amministrativa sono numerosi. Tra quelli editi dopo la L.14/01/1994, n. 20 si segnalano, senza pretesa di esaustività, i seguenti: V. TENORE (a cura di), *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Milano, 2014; F. GARRI (a cura di), *La Corte dei conti, controllo e giurisdizione, contabilità pubblica*, Milano, 2012; A. ODDI, *Il "giusto processo" dinanzi alla Corte dei conti*, Napoli 2010; F. TIGANO, *Corte dei conti e attività amministrativa*, Torino,2008; A.CHIAPPINIELLO, *La responsabilità amministrativa nel giudizio dinanzi alla Corte dei conti*, Roma, 2007; S.M. PISANA, *La responsabilità amministrativa illustrata con la giurisprudenza più recente*, Torino,

Si parla comunemente di responsabilità “amministrativo-contabile” riconducendo così ad un unico *genus* responsabilità che originariamente erano differenziate e cioè la responsabilità amministrativa in senso proprio e la responsabilità contabile.

Storicamente il nucleo originario è costituito dal giudizio di conto, atteso che l’ art. 33 L. 14/08/1862, n. 800 statuiva che “la Corte dei conti giudica con giurisdizione contenziosa dei conti... degli agenti incaricati di riscuotere, pagare, di conservare e di maneggiare denaro pubblico o di ottenere in custodia valori e materie di proprietà dello Stato”.

La differenza fondamentale tra il giudizio di conto e quello di responsabilità amministrativa risiede nel fatto che il primo riguarda gli agenti contabili, sui quali grava un onere di documentazione, mentre il secondo investe tutti gli impiegati delle amministrazioni e degli enti pubblici in relazione allo svolgimento di una (presunta) attività amministrativa illecita.

Un’ ulteriore, consequenziale differenziazione, è costituita “dal maggior rigore sul piano probatorio che caratterizzerebbe il giudizio di responsabilità contabile, giacchè l’ elemento soggettivo verrebbe provato dal fatto che si è verificato un “ammanco”, spettando così al convenuto (e non, come nel giudizio di

2007; P. ZINGALE, *La responsabilità amministrativa e contabile*, in R. GAROFOLI-A.LIBERATI (a cura di), *La responsabilità della pubblica amministrazione e dei suoi dipendenti*, Milano, 2005 , p. 219 ss; F.G. SCOCA, *Fondamento storico ed ordinamento generale della giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità amministrativa*, in AA.VV, *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Atti del LI convegno di studi di scienza dell’ amministrazione, Milano, 2006; M. ATELLI (a cura di), *Giurisdizione della Corte dei conti e responsabilità amministrativo-contabile a dieci anni dalle Riforme* (con prefazione di M. CLARICH pp. XI-XIV), Napoli, 2005; E.F. SCHLITZER (a cura di) *L’ evoluzione della responsabilità amministrativa*, Milano 2002; L. MERCATI *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, Torino, 2002; T. MIELE, *Il danno erariale quale elemento della responsabilità amministrativa*, in G. DI GIANDOMENICO-R. FAGNANO-G. RUTA (a cura di), *La responsabilità dei funzionari e dei pubblici amministratori*, UniMolise 2001 p. 61 ss.;

P.MADDALENA, *La sistemazione dogmatica della responsabilità amministrativa nell’ evoluzione attuale del diritto amministrativo* in *Il Consiglio di Stato*,9, 2001, parte II, pp. 1559-1602; F.G. SCOCA (a cura di) *La responsabilità amministrativa ed il suo processo*, Padova, 1997; P. MADDALENA, *La nuova conformazione della responsabilità amministrativa alla luce della recente giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in TAR, 1999, n. 2 pp. 261 ss.

responsabilità amministrativa, all'attore) provare che ciò sia disceso da fatti indipendenti dalla sua (buona) volontà”².

Tuttavia, sia in seguito, soprattutto, alle riforme degli anni 1994/1996, che alla elaborazione giurisprudenziale della Corte Costituzionale e della Corte dei conti, le linee distintive tra responsabilità amministrativa e responsabilità contabile, sono andate via, via sfumando.

In particolare, con sentenza n. 371 del 20 novembre 1998, la Corte Costituzionale, nel fare riferimento alla responsabilità contabile, ha affermato che “quanto ad elementi costitutivi, quest'ultima, a prescindere dalla specificità delle obbligazioni che incombono su coloro che hanno maneggio di beni e valori di pubblica pertinenza, si modella come da tempo chiarito dalla stessa giurisprudenza contabile sullo stesso paradigma che caratterizza la c.d. responsabilità amministrativa”³.

Proprio la giurisprudenza, ormai consolidata, della Corte dei conti, intesa, ormai da tempo, a far confluire l'azione risarcitoria del giudizio di conto nell'alveo della responsabilità amministrativa, induce a far ritenere la responsabilità amministrativo-contabile un unico *genus* (ferme restando alcune peculiarità considerate minori e non in grado di impedire l'applicazione dei principi generali comuni).

Tenuto conto di quanto sopra non sembra, pertanto, “che rimanga spazio per considerare tuttora separate e diversamente disciplinate, anche sul piano processuale, la responsabilità contabile e la responsabilità amministrativa”⁴.

Il bene giuridico tutelato attraverso l'istituto della responsabilità amministrativo-contabile è l'integrità patrimoniale della pubblica amministrazione, considerata come valore unitario. Ciò fa sì che la disciplina della responsabilità amministrativo-contabile rientri tra le materie di competenza legislativa esclusiva dello Stato.

² F. TIGANO, op. cit., p. 158

³ La Corte Costituzionale già in precedenza aveva affermato che nella nozione di “materie di contabilità pubblica” rientrano sia i giudizi di conto che di responsabilità, con sentenze 26/04/1971, n. 78; 08/11/1982, n. 185.

⁴ F. G. SCOCA, *Fondamento storico ed ordinamento generale della giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità amministrativa*, cit., p.60.

A tal riguardo la Corte Costituzionale ha ribadito più volte che non spetta alle Regioni dettare una disciplina particolare della responsabilità amministrativa dei propri dipendenti ⁵.

1.2 DISCIPLINA NORMATIVA DELLA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVO-CONTABILE.

La responsabilità amministrativa ha le sue principali fonti normative nel R.D 18/11/1923 n. 2440 (“Disposizioni sull’ amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato”); nel R.D 12/07/ 1934 n. 1214 (T.U delle leggi sulla Corte dei conti); nel D.P.R 10/01/ 1957 n. 3 (T.U delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato). Essa ha trovato poi una disciplina unitaria, sia sotto il profilo sostanziale che sotto quello processuale, nella L. 14/01/ 1994 n. 20 (“Disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti”), come modificata dalla Legge 20/12/1996, n. 639 (“Conversione in legge, con modificazioni del Decreto-Legge 23 ottobre 1996, n. 543, recante disposizioni urgenti in materia di ordinamento della Corte dei conti”).

Ulteriori disposizioni concernenti la responsabilità amministrativo-contabile dei dipendenti pubblici (o assimilati a questi ultimi) sono contenute nel D.L.gs. 28/03/2000 n. 76 (“Principi fondamentali e norme di coordinamento in materia di bilancio e di contabilità delle Regioni”); nel D.L.gs. 18/08/2000 n. 267 (T.U delle leggi sull’ ordinamento degli Enti locali); nel D.L. 01/07/2009, n.78 (“Provvedimenti anticrisi”), convertito, con modificazioni, nella L. 03/08/2009,

⁵ Tale orientamento, già espresso con la sentenza 05/07 /1973, n. 112 è stato confermato con la pronuncia 15/11 /2004 n. 345, in cui viene sottolineata la circostanza che “la disciplina della responsabilità amministrativa, nella quale i profili sostanziali sono strettamente intrecciati con i poteri che la legge attribuisce al giudice chiamato ad accertarla, ovvero fanno riferimento a situazioni soggettive riconducibili alla materia dell’ ordinamento civile, è materia di competenza dello Stato”. Tale assunto è stato ribadito con la sentenza 12/06 /2007, n. 184.

Di recente, infine, la Corte, con sentenza 10/02/2014, n. 19 ha precisato di aver chiarito “con un ragionamento valevole anche per le Regioni ad autonomia speciale che, con riferimento alla responsabilità amministrativa e contabile, nessuna fonte regionale potrebbe introdurre nuove cause di esenzione dalla responsabilità penale, civile o amministrativa, trattandosi di materia non disciplinata dagli statuti di autonomia speciale e riservata alla competenza esclusiva del legislatore statale, ai sensi dell’ art. 117, secondo comma lett l Cost”.

n.102; nel D.L. 03/08/2009, n. 103 (“Disposizioni correttive del decreto legge anticrisi n.78 del 2009”), conv. con modif., nella L. 03/10/2009, n.141; nel D.L. 31/08/2013, n. 102, conv. con modif. in L. 28/10/2013, n. 124.

Riflessi in tema di responsabilità amministrativo-contabile si sono avuti con la L. 6/06/11/2012 n. 190 (cd. Legge anticorruzione) e con il D.L 13/09/2012, n. 158 (cd. Decreto Balduzzi) conv. con modif. in L. 08/11/2012 n. 189.

Nel definire il quadro normativo che è alla base della disciplina della responsabilità amministrativo-contabile, non si può fare a meno di accennare ai riferimenti costituzionali tenuti presente dal legislatore ordinario.

Il primo di tali riferimenti è rappresentato dall’ art. 28 Cost., il quale statuisce la responsabilità diretta, penale, civile e amministrativa, a carico degli impiegati pubblici per i danni prodotti a terzi nell’ esercizio dell’ attività di servizio ⁶.

La medesima norma prevede, altresì, l’ estensione della responsabilità civile allo Stato e agli enti pubblici, consentendo in tal modo al terzo danneggiato dall’ attività di un dipendente pubblico, di potersi rivolgere direttamente nei confronti di quest’ultimo o chiamare in causa l’ amministrazione da cui questi dipende. Il secondo riferimento, più diretto, è quello relativo all’ art. 103, co. 2 Cost., laddove è stabilito che la Corte dei conti ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge.

Si tratta di un organo speciale di giurisdizione ⁷ e, tradizionalmente, la giurisdizione della Corte dei conti è ritenuta piena, esclusiva e sindacatoria.

La giurisdizione è piena, nel senso che la cognizione riguarda sia le questioni di fatto che di diritto.

⁶ Sul significato della collocazione della norma fondamentale contenuta nell’ art. 28 sotto il Titolo I (“Rapporti civili”), Parte I (“Diritti e Doveri dei cittadini”), cfr. F. MERUSI – M. CLARICH, *Rapporti civili, art. 28*, in *Commentario della Costituzione, fondato da G. BRANCA e continuato da A. Pizzorusso*, Bologna, 1991, pp 356 ss.

⁷ Giova ricordare che in base alla VI disp. trans. Cost, “entro cinque anni dalla entrata in vigore della Costituzione si procede alla revisione degli organi speciali di giurisdizione attualmente esistenti, salvo le giurisdizioni del Consiglio di Stato, della Corte dei conti e dei Tribunali militari”.

L' esclusività attiene alla circostanza che il giudice contabile è giudice sia dei diritti che degli interessi legittimi.

La giurisdizione della Corte dei conti è, infine, sindacatoria, nel senso che i poteri di indagine del pubblico ministero, nonché gli analoghi poteri del collegio in sede di trattazione, sono piuttosto ampi, il che, tra l' altro, pone problemi di compatibilità dell' attuale disciplina del processo contabile con i principi del "giusto processo" introdotti nelle giurisdizioni civile, penale e amministrativa ⁸.

L' art. 82 R.D. 2440/23 costituisce, per così dire, la norma base della responsabilità amministrativa, in quanto esso stabilisce che l' impiegato, il quale con la sua azione od omissione "anche solo colposa, nell' esercizio delle sue funzioni, cagioni danno allo Stato, è tenuto a risarcirlo".

Il successivo art. 83 assoggetta i dipendenti di cui sopra alla giurisdizione della Corte dei conti, la quale "può porre a carico dei responsabili tutto o parte del danno accertato o del valore perduto".

In base all' art. 52 R.D. 1214/1934 "I funzionari, impiegati ed agenti, civili e militari, compresi quelli dell' ordine giudiziario e quelli retribuiti da amministrazioni, aziende, e gestioni statali a ordinamento autonomo, che nell' esercizio delle loro funzioni per azione od omissione imputabili anche alla sola colpa o negligenza cagionino danno allo Stato o ad altra amministrazione dalla quale dipendono sono sottoposti alla giurisdizione della Corte [dei conti] nei casi e modi previsti dalla legge sull' amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato e da leggi speciali.

La Corte, valutate le singole responsabilità, può porre a carico dei responsabili tutto o parte del danno accertato o del valore perduto".

L' art. 18 D.P.R. 3/1957 ribadisce la responsabilità dell' impiegato verso l' amministrazione stabilendo che egli "è tenuto a risarcire alle amministrazioni

⁸ Sul punto, cfr. P. SANTORO, *Terzietà del giudice e poteri sindacatori nel processo contabile* in riv. *Corte dei conti*, 2001; M. RISTUCCIA, *applicabilità dei principi del giusto processo al processo contabile*, in Riv. *Corte dei conti*, 2000.

stesse i danni derivanti da violazioni di obblighi di servizio.

Se l' impiegato ha agito per un ordine che era obbligato ad eseguire va esente da responsabilità, salva la responsabilità del superiore che ha impartito l' ordine.

L' impiegato, invece, è responsabile se ha agito per delega del superiore” .

In considerazione di tale aspetto, appare di tutta evidenza che “la responsabilità amministrativa inerisce al rapporto interno tra dipendente pubblico e amministrazione di appartenenza e in questo senso costituisce, concettualmente, una sottospecie della responsabilità del lavoratore subordinato nei confronti del proprio datore di lavoro che nasce in conseguenza della violazione dei doveri di diligenza (art. 2104 cod. civ.)”⁹.

Alla responsabilità dell' impiegato è poi correlato, a norma del successivo art. 20, l'obbligo di denuncia al Procuratore Generale della Corte dei Conti da parte dei direttori generali e dei capi servizio che “vengano a conoscenza direttamente od a seguito di rapporti cui sono tenuti gli organi inferiori, di fatti che diano luogo a responsabilità ai sensi dell' art. 18”.

La legislazione di riforma del 1994-1996 ha definito l'unitaria disciplina della responsabilità amministrativo-contabile, ulteriormente precisando che la responsabilità dei soggetti sottoposti al giudizio della Corte dei conti è personale ed è limitata alle azioni od omissioni commesse con dolo o colpa grave. La trasmissibilità del debito derivante da responsabilità amministrativa agli eredi si ha solo nella ipotesi di illecito arricchimento del dante causa e di conseguente indebito arricchimento degli eredi stessi (art. 1, comma 1, L. 20/94, come sostituito dall' art. 3, DL 543/96).

Il D.L.gs. 76/2000, all'art.23 e il D.L.gs. 267/2000, all'art.93, hanno confermato l'estensione della disciplina della responsabilità amministrativa, prevista originariamente per i dipendenti delle amministrazioni statali, rispettivamente agli amministratori e ai dipendenti delle Regioni e agli amministratori e ai dipendenti

⁹ M. CLARICH, *Manuale di Diritto Amministrativo*, cit. p. 302.

degli Enti locali (i quali peraltro in precedenza erano già assoggettati alla giurisdizione della Corte dei Conti). La generale applicabilità del regime di responsabilità amministrativo-contabile a tutti i dipendenti pubblici è stata confermata anche dopo la c.d. privatizzazione del rapporto di impiego pubblico. Infatti, dopo che l'art 2, co.2, D.L.gs 30/3/2001,n.165 stabilisce che “i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro codice civile dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa”, il successivo art.55, co. 1, recita: “Per i dipendenti di cui all'art. 2,co.2,resta ferma la disciplina attualmente vigente in materia di responsabilità civile, amministrativa, penale e contabile per i dipendenti delle amministrazioni pubbliche”.

Secondo il consolidato indirizzo giurisprudenziale e dottrinale la responsabilità amministrativo-contabile dell'impiegato esprimerebbe natura risarcitoria e non sanzionatoria, in quanto l'azione della Corte dei Conti avrebbe la finalità di reintegrare le casse erariali della perdita patrimoniale subita. Tuttavia, progressivamente, sembra emergere in alcune fattispecie anche una finalità sanzionatoria.

Si discute se la responsabilità amministrativa dell' impiegato sia contrattuale o extracontrattuale ¹⁰.

L'obbligazione risarcitoria, infatti, in termini generali, trova la sua fonte nei fatti illeciti e nell'inadempimento di una obbligazione. Concettualmente la responsabilità contrattuale consegue all'inadempimento di un'obbligazione e quindi alla violazione della disciplina di un rapporto obbligatorio (tra due soggetti rivestenti, l'uno la qualità di creditore, l'altro la qualità di debitore), la cui fonte può essere un

¹⁰ Secondo M. CLARICH, “il regime della responsabilità amministrativa è molto diverso da quello del diritto comune e si caratterizza per avere un carattere ibrido, a metà strada tra la responsabilità contrattuale ed extracontrattuale” (op.cit., p. 302). In particolare, “per effetto delle modifiche normative intervenute negli ultimi anni, la responsabilità amministrativa sembra retta da un regime non omologabile ai modelli di responsabilità del codice civile e in essa sembra prevalere la funzione di dissuasione della commissione di illeciti” (op. cit., p. 304).

contratto, la legge, un atto unilaterale.

La responsabilità extracontrattuale ricomprende tutte quelle ipotesi in cui l'obbligazione risarcitoria trova nel fatto illecito, senza che vi sia la violazione di un preesistente rapporto obbligatorio, la sua causa.

Pur essendo, quindi, accomunate dalla medesima funzione risarcitoria, la responsabilità contrattuale e la responsabilità extracontrattuale presentano differenti caratteristiche, la più rilevante delle quali consiste nella diversa disciplina dell'onere della prova: nella responsabilità extracontrattuale spetta alla parte attrice dimostrare che l'evento lesivo sia riconducibile, sulla base del nesso causale, alla condotta del soggetto ritenuto responsabile e che la condotta medesima sia qualificabile come dolosa o colposa (art. 2043 cod. civ.). Viceversa, nel caso di responsabilità contrattuale, l'onere della prova a carico del creditore riguarda il solo fatto dell'inadempimento, in quanto spetta al debitore dimostrare di non aver potuto adempiere per una causa a lui non imputabile (art. 1218 cod. civ.). Sul piano degli effetti giuridici la distinzione ha altresì rilevanza in quanto, in tema di responsabilità contrattuale, il debitore risponde soltanto dei danni prevedibili nel tempo in cui è sorta l'obbligazione (art. 1225 cod. civ.), salvo il caso in cui l'inadempimento sia conseguente a un comportamento doloso del debitore, mentre, per quanto riguarda la responsabilità extracontrattuale, il mancato richiamo dell'art.1225 cod. civ. da parte dell'art. 2056 cod. civ. fa sì che il danneggiante sia tenuto a risarcire tutti i danni a prescindere dalla qualificazione dell'elemento soggettivo.

Un'altra differenza riguarda il termine di prescrizione riferito all'esercizio dell'azione di danno: dieci anni per l'illecito contrattuale; cinque anni per l'illecito extracontrattuale.

In passato, fino ai primi anni cinquanta del secolo scorso, la responsabilità in argomento era ritenuta extracontrattuale in quanto espressiva del generale principio del *neminem laedere*, tuttavia, successivamente, la Corte dei conti ha mutato orientamento ritenendo che detta responsabilità sia originata dallo speciale rapporto

intercorrente tra l'amministrazione e i suoi dipendenti, dal quale derivano specifici doveri e obblighi ¹¹.

Costituisce segnale di questo mutato indirizzo la diversa formulazione contenuta dal T.U 3/57 rispetto a quella utilizzata dall' art. 82 R.D. 2440/23, laddove si fa riferimento ai "danni derivanti dalla violazione di obblighi di servizio" ¹².

Tale tesi è ulteriormente suffragata dalla intervenuta privatizzazione del rapporto di impiego, anche se alcune disposizioni contenute nella legge n. 20/1994, segnatamente quelle riguardanti la prescrizione quinquennale per l'azione giuscontabile e la perseguibilità anche dei danni arrecati ad amministrazioni diverse da quella di appartenenza, farebbero propendere per la natura extra-contrattuale.

La questione di per sè non sembrerebbe avere una particolare valenza strategica, giacchè, indipendentemente dal fatto che la responsabilità amministrativa abbia o meno natura contrattuale, la relativa disciplina è specifica e non è suscettibile di essere integrata dalle disposizioni di cui all' art. 1218 cod. civ. e ss. in tema di responsabilità contrattuale. ¹³

In ogni caso la responsabilità amministrativa sarebbe connotata da una matrice civilistica, ulteriormente desumibile dalla attribuzione alla giurisdizione esclusiva della Corte dei conti delle azioni volte a garantire il credito erariale, ai sensi

¹¹ Cfr., in tal senso, Corte dei conti, sez. I, 7/1/1960,n.1; Sez.Riun.,28/5/1956, n.51; Sez.Riun.11/11/1957, n.54; sez. riun. 7/1/1952,n.29; sez. riun. 14/4/1984,n.370/A. Sul piano dottrinale la tesi della natura contrattuale è sostenuta, tra gli altri, da F. BASSI, *Lezioni di diritto amministrativo, Padova, 1998, pp.297 ss*; A. BENNATI, *Manuale di contabilità di Stato, Napoli, 1990, p.765*; S. CIMINI, *La responsabilità amministrativa e contabile, Milano, 2003, pp.178 ss.*; L.SCHIAVELLO, *La nuova conformazione della responsabilità amministrativa, Milano, 2001.*

¹² Con ciò, secondo E. CASSETTA (op. cit., p.627), evidenziando "la preesistenza del rapporto di servizio, nozione che è stata interpretata in senso estensivo dalla giurisprudenza, tanto da ritenerla presente non solo nei casi di pubblico impiego, ma pure di organi elettivi, di funzionari onorari e di soggetti privati incaricati dello svolgimento di un' attività pubblicistica (progettisti, direttori di lavori, medici convenzionati nell' esercizio di attività di certificazione)".

¹³ Secondo F.G. COCA la scelta per la natura contrattuale sembrerebbe dettata "non tanto da ragioni logico-sistematiche (che appaiono deboli) quanto dalla più durevole prescrizione e dal più comodo riparto dell'onere della prova" (*La responsabilità amministrativa ed il suo processo cit., p.2*).

dell'art.1,co.174,L.23/12/2005, n.266.

Il riferimento, poi, a un preesistente rapporto di servizio, da intendersi in senso lato come si avrà modo di approfondire più avanti, consente di estendere la platea dei soggetti sottoposti alle regole della responsabilità amministrativa, ben oltre il numero di quelli vincolati ad una Amministrazione in virtù di un rapporto di pubblico impiego.

Alcuni Autori ¹⁴, però, attribuiscono connotati sanzionatori alla responsabilità amministrativo-contabile, avvicinando questa alla responsabilità penale rilevandone la matrice pubblicistica, in virtù di una serie di elementi, quali l'officiosità dell'azione contabile, il potere riduttivo del giudice contabile nella quantificazione del danno erariale, la personalità dell'illecito con la conseguenziale intrasmissibilità della responsabilità agli eredi (con l'eccezione dell'erede che abbia tratto profitto). Tale orientamento si basa anche sulla considerazione che il regime della responsabilità civile tende ad evolversi in direzione di una sempre minore considerazione dell'elemento soggettivo, ricomprendendo forme di responsabilità oggettiva (quali, ad esempio, la responsabilità di padroni e committenti ex art.2049 cod. civ.; quella conseguente all'esercizio di attività pericolose, ex art.2050 cod. civ.; le altre ipotesi di responsabilità oggettiva relative ai danni cagionati da cose o da animali, rispettivamente ai sensi, rispettivamente degli artt.2051 e 2052 cod. civ.; infine, ma non ultima, la responsabilità derivante dalla circolazione di veicoli).

Il regime di responsabilità amministrativa si basa, invece, senza alcuna flessibilità, sull'accertamento della sussistenza dell'elemento psicologico nella condotta dell'autore del danno erariale (elemento psicologico limitato dalla L. 20/1994 ai soli casi di dolo o colpa grave).

¹⁴ Cfr.,al riguardo, P. MADDALENA, *Per una nuova configurazione della responsabilità amministrativa*, in *Consiglio di Stato*, 2/1976 ; F.MERUSI, *Pubblico e privato nell'istituto della responsabilità amministrativa, ovvero la riforma incompiuta*, in F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*,Bologna,2007; F. STADERINI, *La responsabilità dei funzionari e dipendenti pubblici tra risarcimento e sanzione*, in *Rivista della Corte dei conti*, 2/ 1996.

Non si può, inoltre, fare a meno di evidenziare come una serie di interventi normativi di chiara impronta pubblicistica, sembrano fornire solidi argomenti alla tesi della funzione repressivo-sanzionatoria.

Tali interventi tendono a inserire la responsabilità amministrativo-contabile in un ambito che va ben oltre la pretesa risarcitoria, per inquadrarsi in un contesto volto a salvaguardare l'equilibrio economico-finanziario delle diverse componenti della pubblica amministrazione (e in definitiva dell'intero Paese).

In effetti, l'ambito nel quale sono inserite le più recenti innovazioni normative in materia di responsabilità amministrativo-contabile è caratterizzato da una sempre più pressante esigenza di tutela dell'equilibrio economico-finanziario tale da essere divenuta trasversale rispetto alla garanzia dei diritti costituzionali. Ciò, evidentemente, in virtù di un processo evolutivo impresso in sede comunitaria culminato, per quanto riguarda il nostro ordinamento, nell'introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta Costituzionale.

Tale significativa innovazione si è avuta con la L. Cost. 20/04/2012, n.1, attraverso la modifica dell'art.97, co.1 Cost., il quale oggi recita: “Le pubbliche Amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione Europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico”.

La finalità sanzionatoria appare in tutta evidenza nella disposizione contenuta nell'art.30,co.15,L.27/12/2002,n.289 (Legge Finanziaria del 2003), introduttiva di misure dissuasive finalizzate alla tutela dell'equilibrio economico-finanziario degli enti locali che comportano effetti sanzionatori da comminare in sede di giudizio contabile, laddove è previsto che “ qualora gli enti territoriali ricorrano all'indebitamento per finanziare spese diverse da quelle d'investimento, in violazione dell'art.119 Cost. i relativi atti e contratti sono nulli. Le sezioni giurisdizionali regionali della Corte dei conti possono irrogare agli amministratori, che hanno assunto la relativa delibera, la condanna a una sanzione pecuniaria pari ad un minimo di cinque volte fino ad un massimo di venti l' indennità di carica percepita al momento di commissione della violazione”.

Altri aspetti di natura sanzionatoria della responsabilità amministrativo-contabile si rinvengono in disposizioni tratte dalla legislazione in materia finanziaria ¹⁵.

Il riferimento alle citate fonti normative consente di cogliere il senso del rischio di una tipizzazione delle ipotesi di danno erariale, segnalato da alcuni Autori, consistente nel fatto che i frequenti interventi legislativi, soprattutto nella materia finanziaria, inducono a definire ipotesi sanzionatorie “in fattispecie tipizzate di responsabilità amministrativa, che si aggiungono a quelle desumibili dalla clausola generale dei risarcimenti dei danni erariali, alla cui violazione si riconduce direttamente l’irrogazione di una condanna, il cui intento specifico non solo è punitivo (da ascrivere all’autore dell’illecito) ma anche dissuasivo” ¹⁶.

¹⁵ In particolare, la L. 27/12/2006, n.296 (Legge di Stabilità del 2007), all’art.1, co.593, dispone, a seguito dell’apposizione del limite massimo di retribuzione per i dirigenti, consulenti, ecc., fissato in misura non eccedente a quella del primo Presidente della Corte di Cassazione, che “in caso di violazione, l’amministratore che abbia disposto il pagamento e il destinatario del medesimo sono tenuti al rimborso in solido ,a titolo di danno erariale, di una somma pari a dieci volte l’ammontare eccedente la cifra consentita”.

L’art. 20, co.12.D.L. 06/07/2011,n.98,conv. nella L. 05/07/2011, n. 111,prevede che le sezioni giurisdizionali della Corte dei conti irrogano una sanzione pecuniaria, fino a un massimo di dieci volte l’indennità di carica percepita, agli amministratori che pongano in essere atti elusivi delle regole del patto di stabilità interno. Altre misure sanzionatorie irrogabili dalle sezioni giurisdizionali della Corte dei Conti sono stabilite dalla L. 07/12/2012,n.213,di conversione del D.L. n.174/2012,la quale,all’art.3,ricollegandosi alla materia dei controlli, abilita le sezioni giurisdizionali ad irrogare sanzioni da cinque a venti volte la retribuzione percepita nei confronti degli amministratori che non si siano attenuti al rispetto dei criteri di adeguatezza contenuti nelle linee guida elaborate dalle sezioni Autonomie della Corte, nonché, in caso di dissesto, ad irrogare agli amministratori, oltre alla condanna per responsabilità amministrativo-contabile, anche la pena accessoria consistente nell’inibizione a ricoprire determinati incarichi.

Sul punto v. N.LEONE *La responsabilità amministrativo-contabile e il danno erariale nei contratti pubblici di servizi e forniture*, intervento al Convegno *Dall’ opera omnia dei contratti pubblici alle responsabilità della figura professionale del provveditore economo*, Arbatax, 09 /05/ 2008. L’ A. cita ,in particolare, oltre alla fattispecie già esaminata prevista dall’ art. 30, co. 15 L. 289/2002, anche la materia dei contratti di assicurazione per la responsabilità amministrativa, di cui all’ art. 3,comma 59 Legge finanziaria 2008; la responsabilità di cui all’ art. 248,comma v D.L.gs 267/2000; la fattispecie prevista dall’ art. 30,comma 15 L. 289/2002 (L. Fin. per il 2003) che sanziona gli amministratori i quali deliberino mutui per finanziare spese che non siano per investimenti (comminando una sanzione pari a un minimo di 5 ad un massimo di 20 volte l’ indennità percepita al momento della commissione della violazione).

¹⁶ V.TENORE (a cura di) *La nuova Corte dei conti*, cit., pp.56-57. *Sul pericolo di una tipizzazione delle ipotesi di danno erariale*, cfr. inoltre, P. L. REBECCHI, *Recenti fattispecie tipizzate di responsabilità amministrativa : incremento della tutela o strappo della tipicità?*, in www.amcortedeiconti.it; A. CIARAMELLA, *Le recenti disposizioni sanzionatorie delle patologie nel conferimento degli incarichi di consulenza da parte di amministrazioni pubbliche* in www.cortedeconti.it; A. CRISMANI, *Illeciti contabili tipici ed ipotesi sintomatiche di danno erariale*, in AA.VV., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalla riforma)*, *Atti del LI convegno di studi di scienza dell’amministrazione di*

Un altro indirizzo dottrinale individua, infine, nell'illecito amministrativo-contabile un terzo *genus*, comprensivo di profili civilistici, sia contrattuali che extracontrattuali, e di profili penalistici, coordinati tra di loro, la cui peculiarità sarebbe di essere coerente con la finalità di assicurare il buon andamento della pubblica amministrazione.

Alla base di tale orientamento c'è la considerazione secondo la quale se si dovesse far rientrare l'istituto della responsabilità amministrativa esclusivamente nella potestà punitiva dello Stato, difetterebbe ad esso il presupposto indispensabile della riserva di legge, giacché la maggior parte dei casi in cui si esplica tale responsabilità è riconducibile esclusivamente alla sola sussistenza del riscontrato danno erariale.

Si tratterebbe, quindi, di pervenire ad una nozione unitaria di responsabilità amministrativa affiancando ai profili compensativi-risarcitori, che rappresentano la matrice storica dell'istituto, finalità sanzionatorie-preventive le quali risultano particolarmente evidenti e ulteriormente accresciute a seguito degli interventi normativi disposti in epoca recente, caratterizzati dal conferimento alla Corte dei conti di poteri anche sanzionatori, in grado di indurre le amministrazioni a comportamenti virtuosi ¹⁷.

Varena, Milano, 2006, p. 705; P. SANTORO, *La responsabilità amministrativa tra clausola generale e tipizzazione dell'illecito*, in *Foro amm. CdS*, 12, 2007, pp. 3565 ss.

¹⁷ Cfr. in tal senso, V. TENORE, il quale ritiene che questo terzo genere possa configurarsi come un illecito di "natura speciale", in riferimento al quale l'azione esercitata dalla Corte dei Conti si configura come "una conseguente azione peculiare, azione pubblica-risarcitoria" (V. TENORE, op. cit., p. 61). Peraltro, sulla peculiarità della responsabilità amministrativo-contabile, v. Corte dei conti, sez. riun. 27/5/1996, n. 15/Q, secondo cui "il criterio della parziarietà anche per gli atti collegiali, non ha conseguenze sulla natura della responsabilità gestoria, che ha una natura risarcitoria sui *generis*, non rientrando pienamente in alcuna delle categorie civilistiche della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, essendosi sviluppata sul piano dei rapporti di diritto pubblico, per soddisfare bisogni propri dell'organizzazione amministrativa".

Sul piano dottrinale, in ordine alla configurabilità della responsabilità amministrativa nel senso delineato, v. F.G. SCOCA il quale ritiene che si possa parlare di un "istituto a sé stante del tutto autonomo rispetto ad entrambe le figure della responsabilità civile", dotato di una propria fisionomia di diritto sostanziale (F.G. SCOCA, *Fondamento storico ed ordinamento generale della giurisdizione della Corte dei Conti in materia di responsabilità amministrativa*, in AA.VV., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, atti del LI convegno di studi di scienza dell'amministrazione di Varena, cit. pp. 59 ss. e 67 ss.. Lo stesso A. sottolinea la specialità della responsabilità amministrativo-contabile, evidenziando la compresenza della funzione compensativa-risarcitoria e la finalità preventiva a tutela del buon andamento della P.A., in *La responsabilità amministrativa*, cit., p. 12. Nel senso descritto, cfr.

In conclusione, dal sistema regolativo della responsabilità amministrativo-contabile dovrebbe trarsi la considerazione che l'illecito amministrativo-contabile è un illecito "ontologicamente tipico"¹⁸ che rende coerente un'azione pubblica officiosa e obbligatoria (anche in sede di segnalazione alla Procura regionale della Corte dei conti da parte dell'amministrazione interessata), in funzione del recupero del danno arrecato alle casse erariali, ma altresì in funzione di una tutela, anche di tipo preventivo o comunque dissuasivo, del buon andamento della P.A.

Indipendentemente dall'adesione o meno a uno o agli altri degli indirizzi dottrinali testè illustrati, resta il fatto che alla base della responsabilità amministrativo-contabile c'è il danno erariale e cioè il danno arrecato ad una pubblica amministrazione da un soggetto comunque collegato ad una pubblica amministrazione (non necessariamente la stessa che ha subito il danno), in ordine al quale si pronuncia, in via esclusiva la Corte dei conti.

La giurisdizione della Corte dei conti è, pertanto, una giurisdizione sul danno ed una fondamentale caratteristica del giudizio contabile è quella dell'autonomia dell'azione contabile.

anche A. POLICE, *La natura della responsabilità amministrativa*, in F.G. SCOCA, *La responsabilità amministrativa*, cit. pp.154 ss. e M. SCIASCIA, *Manuale di diritto processuale contabile*, cit. pp.49 ss..

¹⁸ V.TENORE, op.cit., p.62, il quale comunque aggiunge che, prescindendo dal problema ontologico, "la questione della natura della responsabilità in esame appare oggi abbastanza teorica ed accademica a fronte di un regime normativo "speciale" dettagliato e puntuale (l.n.20/94) che... mutuando spunti regolamentati sia dal diritto civile sia dal diritto penale, offre all'interprete soluzioni tendenzialmente inequivoche, ai problemi che la realtà giudiziaria pone; per cui la riconducibilità dell'illecito in esame a quello penale o a quello civile, contrattuale o extracontrattuale, non presenta più, come in passato, divergenti corollari applicativi, come invece da taluni autori (pervicacemente ma erroneamente) ritenuto, in tema, ad es. di onere probatorio, o di termine prescrizione, desumendosi a chiare lettere dalle leggi 19 e 20 del 1994 che l'onere probatorio in ordine alla sussistenza delle componenti strutturali dell'illecito grava sulla Procura erariale e che la prescrizione è quinquennale". Ciò posto e preso atto della ormai definita "autonoma responsabilità su un illecito ontologicamente tipico", secondo l'A. discende altresì che "dovrebbe opportunamente fare applicazione della sua compiuta ed autonoma regolazione, contenuta nella L. n.20/1994, anche il giudice ordinario qualora, in sede civile o penale, vagliasse fatti di danno arrecato alla P.A. da dipendenti pubblici, ma purtroppo, questo ad oggi ancora non avviene" (V.TENORE, op. cit. pp. 62-64).

Come si è già avuto modo di accennare, la responsabilità amministrativo-contabile rappresenta un *unicum* al cui interno è, tuttavia, possibile distinguere due differenti specificazioni, per l'appunto la responsabilità contabile e la responsabilità amministrativa in senso stretto.

La prima è fondata sul c.d. maneggio di denaro ed essa si concretizza a seguito di qualunque irregolarità nella riscossione, nei pagamenti o nella conservazione di denaro o valori della pubblica amministrazione. Si tratta di una responsabilità in cui possono incorrere solo alcuni pubblici dipendenti, qualificati o qualificabili con agenti contabili.¹⁹

Questi ultimi rispondono per il solo fatto della irregolarità della gestione, non essendo richiesta la prova del danno, che è sempre presunto.

Ciò implica che grava sull'agente contabile l'onere di dimostrare che dalla irregolarità della gestione non sia derivato un danno per la P.A. o se esso si sia verificato non sia a lui imputabile a titolo di dolo o colpa grave. La differenza con la responsabilità amministrativa sta proprio in ciò che, ricorrendo quest'ultima, è la pubblica accusa a dovere dimostrare la colpevolezza del presunto autore del danno.

Chiarito ciò, quanto alle rispettive componenti strutturali tra illecito contabile e illecito amministrativo, non può che confermarsi come tra di essi non sussistano significative differenze, in quanto sostanzialmente riconducibili ad un unico *genus*.

¹⁹ La qualifica è attribuita *ex lege* agli agenti della riscossione o esattori, incaricati di riscuotere le entrate; agli agenti pagatori o tesorieri, incaricati della custodia del denaro e dell'esecuzione dei pagamenti; agli agenti consegnatari, incaricati della conservazione di generi, oggetti e materie appartenenti alla P.A.. Il particolare regime della responsabilità contabile è ricondotto, in dottrina, all'istituto della presunzione di colpa o al meccanismo dell'inversione dell'onere della prova o al concetto di *culpa in re ipsa*, ovvero, ancora viene ricondotto alla previsione civilistica del depositario, ai sensi dell'art.1780 cod.civ.. Circa l'illustrazione analitica dei diversi orientamenti, v. S. CIMINI, *La responsabilità*, cit.pp.122 ss; F. GARRI – G. DAMMICCO – A- LUPI – P. DELLAVENTURA – L VENTURINI, *I giudizi innanzi alla Corte dei conti – responsabilità, conti, pensioni*, Milano, 2007, pp.207 ss.; V.TENORE, op. cit, pp.49 ss.

§ 2 GLI ELEMENTI COSTITUTIVI DELL'ILLECITO AMMINISTRATIVO-CONTABILE.

Affinchè sussista una responsabilità amministrativo-contabile demandata alla esclusiva giurisdizione della Corte dei conti, occorre la contemporanea presenza di una serie di elementi che possono riassumersi nei seguenti: il danno erariale, inteso come danno concreto e attuale; un comportamento attivo od omissivo, che costituisca violazione di doveri od obblighi di servizio; un rapporto di impiego o quanto meno di servizio che leghi l' agente ad una pubblica amministrazione; l'elemento soggettivo caratterizzante la condotta , *sub specie* di dolo o colpa grave; il nesso di causalità tra il comportamento e il danno ad esso ricollegabile.

2.1 IL DANNO ERARIALE.

Il danno erariale, secondo la concezione tradizionale, che fa perno sulla dimensione patrimoniale, consiste in un ammanco o in un pregiudizio alle casse pubbliche che può manifestarsi nelle forme classiche del danno emergente o del lucro cessante.

Le ipotesi di danno erariale accomunate dal contenuto patrimoniale sono atipiche e costituiscono conseguenza di condotte a forma libera, ancorchè sia stata frequente negli ultimi anni, come si è già avuto modo di osservare, la tendenza seguita dal legislatore a tipizzare un'ampia serie di illeciti devoluti alla giurisdizione contabile.

La Corte dei conti, tuttavia, in diverse pronunce ha interpretato in modo estensivo il concetto di danno erariale, ricomprendendovi in esso “ogni compromissione di interessi di carattere generale del corpo sociale e la lesione dell'interesse pubblico generale all'equilibrio economico e finanziario dello Stato”²⁰.

²⁰ V. TENORE, op.cit., p.65. Osserva, inoltre, L. MERCATI che da anni si assiste “alla progressiva dilatazione del concetto di bene e di patrimonio pubblico al di là delle mere *res*, fino a comprendere ogni interesse della comunità, purchè affidato in cura ad un apparato pubblico ed economicamente valutabile “ (L. MERCATI, *Responsabilità amministrativa* cit., p.495).

La giurisprudenza contabile ha introdotto una considerazione del danno anche in rapporto alle conseguenze che si riflettono sull' economia nazionale, laddove il danno sia connesso "alla violazione di norme di tutela aventi per oggetto non già beni materiali che costituiscono il patrimonio in senso proprio del soggetto-persona (Stato od Enti pubblici), ma l' interesse a utilità non suscettibili di godimento ripartito e quindi riferibili a tutti i membri indifferenziati della collettività"²¹.

L' estensione del concetto di danno induce ad affermare che "sussiste danno erariale quando non si realizzano o si realizzano solo parzialmente le finalità di pubblico interesse al quale sono destinate le risorse economiche e pubbliche"²².

La presenza del danno quale elemento costitutivo della responsabilità amministrativa, con conseguente obbligo di rifusione dello stesso da parte dell'agente (sia pur nella misura definita dal giudice contabile, il quale può avvalersi del potere riduttivo) consente di attribuire tuttora alla responsabilità amministrativa carattere risarcitorio, ancorchè la legislazione, come già si è avuto modo di osservare, abbia di recente introdotto forme sanzionatorie a carico di dipendenti e amministratori pubblici.

Il danno arrecato all' ente pubblico dall' amministratore o dal dipendente o dal soggetto legato all'ente da una relazione di servizio, può concretizzarsi in un pregiudizio diretto oppure può derivare dal fatto che l' amministrazione abbia già dovuto risarcire un terzo dei danni causati dall'agente con il suo comportamento (c.d. danno indiretto).

Al ricorrere di quest' ultima fattispecie l' amministrazione solleciterà al p.m.

²¹ V. Corte dei conti sez.II 13/3/1989, n. 54.Già in precedenza la Corte dei Conti si era espressa sul danno erariale come compromissione di carattere generale del corpo sociale, con sentenze sez.riun. 03/06/1987, n.544 e sez. I, 15/05/1973, n. 39.

²² M. PISCHEDDA, *La responsabilità amministrativa e contabile: elementi costitutivi e cenni di procedura* in *Giust. Amm.it*, 13/02/2004. Da ciò la tendenza ad estendere il concetto di danno erariale fino a configurarlo come " danno alla finanza pubblica ", consistente nello " squilibrio che viene a determinarsi tra l' onere finanziario sostenuto per l'erogazione della spesa e il mancato beneficio per la collettività" (M. PISCHEDDA op.cit. p. 231)

contabile l' esercizio, nei confronti dell' agente, dell' azione la quale assumerà i connotati di una rivalsa, (titolare dell' azione è comunque sempre, in via esclusiva, il p.m. contabile).

Pertanto, la responsabilità amministrativa del dipendente pubblico si configura non solo a fronte dei danni subiti direttamente dall' amministrazione a causa del suo comportamento ma anche a fronte dei danni causati a terzi, durante l'attività di servizio, che l'amministrazione abbia risarcito dopo che questa sia stata chiamata dal danneggiato innanzi al giudice ordinario o amministrativo.

Ai sensi della normativa vigente in materia, costituita dall'art. 28 Cost., dall'art. 22 D.P.R. 10/01/1957, dall'art. 55 D.L.gs.30/03/2001, n.165, la pubblica amministrazione risponde dei danni arrecati a terzi dai propri dipendenti, salvo che il comportamento, doloso o colposo, invece che posto in essere non per il conseguimento dei fini istituzionali dell'ufficio di appartenenza, sia determinato da motivi strettamente personali, tali da escludere quindi ogni collegamento di "occasionalità necessaria tra il servizio prestato e l'attività produttiva del danno".

A tal riguardo, l' art. 18 D.P.R 3/1957 (Statuto degli Impiegati Civili dello Stato, applicabile a tutti i dipendenti pubblici) stabilisce che, a fronte della responsabilità civile fatta valere dal terzo nei confronti della P.A., il dipendente dal cui comportamento è derivato il pregiudizio arrecato al terzo è tenuto a risarcire il danno patito dall' amministrazione, consistente nella somma pagata al terzo.²³

Questo significa che contestualmente alla responsabilità civile della P.A nei confronti del terzo, sussiste una correlata responsabilità amministrativa di colui che ha agito per l' Amministrazione il quale, avendo con la sua azione (od omissione)

²³ E' bene precisare altresì che la responsabilità amministrativa può discendere in via indiretta, oltre che da una condanna dal giudice ordinario, anche da una condanna del giudice amministrativo al risarcimento del danno derivante da lesione di un interesse legittimo (ex art. 30, co. 3 D.L.gs. 02/07/2010, n. 104, codice del processo amministrativo).

causato danni al terzo, è tenuto a sua volta a ristorare l'Amministrazione di quanto questa abbia pagato al terzo ²⁴.

In relazione al danno in genere, occorre aggiungere che non rileva solo il danno provocato dall'agente alla amministrazione di appartenenza, ma anche il danno cagionato "ad amministrazioni o enti diversi da quelli di appartenenza" (art. 1, co. 4 L. 20/1994).

In questi casi si ha il c.d. "danno obliquo" ²⁵.

Nella quantificazione del danno erariale il giudice contabile esercita il potere di riduzione, tenendo conto di quanto abbia inciso il comportamento dell'agente nel verificarsi del danno e di eventuali circostanze ambientali.

Inoltre il giudice deve tenere conto dei vantaggi eventualmente conseguiti dall'amministrazione a seguito della condotta illecita del proprio dipendente, detraendo dall'ammontare del danno l'*utilitas* eventualmente percepita (sia pure indirettamente) dall'amministrazione (o anche dalla comunità).

²⁴ Pur essendo unico il fatto costituente il pregiudizio per il terzo, ricorrono due illeciti che, come sottolinea E. CASSETTA (op. cit. p. 614), non sono tra di loro ontologicamente differenti, ma si distinguono solo per il diverso tipo di soluzione ad essi collegato dall'ordinamento giuridico. Il dipendente può essere direttamente citato dal terzo, tuttavia nella prassi si riscontra come il terzo si rivolga sempre all'ente pubblico per essere risarcito e ciò per due motivi: sotto il profilo probatorio è più semplice dimostrare la responsabilità dell'amministrazione rispetto alla prova del dolo o della colpa grave del dipendente (che costituisce presupposto per la responsabilità di quest'ultimo: infatti ai sensi dell'art. 22 D.P.R. 3/57 l'impiegato è responsabile verso i terzi solo se cagioni a questi un danno ingiusto ai sensi dell'art. 23, il quale per danno ingiusto intende "quello derivante da ogni violazione dei diritti dei terzi che l'impiegato abbia commesso per dolo o per colpa grave"); sotto l'aspetto della solvibilità, l'azione diretta nei confronti della P.A. dà, ovviamente, più garanzie all'attore in caso di esito vittorioso. Una volta erogata, a seguito della sentenza di condanna, la somma al terzo danneggiato, l'amministrazione dovrà, quindi, rivalersi sull'autore materiale del danno, denunciandolo alla Procura della Corte dei conti. Un'altra ipotesi di danno indiretto, che sta assumendo una certa ampiezza, è quella collegata alle rivalse originate dal pagamento delle sanzioni pecuniarie inflitte dalle Autorità indipendenti alle pubbliche amministrazioni, a seguito delle condotte illecite dei dipendenti di queste ultime.

²⁵ I casi di danno obliquo sono generalmente quelli riguardanti i dipendenti pubblici distaccati o comandati dalla propria amministrazione in altre.

M. CLARICH sottolinea che "il danno obliquo non si presta ad essere inquadrato nello schema della responsabilità contrattuale tra dipendente e proprio datore di lavoro, ma è coerente con una visione che tende a tutelare l'interesse erariale considerando, sotto questo profilo, il settore pubblico come un unico comparto (op. cit., p. 303).

In entrambe le ipotesi di responsabilità e cioè da danno diretto e da danno indiretto, giudice esclusivo è la Corte dei conti (la cui giurisdizione è attivata dall'azione proposta dalla Procura) la quale è chiamata ad accertare e quantificare il pregiudizio patrimoniale certo e attuale al momento del giudizio.

Il danno erariale è da ritenersi certo e attuale se sussistente al momento della promozione dell'azione di responsabilità, indipendentemente dalla possibilità o probabilità concrete di recupero della somma che abbia l'amministrazione. L'unico modo per escludere la certezza e l'attualità del danno erariale è l'effettivo incameramento della somma di importo pari a quella fuoriuscita dalle casse pubbliche, per cui il solo possesso di un titolo esecutivo di per sé non appare sufficiente²⁶.

L'aumentata mole di giudizi promossi nel corso degli ultimi anni ha posto il problema della opportunità della promozione dell'azione contabile nelle situazioni in cui, atteso il modesto valore del danno, appare costosa e difficile la recuperabilità del credito erariale. Da una parte l'officialità e la doverosità dell'azione contabile, dall'altra l'obbligo incombente sui responsabili delle pubbliche amministrazioni interessate non consentivano una uniforme soluzione del problema e ciò ha probabilmente indotto il legislatore a emanare una norma, contenuta nell'art.1,co.527 e 529 L.24/12/2012,n.228 (legge di stabilità 2013), la quale stabilisce che “i crediti di importo fino a duemila euro, comprensivo di capitale, interessi per ritardata iscrizione a ruolo e sanzioni, iscritti in ruoli resi esecutivi fino al 31 dicembre 1999,sono automaticamente annullati” e “fatti salvi i casi di dolo non si procede a giudizio di responsabilità amministrativo e contabile”. Una delle cause del progressivo aumento dei casi di danno erariale deriva non solo dal moltiplicarsi delle condotte illecite ma anche dall'ampliamento degli ambiti dei

²⁶ La giurisprudenza della Corte dei conti, in tal senso appare consolidata (*ex multis*, v. Corte dei conti, sez. Campania 29/02/2012 n.249; sez. Liguria 20/08/2009, n.372; sez. Campania, 13/03/2008, n.696; sez. Liguria, 28/02/2008, n.155; sez. Lombardia, 29/06/2006, n.406; sez. Liguria, 28/06/2004, n.609; sez. Basilicata, 19/12/2003, n.208; sez. Marche, 15/10/2003,n.793; sez. Campania, 02/02/2000, n. 52).

danni risarcibili fino a ricompredervi la risarcibilità degli interessi legittimi (statuita dall'art.30 D.L.gs. 2010,n.104 ma già in precedenza agevolata dalla interpretazione estensiva contenuta nella sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione 22/07/1999, n. 500).

Peraltro, come è stato sottolineato in dottrina ²⁷, la progressiva destinazione di beni e risorse della collettività alla realizzazione dei bisogni della comunità ha determinato una costante estensione dell' ambito della responsabilità amministrativa in funzione della salvaguardia non solo del patrimonio pubblico, ma anche del decoro e del prestigio delle istituzioni. Il che ha comportato l'ampliamento della pretesa risarcitoria fino a ricompredervi anche il danno da tangente e il danno all'immagine causati alla pubblica amministrazione da propri dipendenti.

Il danno da tangente ha costituito oggetto di elaborazione giurisprudenziale sviluppatasi a seguito dei numerosi giudizi contabili scaturiti dal fenomeno giudiziario definito "Tangentopoli", caratterizzato da una notevole mole di processi penali nei confronti di amministratori e dipendenti pubblici inquisiti e poi condannati per corruzione, concussione e altri reati contro la pubblica amministrazione o comunque coinvolgenti la pubblica amministrazione ²⁸.

²⁷ Sul punto v. D.IMMORDINO, *Responsabilità per danno erariale e danno all' immagine della P.A.*, in P.MARIOTTI, A.SERPETTI e altri, *Responsabilità medica*, Milano 2014, p. 343; F. PASQUALUCCI, *Introduzione*, in AA.VV. (a cura di E. F. SCHLITZER), *L'evoluzione della responsabilità amministrativa*, Milano,2002, pp.36 ss..

²⁸ Tra le prime sentenze, ritenute capofila, si ricordano Cass., sez.un. 02/04/1993,n.3970 in *Gius. Civ.*, n. 3/1994, pp.767 ss.,con nota di A. CORSETTI - F. PADULA, *Danno da tangente e giurisdizione della Corte dei conti*; Corte dei conti, sez. Lombardia, 18/02/1995,n.136; Corte dei conti, sez I centr.,20/04/1995, n.62.

Da ultimo, Corte dei conti, sez. III centr. app., 05/09/2012, n. 572 si è posta il problema della natura patrimoniale o meno del danno da tangente. Al riguardo il collegio perviene alla conclusione che "se si configura il danno da tangente come danno di natura non patrimoniale, esso si attegga necessariamente come danno correlato e derivato dalla lesione del bene immagine, costituendone una sottocategoria: il che, però, non può ammettersi, perché il danno non patrimoniale si connota per tipicità e l' eventuale suddivisione in sottocategorie darebbe luogo ad una non consentita duplicazione. Se, viceversa, il danno da tangente costituisce danno patrimoniale, deve prioritariamente dimostrarsene l' esistenza, ovvero la *deminutio patrimonii*".

Ciò comporta, quindi, che nel c.d. danno da tangente vanno provati tutti i presupposti, compreso il nesso causale (nella circostanza, non veniva condiviso dalla sez. centr. III l' assunto del giudice territoriale in base al quale, equivalendo la tangente al beneficio fiscale garantito all' impresa in sede di verifica, la tangente

L'incidenza del danno da tangente è ricavabile dal costo che il comportamento dell'impiegato corrotto determina, quantificabile soprattutto nelle minori entrate tributarie derivanti dalle dazioni di somme "in nero" al dipendente infedele e nella mancata realizzazione di economie di spesa a causa dell'esecuzione di prestazioni di minor valore.

Alla certezza dell'effetto dannoso conseguente all'apprensione delle tangenti fa però riscontro la difficile quantificazione, in concreto, della misura del danno.

Ciò spiega l'iniziale, generalizzata tendenza a quantificare il danno in via presuntiva in base a una meccanica valutazione equitativa basata sulla corrispondenza del danno con l'importo della "mazzetta" ricevuta dal dipendente o amministratore corrotto²⁹.

La giurisprudenza contabile ha ritenuto pertanto, in diverse decisioni, che, in base all'*id quod plerumque accidit*, il danno debba essere calcolato, in via preventiva, in misura quanto meno pari alla tangente, fatta salva la possibilità di una maggiore quantificazione del danno medesimo³⁰.

medesima comprovava di per sé il danno per l'amministrazione, rendendo superfluo ogni ulteriore accertamento).

²⁹ Tuttavia, alcune decisioni hanno evidenziato come non sia possibile dimostrare l'automatismo tra la percezione di tangente e la causazione del danno erariale nella esatta proporzione. In tal senso, v. Corte dei conti, sez.riun.,28/05/1999,n.16/Q; Corte dei conti, sez. I centr. app., 23/03/2001,n.77/A; Corte dei conti, sez. Lazio, 24/07/2001, n.2905.

³⁰ Sulla quantificazione in via equitativa del danno da tangente cfr. Corte dei conti, sez. Lazio, 14/03/2012, n. 414; sez I, centr. app. 02/11/2006, n. 220; sez. I, centr. app., 03/02/2004, n. 39; sez.I, centr. app, 28/01/2004, n. 28; sez I, centr. app.18/06/2002, n. 202; sez. II centr. app., 31/05/2001, n.192; sez II, centr. app. 21/11/2000,n. 365/A; sez.Toscana,30/05/1998, n.329/R; sez. I 20/04/1995, n.62; sez. I, 30/09/1994, n.139.

Al riguardo V. TENORE sottolinea come " la frequente richiesta di condanna in via equitativa per danno da tangente formulato dalla Procura contabile risulta (ovviamente) sistematicamente osteggiata dalla difesa dei convenuti, che, sulla scorta di un più rigoroso indirizzo giuscontabile...è solita prospettare, in primo luogo, la assiomaticità dell'indirizzo giuscontabile che desume automaticamente un danno erariale dalla accertata erogazione di tangenti ad un pubblico dipendente, potendosi invece ritenere che la indebita dazione, pur assumendo una innegabile valenza penale e disciplinare ,non configuri un danno erariale, ove sia tesa ad altri fini". Tuttavia, secondo l'A., tali critiche "tendono ad essere superate dalla prevalente magistratura contabile, abbastanza consolidata...nei propri indirizzi logico-presuntivi nell'accertamento e nella quantificazione equitativa del danno da tangente, anche se in tempi più recenti non mancano decisioni che richiedono una più rigorosa applicazione dei principi sull'onere della prova, consentendo il ricorso a presunzioni, ma solo se chiare, precise e concordanti". (V.TENORE,op.cit.p.180).

In tempi più recenti si è, tuttavia, evidenziata la tendenza a suffragare la quantificazione del danno da tangente attraverso prove e riscontri, ritenendo insufficienti i criteri di quantificazione in via preventiva, o quanto meno, limitando il ricorso alle presunzioni, esclusivamente allorquando queste siano chiare, precise e concordanti ³¹.

Al danno derivante da tangente è strettamente correlato il c.d. danno all'immagine che l'amministrazione patisce a seguito delle condotte illecite dei propri dipendenti, specie in conseguenza del clamore e dei riflessi mediatici determinati spesso dalle suddette condotte (soprattutto quando esse danno luogo a fattispecie connotate da spreco del denaro pubblico).

E' stato così introdotto nelle dinamiche risarcitorie un profilo attinente alla non patrimonialità del danno o meglio ai riflessi economicamente misurabili ma di non pronta ed evidente quantificazione in quanto connessi a valutazioni che prescindono dalla consistenza, per così dire visibile, della perdita patrimoniale sofferta.

Già in ambito civilistico l'elaborazione giurisprudenziale aveva portato al superamento della risarcibilità limitata ai danni patrimoniali e ai soli danni non patrimoniali coincidenti con i c.d. danni morali di cui all'art.2059 cod. civ., conducendo a una interpretazione costituzionalmente orientata della citata disposizione formulata dalla Corte Costituzionale con la sentenza 11/7/2003,n.233.

Con tale pronuncia, infatti, il Giudice delle leggi, registrando lo stato evolutivo del diritto vivente, ha ampliato la nozione di danno non patrimoniale fino a ricomprendere lesioni di interessi che in precedenza sfuggivano a una qualsiasi forma di risarcibilità e che sono fatte rientrare nell'articolato ambito della generale figura del danno esistenziale.

La Corte di Cassazione, con diverse pronunce ³², ha ritenuto che rientra nella competenza della Corte dei conti anche l'azione di responsabilità per il danno

³¹ In tale direzione, cfr. Corte dei conti, sez. riun., 28/05/1999,n.16/Q; Corte dei conti, sez.I, centr. app., 10/05/2001,n. 119; Corte dei conti, sez. Lombardia, 20/10/2006, n. 600; nonché, da ultimo sez. III, n. 572/2012, cit.

arretrato dai pubblici dipendenti, o comunque da soggetti inseriti nell'apparato organizzativo di una pubblica amministrazione, all'immagine dell'ente di appartenenza.

Tale danno, ancorchè non comporti una diminuzione patrimoniale diretta, è comunque suscettibile di valutazione sotto il profilo della spesa necessaria per il ripristino del prestigio e della immagine pubblica compromessi dal comportamento illecito.

L'indirizzo della Suprema Corte è stato in pieno condiviso dalla giurisprudenza della Corte dei conti la quale, per parte sua, ha provveduto a giudicare per i danni all'immagine derivanti anche da condotte illecite non costituenti reato. Ciò, sulla scorta della citata pronuncia della Corte Costituzionale, la quale, superando il limite contenuto nell'art. 2059 cod.civ., (*“Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge”*), ha affermato che il danno non patrimoniale debba essere risarcito ogni volta che l'illecito incida sui valori della persona garantiti costituzionalmente, atteso che il limite di cui all'art.2059 cod.civ. è da intendersi come rinvio alle norme della Costituzione (e non a disposizioni di legge ordinaria come, *in primis*, l'art.185 cod.pen. (ai sensi del quale *“ Ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui”*)).

Si è, in tal modo, venuta a consolidare una giurisprudenza contabile che postula nel danno all'immagine un'alterazione dell'identità delle pubbliche amministrazioni tale da risolversi in un onere finanziario per i costi aggiuntivi che si rendono necessari al fine di correggere gli effetti distorsivi. Costi che, ovviamente, ricadono sulla collettività.

³² Cfr. Cass, sez.un.15/07/2005,n.14990; sez.un., 27/09/2006,n.20886; sez.un. n.20/06/2007,n.14297.

Si veniva così affermando una piena ed incondizionata perseguibilità, da parte della Corte dei conti del danno all'immagine,³³ con il contributo anche di una pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione, con la quale il giudice di legittimità attribuiva al danno all'immagine la natura di danno-conseguenza a carattere non patrimoniale³⁴.

L'assetto giurisprudenziale consolidatosi nella materia de qua è venuto meno a seguito dell'emanazione del D.L. 1/7/2009,n.78,convertito nella L. 3/8/2009,n.102 (c.d "lodo Bernardo").

Con l'art.17,co. 30-ter DL 78/09 è stata, infatti dettata la disciplina concernente l'esercizio della azione risarcitoria del danno all' immagine, collegandola alla

³³ Cfr., in proposito, Corte dei conti, sez. riun. 23/04/2003, n. 10/Q.M., la quale perviene alla conclusione che la violazione del diritto all' immagine "inteso come diritto al conseguimento, al mantenimento ed al riconoscimento della propria identità come persona giuridica pubblica, è economicamente valutabile" perché "si risolve in un onere finanziario che si ripercuote sull' intera collettività, dando luogo ad una carente utilizzazione delle risorse pubbliche ed a costi aggiuntivi per correggere gli effetti distorsivi che sull'organizzazione della P.A si riflettono in termini di minore credibilità e prestigio e di diminuzione di potenzialità operativa".

³⁴ V.Cass. civ., sez. III 04/06/2007, n.12929.In particolare la pronuncia sottolinea la circostanza che, "poichè anche nei confronti della persona giuridica ed in genere dell'ente collettivo è configurabile la risarcibilità del danno non patrimoniale allorquando il fatto lesivo incida su una situazione giuridica della persona giuridica dell'ente che sia equivalente ai diritti fondamentali della persona umana garantiti dalla Costituzione, e fra tali diritti rientra l'immagine della persona giuridica o dell'ente, allorquando si verifichi la lesione di tale immagine, è risarcibile, oltre al danno patrimoniale, se verificatosi e se dimostrato ,il danno non patrimoniale costituito-come danno c.d. conseguenza dalla diminuzione della considerazione della persona giuridica o dell'ente nel che si esprime la sua immagine, sia sotto il profilo della incidenza negativa che tale diminuzione comporta nell'agire delle persone fisiche che ricoprono gli organi della persona giuridica o dell'ente, e, quindi ,nell'agire dell'ente, sia sotto il profilo della diminuzione della considerazione da parte dei consociati in genere o di settori o categorie di essi con le quali la persona giuridica o l'ente di norma interagisca. Il suddetto danno non patrimoniale va liquidato alla persona giuridica o all'ente in via equitativa, tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto".

In precedenza le sezioni unite della Cassazione avevano affermato che "rientra nella giurisdizione della Corte dei conti anche l' azione di responsabilità per il danno arrecato da pubblici dipendenti – o da soggetti inseriti nell' apparato organizzativo della Pubblica Amministrazione – all' immagine dell' Ente, trattandosi di danno che, anche se non comporta una diminuzione patrimoniale diretta, è tuttavia suscettibile di valutazione patrimoniale, sotto il profilo della spesa necessaria al ripristino del bene giuridico leso" (Cass., sez. un. 27/09/2006, 2886. Peraltro, già in precedenza, con sentenza 02/04/1991, n. 3970 la Cassazione si era espressa nel senso di far rientrare il pregiudizio alla immagine di una struttura pubblica nell' ambito dell' azione di responsabilità amministrativa, essendo quest' ultima preordinata alla tutela dell' interesse pubblico generale).

commissione di un reato contro la stessa pubblica amministrazione da parte del dipendente ³⁵.

La Corte Costituzionale, nell'escludere l'irragionevolezza della norma, ha ribadito la sovranità del Parlamento nel delimitare gli ambiti di risarcibilità dei danni all'immagine, in presenza di determinate fattispecie criminose ³⁶.

³⁵ Il provvedimento legislativo è stato accolto con accenti particolarmente critici sia da parte dei magistrati della Corte dei conti che da numerosi esponenti della dottrina cui ha fatto riscontro uno scarso interesse dell'opinione pubblica e degli organi di informazione, nonostante le evidenti implicazioni sulla efficacia dei sistemi volti a garantire la moralità pubblica.

Sul danno all'immagine dopo l'introduzione del lodo Bernardo, v.: I.CACCIAVILLANI, *La legittimazione all'azione risarcitoria per danno all'immagine nel "lodo Bernardo"*, in www.lexitalia.it,n.3/2010; A. CIARAMELLA, *Prime considerazioni sulle modifiche della responsabilità amministrativa di cui all'art.17,comma da 30-bis a 30-quinques del dl n.78 del 2009 convertito nella legge n.102 del 2009*, in *Riv.Corte dei Conti*,2009,pp.250 ss.Una delle critiche più aspre, che riassume temi svolti anche da altri Autori, è stata espressa da V. TENORE, il quale dopo aver premesso come, a suo parere il "lodo Bernardo" si ispiri "ad un canovaccio ben noto e rodato in quanto già utilizzato dal legislatore per interventi a dir poco limitativi sulla magistratura penale, parimenti impropriamente definiti dalla stampa "lodi" ", prosegue, sottolineando la circostanza che " il testo, partorito in assenza dei relativi presupposti per la decretazione d'urgenza sulla materia (e tra l'altro, non pertinente al titolato obiettivo normativo: decreto legge...anticrisi!), ha fortemente limitato la possibilità della Corte dei Conti di contestare il danno all'immagine, limitandola ai soli fatti che si traducano in reati contro la P.A. (e nemmeno tutti, ma solo quelli indicati nell'art.7,l.n.97 del 2001) e, per questi ultimi, solo dopo il giudicato penale di condanna (ergo ,in Italia, dopo non meno di 10 anni dalla condotta dannosa),in plateale violazione del basilare principio di autonomia tra magistratura contabile e magistratura penale e dei distinti illeciti dalle stesse perseguiti, a cui fa riferimento univoca dottrina e giurisprudenza" (V.TENORE,op.cit.,pp.186-187).

³⁶ V. Corte Cost. 1/12/2010,n.355.La Corte si è pronunciata a seguito delle questioni di legittimità costituzionali dell'art.17,co 30-ter D.L. n.78/2009,convertito, con modificazioni, in L.141/2009, sollevate da numerose sezioni giurisdizionali della Corte dei Conti. Anche la sentenza della Corte Costituzionale è stata accolta da una serie di valutazioni critiche, in ordine alle quali v. A. VETRO, *Il danno all'immagine della p.a. dopo il "Lodo Bernardo"(art.17.co.30-ter,d.l.78 del 2009): una discutibile sentenza della Consulta*, in www.Respamm.it,19/9/2011, in cui l'A.,a conclusione delle considerazioni critiche sulla sentenza che "potrebbe portare a conseguenze devastanti per il diritto all'immagine della pubblica amministrazione", segnala il caso prospettato "dalla Sezione Sicilia di un assistente di polizia che aveva commesso reati, accertati con sentenza irrevocabile, di violenza sessuale, con abuso di qualità e di poteri, ai danni di alcuni detenuti, che andrà prosciolto dalla contestazione di danno all'immagine formulata dalla Procura regionale, grazie alla sentenza della Corte Costituzionale, in quanto la violenza sessuale non rientra tra i reati elencati nel citato capo I del titolo II del libro II del codice penale". Per altre considerazioni critiche v. R. SCHULMERS, *Gli insegnamenti del Lodo Bernardo*, in www.Respamm.it,4/8/2011.*Per una valutazione sostanzialmente positiva della sentenza della Consulta* ,v.nota a commento di P. DE ANGELIS,in *Sanità Pubblica e Privata*,2011,pp.97 ss.

Sulla scia dell'orientamento costituzionale, la Corte di Cassazione ha precisato che la legge in argomento ha circoscritto in forma oggettiva i casi in cui è possibile chiedere il risarcimento dei danni in presenza di un danno all'immagine provocato all'amministrazione da un proprio dipendente ³⁷.

Fermo restando che il danno all'immagine, per poterlo fare valere nel giudizio contabile, deve derivare dalla commissione di un reato (da parte dell' agente) contro la stessa pubblica amministrazione, la giurisprudenza non si è dimostrata univoca nello stabilire se debba trattarsi di reati propri (cioè reati contro la Pubblica Amministrazione, quali corruzione, concussione, peculato ecc.) o anche reati comuni.

La Cassazione, con le sentenze sez. un. civ. 19/04/2011 n. 14831; 12/04/2012, n. 5756; 06/11/2012, n. 20728, ha escluso ogni ampliamento dell' ambito dei reati propri. Tuttavia la stessa Cassazione, in altre occasioni (come nel caso della sentenza III sez. pen. 04/02/2014, n. 5481) ha ritenuto sussistente il danno all' immagine della P.A anche in presenza di reati comuni contro la P.A.

Le oscillazioni della giurisprudenza sono anche dovute alla circostanza che è intervenuta la L. 06/11/2012, n. 190, (“Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e della illegalità nella pubblica amministrazione”), la quale, ai fini della quantificazione del danno all'immagine, ha introdotto una presunzione di commisurazione del danno corrispondente al doppio della somma o valore illecitamente percepito dal dipendente.

Orbene, mentre l' art. 17 cit. abilita le procure della Corte dei conti ad esercitare l'azione per il risarcimento del danno all' immagine “nei soli casi e nei modi

³⁷ V.Cass,sez.un.,07/06/2012, n.9188. In essa viene chiarito che la legge non ha imposto una limitazione della giurisdizione contabile a favore di altra giurisdizione. Tale assunto è stato poi ribadito in Cass.sez.un.,12/04/2012,n.31,nella quali si afferma che “va pienamente condivisa la conclusione della Corte Costituzionale (di cui alla sentenza n.355/2010) secondo la quale, per il danno all'immagine di cui al più volte citato art.17,comma 30-ter,sono escluse forme di concorrenza di altre giurisdizioni in relazione a fattispecie identiche o diverse da quelle contemplate dalla norma stessa”. Ne consegue che i limiti stabiliti dal lodo Bernardo valgono anche per il giudice ordinario nel caso in cui il risarcimento non dovesse essere reclamato in sede di giudizio contabile.

previsti dall' art. 7 della L. 27/3/2001 n. 97"(il quale, a sua volta, prevede l'obbligo di comunicazione al Procuratore regionale della Corte dei Conti delle sentenze di condanna per i delitti contro la P.A previsti dal capo I, titolo II, libro sec. cod. pen, affinché questi promuova l' eventuale procedimento di responsabilità per danno erariale all' immagine), l' art. 1 comma 62 L. 190/ 2012 fa invece generico riferimento alla "commissione di un reato contro la stessa P.A accertato con sentenza passata in giudicato", senza ulteriori specificazioni.

Da ultimo, la Corte dei conti, sez. riun., con sentenza n. 19/03/2015, n.8 ha circoscritto l'applicabilità dell' art. 17, comma 30/ter DL 78/2009 al ricorrere dei delitti di cui al capo I del titolo II del libro secondo cod. pen.

Pertanto, la Procura contabile potrà esercitare l' azione di risarcimento per danno all' immagine non in rapporto a reati comuni che in quanto tali possono essere posti in essere da un *quisque de populo*, ma con esclusivo riguardo ai reati propri, rispetto ai quali rileva la peculiare qualifica dell' autore.

Secondo la Corte dei conti il legislatore ha inteso "circoscrivere i reati da cui può derivare il "vulnus" all'immagine della P.A. in relazione alla percezione esterna che si ha del modello di azione pubblica ispirato ai principi e ai canoni che trovano la loro tutela ultima nell' art. 97 della Costituzione, con la conseguenza che, fuori da tale ambito, ogni estensione dei casi previsti dalla normativa in rassegna appare arbitraria".

Quanto alla prova del danno arrecato all' immagine, si rinvencono nella giurisprudenza due indirizzi. Il primo, restrittivo, ammette la risarcibilità nella misura in cui venga dimostrato l' ammontare delle spese sostenute per il ripristino della stima e della reputazione della amministrazione (ad es. spese promozionali su organi di informazione, pubblicazione di opuscoli informativi, ecc.)³⁸.

Il secondo indirizzo, facendo leva sulla natura in parte sanzionatoria del giudizio contabile, ritiene sufficiente l' accertamento della lesione dell' immagine della

³⁸ Cfr., in tal senso, Corte dei conti, sez. I 12/02/2003, n. 56; sez. I, 17/09/2001, n. 266/A; sez. riun, 28/05/1999, n. 16/ Q.M.

amministrazione indipendentemente da una quantificazione delle spese che si renderanno o si sono rese necessarie, demandando al giudice una valutazione equitativa sulla base di una serie di parametri quali l' oggettiva gravità del fatto, l'entità dell' arricchimento dell' agente, la reiterazione dell' illecito, la percezione che ne ha avuto la collettività, ed altro ancora ³⁹.

Al fine di sottrarre la perseguibilità del danno all'immagine ai limiti posti dal lodo Bernardo, è stato ipotizzato un danno non patrimoniale derivante da "lesione della reputazione" della pubblica amministrazione. Tuttavia tale categoria non sembra possa distinguersi ontologicamente dal danno all'immagine ⁴⁰.

Più pertinente appare invece la ricerca, in sede giurisprudenziale, intesa a definire i contorni di una nuova categoria di danno, il c.d. danno da disservizio, ancorata alla valutazione dei costi che l'amministrazione deve sostenere per ogni diminuzione dell'efficienza, conseguente (quando ciò si verifica) a un comportamento illecito del dipendente ⁴¹.

³⁹ Cfr., in tal senso, Corte dei conti sez. Umbria, n. 275/2004 cit.; sez. II centr. app. 26/01/2004, n. 27; sez. riun. n. 10/2003 cit. (secondo cui "il danno all' immagine deve essere individuato nell' ambito dei danni non patrimoniali come danno evento, e non come danno conseguenza, con la peculiarità che la tutela risarcitoria deve essere ammessa, per precetto costituzionale, indipendentemente dalla dimostrazione di perdite patrimoniali, oggetto del risarcimento, essendo la diminuzione o la privazione di valori inerenti al bene protetto").

⁴⁰ Per un tentativo in tale direzione, v. Corte dei conti, sez. Campania, 26/03/2012, n. 376. In detta pronuncia il giudice contabile afferma che "la reputazione dell'ASL, quale articolazione del SSN, costituisce un valore giuridico fondamentale connesso agli obiettivi europei della finanza pubblica sana (art.103-117 Cost.), anche perché la spesa sanitaria costituisce la voce preminente dei bilanci regionali e una delle più rilevanti del conto economico consolidato della Pubblica Amministrazione. E' essenziale, quindi, che il cittadino e le imprese trovino la garanzia del sindacato di questa Corte quale baluardo difensivo contro le spese e le condotte di malaffare che imperversano e offuscano la reputazione dell'Amministrazione, minando il senso di appartenenza del cittadino alle Istituzioni, con conseguente disaffezione dalla sfera dell' azione pubblica".

⁴¹ V., *ex multis*, Corte dei conti, sez. III, centr. app. 11/01/2013, n. 21; Corte dei conti, sez. II, centr. app. 11/12/2012, n. 674; Corte dei conti, sez. Campania 1/6/2011, n. 976, in cui il danno da disservizio è stato quantificato nelle retribuzioni inutilmente corrisposte a dipendenti la cui attività illecita, sanzionata con sentenza di condanna penale passata in giudicato, aveva comportato un totale sviamento dall'espletamento dei loro compiti; Corte dei conti, sez. III, centr. app. 04/02/2011, n. 114; Corte dei conti, sez. Toscana, 27/12/2010, n. 494 in cui è stata individuata la sussistenza in un danno da disservizio a seguito dell'attività illecita svolta da dipendenti di un'amministrazione i quali avevano favorito la latitanza di ricercati, causando in tal modo conseguenze dannose allo svolgimento delle attività degli organi di polizia; Corte dei conti, sez. Puglia, 06/07/2010, n. 444; Corte dei conti, sez. Piemonte, 120/6/2006, n. 138; Corte dei conti, sez. I, centr. app.

Il danno da disservizio si concretizza allorché il comportamento illecito del dipendente ha determinato delle distorsioni nell'organizzazione dell'amministrazione il cui risanamento comporta costi aggiuntivi o minori introiti.

2.2. IL SOGGETTO AGENTE E IL RAPPORTO DI IMPIEGO O DI SERVIZIO CON LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE.

A causare il danno deve essere il comportamento antiguridico tenuto da un soggetto intraneo a una pubblica amministrazione o comunque collegato ad essa.

La condotta che dà luogo al danno erariale deve manifestarsi all'esterno come attività dell'amministrazione alla quale l'agente è legato da un rapporto di impiego o di servizio.

Alla base della responsabilità amministrativa ci deve essere, quindi, una relazione tra l'agente e la pubblica amministrazione.

La responsabilità amministrativa può essere collegata, oltre che ad un rapporto di impiego (che comporta una vera e propria incardinazione dell'agente nell'apparato organizzativo dell'amministrazione), anche ad un rapporto di servizio da intendersi in senso lato, in maniera da ricomprendere anche i soggetti investiti dall'amministrazione dello svolgimento di attività rispondenti alle finalità che l'ente pubblico deve perseguire, senza che sia stato instaurato un rapporto di immedesimazione organica o di impiego.

Al riguardo è stato affermato dalla Cassazione che "l'esistenza di una relazione funzionale tra l'autore dell'illecito causativo del danno patrimoniale e l'ente pubblico che ha subito il danno, quale presupposto per la formulazione di un addebito di responsabilità amministrativa e per la conseguente affermazione della

04/01/2006,n.2; Corte dei conti, sez. I, centr. app. 04/02/2004, n.79/A; Corte dei conti, sez. Marche, 10/3/2003, n.733. In dottrina, cfr. E. TOMASSINI, *Il danno da disservizio*, in *Riv. C. Conti*, 2005, pp.322 ss.; P. NOVELLI, L. VENTURNI, *La responsabilità amministrativa, di fronte all'evoluzione delle Pubbliche Amministrazioni ed al diritto delle società*, Milano, 2008, pp.100 ss.

giurisdizione del giudice contabile, viene correttamente individuata non solo quando tra i due soggetti intercorra un rapporto di impiego in senso proprio e ristretto, ma anche quando sia individuabile un rapporto di servizio in senso lato, tale cioè da collocare il soggetto preposto in posizione di compartecipe fattivo dell'attività amministrativa dell'ente pubblico preponente”⁴².

Mentre in un primo tempo la suprema Corte richiedeva per la sussistenza di un rapporto di servizio l'inserimento strutturale dell'agente all'interno dell'apparato della P.A. e non solo una relazione funzionale, successivamente è prevalso l'orientamento di ritenere sussistente il rapporto di servizio in presenza di qualsiasi relazione funzionale che renda l'agente “compartecipe fattivo dell'attività amministrativa dell'ente medesimo”⁴³.

La suprema Corte, quando è intervenuta sul riparto tra le diverse giurisdizioni, ha chiarito che la persona la quale viene a trovarsi in rapporto con la P.A. può anche non entrare a far parte della struttura organizzativa dell'ente, purchè, però, sia incaricata di svolgere un'attività riferibile a quest'ultimo e come tale sia tenuta all'osservanza di specifici obblighi e al rispetto di specifici vincoli, funzionali alla realizzazione degli interessi pubblici che l'amministrazione persegue.

E' chiaro poi che il rapporto tra l'agente e l'ente pubblico (qualora il primo non sia incardinato nell'apparato organizzativo del secondo) dovrà trovare fondamento in un titolo giuridico ad hoc (una norma giuridica, un atto amministrativo, un contrat-

⁴² V. Cass. sez. un. civ., 05/04 1993, n. 4060. La giurisprudenza della Cassazione ha precisato in diverse occasioni che il danno deve essere provocato nell'esercizio di un'attività inerente al rapporto di impiego o di servizio. Non basta cioè la relazione tra l'agente e l'Amministrazione, ma occorre che la condotta che provoca il danno sia svolta nell'esercizio degli obblighi che caratterizzano tale relazione.

⁴³ T. MIELE, *Lo stato della giurisprudenza in materia di responsabilità amministrativa e contabile nei confronti degli amministratori, dipendenti ed agenti degli enti economici e delle società pubbliche*, relazione tenuta nel Corso di formazione e aggiornamento per magistrati della Corte dei Conti sul tema *Lo stato della giurisprudenza in materia di responsabilità amministrativa e contabile nei confronti degli amministratori, dipendenti ed agenti degli enti economici e delle società pubbliche, nonché in materia di controllo della Corte dei Conti sulla gestione dei medesimi enti e società*, Roma, 13-14-15 dicembre 2006, p. 8.

to, ecc.).

L'indirizzo della Cassazione è stato seguito dalla Corte dei conti, la quale, a più riprese, ha avuto modo di sottolineare come la sua giurisdizione in materia di responsabilità amministrativa si estenda anche ai giudizi in cui si controversa sui danni arrecati alla P.A da soggetti che solo temporaneamente e in virtù di un rapporto di servizio occasionale partecipino all'attività dell'ente pubblico (quali, ad es., il progettista o il collaudatore di opere pubbliche).

Pur con questa ampia estensione, il rapporto di servizio è comunque generalmente inteso come il perimetro all'interno del quale possono (e solo al suo interno possono) commettersi quelle violazioni da cui derivi una responsabilità amministrativa.

C'è da dire, a questo punto, che le radicali trasformazioni avutesi, a partire dall'ultimo scorcio del '900, negli assetti della P.A, con il ricorso a diverse forme di esternalizzazione del lavoro e alla costituzione di società partecipate per lo svolgimento di servizi pubblici, oltre a rendere necessario l'ampliamento del concetto di rapporto di servizio, hanno sollecitato la ricerca di soluzioni che nel garantire una più uniforme coerenza con i principi fissati dalla Costituzione (in particolare quelli contenuti negli artt. 97 e 103) superassero i limiti insiti nel considerare il rapporto di servizio (sia pur concepito in senso ampio) quale elemento costitutivo della responsabilità amministrativa.

Tali asseriti limiti, infatti, secondo alcuni Autori e autorevoli esponenti della magistratura contabile, rischiano di non poter far ricomprendere nella giurisdizione della Corte dei conti tutte quelle attività che pur producendo un danno alle finanze pubbliche non costituiscono violazione degli obblighi di servizio.

Sulla base di tali considerazioni e tenuto conto della forza precettiva dell'art. 103 Cost. viene auspicato "un ampliamento della giurisdizione della Corte dei conti, estendendola anche ai soggetti che, pur non essendo legati all'amministrazione pubblica da un rapporto di servizio, siano comunque obbligati al perseguimento di un determinato fine pubblico in relazione al maneggio o all'utilizzo di pubblico denaro", ipotizzando in tal modo di dar vita ad una "responsabilità finanziaria",

intesa come una “generale forma di responsabilità patrimoniale per danno alle pubbliche finanze in cui possono incorrere tutti i soggetti che abbiano maneggio o che utilizzino pubbliche risorse, e che si configura, in via generale, in relazione alla violazione degli obblighi nascenti in capo al soggetto stesso dalla finalizzazione dell’impiego delle risorse pubbliche”⁴⁴.

Il processo di privatizzazione, pur avendo massicciamente investito la pubblica amministrazione, non ha fatto però venire meno la natura pubblicistica degli interessi pubblici perseguiti, né, soprattutto, la provenienza dalla finanza pubblica delle risorse impiegate da soggetti giuridici che operano in regime privatistico (si pensi ad es. alle società partecipate).

Tutto ciò comporta che, nonostante modalità organizzative e procedurali privatistiche, l’attività degli amministratori e dei dipendenti di tali enti non può non rientrare nell’oggetto della giurisdizione della Corte dei conti ai fini dell’accertamento di una loro eventuale responsabilità amministrativa⁴⁵.

La Cassazione ha avallato tale indirizzo allorquando, nell’indicare i criteri discretivi tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione contabile ha osservato come il “baricentro” si sia spostato dalla qualità del soggetto alla natura del danno e degli scopi perseguiti, per cui se un soggetto privato è chiamato a partecipare alla realizzazione di un programma finalizzato a soddisfare interessi generali e la sua attività incida in modo tale da determinare uno sviamento dalle finalità che debbono essere perseguite, esso, nella eventualità che causi un danno alla P.A, dovrà rispondere al giudice contabile⁴⁶.

⁴⁴ T.MIELE, op. cit. p. 30. L’ampiamiento della responsabilità amministrativa in una generale responsabilità finanziaria, consente senz’altro l’estensione dei poteri di indagine delle Procure regionali. Nel contempo, però, comporta che gli autori di danni in tal modo considerabili erariali possano avvantaggiarsi della specifica disciplina in tema di valutazione dell’elemento psicologico riservata a coloro che si trovano in un rapporto di servizio con la P.A.

⁴⁵ Cfr., in tal senso, *ex multis*, Corte dei conti Sez. Lombardia, 22/02/2006, n. 114 e sez. Molise, 07/10/2002, n. 234, relativamente a controversie volte all’accertamento di danni erariali riconducibili all’attività di dipendenti di s.p.a. partecipate o controllate da enti pubblici.

⁴⁶ Cfr Cass. sez. un. 01/03/2006 n. 4511.

Una influenza non secondaria in proposito è stata svolta dal Diritto Comunitario, attraverso l'introduzione di figure quali gli Organismi di diritto pubblico e i Servizi di interesse economico generale, che ha contribuito a mantenere nella disciplina della responsabilità patrimoniale per danno erariale l'attività di coloro che operano nell'ambito di enti pubblici privatizzati⁴⁷.

In ogni caso, comunque, la responsabilità amministrativa non sorge solo con l'esercizio di funzioni pubbliche, ma è necessario che il soggetto (persona fisica o giuridica) sia inserito nell'apparato della pubblica amministrazione per il conseguimento di un fine pubblico.

Non basta, cioè, l'esplicazione di un'attività afferente agli scopi dell'amministrazione, ma occorre che detta attività si presenti come estrinsecativa della potestà che compete all'amministrazione.

Il rapporto di servizio, nel senso anzidetto, "ricorre quando il soggetto sia stato investito, in modo continuativo, di una determinata attività, con il suo inserimento nell'organizzazione amministrativa e con la creazione di particolari vincoli comportanti l'osservanza di obblighi, volti ad assicurare il buon andamento dell'attività e la sua rispondenza alle esigenze pubbliche cui è preordinata"⁴⁸.

⁴⁷ V., in tal senso, M. P. CHITI, *La Pubblica Amministrazione*, in *Diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. CHITI, Milano, 2013, p. 201, il quale sottolinea come una "spinta decisiva... è venuta dal diritto comunitario per la sottolineatura della sostanziale perdurante pubblicità di molti dei soggetti privatizzati (trasformati)".

Nel contempo l' A. mette in rilievo alcuni esiti, definiti da lui discutibili, di tale estensione, in considerazione del fatto che " la nuova forma giuridica degli enti privatizzati o trasformati assicura adeguate forme di responsabilità (specie nel caso delle società di capitali) ; ed inoltre la sottoposizione generale di tutta l'attività di tali soggetti giuridici alle regole pubblicistiche è contraria alla *ratio istitutiva*" (op. cit. p. 201).

⁴⁸ E.CASSETTA, op.cit.,p.659

2.3 LA CONDOTTA DELL'AUTORE

Il comportamento dell' agente, per essere valutabile ai fini dell' affermazione della responsabilità amministrativo-contabile, deve essere antiggiuridico.

Esso può consistere in un' azione od omissione e può estrinsecarsi in una condotta materiale o nel compimento (o mancato compimento) di atti giuridici.

L' antiggiuridicità consiste nella violazione di obblighi, generici o specifici, derivanti dal rapporto di servizio che lega l' agente all' amministrazione.

Quando la condotta si espliciti attraverso il compimento di atti amministrativi occorre tener ben presenti i diversi ambiti dell'antigiuridicità del comportamento dell' agente e della legittimità dell'atto amministrativo posto in essere.

Normalmente l' illegittimità dell' atto amministrativo emanato costituisce "sintomo" dell'antigiuridicità del comportamento, ma sarebbe semplicistico tracciare una semplice equazione tra comportamento antiggiuridico e illegittimità dell' atto. Può, infatti, ben verificarsi che ad un comportamento antiggiuridico segua il compimento di atti formalmente legittimi e, per converso, può accadere che atti amministrativi invalidi siano emanati da chi non abbia posto in essere alcun comportamento antiggiuridico.

Quindi, la responsabilità amministrativa va desunta da condotte illecite dei dipendenti (o ad essi assimilati) e non semplicemente da atti illegittimi che i medesimi possano aver posto in essere, laddove il criterio discrezionale tra illiceità e illegittimità è posto nella sussistenza del danno ingiusto che consegue alla prima.

Ciò comporta che la "cognizione della Corte dei conti in sede di responsabilità non è limitata alle condotte *contra legem*, ma si estende...anche a quelle formalmente conformi alla normativa, ma egualmente non convenienti o irrazionali alla luce dei parametri desunti dalla comune esperienza amministrativa"⁴⁹.

⁴⁹ V.TENORE,op.cit.,p.135.Sulla distinzione tra atto illegittimo e condotta illecita v., altresì, S. CIMINI, *La responsabilità*,cit.,pp.40 ss; M. U. FRANCESE, *L' illegittimità e l'illiceità al cospetto del giudice contabile, con particolare riguardo alla discrezionalità amministrativa*, in *Foro amm.*,1987,pp1676 ss.; S.M. PISANA, *La responsabilità amministrativa*,cit.,pp.236 ss.; S. PILATO *La responsabilità amministrativa*, Padova, 2000

Nell'ambito della valutazione della condotta rientra l'operatività del principio di insindacabilità delle scelte discrezionali, sancito dall'art.1,co.1,L.20/1994.

Sulla base di detto principio non sono valutabili le condotte secondo criteri di opportunità o di convenienza, in quanto la decisione del giudice contabile non può prescindere dalla verifica della conformità del comportamento tenuto dal dipendente ai precetti contenuti nelle norme che ne disciplinano l'attività, ivi compresi, però, anche i principi di buon andamento, economicità, efficacia ed efficienza⁵⁰.

Ciò significa che, lungi dall'essere del tutto escluso, sussiste sulle scelte discrezionali del funzionario pubblico il sindacato da parte del giudice contabile, sindacato che però deve essere ancorato ad una valutazione di ragionevolezza che tenga conto della situazione di fatto in cui opera l'agente e dei fini dell'ente che l'agente con la sua attività deve perseguire⁵¹.

pp151 ss.; A. POLICE, *La disciplina attuale della responsabilità amministrativa*, in F.G. SCOCA, *La responsabilità amministrativa*, cit., pp.79,ss.

La distinzione tra illegittimità dell'atto e illiceità della condotta è frequentemente rimarcata dalla giurisprudenza contabile. *Ex multis* cfr. Corte dei conti, sez.Abruzzo,7/01/2004, n.1; sez. III, centr. app.10/3/2003, n. 100; sez.Calabria, 31/10/1997, n.44; sez. riun., 18/04/1996, n.22/A; sez.II, centr. app. 27/06/1995, n. 62 (con particolare riguardo alla illegittimità del provvedimento come indice sintomatico della illiceità del comportamento del funzionario); sez.riun.,19/09/1990, n. 684/A; sez.riun., 20/02/1990, n.652/A.

⁵⁰ Sul punto cfr.C.conti,sez.Lazio,10/11/2006,n.2282,in cui si afferma che il sindacato del giudice contabile sull'attività discrezionale svolta dagli organi della P.A. non può sostituirsi all'operatore nell'individuare scelte alternative a quelle in concreto adottate, ma deve accertare se l'attività in questione è stata svolta secondo i parametri di razionalità, economicità ed efficacia, all'osservanza dei quali è tenuto qualsiasi soggetto dipendente da una P.A.

Sull'osservanza di tali parametri ai fini dell'accertamento della condotta antiggiuridica, v., in dottrina, A. ATTANASIO, *Modulo consensuale nell'esercizio della potestà amministrativa*, in www.amcorteconti.it; G.COLOMBINI, *Il principio di proporzionalità nel sindacato del giudice contabile* in *Atti del seminario Le nuove prospettive della responsabilità amministrativo-contabile*, Venezia,2/10/2001, in *Il diritto della Regione*,Padova,1,/002; A.POLICE, *La disciplina attuale*,cit.pp.88,ss..

Un punto fermo al riguardo è stato posto da Cass., sez. un., 02/04/2007,n.8096, laddove viene affermato che mentre l'esercizio, in concreto, del potere discrezionale dei pubblici amministratori costituisce espressione di una sfera di autonomia che il legislatore ha inteso riaffermare, al tempo stesso l'art.1,co.1 L. 20/1994 va messo in correlazione con l' art.1 co. 1 L. 07/08/1990,n.241,art.1, il quale stabilisce, in via generale, che l'esercizio dell'attività amministrativa deve ispirarsi a criteri di economicità e di efficacia (sul punto,v. nota di E. TUCCARI,in *Rivista della Corte dei conti*, 3, 2007,pp.264 ss.).

⁵¹ Cfr. Cass. sez. un. 13/02/2012, n. 1979, la quale ribadisce che la Corte dei conti “nella sua qualità di giudice contabile, può e deve verificare la compatibilità delle scelte amministrative con i fini pubblici dell'ente pubblico”. Infatti, prosegue la suprema Corte., se l'esercizio in concreto del potere discrezionale dei pubblici amministratori costituisce espressione di una sfera di autonomia non sindacabile dal giudice

Si tratta di un valutazione che il giudice opera ponendosi in una posizione *ex ante* e non *ex post* e che non può prescindere dall' utilizzo del criterio dell' *id quod plerumque accidit*.

Sulla scorta della giurisprudenza della Cassazione si può ritenere che l' attività discrezionale della P.A è sempre soggetta al rigoroso rispetto dei limiti interni dell'azione amministrativa, intimamente connessi alla natura della funzione esercitata e rappresentati “dall' interesse pubblico, dalla causa del potere invocato e dai precetti di logica e imparzialità”, nonché dei limiti esterni correlati “al canone del buon andamento fissato dall' art. 97 della Costituzione, il quale costituisce un presidio immanente a tutela e garanzia del principio della legalità sostanziale e risulta ulteriormente specificato, dopo l' entrata in vigore della legge n. 241 del 1990, dai criteri di efficacia ed economicità dell' azione amministrativa, con particolare riferimento a quest' ultimo requisito che postula, come propugnato dalla Corte di legittimità, la sussistenza di un ragionevole rapporto tra costi e benefici”⁵². Come è stato già in parte chiarito, la giurisprudenza della Cassazione ha indicato che le scelte discrezionali della P.A. rimangono subordinate, da una parte, alla necessaria verifica del collegamento teleologico con le finalità istituzionali assegnate all' amministrazione, e, dall' altra parte, al riscontro circa la proporzione tra i mezzi impiegati e gli obiettivi perseguiti alla luce dei criteri di efficacia e di economicità e fermo restando che tale verifica deve essere sempre rigorosamente

contabile, nel contempo “l' art. 1, co. 1 della legge n. 241 del 1990, stabilisce che l' esercizio dell' attività amministrativa deve ispirarsi ai criteri di economicità e di efficacia, che costituiscono specificazione del più generale principio sancito dall' art. 97 Cost., e assumono rilevanza sul piano della legittimità (non della mera opportunità) dell' azione amministrativa”. La conclusione cui perviene la Cassazione è che “il comportamento *contra legem* del pubblico amministratore non è mai al riparo dal sindacato giurisdizionale, non potendo esso costituire esercizio di scelta discrezionale insindacabile”.

Tale decisione riprende argomenti in senso analogo già svolti dalla Corte, sez un. con pronunce 09/05/2011 n. 10069; 09/07/2008, n. 18757; 28/03/2006, n.7024; 29/09/2003, n. 14488.

⁵² V. Corte dei conti, sez. Piemonte, 08/07/2013, n. 123. Da ciò deriva, secondo il predetto giudice contabile, che l' art. 1, co. 1 L. 20/1994 “non priva la Corte dei conti della possibilità di controllare la conformità dell' attività amministrativa alla Legge”.

fondata su valutazioni di legittimità e non di mera opportunità.

Nelle sue diverse pronunce sul tema in argomento la Suprema Corte individua, tuttavia, un limite invalicabile per il giudice contabile nel senso che, dopo aver affermato il potere di verificare la compatibilità delle scelte amministrative con i fini pubblici che indirizzano l'attività dell'amministrazione, anche nell'ottica del principio dell'economicità, tuttavia, una volta accertata tale compatibilità, non è più in alcun modo sindacabile l'articolazione delle scelte funzionali alle iniziative assunte dall'amministrazione, rientrando queste ultime nel merito dell'azione amministrativa.

Beninteso, deve trattarsi di scelte che l'amministrazione valuta, sotto il profilo dell'opportunità, tra diversi comportamenti legittimi da attuarsi per il soddisfacimento dell'interesse pubblico perseguito. Il che non esclude, anzi richiede, il sindacato del giudice contabile allorché le scelte medesime siano "funzionalmente deviate rispetto al superiore e basilare postulato del buon andamento dell'azione amministrativa"⁵³.

Quanto all'elemento psicologico, la responsabilità amministrativa sussiste in presenza di dolo o colpa grave, ai sensi dell'art.3 D.L. 543/1996,conv.con modif. nella L.636/1996.

Detta previsione normativa ha resistito alle censure di illegittimità costituzionale basate sul rilievo di un trattamento di favore riservato ai dipendenti pubblici e sulla considerazione che in tal modo la P.A. incontra forti limiti nell'ottenere il ristoro dei danni procurati dai propri dipendenti che violino un dovere d'ufficio.

La Corte Costituzionale ha precisato che tale norma risponde all'intento di "predisporre, nei confronti dei dipendenti e degli amministratori pubblici, un assetto normativo in cui il timore della responsabilità amministrativa non esponga

⁵³ V. Corte dei conti sez. Piemonte 123/2013, cit. Cfr., inoltre, in tal senso, Corte dei conti, sez. I centr. app. 28/07 /2008, n. 346; sez. Abruzzo 14/01/2005 n.67; sez. Marche 15/10/2004, n. 886; sez. Veneto 13/07/2004, n. 934, le quali ribadiscono che il limite della insindacabilità non sussiste allorché le scelte discrezionali da cui sia derivato il danno siano contrarie alla legge o si rivelino gravemente illogiche, arbitrarie, irrazionali o contraddittorie.

all'eventualità di rallentamenti ed inerzie nello svolgimento dell'attività amministrativa”⁵⁴.

Con tale motivazione il Giudice delle leggi ha inteso “configurare l' istituto della responsabilità amministrativa come uno strumento compatibile con i principi di efficienza amministrativa”⁵⁵.

Questo, perché non sempre le pubbliche amministrazioni sono dotate in modo congruo di risorse strutturali e personali tali da consentire il raggiungimento degli obiettivi prefissati, per cui, come affermato dalla Corte Costituzionale, “la disposizione in questione risponde alla 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 i dipendenti ed amministratori pubblici, la prospettiva della responsabilità ragione di stimolo e non di disincentivo”⁵⁶.

In termini generali, con riserva di approfondire la materia allorquando sarà affrontato il tema della specifica responsabilità amministrativa in ambito sanitario, si può dire, relativamente all' elemento soggettivo, che la nozione di dolo coincide

⁵⁴ V. Corte Cost. 20/11/98 n. 371.

⁵⁵ A. ATTANASIO, “Le nuove prospettive della responsabilità amministrativo-contabile: dal risarcimento del danno alla responsabilità gestoria” in Seminario *Risanamento dei conti pubblici e nuovi vincoli di bilancio: il ruolo della Corte dei conti (audizioni, controlli, responsabilità)*, Roma, Luiss Guido Carli, 22/5/2013.

⁵⁶ V. Corte Cost. n. 371 / 1998, cit.

In tono critico, è stato sottolineato da V. TENORE come “probabilmente il legislatore ha preso atto del numero ingente e della gravosità dei doveri posti a carico dei pubblici dipendenti e dell'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 è sottesa all'innalzamento della soglia di punibilità per gli esercenti professioni intellettuali di particolare difficoltà. Non è da escludere che 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 interventi punitivi” (V.TENORE,op.cit.,p.159).Per considerazioni molto critiche sull'innalzamento della soglia psicologica, cfr. F. STADERINI, *La giurisdizione contabile oggi*, in *Rivista della Corte dei conti*,1997,suppl.,pp349,ss.

sostanzialmente con quella penalistica desumibile dall'art.43 cod.pen. e che, per quanto riguarda la colpa grave, essa si configura, a fronte di un danno prevedibile ed evitabile, nel non aver posto in essere la diligenza minima richiesta.

La responsabilità è personale e non si trasmette agli eredi se non nel caso di illecito arricchimento dell' agente dante causa e di indebito arricchimento degli eredi stessi (art. 1 co. 11 L. 20/1994).

Ove esistano più responsabili, ciascuno risponde solo per la parte presa nella produzione del danno.

Non sussiste cioè la solidarietà tra i corresponsabili del danno erariale (i quali quindi non sono da considerarsi alla stregua di codebitori).

Ciò costituisce una indubbia limitazione per l' amministrazione "creditrice", la quale non può operare ai sensi del codice civile e rivalersi verso gli altri codebitori nel caso in cui vi sia un debitore incapiente.

Tuttavia la solidarietà riprende tra i codebitori qualora il danno sia dovuto al loro comportamento doloso o vi sia stato arricchimento.

Nel caso di deliberazioni di organi collegiali la responsabilità si imputa esclusivamente a coloro che abbiano espresso un voto favorevole.

La personalità della responsabilità amministrativa non esclude, tuttavia, che la responsabilità stessa possa sussistere anche in relazione alla condotta altrui.

Si tratta della responsabilità degli organi apicali gestionali dell'amministrazione per *culpa in vigilando* e cioè per l'omesso o inadeguato o ritardato controllo sulla condotta dei loro sottoposti o dei dipendenti soggetti alla loro vigilanza⁵⁷.

L'obbligo di vigilanza è formalmente ribadito dall'art.16,co.1,lett. e) D.L.gs. 30/3/2001,n.165 in forza del quale i dirigenti degli uffici dirigenziali generali "dirigono, coordinano e controllano l'attività dei dirigenti e dei responsabili dei procedimenti amministrativi, anche con potere sostitutivo in caso di inerzia e

⁵⁷ In tema di responsabilità da omessa vigilanza v. G. CAPONE, *La giurisprudenza contabile dopo le innovazioni legislative: omessa vigilanza*, in AA.VV. (a cura di E.F. SCHLITZER), *L'evoluzione della responsabilità amministrativa* cit.pp.364,ss.; S. CIMINI, *La responsabilità amministrativa e contabile*, cit.,pp.168,ss.; M. DENTAMARO, *Responsabilità dei controllori per concorso nella produzione del danno erariale*, in *Riv.C.conti*,1995,f.2,pp.268,ss.; S.PILATO, *La responsabilità amministrativa*,cit.,pp.223,ss.

propongono l'adozione, nei confronti dei dirigenti, delle misure previste dall'art.21".

Il successivo art.17,co.1,lett. d),D.lgs.,n.165 stabilisce, poi, che i dirigenti degli uffici dirigenziali non generale "dirigono, coordinano e controllano l'attività degli uffici che da essi dipendono e dei responsabili dei procedimenti amministrativi, anche con poteri sostitutivi in caso di inerzia".

Analoghe disposizioni sono previste anche per gli altri dipendenti pubblici.

Costituisce, poi, fonte di responsabilità amministrativa anche l' omessa denuncia di danno erariale e cioè del comportamento dannoso tenuto da altri ⁵⁸.

L' art. 83, comma 2 R.D 2440/23 stabilisce che i dirigenti generali e i capi servizio, qualora vengano a conoscenza di un fatto che possa essere causa di responsabilità amministrativa, ne debbano fare denuncia alla Procura della Corte dei conti.

L' art. 53 comma 3 R.D. 1214/34 prevede la responsabilità dei dirigenti generali e dei capi servizio i quali omettano, con dolo o colpa grave, di denunciare l' altrui condotta dannosa.

Si tratta di un concorso commissivo mediante omissione (quando l' omessa denuncia è dolosa) o di una concausazione dell' evento dannoso (quando l' omessa denuncia è gravemente colposa).

L' art. 20 DPR 3/57 stabilisce che "il direttore generale e il capo servizio che vengano a conoscenza direttamente o a seguito di rapporto cui sono tenuti gli organi inferiori" di fatti che diano luogo a responsabilità amministrativa debbano farne immediatamente denuncia alla Procura della Corte dei conti.

Disposizioni di analogo tenore sono dettate per i dipendenti degli enti locali (art.93 D.Lgs. 18/8/2000,n.267), per i dipendenti delle Regioni (art.32 L.19/5/1976,n.335), in materia sanitaria (art.10 L.23/12/1994, n.724).

⁵⁸ In tema di responsabilità per omessa denuncia, v.S. GRECO,*Denuncia di danni erariali ai fini dell'attività istruttoria del Procuratore regionale della Corte dei conti*,in *Enti pubblici*, 6/ 1996, pp.665,ss.; F. GARRI e Altri, *I giudizi innanzi alla Corte dei conti, responsabilità, conti, pensioni*, cit.,pp.352,ss.;M. SCIASCIA, *Manuale di diritto processuale contabile*, cit. pp.443,ss.

La normativa vigente è, quindi, tuttora improntata al principio della verticalizzazione o gerarchizzazione dell'obbligo di denuncia, nel senso che tale obbligo è concentrato, *in primis*, sugli organi di vertice delle rispettive Amministrazioni (per la responsabilità dei capi dipartimento o direttori generali dei Ministeri, l'obbligo di denuncia ricade sul Ministro).

Tuttavia, in sede di applicazione della normativa, la Procura generale della Corte dei conti ⁵⁹ ha fornito una nozione molto ampia di organo di vertice, ricomprendendo in esso anche i funzionari preposti agli uffici che occupino una posizione di sovraordinazione nei confronti dell'autore dell'evento dannoso.

Relativamente al contenuto della denuncia, l'art.20 T.U. 3/1957 prescrive la doverosa indicazione di "tutti gli elementi raccolti per l'accertamento della responsabilità e la determinazione dei danni".

Sulla base del citato indirizzo di coordinamento della Procura Generale della Corte dei conti tali elementi possono essere così raggruppati: l'indicazione del comportamento tenuto dal dipendente; la quantificazione del danno o comunque l'indicazione per pervenire alla quantificazione medesima; la comunicazione di eventuali elementi integrativi, emersi anche successivamente alla denuncia; la comunicazione di eventuali giudizio civile o costituzione di parte civile relativi agli stessi fatti oggetto di denuncia.

Per quanto riguarda gli altri dipendenti (tutti coloro, cioè, che non svolgano funzioni definibili di tipo apicale) essi non hanno un obbligo di denuncia alla Corte dei conti. Tuttavia, qualora vengano a conoscenza di un'altra condotta dannosa tenuta nell'ambito dell'ufficio a cui appartengono, sono tenuti a segnalarla ai propri organi di vertice, in virtù del dovere di collaborazione (ex art. 18 T.U. imp. civ. Stato D.Lgs. 3/57) nonché delle disposizioni previste dai codici di condotta di cui al C.C.N.L che pongono specifici obblighi al riguardo. Pertanto, costituisce fonte di responsabilità amministrativa anche l'omessa denuncia in sede amministrativa da

⁵⁹ Circ. Proc. Gen. I.C/2 del 27/5/1996.

parte del dipendente pubblico (ancorchè non in posizione apicale) di un' attività causativa di danno erariale svolgentesi all'interno della struttura lavorativa in cui il dipendente stesso presta servizio e di cui egli abbia avuto conoscenza.

L' art. 1 comma 3 L. 20/94 ha poi introdotto una ulteriore fattispecie di omessa denuncia riferita alla circostanza che nel frattempo sia intervenuta la prescrizione quinquennale del diritto al risarcimento del danno. In tal caso, se il decorso del tempo è stato determinato dalla omessa o intempestiva denuncia, rispondono del danno erariale coloro che hanno omesso o ritardato la denuncia. Inoltre, ricorrendo detta ipotesi, l' azione di responsabilità è proponibile entro cinque anni dalla data in cui è maturata la prescrizione.

Il tema della denuncia o segnalazione del danno si intreccia necessariamente con quello della *notitia damni*, che costituisce la base sulla quale la Procura contabile imposta la propria azione.

Giova premettere che, ai sensi dell' art. 1 co. 2 L. 20/1994 (come successivamente modificata dalla L. 639 /1996), il diritto al risarcimento del danno si prescrive in ogni caso in cinque anni, decorrenti dalla data in cui si è verificato il fatto dannoso, ovvero, in caso di occultamento doloso del danno, dalla data della sua scoperta.

Il principio in virtù del quale, nel caso di occultamento doloso, il termine di decorrenza della prescrizione prende vigore dalla data della scoperta del danno si è rivelato fondamentale nel consentire l' esercizio dell' azione da parte del P.M contabile nelle situazioni in cui il verificarsi dell' evento dannoso non è immediatamente percepibile.

È il caso, questo, dei danni provocati dall' attività iperprescrittiva dei farmaci da parte del medico, la quale non si risolve (quasi mai) in un unico comportamento ma si esplica in una serie di atti attraverso la cui commissione emerge la inappropriata degli stessi, molte volte anche come aspetto sintomatico di fattispecie criminose già (occultamente) in essere e reiterate.

In tali evenienze, e in specie allorquando l' illecito erariale è collegato alla consumazione di fatti delittuosi, si deve ritenere *in re ipsa* la sussistenza di un

doloso occultamento del danno ⁶⁰.

Appare indubitabile come in tali casi l' inizio del termine di prescrizione debba essere individuato nel momento in cui il danno venga delineato in tutte le sue componenti (ad es. quando, attraverso le relazioni degli organi di polizia incaricati dal p.m. contabile, questi abbia contezza della ricostruzione dei fatti nella loro oggettività) ⁶¹.

Ai sensi dell' art. 17, co. 30 – ter, DL. 78/2009 conv. in L. 03/08/2009, n. 102 e successive modificazioni, l' azione di responsabilità deve essere promossa solo a fronte di una *notitia damni* “specificata e concreta”.

Come hanno avuto modo di chiarire le sezioni riunite della Corte dei conti, l' azione di responsabilità deve essere promossa tutte le volte che la Procura contabile da una *notitia criminis* tragga il convincimento, suffragato da riscontri obiettivi, circa la probabilità che in determinate circostanze sia sussistente una ipotesi di danno erariale.

In particolare, “la specifica e concreta notizia di danno... non deve certo equivalere ad una notizia così precisa e circostanziata da contenere tutti gli elementi necessari per dare corso all' azione di responsabilità: diversamente, l' attività istruttoria della Procura non tanto sarebbe legittimata dalla notizia di danno, ma diventerebbe addirittura superflua e altrettanto superfluo sarebbe tutto il procedimento preprocessuale che prende avvio con l' invito a dedurre” ⁶².

Circa il significato da attribuire agli aggettivi “specificata” e “concreta”, la Corte dei

⁶⁰ In tali termini, cfr. Corte dei conti, sez. I centr. app., 09/07/2014, n. 947; sez. I centr. app., 23/07/2012, n. 407; sez. I centr. app., 13/06/2011, n. 256; sez. I centr. app. 25/11/2008, n. 508; sez. II centr. app., 13/04/2000, n. 134; sez. III centr. app., 02/04/1999, n. 63; sez. riun., 15/02/1999, n. 3; sez. riun., 11/02/1994, n. 929.

⁶¹ Tenuto conto che in presenza di un occultamento il termine non può che decorrere dalla scoperta del danno occultato, Corte dei conti, sez. II centr. app, 20/07/06, n. 270 rileva che “la norma giustifica l' inerzia della amministrazione quando oggettivamente si è verificato comunque un comportamento doloso che non ha consentito alla amministrazione di far valere le proprie ragioni se non dal momento stesso in cui il fatto dannoso è stato scoperto”.

⁶² V. Corte dei conti, sez. riun., 03/08/2011, n. 12;

conti ritiene che il primo termine sia da intendere come “informazione che abbia una sua peculiarità e individualità e che non sia riferibile ad una pluralità indifferenziata di fatti, tale da non apparire generica, bensì ragionevolmente circostanziata”. Quanto al secondo termine, esso è da intendersi come obiettivamente attinente alla realtà e non a mere ipotesi o supposizioni ⁶³.

Lo sforzo inteso a fornire un criterio uniforme di individuazione del *dies a quo* dal quale comincia a decorrere il termine prescrizione che non sia semplicemente quello riferito al verificarsi del danno, risponde soprattutto alla necessità di evitare di favorire in qualche modo l’ agente che abbia saputo occultare il danno.

E’ evidente, invece, che quando il danno risulti in modo conclamato, non può che valere la regola generale posta dall’ art. 1, co. 2 L. 20/1994 che fissa la decorrenza del termine prescrizione dalla data in cui si è verificato l’ *eventum damni*.

Quanto alle ipotesi di responsabilità amministrativo-contabile per danno indiretto, giova richiamare quanto le sezioni riunite della Corte dei conti hanno affermato in ordine alla decorrenza del *dies a quo*, ponendo quest’ ultimo nel momento in cui il danno è divenuto certo, concreto e attuale ⁶⁴.

La normativa in tema di responsabilità amministrativa prevede espressamente una sola causa di giustificazione: l’ ordine dato dal superiore (art. 18 R.D. 3/57 cit.).

Tuttavia altre esimenti possono essere ricavate dai principi generali ed in particolare: lo stato di necessità (in diverse sentenze della Corte dei conti è stato affermato che gli atti di spesa irregolare per mancanza di copertura finanziaria non comportano responsabilità, se diretti a far fronte a spese obbligatorie urgenti);

⁶³ V. Corte dei conti, sez. riun., n. 12/2011 cit

⁶⁴ Al riguardo, v. Corte dei conti, sez. riun., 05/09/2011, n. 14, in cui si specifica che “l’ individuazione del *dies a quo* della prescrizione non può essere effettuata con riguardo al momento in cui è insorto il semplice obbligo giuridico di pagare, con l’ ulteriore conseguenza che la diminuzione del patrimonio dell’ ente danneggiato – nel che consiste l’ evento dannoso – assume i caratteri della concretezza, attualità e irreversibilità solo con l’ effettivo pagamento”.

Per esemplificare, il danno è da considerarsi certo, concreto ed attuale “nella data di emissione del titolo di pagamento al terzo danneggiato” (Corte dei conti, sez. I centr., app. 19/03/2013, n. 15).

l'errore scusabile (nello specifico, l' errore professionale quando l' agente si è trovato a doversi districare tra norme contraddittorie o confuse o di controversa interpretazione anche giurisprudenziale, salvo che non siano intervenute direttive o circolari degli organi superiori volti a dirimere gli eventuali dubbi interpretativi).

Occorre poi accennare alla c.d. “esimente politica”, introdotta dall' articolo 1, comma 1 – ter, L. 20/94, riguardante gli atti rientranti nella competenza propria degli uffici tecnici o amministrativi e riguardo ai quali gli organi politici che li abbiano approvati o ne abbiano autorizzato o consentito l'esecuzione, non ne rispondono in termini di responsabilità per danno erariale.

Tale disposizione riflette la norma generale sulla separazione tra poteri di indirizzo e poteri di gestione. E' sempre fatta salva la dimostrazione che il fatto dannoso sia riferibile agli indirizzi dati.

La Corte dei conti ha affermato poi che non può ritenersi sussistente la responsabilità dei componenti degli organi politici che abbiano approvato una delibera produttiva di un danno erariale se, prima dell' approvazione, gli stessi abbiano richiamato sul suo contenuto l' attenzione degli uffici tecnici o amministrativi competenti alla relativa istruttoria ⁶⁵.

2.4 IL NESSO CAUSALE.

Tra l' evento dannoso e il comportamento dell' agente deve intercorrere il nesso di causalità. La valutazione della sussistenza del nesso di causalità richiama i fondamenti della disciplina penalistica contenuta negli artt. 40 e 41 c.p. ⁶⁶.

⁶⁵ V. in tal senso Corte dei conti, Sez. III centr. app., 13/03/ 2002, n. 78.

⁶⁶ Secondo Cass. sez. un. 11/01/2008 n. 576 “il nesso causale è regolato dal principio di cui agli articoli 40 e 41 c.p. per il quale un evento è da considerare causato da un altro se il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo, nonché dal criterio della c.d. causalità adeguata, sulla base del quale, all' interno della serie causale, occorre dare rilievo solo a quegli eventi che non appaiano (ad una valutazione ex ante) del tutto inverosimili, fermo restando che, nell'accertamento del nesso causale in materia civile, vige la regola della preponderanza dell' evidenza o del “più probabile che non”, mentre nel processo penale vige la regola della prova “oltre il ragionevole dubbio” . In considerazione di quanto sopra la Suprema Corte giunge alla conclusione che poiché sussiste a carico del medico l'obbligo di espletare l' attività professionale secondo

Le pronunce della Corte dei conti si attengono sostanzialmente al principio di causalità adeguata: viene valutata *ex ante* l' idoneità del comportamento dell' agente alla produzione dell' evento dannoso, nel senso che il soggetto abbia posto in essere un antecedente, senza il quale l' evento stesso non si sarebbe verificato (sulla scorta dell' *id quod plerumque accidit*).

Nel contempo, deve essere valutata l' eventuale sussistenza di fattori sopravvenuti che da soli sarebbero stati sufficienti a cagionare l' evento dannoso.

In tema di nesso causale numerosi sono gli studi, a fronte anche di un' articolata giurisprudenza, in massima parte concentrati sui temi della causalità omissiva.

Nel caso della responsabilità medica il nesso di causalità è legato al criterio della probabilità logica, intendendosi per essa la probabilità prossima alla certezza ⁶⁷.

Tuttavia, per quanto riguarda l' attività prescrittiva del medico generico e segnatamente i profili che attengono alla responsabilità amministrativo-contabile per danno erariale, il nesso di causalità è facilmente individuabile nel rapporto che sussiste tra il danno causato all' amministrazione sanitaria conseguente al rimborso del farmaco o alla spesa sostenuta per l' esame diagnostico e la ricetta stilata dal medico il quale abbia prescritto quel farmaco o quell' esame diagnostico in violazione dei doveri che qualificano il suo rapporto di servizio con l' amministrazione sanitaria.

canoni di diligenza e di perizia scientifica, il giudice, quando accerti che ciò non è avvenuto, può ritenere che tale mancanza sia stata causa dell'evento lesivo e che, per converso, se fosse stata tenuta la condotta doverosa, essa avrebbe impedito il verificarsi dell'evento stesso. Tale profilo è stato confermato dalla Cassazione con la sentenza 19/05/2010 n. 16123.

⁶⁷ Cfr., in proposito, Cass. pen. sez. I 10/07/2002, n. 30328 e, da ultimo, Corte dei conti, sez. Bolzano, 24/02/2012, n. 1 la quale osserva che “il nesso causale...sussiste nel caso in cui da un giudizio condotto sulla base di una generalizzata regola di esperienza o di una legge scientifica universale o statistica emerga che, ipotizzandosi come realizzata dal medico la condotta doverosa impeditiva dell' evento, questo non si sarebbe verificato”. Prosegue il collegio che “nel caso...dovesse permanere un ragionevole dubbio sulla reale efficacia lesiva della condotta pregiudizievole del medico rispetto ad altri fattori interagenti, l' insufficienza, la contraddittorietà o l' incertezza del riscontro probatorio sulla ricostruzione del nesso eziologico comporteranno ineluttabilmente la neutralizzazione dell' ipotesi prospettata dall' accusa e il necessario esito assolutorio del giudizio”.

L' ambito di sussistenza del nesso di causalità rientra pertanto esclusivamente in tale fattispecie.

Diversa è, invece, l' ipotesi in cui la prescrizione scorretta del farmaco comporti un uso sovrabbondante di medicinali tale da produrre danni a terzi (nella generalità dei casi lo stesso paziente assuntore).

In questa (come in analoghe, peraltro rare ,ipotesi rilevate nei contenziosi contabili), non si versa in tema di responsabilità amministrativo-contabile (almeno in prima battuta) in quanto non è ravvisabile l' esercizio di una (benchè minimale) potestà pubblica del medico prescrivente, ma rileva l' esercizio della professione sanitaria che espone l' esercente a responsabilità (professionale) civile e responsabilità penale a seconda dei casi (rimanendo però salva la responsabilità amministrativa in sede di esercizio dell' azione di rivalsa a carico del medico iperprescrittore, a seguito dell' avvenuta liquidazione del danno al terzo da parte dell' amministrazione sanitaria).

CAPITOLO II

LA NATURA AMMINISTRATIVA DELL' ATTIVITA' PRESCRITTIVA DEL MEDICO CONVENZIONATO

§ 1 L' ASSISTENZA MEDICO- GENERICA.

La Legge 23/12/ 1978, n. 833, istitutiva del Servizio sanitario nazionale, ha attribuito effettività al precetto contenuto nell' art. 32 Cost., prevedendo un sistema ispirato al principio di partecipazione democratica all' attuazione del servizio sanitario, attraverso la fissazione dei “livelli delle prestazioni sanitarie che devono essere, comunque, garantite a tutti i cittadini” (art. 3).

La legislazione sanitaria (segnatamente l'art.1 D.Lgs. 19/06/1999 n. 229), nel disciplinare l'erogazione delle prestazioni di assistenza sanitaria, procede a una tripartizione delle tipologie di dette prestazioni a seconda che esse riguardino l'assistenza sanitaria collettiva in ambiente di vita e lavoro; l'assistenza distrettuale; l'assistenza ospedaliera.

Alla concreta individuazione delle diverse forme di assistenza si perviene per il tramite dei LEA (Livelli Essenziali di Assistenza)⁶⁸.

La inclusione nei LEA, infatti, comporta che una prestazione sanitaria venga posta a

⁶⁸ I LEA (rientranti nel più ampio contesto dei LEP, che, ai sensi dell' art. 117 Cost. concernono i diritti civili e sociali) costituiscono, in prima accezione, il complesso di attività e di prestazioni necessarie che, ai sensi dell' art. 1 D.L.gs. 30/12/ 1992, n. 502 debbono essere assicurate dal S.S.N., garantendo al cittadino pari opportunità di accesso.

I LEA identificano il “contenuto prestazionale del diritto alla salute quale diritto sociale” (R. BALDUZZI – D. SERVETTI, *La garanzia costituzionale del diritto alla salute*, in *Manuale di Diritto Sanitario.*, a cura di R. BALDUZZI e G. CARPANI, Bologna 2013, p. 81) e quindi possono essere considerati come l' insieme delle prestazioni appropriate e necessarie a garantire la piena tutela della dignità umana della persona, laddove il riferimento all'appropriatezza rende evidente la loro necessaria compatibilità con il quadro economico-finanziario del Paese.

carico del SSN in quanto, ai sensi dell'art.1, co. 7 D.L.gs. 502/1992, presenti "per specifiche condizioni cliniche o di rischio, evidenze scientifiche di un significativo beneficio in termini di salute, a livello individuale o collettivo, a fronte delle risorse impiegate".

Affinchè una prestazione sanitaria rientri nei LEA occorre uno specifico indice di appropriatezza e inoltre è necessario che "all'appropriatezza si coniughi l'economicità nell'impiego delle risorse e l'uso efficiente delle stesse"⁶⁹.

Giova, fin da ora, precisare, infatti come il DPCM 29/11/2001, concernente i LEA (tuttora vigente)⁷⁰, rifacendosi all'art.1 co. 6 D.Lgs 502/1992, oltre a suddividere (nell'allegato 1A) le prestazioni sanitarie rientranti nelle tre macroaree in argomento, proceda altresì (nell'allegato 2) a una delimitazione per esclusione, escludendo, per l'appunto, le tipologie di assistenza, i servizi e le prestazioni sanitarie che non rispondono a necessità assistenziali o che non soddisfano il principio dell'efficacia e dell'appropriatezza o che in presenza di altre forme di assistenza volte a soddisfare le medesime esigenze, non siano coerenti con il principio dell'economicità dell'impiego delle risorse.

Delle tre macroaree citate, la prima macroarea ha funzione di prevenzione e sanità pubblica. La terza è caratterizzata dall'espletamento di prestazioni sanitarie di elevata specializzazione in ambito ospedaliero. La seconda macroarea e cioè, quella

⁶⁹ M.COSULICH e G.GRASSO, *Le prestazioni sanitarie*, in *Manuale di Diritto Sanitario*, a cura di R.BALDUZZI e G.CARPANI, cit. p. 355. Gli AA. ricordano come il termine "appropriatezza" trae le sue origini da atti internazionali, a partire dalla *Convenzione di Oviedo, sui diritti dell'uomo e la biomedicina*, del 4/4/1997 ed è stato utilizzato per la prima volta nella normativa nazionale con la L. 449/97.

Esso esprime un concetto declinabile sotto tre profili: quello clinico, collegato al beneficio richiesto all'intervento sanitario di qualsiasi tipo; quello organizzativo, commisurato al livello assistenziale all'interno del quale la prestazione sanitaria è resa; quello temporale, riguardante i tempi di effettuazione della prestazione

⁷⁰ Il D.P.C.M. cit. contiene la declaratoria dei LEA comprendente le prestazioni che ASL e AO e gli altri soggetti erogatori debbono eseguire gratuitamente o dietro il pagamento di un contributo (il c.d. *ticket*). Una revisione straordinaria dei LEA è stata predisposta dal Governo nel 2008, senza però ottenere la "bollinatura" della Ragioneria generale dello Stato, per mancanza della copertura finanziaria, con il conseguente ritiro del provvedimento a seguito della mancata registrazione da parte della Corte dei conti. Con il Patto della Salute 2014/2016 è stato stabilito di ridefinire ed aggiornare i LEA, operazione, questa, che ha avuto avvio con l'approvazione della L. 28/12/2015, n. 208 (Legge di stabilità 2016).

dell'assistenza distrettuale, è qualificata dalla territorialità delle prestazioni erogate nell'ambito dei distretti territoriali di base ⁷¹.

All'interno di essa si colloca l'attività svolta dal medico di medicina generale (e del corrispondente pediatra per i minori fino a un'età massima di 16 anni). A tale attività, sempre a livello distrettuale, si affianca, tra le altre, l'assistenza farmaceutica, attraverso la quale vengono erogati agli assistiti i prodotti sanitari (a totale o parziale carico del SSN e significando che i medicinali e gli altri prodotti sanitari vengono erogati agli assistiti sulla base di quanto contenuto nel Prontuario farmaceutico nazionale, attraverso farmacie pubbliche e private convenzionate con il SSN.).

Ai sensi dell' art. 14, co. 3, lett. h, L. 833/1978 le ASL provvedono ad erogare l'assistenza medico-generica, sia in forma ambulatoriale che domiciliare, assicurando i relativi livelli di prestazione.

Per l'espletamento delle prestazioni sanitarie in argomento il SSN si avvale di personale medico alle proprie dipendenze e, soprattutto, di medici libero professionisti legati ad esso da un rapporto di convenzione.

Il cittadino ha diritto alla erogazione della prestazione curativa di assistenza medico-generica, alla quale è tenuta l' ASL in base a livelli definiti, in quanto utente del S.S.N e come tale iscritto in appositi elenchi periodicamente aggiornati presso l' ASL di residenza (art. 19, co. 3 L. 833/1978).

Tramite questa iscrizione l' utente esercita il diritto di libera scelta del medico che gli viene assicurato nei limiti oggettivi della organizzazione sanitaria.

⁷¹ In particolare, l'art.3-*quinques*, comma 1, nel disciplinare le funzioni del distretto, prevede che esso sia organizzato in modo da garantire:

- a) l'assistenza primaria, ivi compresa la continuità assistenziale, attraverso il necessario coordinamento e l'approccio multidisciplinare, in ambulatorio e a domicilio ,tra medici di medicina generale, pediatri di libera scelta, servizi di guardia medica notturna e festiva e i presidi specialistici ambulatoriali;
- b) il coordinamento dei medici di medicina generale e dei pediatri di libera scelta con le strutture operative a gestione diretta, organizzate in base al modello dipartimentale, nonché con i servizi specialistici ambulatoriali e le strutture ospedaliere ed extra ospedaliere accreditate;
- c) l'erogazione delle prestazioni sanitarie a rilevanza sociale, connotate da specifica ed elevata integrazione, nonché delle prestazioni sociali di rilevanza sanitaria se delegate dai Comuni.

La scelta del medico di fiducia, ove non si opti per il medico pubblico dipendente operante nell'ASL (ipotesi, questa, poco praticata) ricade pertanto necessariamente il più delle volte sul medico convenzionato che opera nel comune di residenza dell'utente del S.S.N (art. 25 co. 4 L. cit.). Il medico convenzionato a sua volta è selezionato secondo parametri definiti nell'ambito degli accordi regionali, in modo tale che l'accesso alle funzioni di medico di medicina generale del S.S.N, ai sensi dell'art. 8, lett. g, D.Lgs, n. 502/1992, sia consentito periodicamente ai medici forniti dell'attestato di cui all'art. 2 D.L.gs 08/08/1991, n. 256 .

La competente ASL, nei confronti della quale è stata esercitata da parte del cittadino utente la scelta del medico convenzionato per l'assistenza medico-generica, cura la tenuta d appositi elenchi in cui sono inseriti i medici con i quali è stato preventivamente instaurato lo specifico rapporto di convenzionamento.

In particolare, la disciplina dei rapporti tra medici di medicina generale e amministrazione sanitaria è stata posta con il DPR 16/10/1984 , n. 8872, cui ha fatto seguito il DPR 22/07/1996, n. 484 che ha recepito l' accordo collettivo per la disciplina dei rapporti con i medici di medicina generale, ai sensi dell' art. 8 D.L.gs 502/1992. Successivamente è intervenuto il DPR 28/07/2000, n. 270 e sono stati sottoscritti altri accordi collettivi nazionali il 23/03/2005, il 29/07/2009 e il 10/03/2010. Infine, in ciascuna regione sono adottati accordi integrativi.

A seguito della scelta del medico il rapporto che si instaura tra quest' ultimo e l'utente ha carattere fiduciario, ed infatti l' art. 25, co. 5 L. 833/1978 prevede che esso può cessare in ogni momento a richiesta dell' assistito o del medico, ma, in quest' ultimo caso la richiesta deve essere motivata.

In base alla normativa vigente, come si è già avuto modo di accennare, l' assistenza sanitaria di base è inclusa tra i livelli essenziali di assistenza che debbono essere assicurati e garantiti agli utenti del S.S.N, significando che “il livello di medicina generale” è costituito dal complesso di una serie di attività e prestazioni comprendenti visite mediche generiche e pediatriche, ambulatoriali e domiciliari,

anche con carattere di urgenza, con rilascio, quando richiesto, di certificazioni mediche obbligatorie ai sensi della vigente legislazione; prescrizioni di farmaci, di prestazioni di assistenza integrativa, di diagnostica strumentale e di laboratorio e di altre prestazioni specialistiche in regime ambulatoriale; richiesta di visite specialistiche; proposta di ricovero in struttura di degenza; partecipazione alla definizione e gestione del piano di trattamento individuale domiciliare in pazienti non deambulanti ed anziani.

Il medico convenzionato è remunerato dall' ASL in forza del rapporto di convenzionamento, il quale, però, non dà luogo ad un rapporto di lavoro subordinato, bensì, secondo la costante giurisprudenza della Cassazione, ad un rapporto di lavoro autonomo parasubordinato che ha per oggetto una prestazione di opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, assimilabile a quella indicata dall' art. 409, co. 1, n. 3 c.p.c. Si tratta pertanto di un rapporto professionale che si svolge, di norma, su un piano di parità, sebbene sia comunque costituito "in vista dello scopo di soddisfare le finalità istituzionali del servizio sanitario nazionale, dirette a tutelare la salute pubblica"⁷².

Giova fin da ora precisare che l' assistenza medico-generica, al pari delle altre prestazioni rese dal S.S.N, correlate all' attuazione del diritto alla salute, è assicurata e garantita attraverso le risorse finanziarie tratte dal finanziamento pubblico al quale concorrono i cittadini con un contributo che la giurisprudenza della Cassazione ritiene costantemente essere di natura tributaria, quale imposta (e non già tassa per la fruizione di un servizio)⁷³.

⁷² Cfr., *ex multis*, tra le più recenti Cass, 13/04/2011, n. 8457; Cass. civ. sez. III, 27/03/2015, n. 6243, la quale precisa che le ASL "provvedono ad erogare l' assistenza medico-generica...la quale...è prestata dal personale dipendente o convenzionato del Servizio sanitario nazionale", per cui "la medesima prestazione curativa è erogata in favore dell' utente o tramite personale dipendente del servizio pubblico oppure tramite personale convenzionato con il medesimo servizio.

⁷³ Cfr., *ex multis*, Cass, sez. un, 06/02/2009, n. 2871, e, da ultimo, Cass. civ. sez. III n. 6243/2015, cit.

§ 2 LA QUALIFICAZIONE GIURIDICA DEL RAPPORTO DEL MEDICO CONVENZIONATO CON L'ASL AI FINI DELL' ATTRIBUZIONE DELLA RESPONSABILITA' AMMINISTRATIVA.

Come si è già avuto modo di illustrare, l' ASL, per l' espletamento delle prestazioni di assistenza medico-generica, si avvale di personale medico dipendente e (generalmente) di medici convenzionati.

Ai fini della configurabilità di una responsabilità amministrativa e cioè di una responsabilità conseguente all'esercizio di quelle funzioni e potestà che sono nettamente distinte dallo svolgimento dell'attività professionale sanitaria, ancorchè collegate ad essa da una relazione di occasionalità necessaria, si deve preliminarmente ritornare sulla distinzione tra i medici incaricati di prestare l'assistenza generica, a seconda che siano dipendenti dell' amministrazione sanitaria o convenzionati con essa.

La situazione è evidentemente chiara relativamente al personale medico incardinato negli organismi di diritto pubblico rientranti nel SSN in quanto legato ad essi da un rapporto di impiego.

Non così, almeno *prima facie*, per quanto riguarda i medici (e altri soggetti di diritto privato) legati agli organismi pubblici facenti parte del SSN da un rapporto di convenzione, rivestente di per sè natura privatistica.

Occorre chiarire che il rapporto di convenzionamento si distingue nettamente da quello di libera professione che il medico di medicina generale convenzionato può comunque svolgere in favore di chiunque, ma al di fuori della prestazione curativa e senza, peraltro, recare "pregiudizio" al corretto e puntuale svolgimento degli obblighi" che detto rapporto di convenzionamento impone (art. 8, co. 1, lett.c, D.L.gs. n. 502/1992).

I predetti sanitari convenzionati (e cioè i medici di medicina generale e i pediatri di libera scelta) sono chiamati ad erogare una serie di prestazioni che sono state

analiticamente elencate in precedenza (visite ambulatoriali e domiciliari, prescrizione di farmaci e di esami diagnostici, attività certificative, ecc.)

Si tratta cioè di prestazioni che costituiscono la parte più cospicua dell'assistenza distrettuale, la c.d. assistenza sanitaria di base ed alla quale si affianca (integrandola) l'assistenza farmaceutica.

La giurisprudenza, ormai consolidata, della Corte di Cassazione e della Corte dei conti è da tempo pervenuta alla conclusione che per le sopraindicate figure di medici, definiti di base e legati da rapporti di convenzione con i soggetti di diritto pubblico operanti all'interno del SSN, sussista con gli enti con i quali sono convenzionati una relazione assimilabile al rapporto di servizio con una pubblica amministrazione.

Ciò comporta la consequenziale assunzione della qualità di agenti pubblici e la correlata loro esposizione alla responsabilità amministrativo-contabile.

In particolare, la Corte di Cassazione, in diverse pronunce delle sezioni unite, ha indicato da tempo una serie di elementi sussistendo i quali il rapporto che lega detti professionisti ai soggetti di diritto pubblico costituenti il SSN, ancorchè scaturente da una fonte convenzionale, è da intendersi equiparabile al rapporto di servizio in senso proprio.

Tali elementi possono riassumersi in una serie di attività ritenute esplicative di una potestà pubblica quali: la identificazione degli assistiti ; l' accertamento del loro diritto alle prestazioni sanitarie; il rilascio di certificazioni sanitarie; la compilazione di prescrizioni farmaceutiche e di accertamenti diagnostici, con i correlati riflessi incidenti sulla finanza pubblica ⁷⁴.

In particolare, i compiti di certificazione sanitaria e di compilazione di prescrizioni farmaceutiche si inseriscono nell'ambito della organizzazione strutturale, operativa

⁷⁴ Cfr.Cass.,sez.un.Cass.,sez.un.18/12/1985,n.6442; sez.un.13/11/1996,n.9957 ; sez.un. 21/12/1995,n.922. In senso conforme, cfr. Corte dei conti, sez. Calabria 19/9/1996,n.31; sez.II centr.app. 2/6/1998,n.158/A; sez.cent.rapp. 10/9/2009,n.379; sez.Umbria 28/6/2004,n.275.

e procedimentale delle ASL di rispettiva appartenenza, con la conseguenza che il medico convenzionato, operando in forza di una devoluzione da parte dell'amministrazione sanitaria, svolge tali compiti in esecuzione di un rapporto di servizio.

Con la compilazione della ricetta, ad esempio, il medico compie un'attività ricognitiva del diritto soggettivo dell'assistito all'erogazione di medicinali, che ha contenuto, a un tempo di certificazione, in quanto il medico attesta dati da lui rilevati, e autorizzatorio nella parte in cui egli rimuove i limiti posti dalla legge all'esercizio del diritto soggettivo all'assistenza farmaceutica, oltre ad autorizzare il farmacista a consegnare al paziente il medicinale, la cui distribuzione è sottratta al libero commercio.

Infine, la ricetta rilasciata dal medico convenzionato con il SSN ha la funzione di autorizzare l'assunzione di un onere finanziario a carico dell'amministrazione sanitaria ⁷⁵.

In ragione di quanto sopra, pur rivestendo i rapporti convenzionali tra i medici di medicina generale (nonchè i corrispondenti pediatri di libera scelta) e le ASL natura privatistica, essi sono da assimilare a rapporti di prestazione d'opera professionale ad evidenza pubblica, che presentano i caratteri della parasubordinazione ⁷⁶.

Pertanto, fermo restando che il titolo su cui si fonda il rapporto di servizio del medico di base con l'amministrazione sanitaria è costituito dalla stipulazione della convenzione di durata triennale con la singola ASL, detta convenzione, pur avendo natura privatistica, produce l'effetto di inserire il professionista nell'organizzazione sanitaria per conto della quale sarà abilitato all'esercizio di specifiche potestà.

⁷⁵ Cfr., in tal senso, Cass., sez. VI pen., 08/02/2011, n.13315. D'altro canto, già in precedenza, la stessa Cass. pen. si era più volte espressa nel senso di dover qualificare come pubblico ufficiale il medico convenzionato con il SSN, nell'atto di svolgere un'attività amministrativa ricompresa nel contenuto della convenzione con l'ASL di riferimento (cfr., al riguardo, Cass. pen., sez. VI 07/04/1994, n.4072; Cass. pen., sez. VI 200/2/1998, n. 5482; Cass. pen., sez. VI 04/05/1990, n.12192).

⁷⁶ Cfr., in tal senso, Cass., Sez. un., 22/11/1999 n.813.

Ciò comporta che il medico in regime di convenzione con il SSN svolge i propri compiti, per quel che riguarda gli aspetti di rilevanza pubblicistica, in esecuzione di un rapporto qualificabile come rapporto di servizio ⁷⁷.

In base a queste premesse, qualora dall'espletamento di tali attività derivi un danno all'amministrazione, questa deve promuovere davanti alla Corte dei Conti l'azione per il ristoro del pregiudizio che assuma di aver subito, in quanto la responsabilità del sanitario dipende non dall'esercizio della sua professione (in sé considerata), bensì dal comportamento illegittimo o illecito, doloso o colposo, posto in essere nell'ambito del rapporto di pubblico servizio ⁷⁸.

Le indicazioni giurisprudenziali della Suprema Corte hanno, per così dire, trovato un riscontro normativo, attraverso l'emanazione di disposizioni intese a inquadrare il rapporto medico convenzionato-Asl in un contesto tale da assimilarlo, per certi versi, a quello intercorrente tra il medico dipendente e la struttura pubblica del SSN da cui dipende.

Va ricordato in proposito che il rapporto tra il SSN ed i medici di medicina generale è disciplinato da apposite convenzioni di durata triennale in conformità degli accordi collettivi nazionali stipulati con le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative. Tali accordi trovano la loro fonte normativa nell'art.48 L.833/1978 e nell'art.8, comma 1 D.L.gs. 502/1992, come modificato e integrato dal D.L.gs. 07/12/ 1993 n. 517 e dal Dlgs 229/1999.

⁷⁷ Cfr. Cass. sez. un., 21/12/1999, n.922 .Più di recente, in senso analogo, Cass.Sez.un.02/04/2007 n.8093. Peraltro le sezioni unite della Cassazione, con le sentenze n.6442 del 18/12/1985 e n.9957 del 13/11/1996, avevano fatto scaturire la sussistenza del rapporto di servizio dalla considerazione che le prescrizioni farmaceutiche hanno riflessi sulla finanza pubblica. D'altro canto la Cassazione penale più volte si era espressa nel senso che il medico convenzionato con il SSN, svolgendo anche un' attività amministrativa, deve essere qualificato come pubblico ufficiale (cfr.Cass., sez.VI pen. 04/0/5/1990, n. 12192; sez. VI pen., 07/0/4/1994, n.4072; sez.VI pen. 20/02/1998,n.5482).

⁷⁸ Cfr. Cass.Sez.un. 922/92 cit. Con specifico riferimento all'attività di prescrizione di medicinali a carico del SSN, la Corte dei conti, con analoghe motivazioni, aveva affermato la propria giurisdizione relativamente all'azione per il ristoro dei danni arrecati dai medici convenzionati con il SSN a seguito di prescrizioni incongrue, con sentenze: sez.II, 30/05/1991, n.209; sez.Calabria, 19/09/1996, n.31; sez.II 02/06/1998, n.158/A.

Ebbene, con il DPR n.270 del 28/7/2000 è stato reso esecutivo l'accordo collettivo nazionale per la disciplina dei rapporti con i medici di medicina generale sottoscritto il 9/3/2000.

Il relativo testo appare indicativo della ormai consolidata prassi di ritenere sussistente un rapporto di servizio derivante dalla convenzione che lega i predetti professionisti all'ASL di riferimento.

L'accordo collettivo recepito nel citato DPR si apre, infatti, con una "Dichiarazione preliminare" in forza della quale le parti sottoscrittrici prendono atto che "il medico di medicina generale è parte integrante ed essenziale dell'organizzazione sanitaria complessiva e opera a livello distrettuale per l'erogazione delle prestazioni demandategli dal Piano Sanitario Nazionale, come livelli di assistenza da assicurare in modo uniforme a tutti i cittadini".

Inoltre l'accordo collettivo regola, oltre che l'assistenza di medicina generale in un contesto di continuità e globalità, anche aspetti relativi al coinvolgimento del medico nella organizzazione distrettuale ed alla sua partecipazione alle attività delle aziende mirate ad una più appropriata definizione dell'intervento sanitario.

All'art.22 è poi previsto che "lo studio del medico di assistenza primaria è considerato presidio del SSN e concorre, quale bene strumentale e professionale del medico, al perseguimento degli obiettivi di salute del Servizio medesimo nei confronti del cittadino"⁷⁹.

Conclusivamente, in ordine all'attuale dimensione concettuale del rapporto di servizio, la cui individuazione costituisce criterio di riparto della giurisdizione tra Corte dei conti e giudice ordinario, la Cassazione si è espressa nel senso che per rapporto di servizio si deve intendere una relazione con la pubblica amministrazione

⁷⁹ Tale previsione è chiaramente indicativa, secondo G.MODESTI, della considerazione che "il medico di base agisce quale *longa manus* dell'Amministrazione Sanitaria, per cui deve ritenersi che tra lo stesso e l'Azienda sanitaria si instauri un rapporto di servizio"(G.MODESTI, *Responsabilità amministrativa e contabile del medico generalista per eccesso di prescrizioni*, in *Ragiusan*,n.354/355/356/,ott.,nov.dic. 2013,p. 61) . La medesima definizione dell'azione del medico di base quale *longa manus* dell'amministrazione sanitaria la si rinviene in Corte dei conti,sez. Campania,30/08/2013, n.1027.

“caratterizzata per il tratto di investire un soggetto, altrimenti estraneo all’amministrazione, del compito di porre in essere in sua vece (in vece, cioè, dell’amministrazione medesima) un’attività, senza che rilevi né la natura giuridica dell’atto di investitura – provvedimento, convenzione o contratto – né quella del soggetto che la riceve, altra persona giuridica o fisica, pubblica o privata”⁸⁰.

Per l’instaurarsi di un rapporto di servizio in senso funzionale occorre, quindi, semplicemente, “l’inserimento del soggetto esterno nell’*iter* procedimentale dell’ente pubblico, come partecipante dell’attività a fini pubblici di quest’ultimo”⁸¹.

Da parte sua la Corte dei conti, a più riprese, ha affermato la propria giurisdizione *in subiecta materia*, fino a darla per scontata sulla base del “pacifico indirizzo assunto dalla Suprema Corte”⁸² e, pertanto, qualora dall’attività del medico convenzionato derivi, nell’espletamento dei compiti rientranti nell’oggetto della convenzione, un danno all’amministrazione, quest’ultima deve far valere il suo diritto al risarcimento innanzi alla Corte dei conti. Tutto ciò, però, quando si tratti di compiti aventi natura amministrativa che, come tali, si differenziano dalle prestazioni d’opera professionali⁸³, lo svolgimento delle quali rientra nell’ambito privatistico.

⁸⁰ V. Cass. sez. un. 10/04/2000 n. 400

⁸¹ V. Cass. sez. un. 08/09/2004, n. 18087 che riprende quanto affermato da Cass. sez. un. 13/11/1996, n. 9957 relativamente al fatto che il rapporto convenzionale che si costituisce tra l’amministrazione sanitaria ed il medico di base ha “riguardo alle attività che si inseriscono nella organizzazione strutturale, operativa e procedimentale dell’USL”.

⁸² V. Corte dei conti, Sez. Campania, 18/07/2011 n.1308.

⁸³ Sul punto, v. F.FRAIOLI, *La responsabilità amministrativo contabile di medici e farmacisti* in *Nuova Rassegna di legis., dottrina e giuris.* 2008, n.17, pp.1804, ss.L’A, richiamando la sentenza della Corte di Cassazione n.922/1999, cit., ribadisce come vadano tenuti distinti i compiti di certificazione sanitaria e finanziaria, di natura amministrativa, espletati dal medico convenzionato nell’ambito dell’organizzazione strutturale, operativa e procedimentale dell’ASL, e “i rapporti convenzionali instaurati tra i medici di medicina generale e gli enti preposti all’assistenza sanitaria”, i quali “hanno natura privatistica di rapporti di prestazione d’opera professionale, svolta con il carattere della parasubordinazione”(op.cit., p. 1804).

§3 L' ATTIVITA' PRESCRITTIVA SVOLTA DAL MEDICO

CONVENZIONATO, QUALE ATTIVITA' AMMINISTRATIVA.

3.1 QUALIFICAZIONE GIURIDICA DELLA PRESCRIZIONE MEDICA.

Con la predisposizione della ricetta il medico convenzionato compie un'attività ricognitiva del diritto soggettivo dell'assistito a ricevere l'erogazione di medicinali, nonché la fruizione di prestazioni specialistiche e diagnostiche.⁸⁴

Con particolare riferimento alla prescrizione di medicinali, occorre precisare che in campo sanitario-farmaceutico il nostro ordinamento giuridico si ispira al principio, di rilevanza costituzionale, della tutela della salute dei cittadini e della garanzia di cure gratuite agli indigenti (art.32 Cost.), che viene attuato attraverso il contemperamento tra l'esigenza di apprestare opportune forme di controllo e vigilanza sulla somministrazione dei medicinali e il diritto, anch'esso di rilevanza costituzionale, al libero esercizio di un'attività economica (art.41 Cost.), nello specifico la vendita di prodotti farmaceutici. La prescrizione medica è, pertanto, l'autorizzazione scritta del medico volta a disporre la consegna al paziente del medicinale da parte del farmacista (il quale, a sua volta, è l'unico abilitato a dispensare il medicinale prescritto).

L'emissione della ricetta (attraverso la compilazione dell'apposito modulo regionale) rende operativo tale diritto, il quale preesiste a detta attività ricognitiva e abilita alla provvista.

La disciplina dell'attività prescrittiva di medicinali è contenuta in diverse disposizioni di legge, tra le quali si segnalano quelle contenute nell'art. 2 L. 29/12/1987, n.531; nell'art.4 D.L.gs. 1992,n.539; nell'art.1,co.4L. 08/08/1996, n 425; nell'art. 3L. 08/04/1998,n.94; nei D.M 11/07/1988 e 02/08/2001; nel D.P.R.

⁸⁴ Cfr., In tal senso, Cass.Civ.,sez.II,27/11/1962, n.3214.

270/2000. È, tuttavia, solo con l' emanazione del D.L.gs. 24/04/2006 n. 219 che il legislatore ha dato una definizione di prescrizione medica, intendendo per essa ogni ricetta medica rilasciata da un professionista autorizzato a prescrivere medicinali (art. 1, lett. u D.L.gs. 219/06). La questione interpretativa attinente alla natura giuridica dell'atto con il quale il medico convenzionato con il SSN prescrive un farmaco all'assistito era comunque stata da tempo definita dalla Suprema Corte nel senso di attribuire a tale atto una duplice natura: di certificato, nella parte in cui il medico attesta dati da lui rilevati; di autorizzazione amministrativa, nella parte in cui egli consente all'assistito di esercitare il proprio diritto soggettivo all'assistenza farmaceutica e autorizza il farmacista a consegnare al paziente il medicinale la cui distribuzione è sottratta al libero commercio ⁸⁵.

La ricetta, inoltre, ha la funzione di autorizzare l'assunzione di un onere finanziario a carico dell'amministrazione finanziaria, laddove il medicinale o prodotto farmaceutico debba essere dispensato in tutto o in parte senza oneri economici per l'assistito ⁸⁶.

Il medico convenzionato, pertanto, non deve limitarsi ad una valutazione esclusivamente clinica (nell'esplicazione di una discrezionalità tecnica formalmente riconosciutagli), ma osservare anche le modalità e le condizioni stabilite per garantire l'osservanza dei criteri di economicità nella spesa sanitaria.

È tuttavia bene chiarire fin da ora che la ricetta medica costituisce anche la modalità attuativa attraverso la quale il medico definisce (quanto meno in parte) la sua strategia di cura del paziente.

Nella ricetta quindi convergono due profili: quello strettamente giuridico concernente l' esercizio di una potestà amministrativa; quello eminentemente tecnico-professionale attraverso il quale il medico esplica la sua prestazione professionale.

⁸⁵ Cfr., in tal senso, *ex multis*, Cass. sez. un. del 16/04/1988, n.6752

⁸⁶ Elemento, questo, particolarmente posto in rilievo dalla Corte di Cassazione sin dalla sentenza n.7761 del 15/11/1986, come esplicativo di una potestà pubblica che inerisce all'attività del medico convenzionato ai fini della formazione della volontà della pubblica amministrazione.

È opportuno tenere presenti i due profili, potendo derivare da essi distinte responsabilità.

Comunque, anche per quanto riguarda il profilo strettamente amministrativo, il presupposto su cui si basa la relativa potestà (sostanzialmente autorizzatoria) è sempre (tranne i casi di un uso distorto di tale potestà) una valutazione eminentemente di tipo clinico.

Come posto in risalto dalla Corte Costituzionale ⁸⁷, nell'attività prescrittiva il medico convenzionato deve farsi guidare da due interessi costituzionalmente protetti: da un lato la tutela della salute degli assistiti e dall'altro il contenimento della spesa farmaceutica, in relazione alle risorse disponibili da parte del S.S.N.

Sotto questo profilo il diritto alla salute, ancorchè sia collocato dalla nostra Carta Costituzionale fra i diritti fondamentali e come tale oggetto della massima tutela, si è andato via via relativizzando ⁸⁸ e ciò, secondo le organizzazioni rappresentative dei sanitari, ma anche larghi settori dell'opinione pubblica, sta conducendo ad un

⁸⁷ V. Corte Cost., 03/06/1992 n.247, in cui viene affermato che il diritto alla salute è “un diritto costituzionalmente condizionato dall’attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell’interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento”.

Tale assunto veniva ribadito in Corte Cost. 15/07/1994, n. 304. Anche successivamente, anzi soprattutto dagli anni duemila in poi con crescente convinzione, Il Giudice delle leggi più volte ha affrontato il problema della concreta attuazione dell’art. 32 Cost., in presenza dei limiti di bilancio (*ex multis* cfr. sent. 13/07/2008, n. 203; 06/07/2007 n. 257; 07/07/2006, n. 279; 26/05/2005, n. 200). Più di recente, con sent. 02/04/2009, n. 94 la Corte ha posto in rilievo “la particolarità del S.S.N., che richiede al legislatore ordinario di bilanciare le esigenze, da un lato, di garantire egualmente a tutti i cittadini e salvaguardare, sull’intero territorio nazionale, il diritto fondamentale alla salute, nella misura più ampia possibile; dall’altro, di rendere compatibile la spesa sanitaria con la limitatezza delle disponibilità finanziarie che è possibile ad essa destinare, nel quadro di una programmazione generale degli interventi da realizzare in questo campo. Siffatto bilanciamento costituisce il frutto di una scelta discrezionale”. In precedenza, con sent. 203/2008 il giudice delle leggi aveva motivato l’intervento regolativo dello Stato, attraverso la fissazione di limiti alla spesa delle regioni e degli enti locali in ambito sanitario, anche con l’esigenza di salvaguardare l’eguale godimento del diritto alla salute sull’intero territorio nazionale, esigenza, questa, la quale fa sì che “la spesa sanitaria, in considerazione degli obiettivi di finanza pubblica e delle costanti e pressanti esigenze di contenimento della spesa sanitaria, si presta ad essere tendenzialmente manovrata, in qualche misura dallo Stato.”

⁸⁸ Sul punto cfr. E. IORIO, *Il finanziamento della salute e il patto di stabilità interno*, in *Sanità pubblica e privata*, 2005, 2; V. MOLASCHI, *I livelli essenziali delle prestazioni nella sanità*, in R. FERRARA (a cura di) *Trattato di biodiritto-salute e sanità*, Milano, 2011.

progressivo cambiamento del ruolo del medico: da protagonista indiscusso dell' *ars medica*, a funzionario dell' amministrazione sanitaria sottoposto all' osservanza di linee guida e direttive in buona parte connotate dall' esigenza di far fronte al contenimento dei costi. Il che, tra l' altro, contribuisce ad una lievitazione del contenzioso tra medico e paziente allorquando le esigenze economiche tendono a prevalere sul diritto alla salute o, comunque, a comprimerlo ⁸⁹.

L' ultima iniziativa in tale direzione, ispirata alla *spending review* e finalizzata al taglio di sprechi (o presunti tali) nella sanità è stata quella avviata dal Governo nel 2015 con la predisposizione del cosiddetto “decreto sulla inappropriatazza”, in base al quale sono state indicate 208 prestazioni diagnostiche erogabili dal S.S.N solo se ricorrono determinate condizioni, in mancanza delle quali le prestazioni sono poste a carico del paziente (ridottesi poi a 203 in sede di emanazione del provvedimento che è stato pubblicato in G.U il 20 gennaio 2016).

Inoltre viene previsto che i medici i quali prescrivano esami inappropriati, senza rispettare cioè i limiti predetti, vadano incontro a sanzioni pecuniarie ⁹⁰.

La sussistenza delle condizioni prescritte fa sì che le prestazioni ricomprese nel succitato elenco siano specificamente indicate in quanto considerate oggettivamente utili.

Il tema della indicazione specifica, ai fini della loro erogabilità, delle prestazioni sanitarie attraverso il requisito dell' appropriatezza, riveste un ruolo centrale, in quanto il suo svolgimento è direttamente collegato ai profili attuativi dell' art. 32 Cost. Nella sua dimensione concreta, infatti, il diritto alla salute si configura come diritto a prestazioni sanitarie ⁹¹.

⁸⁹ Cfr., in tal senso, L. DIMASI, *Responsabilità medica e ruolo delle Linee Guida dopo la riforma Balduzzi: uno sguardo critico*, in *Sanità pubblica e privata* 3/2014, p. 6.

⁹⁰ Le critiche, molto pesanti, rivolte dalle organizzazioni di rappresentanza dei medici al progetto di decreto, sono principalmente incentrate sulla considerazione che in tal modo lo Stato si sostituisce, in pratica, al giudizio del professionista, assumendone le prerogative.

⁹¹ Come sottolinea D. MORANA, “ai sensi dell' art. 32 Cost. un soggetto sarà garantito nella sua pretesa a che la Repubblica gli eroghi un determinato “servizio” soltanto nella misura in cui quest' ultimo sia

L'individuazione, da parte del legislatore, dei trattamenti da erogarsi per soddisfare il diritto individuale alla salute, si traduce in una scelta necessariamente politica, nel senso alto del termine, che non può prescindere dalle valutazioni tecnico-sanitarie (le quali, anzi, ne costituiscono la base) provenienti dalla comunità scientifica e veicolati attraverso gli organismi ausiliari e di consulenza ⁹².

Tuttavia i ricorrenti interventi legislativi finalizzati al contenimento della spesa pubblica (di cui quella sanitaria costituisce una delle componenti principali) stanno connotando l' indirizzo politico nel senso di un dispiegamento di interventi limitativi della discrezionalità tecnica del medico.

L' esigenza di garantire il quadro delle compatibilità finanziarie in materia sanitaria ha determinato la necessità di assicurare costantemente il monitoraggio della spesa farmaceutica.

Il che costituisce presupposto essenziale delle attività di programmazione dell'assistenza farmaceutica.

Tale incombenza è posta a carico dell' AIFA (Agenzia Italiana del Farmaco), la quale effettua il monitoraggio mensile dei dati della spesa farmaceutica e comunica le relative risultanze al Ministero della salute e al Ministero dell' Economia e Finanze (art. 5 co. 2, lett d., DL 01/10/2007, n. 159, conv., con, modif., in L. 222/2007). All' AIFA è stato poi affidato il compito di procedere mensilmente al monitoraggio della spesa farmaceutica in rapporto al tetto, in ogni Regione e a livello nazionale, comunicandone le risultanze ai predetti Ministeri nonché alle Regioni (art. 15, co. 8, lett. e DL 06/07/2012, n. 95, conv. con modif., in L. 07/08/2012, n. 135).

configurabile come prestazione finalizzata alla tutela della sua salute". (*La salute come diritto costituzionale*, Torino, 2013, p. 87).

⁹² Quanto alla relazione tra le due fasi, in dottrina viene rilevata "la intrinseca strumentalità della valutazione tecnica rispetto alla decisione politica", nonché la distinzione dei "momenti della valutazione tecnica vera e propria da quelli in cui si compie la ponderazione degli interessi" (v. B. PEZZINI, *Diritto alla salute e dimensione della discrezionalità nella giurisprudenza costituzionale*, in *cittadinanza costi e salute, convegno nazionale di diritto sanitario e sociosanitario*, Genova 23-24 settembre 2005, Padova, 2007, p. 215).

In tale contesto un ruolo importante è svolto anche dai cosiddetti Patti per la salute. Tutto questo comporta che l'attività prescrittiva, nell'essere finalizzata a garantire le condizioni di salute dell'assistito, deve nel contempo evitare un consumo farmacologico incongruo o sproporzionato tale da determinare sprechi.

3.2 L'ANCORAGGIO AL REQUISITO DELL'APPROPRIATEZZA.

La valutazione che consente al medico di soddisfare contestualmente le due esigenze dell'attuazione del diritto alla salute e del contenimento della spesa pubblica è, quindi, quella basata sulla appropriatezza del farmaco da prescrivere.

Il già citato D.P.R. 270/2000 stabilisce all'art. 15-bis comma 1 che il medico di base è tenuto, anche nelle prescrizioni farmaceutiche, ad assicurare "l'appropriatezza nell'utilizzo delle risorse messe a disposizione dall'Azienda per l'erogazione dei livelli essenziali ed appropriati di assistenza" (affermazione, questa, ribadita all'art.31, co.3,lett.B, ult. punto) ed a ricercare "la sistematica riduzione degli sprechi nell'uso delle risorse disponibili mediante l'adozione di principi di qualità e di medicina basata sulle evidenze scientifiche".

Il comma seguente puntualizza che "le prescrizioni di prestazioni specialistiche, comprese le diagnostiche, farmaceutiche e di ricovero, del medico di medicina generale, si attengono ai principi sopra enunciati e avvengono secondo scienza e coscienza".

Il successivo art. 36 ribadisce quanto sopra, stabilendo che "la prescrizione dei medicinali avviene, per qualità e per quantità, secondo scienza e coscienza, con le modalità stabilite dalla legislazione nel rispetto del prontuario terapeutico nazionale, così come riclassificato dall'art. 8 L. 24/12/1993 n. 537 e successive modificazioni e integrazioni". L'articolo richiamato fissa i criteri in base ai quali la CUF (oggi AIFA) deve classificare i farmaci che entrano in commercio, specificando che nella ricetta il medico prescrittore deve indicare il numero di nota del farmaco.

L'appropriatezza prescrittiva trova preciso riscontro nel codice deontologico, il quale identifica le regole ispirate ai principi di etica medica che disciplinano l'attività di chi esercita la professione sanitaria.

Infatti, ai sensi dell' art. 13 del codice di deontologia medica (18 maggio 2014) la prescrizione “deve fondarsi sulle evidenze scientifiche disponibili, sull' uso ottimale delle risorse e sul rispetto dei principi di efficacia clinica, di sicurezza e di appropriatezza”.

A tal riguardo il medico tiene conto delle linee guida diagnostico-terapeutiche accreditate da fonti autorevoli e indipendenti, nonché di raccomandazioni, prassi accreditate da autorevoli indirizzi clinici, e ne valuta l'applicabilità al caso specifico.

Inoltre, prosegue, l' art. cit. “il medico non acconsente alla richiesta di una prescrizione da parte dell' assistito al solo scopo di compiacerlo”⁹³.

Ai sensi dell' art. 1, comma 4 DL 20/06/1996, n. 323, conv. in L. 8/8/1996, n. 425, le ASL curano l' informazione e l' aggiornamento del medico prescrittore, nonché i controlli necessari ad assicurare che la prescrizione dei medicinali rimborsabili a carico del S.S.N “sia conforme alle condizioni e alle limitazioni previste dai provvedimenti della Commissione Unica del Farmaco e che gli appositi moduli del S.S.N non siano utilizzati per medicinali non ammessi a rimborso”.

In caso di inottemperanza da parte del medico prescrittore, l' ASL “dopo aver richiesto al medico stesso le ragioni della mancata osservanza, ove ritenga in-

⁹³ L' articolo 13 del precedente codice di deontologia medica (16 dicembre 2006) stabiliva che “ la prescrizione di un accertamento diagnostico e / o di una terapia impegna la responsabilità professionale ed etica del medico e non può che fare seguito ad una diagnosi circostanziata o, quanto meno, a un fondato sospetto diagnostico. Il medico è tenuto ad una adeguata conoscenza della natura e degli effetti dei farmaci, delle indicazioni, controindicazioni, interazioni e delle prevedibili reazioni individuali, nonché delle caratteristiche di impiego dei mezzi diagnostici e terapeutici e deve adeguare, nell' interesse del paziente, le sue decisioni ai dati accreditati e alle evidenze metodologicamente fondate”. Inoltre il precedente codice deontologico stabiliva, al fine di evitare atteggiamenti di accondiscendenza del medico nei confronti del paziente, che “in nessun caso il medico dovrà accedere a richieste del paziente in contrasto con i principi di scienza e coscienza allo scopo di compiacerlo, sottraendolo alle sperimentate ed efficaci cure disponibili”. In proposito la formulazione più asciutta del testo attuale del citato articolo, sembra ridurre i margini di discrezionalità del medico in quanto anche compiacere il paziente senza entrare in contrasto con i principi di scienza e coscienza, sembra integrare ugualmente un comportamento censurabile.

soddisfacenti le motivazioni addotte, informa del fatto l' Ordine al quale appartiene il sanitario, nonché il Ministero della Sanità [oggi della Salute] per i provvedimenti di rispettiva competenza. Il medico è tenuto a rimborsare al S.S.N il farmaco indebitamente prescritto”.

Inoltre, l' art. 3 della L. 8/4/1998, n. 94 dispone che “il medico nel prescrivere una specialità medicinale o altro medicinale prodotto industrialmente, si attiene alle indicazioni terapeutiche, alle vie e alle modalità di somministrazione previste nell' autorizzazione all' immissione in commercio rilasciata dal Ministero della Sanità” e alle regole di economicità, appropriatezza prescrittiva, efficacia dell' intervento sottese alle norme in materia. Un aspetto non secondario è, poi, quello attinente ai tempi di somministrazione del farmaco, attesa la circostanza che l' erogazione del farmaco è strettamente collegata alla sua attuale necessità, valutata di volta in volta dal medico e ciò comporta una limitazione quantitativa⁹⁴.

Sulla base delle considerazioni svolte, si può ritenere che la prescrizione di un farmaco da parte del medico costituisca la risultante di una operazione che non fa esclusivo perno su decisioni assunte in base alle sole valutazioni di ordine scientifico e clinico ma che fanno riferimento anche ad un uso corretto delle risorse⁹⁵.

⁹⁴ La delicatezza e la rilevanza della prescrizione medica sono poste in rilievo anche dalle rigide procedure di consegna al professionista del ricettario.

Infatti, il blocchetto contenente le ricette mediche numerate viene consegnato personalmente al medico, il quale ne è responsabile della custodia e dell' utilizzo.

La stampa, su carta di sicurezza filigranata, delle ricette (le quali sono numerate e contenute nei blocchetti-ricettari) è affidata all' Istituto Poligrafico dello Stato, che cura, a sua volta, la consegna alle Regioni, le quali, a loro volta, provvedono alla relativa distribuzione alle ASL, sulla base dei rispettivi fabbisogni.

Le ASL provvedono, poi, alla consegna dei ricettari ai medici, “avendo cura di procedere in ogni caso alla registrazione dei numeri identificativi delle ricette consegnate al singolo medico”, come prescrive il D.M. 11/7/1988, *Disciplina dell' impiego nel Servizio Sanitario Nazionale del ricettario standardizzato a lettura automatica*. L' attuale sistema cartaceo è destinato ad essere sostituito dalla ricetta elettronica, che in alcune Regioni è già in parte attuata in via sperimentale.

⁹⁵ Cfr. Corte dei conti, sez. Lombardia 08/01/2010. n. 9, la quale sottolinea come ogni scelta medica debba confrontarsi quotidianamente con il parametro dell' appropriatezza prescrittiva, nella considerazione che questa “affonda le sue radici nel Codice Deontologico, secondo il quale il medico adegua le sue decisioni ai dati scientifici accreditati o alle evidenze metodologicamente fondate, tenendo conto del contesto sociale,

D' altronde, in tempi relativamente recenti, la stessa Cassazione penale ha evidenziato come nella disciplina dell' attività prescrittiva vengano in gioco "interessi costituzionalmente protetti che ne devono guidare l' esercizio: da un lato la tutela della salute degli assistiti e, dall' altro, il contenimento della spesa farmaceutica nelle risorse finanziarie disponibili dal servizio sanitario".

Pertanto, secondo la Suprema Corte, l' attività prescrittiva non solo deve tendere al miglioramento delle condizioni di salute dell' assistito, ma deve evitare un consumo farmacologico inadeguato, incongruo o sproporzionato in funzione di criteri di economicità e riduzione degli sprechi ⁹⁶.

Il che dà anche la misura dei limiti della discrezionalità tecnica del medico di base, la cui attività prescrittiva "trova una dettagliata regolamentazione, proprio per assicurare che la discrezionalità tecnica del medico, con riferimento alla scelta e alla indicazione della terapia farmacologica, nonché ai tempi, alle dosi e alle modalità di somministrazione del farmaco, non sia illimitata" ⁹⁷.

La regolamentazione di cui trattasi è quella, di natura tecnico-sanitaria, che si esplica in una serie di prescrizioni fondate sui principi della scienza medica in ordine alla indicazione delle patologie che possono essere trattate con determinati farmaci, e alla individuazione dei limiti di prescrivibilità in ragione della durata del ciclo terapeutico e delle modalità di somministrazione.

Tali prescrizioni, oltre a porsi quali precisi riferimenti scientifici per il medico prescrittore, "indirizzano in modo equo e ragionevole le risorse finanziarie pubbliche (non sufficienti ovviamente a garantire tutte le necessità terapeutiche dei cittadini) verso le prestazioni la cui efficacia è riconosciuta secondo le evidenze scientifiche" ⁹⁸.

organizzativo ed economico in cui opera e, sempre perseguendo il beneficio del paziente secondo i criteri di equità, considera l' uso appropriato delle risorse".

⁹⁶ V. Cass. pen. sez. VI, 31/03/2011, n. 13315.

⁹⁷ V. Cass. pen. sez. VI 13315/2011, cit.

⁹⁸ V. Corte dei conti sez. Campania, 30/08/2011 n. 1027.

Recentemente in dottrina è stato affermato come la prescrizione medica sia andata perdendo la connotazione culturale scientifica che originariamente la distingueva, per assumere il prevalente significato di un atto amministrativo “ancora di contenuto tecnico, ma con rilevanza economica sempre maggiore”⁹⁹.

Peraltro c’è da sottolineare come le modalità di consegna (al medico) del ricettario¹⁰⁰ contenente i moduli per le prescrizioni, oltre a responsabilizzare il professionista a somministrare oculatamente i farmaci attraverso il S.S.N, attestino la rilevanza pubblica di tale significativo momento dell’attività professionale medica, con le conseguenze che ne derivano anche in ordine al relativo utilizzo e alla conservazione di esso.

Tutto ciò spiega come la prescrizione dei farmaci sia regolamentata da disposizioni che vincolano il medico di medicina generale al rispetto dei prontuari farmaceutici e terapeutici, delle schede tecniche, delle linee guida, dei percorsi diagnostici terapeutici e dei relativi tetti di spesa.

L’appropriatezza richiede, come si è già avuto modo di osservare, che la decisione clinica sia integrata anche da una valutazione del profilo economico finanziario.

Si tratta di una relazione all’apparenza chiara, ma che nella realtà può porre il medico di fronte alla contraddizione tra ciò che appare appropriato da un punto di vista strettamente medico e contemporaneamente risulta inappropriato sul versante economico e della convenienza sociale.

⁹⁹ P. MINGHETTI, M. MARCHETTI, *Legislazione farmaceutica*, Milano 2015, p. 470, i quali altresì sottolineano come a ciò abbia “contribuito in maniera decisiva la rapida evoluzione del sistema assistenziale che, attraverso il regime mutualistico prima e il servizio sanitario, poi, ha mutato profondamente la filosofia di prescrizione e dispensazione dei medicinali” (op. cit., p. 470).

¹⁰⁰ Il ricettario regionale è costituito da moduli a lettura ottica, bianchi con le fincature di colore rosso, stampato con modello standard dall’Istituto poligrafico dello Stato. Tutti i medici convenzionati (oltre a quelli dipendenti dal servizio sanitario regionale) sono tenuti ad utilizzarlo per la prescrizione di farmaci, prodotti galenici e prestazioni da erogare a totale o parziale carico del S.S.N.

Questo conflitto non può che essere risolto riconoscendo al medico un margine di discrezionalità connotato dalla inevitabile prevalenza della tutela del diritto alla salute del cittadino ¹⁰¹ .

Peraltro è la stessa legge che pone una eccezione alla regola secondo cui il medico deve attenersi a quanto previsto dall' autorizzazione alla immissione in commercio dei farmaci, rilasciata dal Ministero della Salute, laddove l' art. 3, L. 94/98 prevede che il medico possa discostarsi da detta regola dimostrando che la patologia per la quale propone un trattamento o una via di somministrazione alternativa (non previsti dalla scheda ministeriale) non sia curabile utilmente con altri farmaci per i quali sia stata già approvata quella indicazione terapeutica, avendo altresì cura di dimostrare l'accreditamento internazionale di tale modalità alternativa.

Nel significare che si avrà modo, più avanti, di ritornare su questo argomento (attinente alle c.d. prescrizioni off-label), è possibile si da ora affermare che al medico convenzionato, nello svolgimento dell'attività prescrittiva, viene riconosciuta una discrezionalità non esclusivamente tecnica, in considerazione del fatto che l'assetto giuridico in cui egli opera è ispirato al principio di rilevanza costituzionale della tutela della salute dei cittadini. Tuttavia tale discrezionalità è di limitata estensione, in quanto la strategia curativa da adottare attraverso la prescrizione di farmaci deve osservare le modalità stabilite dalla normativa vigente finalizzate a garantire l'efficacia e nel contempo l'economicità dell'attività prescrittiva.

Alla riconosciuta discrezionalità tecnica del medico (che tale sempre è quando ha come riferimenti parametri scientifici e clinici) dovrebbe conseguire una insindacabile valutazione di merito.

Ciò però vale solo in linea di principio, quantomeno in termini assoluti, poiché, nella prassi, il medico si trova ad operare sulla base di limiti oggettivi posti dalla

¹⁰¹ Cfr. Corte dei conti sez. Lombardia 9/2010 cit. laddove, per l' appunto, si chiarisce come debba essere riconosciuto tale margine di discrezionalità al medico “nella gestione della discrepanza che si può talora verificare tra le condizioni cliniche, la tollerabilità ai trattamenti e le potenziali interazioni farmacologiche secondo le caratteristiche del singolo paziente, per il quale, se appropriato, non è illegittimo prescrivere farmaci in deroga apparente alle disposizioni vigenti, ovviamente nei limiti della logica, della ragionevolezza e dei basilari approdi della letteratura scientifica che devono essere noti anche al medico di base” .

normativa e, soprattutto, di regole tecniche espressamente indicate da linee guida e prontuari farmaceutici.

L'ambito di discrezionalità medica è, pertanto, da ricondurre a fisiologici margini di apprezzamento su diagnosi e cura di malattia che abbiano a riferimento tali indicazioni particolarmente stringenti.

Nel contempo, però, non si può fare a meno di sottolineare come il medico entri in relazione con un soggetto, cioè il paziente, il quale si trova in una condizione psicologica tale da comportare l'introduzione di una serie di elementi valutativi da cui non si può prescindere.

Già in precedenza, nell'esame di decisioni di alcune sezioni giurisdizionali della Corte dei conti, si è fatto cenno alla inevitabilità che il medico, nello svolgimento della sua attività prescrittiva, prenda in considerazione il contesto generale e locale, nonché familiare, all'interno del quale egli assume le sue decisioni.

Ebbene, al riguardo, occorre rilevare come il paziente viva l'insorgenza o il persistere o l'aggravarsi di una malattia come una minaccia alla propria integrità fisica, il che lo induce a rivolgersi al medico affinché questi gli prescriva il migliore trattamento possibile per ottenere una prognosi favorevole.

Appare del tutto evidente come il paziente non possa essere, in questa fase, particolarmente sensibile alle esigenze di contenimento della spesa pubblica, mentre il medico deve essere sempre consapevole del fatto che le risorse disponibili per la sanità sono limitate e con tali limiti egli deve confrontarsi quotidianamente alla luce del parametro dell'appropriatezza.

La decisione prescrittiva del medico matura, quindi, nell'ambito di un processo relazionale intersoggettivo instaurato con il singolo paziente, per raggiungere gli scopi clinici desiderati e condivisi che appaiano anche economicamente giustificati. Come posto in risalto dalla giurisprudenza della Corte dei conti, "l'esito della prescrizione non dipende solo dai parametri scientifici o normativi, ma, fatalmente dalla interazione fra il sistema di valori, di sensibilità e di credenze del medico con quelle del paziente, che chiede di non essere considerato come un recettore passivo

di prodotti farmaceutici, ma come una persona bisognosa di considerazione umana”¹⁰².

Fermo restando che la definizione e la gestione successiva della scelta medica debbono avere alla base una corretta e doverosa diagnosi della patologia da parte del medico, la terapia farmacologica non è solo scientificamente e clinicamente definita, ma è condizionata anche da elementi culturali e relazionali del medico e dalla personalità del malato.

L’ appropriatezza della prescrizione medica deve pertanto essere valutata sotto tre profili convergenti che possiamo definire rispettivamente: clinico (senz’ altro quello basilare, che attiene alla valutazione dei benefici attesi e dei possibili effetti negativi o disagi che possono derivare dall’ uso di determinati farmaci); di compatibilità economica (consistente nella valutazione che deve fare il medico affinché il costo o l’ impiego di risorse che deriva dalla sua prescrizione sia pari o inferiore a quella di altri interventi di analoga efficacia); relazionale (nel senso che, nei limiti imposti dalle precedenti scelte, siano rispettate le preferenze e le aspettative del paziente).

La sussistenza di questi tre profili, sebbene il primo di essi abbia una oggettiva prevalenza sugli altri due (tra i quali, peraltro, quello attinente alla valutazione di compatibilità economica tende a far accrescere progressivamente e inevitabilmente il suo peso preponderante) comporta che il medico possa trovarsi di fronte alla scelta tra quello che la sua scienza e coscienza gli indicano per la migliore soddisfazione delle esigenze curative del paziente e i limiti normativi sulla prescrivibilità di farmaci derivanti dalle disposizioni che impongono il contenimento della spesa pubblica (quantomeno sottoforma di non rimborsabilità del farmaco).

¹⁰² V. Corte dei conti, sez. Lombardia, n. 9/2010, cit.

Tale affermazione funge da premessa alle ulteriori considerazioni che svolgerà il collegio in ordine alla insufficienza dei criteri di calcolo del danno proposti dalla procura regionale sulla base della cosiddetta iperprescrivibilità in senso lato, e ai fini della valutazione in concreto sulla sussistenza della colpevolezza prescrittiva, temi, questi, sui quali si avrà modo di tornare nel prosieguo della trattazione.

Al riguardo, nel caso di insorgenza di un conflitto tra la migliore assistenza possibile e il contenimento dei costi, esso va necessariamente risolto dal medico, al quale, pertanto, deve essere riconosciuto un margine di discrezionalità.

Tale margine di discrezionalità, pur basandosi, ineludibilmente, su considerazioni tecnico-sanitarie, potrebbe essere suscettibile di comportare una comparazione di interessi e quindi di oltrepassare i limiti della valutazione strettamente tecnica, sempre che sia ancorata al principio di ragionevolezza e alla esigenza di declinare, nel caso concreto, la portata generale del diritto costituzionale alla salute ¹⁰³.

Tuttavia, i limiti sempre più pressanti imposti dalle esigenze di contenimento della spesa pubblica hanno indotto la giurisprudenza della Corte dei conti a seguire prevalentemente l'orientamento di riconoscere al medico prescrittore esclusivamente ambiti di discrezionalità che trovano un invalicabile limite nella rigidità dei criteri di rimborsabilità dei farmaci.

Ciò equivale a dire che un medico il quale, "in scienza e coscienza" si convinca che il miglior approccio terapeutico per il paziente sia costituito dalla somministrazione di un farmaco che, per varie ragioni, non è tra quelli rimborsabili, si mantiene correttamente nell'ambito della propria autonomia professionale solo se lo prescrive senza addebitare il relativo costo a carico del S.S.N.

Se invece lo dovesse prescrivere dichiarando che invece il farmaco è rimborsabile, il medico finirebbe per attribuirsi un potere, che formalmente non ha, di derogare alle indicazioni degli organismi preposti a dettare le regole anche di ordine tecnico che hanno una valenza *erga omnes* ¹⁰⁴. Quindi, per ciò solo, la sua condotta rischierebbe di venire qualificata come illecita e causa di responsabilità

¹⁰³ Sul punto cfr. Corte dei conti, sez. Bolzano 08/04/2009, n. 32. In particolare il collegio, in relazione alla situazione in cui sussista una divergenza tra un prescrizione di farmaci che il medico ritenga necessaria la sua rimborsabilità da parte del S.S.N (e quindi la sua non prescrivibilità sul modello regionale di ricetta) rammenta "la possibilità – riconosciuta, a tutela del diritto alla salute costituzionalmente garantito, nel caso si ritenga assolutamente necessario che il paziente sia sottoposto ad uno specifico piano farmacologico non approvato dall' ASL. – di chiedere anche giudizialmente la rimborsabilità del farmaco, sostenendo l'indispensabilità dello stesso ai sensi dell' art. 32 della Costituzione".

¹⁰⁴ V. in tal senso Corte dei conti sez.Lombardia 28/11/2011 n. 685, che si allontana dall'orientamento affermato nella sentenza n. 9/2010 cit.

amministrativa o quantomeno di costituire presupposto per la promozione del giudizio contabile.

Tuttavia, qualora la scelta clinica del medico dovesse rivelarsi valida o comunque ragionevole, la tutela del diritto fondamentale alla salute non potrebbe che prevalere, nel caso concreto, sull' esigenza di contenimento dei costi e, pertanto, far ritenere il medico prescrittore esente da qualsiasi responsabilità.

In proposito, infatti, non si può che ribadire l' affermazione solenne fatta dall' art. 32 co. 1, Cost. in ordine alla tutela della salute come “fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività”.

La fundamentalità del diritto alla salute, come evidenziato dai più avvertiti costituzionalisti, è da cogliere soprattutto nelle ipotesi di contrasto con altri diritti menzionati dalla Costituzione.

Intesa in tal modo, la definizione di “fondamentale”, quindi, costituirebbe un incontestabile strumento in grado di agevolare lo studioso e l' operatore pratico nel dare soluzione al problema delle antinomie, laddove la contraddizione fra due principi o regole non può che risolversi “in favore di quello o di quella che risulti testualmente – e non secondo la simpatia dell' interprete- chiamata fondamentale rispetto all' altro od all' altra, che, privi di una tale qualificazione, sono evidentemente nei loro confronti da considerarsi secondari”¹⁰⁵. L'interpretazione circa la valenza da dare alla fundamentalità, con riferimento al diritto alla salute, in termini di prevalenza nei confronti degli altri diritti citati nella carta costituzionale, fa sì che questi ultimi, pur essendo costituzionalmente garantiti, in quanto privi della qualificazione suddetta “verrebbero a collocarsi logicamente, anche se non gerarchicamente, su un piano subordinato rispetto a quello relativo alla salute”¹⁰⁶.

¹⁰⁵ P. GROSSI, *Diritti fondamentali e diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, in, *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, Padova, 2008, p. 2 .

¹⁰⁶ D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, cit. p. 59. Tale indirizzo tuttavia non è unanimamente condiviso in dottrina, in quanto alcuni costituzionalisti ritengono privo di rilevanza l'aggettivo “fondamentale” (cfr. in proposito L. PRINCIPATO *Il diritto costituzionale alla salute: molteplici facoltà più o meno disponibili da parte del legislatore o differenti situazioni giuridiche soggettive*, in *Giur.Cost.*, 1999,

Nel ritornare al tema dell' appropriatezza prescrittiva, occorre aggiungere che essa costituisce oggetto di controllo da parte dell' azienda sanitaria.

Infatti ai sensi dell' art. 15 bis, co. 4 del più volte citato D.P.R 270/2000 “le aziende che rilevano comportamenti prescrittivi del medico di medicina generale ritenuti non conformi alle norme... sottopongono il caso ai soggetti individuati all' art. 14, comma 4, deputati a verificare, ai sensi del comma 5 dello stesso articolo, l'appropriatezza prescrittiva nell' ambito delle attività distrettuali, integrati dal responsabile del servizio farmaceutico, o da suo delegato, e da un medico individuato dal direttore sanitario dell' Azienda”¹⁰⁷.

Il comma 6 art. cit. prevede poi casi di esclusione di responsabilità (contrattuale e disciplinare e , *a fortiori*, di responsabilità amministrativo-contabile, fatto salvo ovviamente l' autonomo potere di iniziativa della procura regionale della Corte dei conti) laddove l' attività prescrittiva ritenuta (apparentemente) inappropriata sia dovuta, quando occasionale e non ripetuta, ad inosservanza di norme prescrittive riconducibile ad errore scusabile; ad un eccezionale stato di necessità attuale tale da palesare il pericolo di un danno grave alla vita e alla integrità della persona; alla novità del farmaco prescritto o della nota dell' AIFA.

pp. 2512-2513; F. BASSI, *Lesione del diritto alla salute e responsabilità della p.a.*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, I Padova, 1998, pp. 350-354.

Inoltre, recentemente, la Corte costituzionale non ha ritenuto di condividere l' assunto in base al quale la qualificazione di “fondamentale” attribuirebbe al diritto alla salute una preminenza rispetto ad altri diritti menzionati in Costituzione.

Al riguardo, a giudizio della Corte il diritto alla salute non è che uno dei diritti fondamentali previsto dalla Costituzione, i quali tutti “si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri” (Corte cost. 09/05/2013 n. 82).

¹⁰⁷ Si tratta del Direttore del Distretto il quale, unitamente ai propri collaboratori, è coadiuvato da un medico di medicina generale membro di diritto dell' ufficio di coordinamento delle attività distrettuali, sulla base delle disposizioni regionali in materia, e da due rappresentanti dei medici di medicina generale eletti tra quelli operanti nel distretto.

3.3 LE MODALITA' DI REDAZIONE DELLA PRESCRIZIONE DEI MEDICINALI.

Quanto alle modalità con le quali la prescrizione medica deve essere effettuata, in relazione alle diverse categorie di medicinali, occorre fare riferimento al già citato DL.gs 219/2006, il quale ha recepito la direttiva n. 200/83 CEE, come successivamente modificata.

In base alla normativa *de qua* ed in relazione ai medicinali prescrivibili, si distinguono diversi tipi di ricetta: la ricetta ripetibile (RR); la ricetta non ripetibile (RNR); la ricetta limitativa (R.L); la ricetta ministeriale a ricalco (RMR) ¹⁰⁸.

In generale i medicinali sono soggetti a prescrizione medica, ai sensi dell' art. 88 D.L.gs. 219/06 quando:

- a) possono presentare un pericolo, direttamente o indirettamente, anche in condizioni normali di utilizzazione, se sono usati senza controllo medico;

¹⁰⁸ Ai sensi dell' art. 87 D.L.gs. 219/06, "all' atto del rilascio dell' AIC o successivamente previa valutazione dell' AIFA, anche su istanza del richiedente, i medicinali sono classificati in una o più delle seguenti categorie:

- a) medicinali soggetti a prescrizione medica;
- b) medicinali soggetti a prescrizione medica da rinnovare volta per volta.
- c) medicinali soggetti a prescrizione medica speciale;
- d) medicinali soggetti a prescrizione medica limitativa comprendenti:
 - 1) medicinali vendibili al pubblico su prescrizione di centri ospedalieri o specialisti;
 - 2) medicinali utilizzabili esclusivamente in ambiente ospedaliero o in ambiente ad esso assimilabile;
 - 3) medicinali utilizzabili esclusivamente dallo specialista.
- e) medicinali non soggetti a prescrizione medica comprendenti:
 - 1) medicinali da banco o di automedicazione.
 - 2) restanti medicinali non soggetti a prescrizione medica.

- b) sono utilizzati spesso, e in larghissima misura, in modo non corretto e, di conseguenza, con rischio di un pericolo diretto e indiretto per la salute;
- c) contengono sostanze o preparazioni di sostanze la cui attività o i cui effetti collaterali negativi richiedono ulteriori indagini;
- d) sono destinati a essere somministrati per via parentale, fatte salve le eccezioni stabilite dal Ministero della Salute, su proposta o previa consultazione dell' AIFA.

La ricetta ripetibile è la forma ordinaria di prescrizione medica.

Quanto alle modalità di compilazione la legge prescrive che il medico ha l' obbligo di sottoscriverla, indicando la data di redazione. Relativamente ai medicinali rimborsabili dal S.S.N il medico è tenuto ad utilizzare l' apposito modello regionale.

Per i medicinali di origine industriale la validità temporale della ricetta è di sei mesi, nell' arco dei quali il paziente è autorizzato alla presentazione della ricetta medesima in farmacia per dieci volte. Il medico ha comunque facoltà di variare il periodo di validità, estendendolo o restringendolo e inoltre può limitare il numero di confezioni da dispensare al paziente.

La ricetta non ripetibile è obbligatoriamente prevista quando si tratti di medicinali il cui uso continuato possa determinare stati tossici o comunque possa comportare rischi particolari per la salute (art. 89, co. 1 DL.gs 219/06). Sul loro confezionamento deve essere riportata la dizione “da vendersi dietro presentazione di ricetta medica utilizzabile una sola volta”.

La ricetta non ripetibile è valida per trenta giorni dalla data di compilazione, senza che il medico abbia alcuna facoltà di modificare tale termine.

La ricetta limitativa riguarda medicinali la cui prescrizione o la cui utilizzazione è limitata a taluni medici o a taluni ambienti (art. 91 DL.gs 219/06). I medicinali di cui trattasi possono essere vendibili al pubblico, non vendibili al pubblico (in quanto il loro impiego è consentito solo in ambiente ospedaliero o, anche, quando previsto, in strutture di ricovero a carattere privato); non vendibili al pubblico (in

quanto destinati ad essere utilizzati direttamente dal medico specialista durante la visita ambulatoriale).

La ricetta ministeriale a ricalco riguarda medicinali che esigono particolari e rigorosi controlli in ragione delle sostanze che li compongono (solitamente stupefacenti).

Per quanto riguarda la prescrivibilità dei farmaci a carico del S.S.N, in passato le liste dei medicinali prescrivibili erano contenute nel Prontuario Terapeutico Nazionale.

Il P.T.N è stato abolito alla fine del 1993 e, con legge 24/12/1993, n. 537 (art. 8) è stato introdotto un nuovo sistema di classificazione dei medicinali fondato su tre classi: classe a), in cui sono ricompresi farmaci essenziali e farmaci per le malattie croniche; classe b), in cui erano ricompresi farmaci diversi da quelli di cui alla lett. a, di rilevante interesse terapeutico e soggetti a ticket nazionali; classe c), comprendente farmaci non rientranti nelle due classi precedenti.

A seguito dell' introduzione dell' art. 81 co. 1, l. 23/12/2000, n. 388, la classe b) è stata abolita e la classe a) è stata a sua volta suddivisa in gruppo A e gruppo H. In quest' ultimo rientrano i medicinali, vendibili o non vendibili al pubblico che possono essere posti a carico del S.S.N solo quando utilizzati in ambito ospedaliero o ad esso assimilato.

L' allora CUF ha predisposto delle note, successivamente aggiornate dall' AIFA, che limitano la prescrivibilità in regime assistenziale di alcuni farmaci a determinate patologie.

Spetta al medico stabilire se il paziente abbia diritto a ottenere il farmaco in regime assistenziale.

In base alla normativa vigente le ipotesi di accesso del paziente ai medicinali erogati dal S.S.N sono fondamentalmente tre. La prima prevede che la dispensazione dei medicinali avvenga sulla base delle indicazioni terapeutiche del medico curante,

attraverso la presentazione della ricetta in farmacia e il conseguente rimborso del prezzo a carico del S.S.N.¹⁰⁹.

La seconda ipotesi riguarda la somministrazione dei medicinali in caso di ricovero ospedaliero del paziente o quando lo stesso si trovi all' interno di una struttura pubblica con carattere di continuità. In tal caso, oltre ai trattamenti medici, è prevista da parte dell' ente ospedaliero la fornitura dei medicinali.

La terza ipotesi riguarda l' intervento delle strutture sanitarie del S.S.N incaricate di garantire una vigilanza sul paziente affetto da patologie croniche. In tali casi l' ASL provvede ad acquistare presso grossisti i medicinali occorrenti.

§4 GLI AMBITI DI DISCREZIONALITA' DEL MEDICO CONVENZIONATO.

4.1 LA PRESCRIZIONE MEDICA COME ATTO AMMINISTRATIVO DISCREZIONALE.

La prescrizione medica ha una duplice configurazione: è contemporaneamente atto medico e atto amministrativo.

Come atto medico¹¹⁰ esprime una scelta di tipo tecnico-scientifico basata sulla

¹⁰⁹ Giova ricordare in proposito che, a seguito del D.L. 18/09/2001,n.347,conv.con modif.in L. 16/11/2001, n.405, i medicinali aventi uguale composizione in principi attivi sono rimborsati al farmacista dal SSN fino alla concorrenza del prezzo più basso del corrispondente prodotto disponibile nel ciclo distributivo regionale. Se il paziente preferisce il medicinale più costoso o se il medico ha vietato la sostituzione, il paziente sarà tenuto a pagare la differenza di costo.

¹¹⁰ La legislazione nazionale non riporta una definizione di atto medico. Esiste, invece, una definizione europea di atto medico elaborata dalla European Union of medical specialist (Budapest , 2006,) che è la seguente: "l' atto medico comprende tutte le azioni professionali, vale a dire le attività scientifiche, didattiche, formative ed educative, cliniche, medico – tecniche compiute al fine di promuovere la salute e il buon funzionamento, prevenire le malattie, fornire assistenza diagnostica e terapeutica e riabilitativa a pazienti, gruppi o comunità nel quadro del rispetto dei valori etici e deontologici. Tutto ciò rientra nei doveri del medico iscritto (cioè abilitato e iscritto all' ordine dei medici) o deve avvenire sotto la sua diretta supervisione e/o prescrizione".
Le definizioni proposte in Italia dalle rappresentanze dei medici, insistono anch' esse sul contenuto prettamente scientifico dell' atto.

conoscenza clinica.

Tale scelta, essendo rivolta alla cura del paziente, costituisce la risultante della selezione di diverse opzioni, finalizzate a garantire l' utilizzo del farmaco ritenuto più idoneo (o, nel caso di prescrizione di esami diagnostici, la soluzione più indicata per approfondire la conoscenza del caso in esame).

La valutazione clinica che è alla base della prescrizione intesa come atto medico, costituisce altresì il presupposto, o più precisamente, il parametro cui il medico convenzionato è tenuto a riferirsi per compiere una ulteriore valutazione consistente nella ponderazione del diritto alla salute del paziente con le esigenze connesse al contenimento della spesa sanitaria o comunque ad un uso razionale delle risorse.

Tale valutazione costituisce espressione di una discrezionalità amministrativa direttamente correlata, nell' ambito di competenza del medico convenzionato, all'attuazione del diritto costituzionale alla salute.

La prescrizione medica, come già si è avuto modo di osservare, non è disciplinata solo da regole, per così dire di natura professionale, peraltro fissate in disposizioni che vincolano l' attività del medico indirizzandolo specificamente nelle sue scelte cliniche, ma anche da norme che impegnano il sanitario ad assumersi necessariamente responsabilità giuridiche che vanno al di là delle scelte strettamente terapeutiche e attengono alla corretta gestione delle risorse della comunità.

Il medico di medicina generale si trova, quindi, ad operare anche in un ambito di discrezionalità amministrativa caratterizzata dal potenziale conflitto tra la somministrazione della migliore assistenza e il soddisfacimento dell' esigenza di contenimento dei costi. Questo perché la solenne affermazione contenuta nell' art. 32 Cost. deve misurarsi, nella quotidianità, con la stretta correlazione che sussiste tra l' effettività del diritto alla salute e le risorse disponibili.

Pur avendo la L. 833/1978 definito una prima, organica sistematizzazione del finanziamento della sanità, attraverso l' istituzione del S.S.N., tuttavia le successive riforme, fino a oltre la metà degli anni novanta, hanno inciso in maniera blanda sulla tematica finanziaria la quale, invece, si è fatta via, via più pressante con il

progressivo aumento del deficit statale e la rigidità degli impegni assunti dall' Italia in sede europea.

Con il DL.gs 18/02/2000, n. 56 si è proceduto ad una più organica revisione del modello di finanziamento della salute ¹¹¹, tendente a responsabilizzare maggiormente Regioni ed enti locali.

La modifica del titolo V della Costituzione (L. Cost. 18/10/2001, n. 3) ha comportato la riformulazione dell' art. 119 Cost. nel senso di un deciso impulso al c.d. federalismo fiscale che, proprio nella materia sanitaria, avrebbe dovuto avere la maggiore incidenza.

Tuttavia il nuovo art. 119 Cost. è rimasto largamente inattuato e solo con la L. 05/05/2009, n. 42 (c.d. delega sul federalismo fiscale) si è proceduto ad una riorganizzazione del sistema delle entrate delle Regioni e degli Enti locali, cercando di superare, definitivamente, il sistema della finanza derivata.

La legge delega, riprendendo i temi che avevano caratterizzato il DL.gs 56/2000, riconduce, in particolare, la sanità nelle materie rientranti nell' art. 117, co. 2 lett. m (cioè i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che debbono essere garantiti su tutto il territorio nazionale).

In generale il finanziamento dei LEP è garantito dal gettito dei tributi proprio delle Regioni e dalla compartecipazione all' Iva. Detto finanziamento dovrà avvenire sulla base di un costo standard da determinarsi secondo criteri indicati nei decreti di attuazione.

Tra questi, il DL.gs 06/05/ 2011, n.68 ha determinato le modalità di fissazione dei fabbisogni e dei costi standard del settore sanitario, stabilendo che in ogni caso debba essere garantito il finanziamento integrale della spesa sanitaria. A regime, i costi e i fabbisogni standard regionali vengono determinati annualmente dal

¹¹¹ Il provvedimento legislativo, in virtù della legge di delega 13/05/199 n. 133, ha inteso sostituire il sistema dei trasferimenti statali con la compartecipazione delle Regioni al gettito dell' IVA cui si sono accompagnati l'addizionale regionale all' IRPEF, l' aumento della compartecipazione all' accisa sulla benzina, l'istituzione dell' IRAP e la previsione di altri mezzi di autofinanziamento regionale, prevedendo altresì la costituzione, peraltro ancora inattuata, di un fondo perequativo per riequilibrare le differenze tra regioni,

Ministero della Salute, di concerto con il Ministero dell' Economia e delle Finanze, previa intesa con la Conferenza Stato-Regioni.

In tale contesto normativo si sono succedute manovre finanziarie le quali, ispirate anche al principio del pareggio di bilancio, inserito in Costituzione dalla L. Cost. 20/04/2012 n.1, hanno cercato di soddisfare le esigenze di riduzione del debito sanitario regionale “mediante interventi a carattere “centralistico” concernenti i piani di rientro, anche con la previsione di speciali poteri sostitutivi, e con la compartecipazione alla spesa da parte degli assistiti”¹¹², costituendo la razionalizzazione ed il contenimento della spesa sanitaria obiettivi prioritari del legislatore (in tale ambito rientrano, specificamente, le disposizioni restrittive in tema di beni e servizi del S.S.N e le disposizioni concernenti il monitoraggio ed il contenimento della spesa farmaceutica)¹¹³.

Parallelamente alla disciplina legislativa, la quale costantemente si pone alla ricerca di un equilibrio nel rapporto che si viene a instaurare tra la concreta attuazione del diritto alla salute e le esigenze finanziarie, occorre richiamare anche gli interventi della Corte Costituzionale, la quale, già fin dalla sentenza n. 356 del 23 luglio 1992, ha affermato che, relativamente alle spese sanitarie, “in presenza di una inevitabile limitatezza delle risorse finanziarie, non è consentito poter spendere senza limite, avendo solo riguardo ai bisogni, quale ne sia la gravità e l' urgenza. È viceversa la

¹¹² N. VICECONTE, *Il finanziamento del S.S.N.*, in *Manuale di diritto sanitario*. (a cura di R. BALDUZZI E G. CARPANI), cit., pp. 388-389.

¹¹³ Per una disamina relativa alle problematiche concernenti il finanziamento del S.S.N. e le politiche di contenimento dei costi in materia sanitaria, v. AGENAS, *Riflessioni sui criteri da utilizzare per il riparto del fabbisogno sanitario*, in *Relazione commissionata dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome*, Roma, 2010; L. ARCANGELI, *La remunerazione delle prestazioni*, in *La sanità in Italia, governo pubblico, regolazione, mercato* (a cura di C. DE VINCENZI, R. FINOCCHI GHERSI, A. TARDIOLA), Bologna, 2011, pp. 153-176; M. BELLETTI, *Il controverso confine tra “livelli essenziali delle prestazioni”, principi fondamentali della materia e divieto del vincolo di destinazione di finanziamento statali, attendendo la perequazione nelle forme della legge*, in *Le Regioni*, n. 42/2009, pp. 747 ss.; N. DIRINDIN, *Fabbisogni e costi standard in sanità: limiti e meriti di una proposta conservativa*, in *Politiche sanitarie*, 4/2010, pp. 219 ss.; E. IORIO, *L' art. 119 della Costituzione e il finanziamento della salute. Contraddizioni e limiti applicativi*, in *Ragiusan*, 289/2008, pp. 76 ss.; F. MASSICCI, *Evoluzione, disciplina e prospettive dei piani di rientro*, in *Monitor* 22/2008, pp. 20 ss.

spesa a dover essere commisurata alle effettive disponibilità finanziarie, le quali condizionano la quantità ed il livello delle prestazioni sanitarie, da determinarsi previa valutazione delle priorità e delle compatibilità e tenuto ovviamente conto delle fondamentali esigenze connesse alla tutela del diritto alla salute”.

Successivamente, nel ribadire tale assunto, il Giudice delle leggi ha avvertito come il contemperamento legislativo degli interessi comunque rilevanti, non deve pregiudicare il diritto alla salute, nel senso che la tutela di quest’ ultimo “non può non subire i condizionamenti che lo stesso legislatore incontra nel distribuire le risorse finanziarie”, ma, nel contempo, “le esigenze della finanza pubblica non possono assumere, nel bilanciamento del legislatore, un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana”¹¹⁴.

In tale contesto normativo, e riannodando i fili del discorso avviato all’ inizio del presente paragrafo, appare indubitabile che, sia la selezione del farmaco, come la decisione in ordine alla prescrizione di un esame diagnostico, sono rimesse senz’altro, in via preliminare, alla valutazione di idoneità da parte del medico. Nel contempo, però, questi non può esimersi dal rapportare le sue scelte tra le diverse opzioni cliniche alla esigenza di assicurare la rigorosa gestione delle finanze pubbliche destinate alla tutela della salute nel campo di sua competenza.

La valutazione discrezionale relativa a quest’ ultimo aspetto non può non essere ancorata alla valutazione clinica di cui si è detto, ed entrambe convergono nella operazione di verifica del requisito di appropriatezza della prescrizione medica.

Ciò detto, e atteso che ordinariamente il medico è tenuto a operare tale valutazione ponderata, occorre concentrare l’ attenzione su ulteriori profili che connotano gli ambiti in cui rientra la discrezionalità del medico convenzionato e che per comodità di esposizione, possono essere così indicati: la sussistenza o meno di limiti nella scelta dei farmaci presenti nel Prontuario Farmaceutico Nazionale; l’osservanza delle linee guida; la prescrizione di farmaci off-label.

¹¹⁴ V. Corte Cost. 16/07/1999, n. 309.

4.2 LA PIENA PRESCRIVIBILITA' DEI FARMACI RICOMPRESI NEL PRONTUARIO FARMACEUTICO NAZIONALE.

I farmaci erogabili su tutto il territorio nazionale sono ricompresi nel Prontuario Farmaceutico Nazionale, che è redatto ed aggiornato a cura dell'AIFA e ciò anche al fine di garantire il mantenimento dell'unitarietà del sistema farmaceutico.

Accanto al Prontuario Farmaceutico Nazionale vi sono i Prontuari Terapeutici Regionali, predisposti dalle Regioni e in cui sono inseriti elenchi di farmaci individuati per principio attivo, ” con la finalità di individuare in modo selettivo i farmaci utilizzabili nei presidi sanitari e nelle aziende ospedaliere” ¹¹⁵.

I Prontuari Terapeutici regionali si presentano quindi come strumenti che concorrono a indirizzare la prescrizione di farmaci, cercando di coniugare il profilo scientifico con quello economico-finanziario.

Sulla scia delle ulteriori attribuzioni assegnate alle Regioni a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione e in relazione anche alle esigenze di razionalizzare la spesa sanitaria a fronte dei diminuiti trasferimenti statali, sono state istituite commissioni scientifiche, variamente composte, con il compito di redigere ed aggiornare i Prontuari Terapeutici Regionali.

In questo modo l'assistenza farmaceutica tende a configurarsi “come un sistema concentrico il cui livello superiore è rappresentato dal Prontuario Farmaceutico Nazionale” ¹¹⁶, e che comprende il livello regionale e il cui filtro finale è rappresentato dai prontuari ospedalieri.

Il tema dei rapporti tra i prontuari è particolarmente rilevante sotto diversi profili, uno dei quali attinente alla gamma delle scelte dei farmaci in sede di redazione della ricetta medica.

¹¹⁵ F. MASSIMINO, *La responsabilità nella prescrizione dei farmaci tra scienza, coscienza e condizionamenti normativi*, 2013, p.8.

¹¹⁶ G.FERRARI-F.MASSIMINO, *op.cit.*,p.182.

In particolare va rilevato come alcune Regioni, proprio attraverso i filtri ospedalieri (e cioè attraverso la predisposizione dei Prontuari Terapeutici Ospedalieri) si siano determinate a non includere negli ambiti dei rispettivi territori tutti i medicinali rimborsabili ricompresi nel Piano Farmaceutico Nazionale, tendenza, questa, che si è andata accentuando negli ultimi anni a seguito delle ricorrenti restrizioni imposte alla spesa sanitaria.

La conseguenza è stata quella di discostarsi dalle valutazioni assunte dall' E.M.A.¹¹⁷ in sede europea e adottate dall' AIFA per il territorio nazionale¹¹⁸.

L' obiettivo, sia pur non dichiarato, ma facilmente comprensibile in ambito sanitario, è stato quello di orientare il comportamento prescrittivo dei medici, insistendo particolarmente sul requisito dell' appropriatezza¹¹⁹.

Questo orientamento si è tradotto in raccomandazioni, le quali, ancorchè prive di valore coercitivo, proprio perché miranti quanto meno a segnalare medicinali ritenuti inappropriati erano suscettibili di provocare un effetto condizionante.

In alcune occasioni si è anche andati oltre la semplice indicazione genericamente vincolate, giungendo alla sottoscrizione di accordi con i medici di medicina generale che prevedevano anche incentivi finanziari in favore di coloro che si attennero alle prescrizioni farmacologiche raccomandate dalla Regione.

Ciò è avvenuto, inizialmente e per un certo tempo, senza preclusioni, in sede

¹¹⁷ L' E.M.A è l' agenzia europea dei medicinali, organo decentrato dell' Unione Europea, con sede a Londra. Nell' ambito della sua funzione di tutela e promozione della sanità pubblica, l' E.M.A è responsabile della valutazione scientifica delle domande finalizzate ad ottenere l' autorizzazione europea di immissione in commercio per i medicinali. L' agenzia, tramite una rete di farmacovigilanza, opera i controlli per garantire la sicurezza dei medicinali.

¹¹⁸ Nella prassi, questa tendenza regionale, finalizzata a indirizzare il consumo di medicinali secondo criteri intesi a coniugare il profilo scientifico con quello economico, si è concretizzata nella istituzione di commissioni a composizione differenziata che hanno avuto il compito di stabilire criteri limitativi per la prescrizione di medicinali di recente approvazione ma di prezzo elevato, destinati prevalentemente alla cura di patologie diffuse.

¹¹⁹ Nella elaborazione di tali indicazioni si è fatto sovente ricorso ad "analisi farmaco-economiche predisposte adottando metodiche di *Health Technology Assessment ed Evidence Based medicine*, secondo il modello proposto da agenzie indipendenti come l' inglese National Institute for health and clinical excellence" (F. MASSIMINO, *Non compete alle Regioni limitare l' uso dei farmaci*, in *Sanità pubblica e privata*, 2/2015, p. 55).

contenziosa, da parte dei giudici amministrativi, i quali hanno considerato le determinazioni dell'AIFA circoscritte solo alla valutazione della idoneità dei medicinali inseriti nel PFN ad essere somministrati nelle strutture ospedaliere e, quindi, ammettendo che alcuni di questi medicinali potessero essere esclusi dagli elenchi regionali ¹²⁰.

Successivamente è stato, invece, affermato dalla stessa giurisprudenza amministrativa che “non può escludersi dagli elenchi regionali un farmaco, inserito nel prontuario nazionale, perché sarebbe in contrasto con le disposizioni statali espressione di principi fondamentali di tutela della salute, eludendo il ruolo che la legislazione statale attribuisce all’Agenzia Italiana del Farmaco, ed invaderebbe la competenza esclusiva dello Stato in materia di livelli essenziali delle prestazioni incidendo negativamente su questi ultimi” ¹²¹.

Il mutato indirizzo giurisprudenziale si è andato consolidando ed al riguardo ha influito sicuramente il decreto Balduzzi, laddove, all’art.10, co.2, 3,5, si propone di garantire sull’intero territorio nazionale il rispetto della uniformità dei LEA attraverso l’immediata disponibilità dei farmaci che, a giudizio dell’AIFA possiedano il requisito dell’innovazione terapeutica e che sono classificati come erogabili in ambito ospedaliero indipendentemente dal loro inserimento nei prontuari terapeutici ospedalieri.

Ciò comporta, altresì, che le Regioni siano obbligate ad aggiornare, con cadenza almeno semestrale, i prontuari terapeutici regionali e trasmetterne copia all’AIFA al fine di garantire uniformi percorsi diagnostici-terapeutici specifici.

Da parte sua, poi, la Corte Costituzionale ha recentemente ribadito che le scelte terapeutiche debbono basarsi sullo stato “delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite tramite istituzioni e organismi -di norma nazionali e

¹²⁰ Cfr., in tal senso, Cons. Stato, sez. V, 07/10/2008, n.4899.

¹²¹ V. Cons.Stato, sez.III, 11/07/2014, n. 3594.

sovranzionali- a ciò deputati, dato l'essenziale rilievo che a questi fini rivestono gli organi tecnico – scientifici”¹²².

L' indirizzo della giurisprudenza amministrativa è stato da ultimo confermato e precisato dal Consiglio di Stato con la sentenza 15/01/2015, n. 490, la quale ha ribadito che “resta preclusa alle Regioni la previsione (sia in via legislativa, sia in via amministrativa) di un regime di utilizzabilità e di rimborsabilità contrastante ed incompatibile con quello stabilito in via generale (e sulla base dei pareri emessi dalla competente commissione consultiva tecnico-scientifica) dall' AIFA a livello nazionale”. Viene, quindi, esclusa dal Consiglio di Stato la facoltà delle Regioni di introdurre nei rispettivi territori raccomandazioni stringenti, divieti o limiti più o meno vincolanti, basati su considerazioni di ordine farmaco-economico riguardanti la prescrivibilità di farmaci autorizzati sull' intero territorio nazionale.

Pertanto la tendenza regionale *ad excludendum* nei confronti di alcuni prodotti farmaceutici si è arrestata e il medico di medicina generale resta libero di prescrivere i medicinali ricompresi nel Prontuario Farmaceutico Nazionale.

4.3 LA RILEVANZA GIURIDICA DELLE LINEE GUIDA.

Come si è già avuto modo di anticipare, L' art. 3,co. 1 D.L 13/09/2012, n. 158, conv. in L. 08/11/2012, n. 189, stabilisce che “l' esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve”

Si tratta di una vera e propria esimente che, tuttavia, pur in assenza di una espressa previsione normativa, sembrerebbe destinata ad incidere anche sul piano della

¹²² V.Corte Cost. 05/12/ 2014 n. 274 (preceduta da Corte Cost. 29/05/2014, n. 151; 12/01/2012, n. 8; 11/02/2010, n. 44).

responsabilità amministrativa (oltre che in ordine alla responsabilità civile, in virtù del richiamo, contenuto nel comma successivo, all'art. 2043 cod. civ.)¹²³.

È da ritenere quindi che al sanitario che si attenga alle linee guida, pur cagionando una perdita patrimoniale all' amministrazione (in via diretta o indiretta), non possa essere imputato un comportamento caratterizzato da colpa grave.

D' altra parte la colpa grave presuppone quella violazione dei canoni di diligenza che già di per se' è esclusa dal rispetto delle pratiche condivise dalla comunità scientifica ed inoltre il fatto che il sanitario si attenga alle indicazioni delle linee guida evita alla radice che il proprio comportamento possa essere qualificato come anti giuridico.

Da questo punto di vista, pertanto, il decreto Balduzzi non può che collocarsi sulla scia della continuità rispetto al recente passato.

Tuttavia, il richiamo esplicito contenuto nella citata norma alle linee guida e alle buone pratiche può fondatamente determinare l' insorgenza di un sospetto di grave colpevolezza laddove nel comportamento tenuto dal medico vi sia stato un immotivato scostamento dalle suddette linee di indirizzo, atteso, altresì, che ai sensi del codice deontologico, il medico, nell' esercizio della professione deve attenersi alle conoscenze scientifiche (art. 4) e che “le prescrizioni e i trattamenti devono essere ispirati ad aggiornate e sperimentate acquisizioni scientifiche” (art. 13, il quale altresì prescrive che il medico “deve adeguare le sue decisioni ai dati scientifici accreditati”).

Le linee guida, segnatamente quelle cliniche, con contenuto diagnostico e terapeutico, costituiscono “raccomandazioni di comportamento clinico, elaborate mediante un processo di revisione sistematica della letteratura e delle opinioni

¹²³ V. in tal senso, M. OCCHIENA, *Colpa grave e nesso causale nella responsabilità amministrativa dei sanitari*, in *Le responsabilità in ambito sanitario*, (a cura di S. ALEO – R. DE MATTEIS – G. VECCHIO), Padova 2014, pp. 905 ss.

scientifiche, al fine di aiutare medici e pazienti a decidere le modalità assistenziali più appropriate in specifiche situazioni cliniche ¹²⁴.

Il fenomeno della diffusione delle linee guida, di portata internazionale, risale ai primi anni ottanta del secolo scorso. Infatti l' elevata mole di conoscenze derivanti dalla ricerca in campo medico e biologico ha reso necessaria l'individuazione di nuovi strumenti di diffusione di tali conoscenze che non fossero esclusivamente quelli tradizionali legati ai manuali di medicina, alle riviste specializzate, ai convegni, ecc.

Si sono, in tal modo, sviluppate le linee guida che fin dall' inizio hanno assunto il carattere di *technology assessment*, nel senso di proporsi come raccomandazioni di comportamento clinico, elaborate mediante un processo di revisione sistematica della letteratura scientifica e delle opinioni di esperti, con la finalità di aiutare i medici (ma anche i pazienti, nel prestare ad esempio un più informato e consapevole consenso) a decidere le modalità di cura più appropriate in specifiche situazioni cliniche.

Nel loro sviluppo le linee guida sono diventate anche uno strumento per aiutare le strutture e gli operatori sanitari a razionalizzare l' uso di risorse migliorando nel contempo la qualità degli esiti clinici.

L'obiettivo delle linee guida è quello di assicurare il massimo dell' appropriatezza degli interventi, eliminando quelle carenze di conoscenza che possono pregiudicare il buon esito delle strategie di cura.

Il progressivo affermarsi del metodo delle linee guida ha fatto sì che si ampliasse la gamma dei loro destinatari, fino a ricomprendervi gli stessi livelli istituzionali, i quali ne utilizzano il contenuto allo scopo di programmare meglio gli interventi, di ridurre le disuguaglianze nell' allocazione dei servizi e di monitorare e valutare in modo uniforme e celere le prestazioni erogate dai servizi di sanità pubblica.

¹²⁴ M.J. FIELD e K. N. LOHR, *Guidelines for clinical practice. From development to use*, Washington, 1992 pp. 24-25.

In tale contesto è stato emanato il D.L.gs. 19/06/1999, n. 229 (recante “norme per la razionalizzazione del Servizio sanitario nazionale, a norma dell’ art. 1 della legge 30 novembre 1998, n. 419”).

Detto provvedimento legislativo richiama, all’ art. 1, co. 10, tra le indicazioni che il piano sanitario nazionale deve contenere, “le linee guida e i percorsi diagnostici terapeutici allo scopo di favorire, all’ interno di ciascuna struttura sanitaria, lo sviluppo di modalità sistematiche di revisione e valutazione della pratica clinica e assistenziale e di assicurare l’ applicazione dei livelli essenziali di assistenza”.

A seguito del citato D.L.gs 229/1999 è stato istituito il Sistema Nazionale per le Linee Guida (SNLG) che produce e diffonde raccomandazioni *evidence based* per la pratica clinica secondo regole definite ¹²⁵.

La metodologia seguita è descritta nel *Manuale metodologico – come produrre, diffondere e aggiornare raccomandazioni per la pratica clinica* (pubblicato nel maggio 2002, aggiornato nel maggio 2004, in attesa di ulteriore aggiornamento, già preannunciato).

Oltre a tale documento il Sistema nazionale per le linee guida ha elaborato anche la metodologia specifica per l’ organizzazione di *consensus conference* (le relative indicazioni sono raccolte nel manuale metodologico- come organizzare una conferenza di consenso, pubblicato nel novembre 2009 e aggiornato nel novembre 2013).

Infine, sempre nell’ ambito delle attività del SNLG è stato realizzato il manuale metodologico - come produrre, diffondere e aggiornare linee guida per la salute pubblica (edito nel settembre 2011) che ha lo scopo di indirizzare la stesura di linee guida per interventi di prevenzione nella sanità pubblica.

¹²⁵ L’ *evidence based medicine*, la cui sigla internazionale è EBM, si fonda sulla migliore evidenza scientifica attuale, rilevata attraverso ricerche sistematiche e revisioni, anch’ esse sistematiche, della letteratura scientifica, nonché sulle esperienze cliniche individuali e i loro esiti positivi.

Venuto meno il Piano sanitario nazionale, l'elaborazione di linee guida ed altri strumenti di indirizzo finalizzati al miglioramento della qualità dell'assistenza avviene all'interno del Programma nazionale per le linee guida (PNLG), coordinato dall'Istituto Superiore di Sanità e dall'Agenzia per i Servizi Sanitari Regionali (AGENAS), con compiti specifici di produrre informazioni utili a indirizzare le decisioni degli operatori, clinici e non, verso una maggiore efficacia e appropriatezza, oltre che verso una maggiore efficienza dell'uso delle risorse, nonché rendere le informazioni facilmente accessibili e seguirne l'adozione esaminando le condizioni ottimali per la loro introduzione nella pratica e valutarne, infine, l'impatto organizzativo e di risultato.

Se le linee guida rappresentano delle raccomandazioni di comportamento clinico per trattare nel modo migliore il malato affetto da determinate malattie, è corretto ritenere che insorga automaticamente una colpa del medico, e per di più grave, nel caso questi se ne discosti nella sua pratica clinica?

È una domanda, questa, che si pone il Manuale sopra citato e alla quale lo stesso, con chiarezza, fornisce una risposta negativa, nel senso che per valutare la condotta professionale dei medici si deve fare riferimento anche a tali documenti, i quali non possono però non avere un valore relativo, poiché essi fanno riferimento “ad un paziente astratto, non a quel “particolare” paziente che il medico deve in concreto curare, con la sua complessità clinica e la sua specificità patologica”¹²⁶.

Pertanto, nessun automatismo è prospettabile al riguardo, ed anzi le linee guida devono essere utilizzate ai fini medico-legali “con prudenza ed equilibrio, tenendo presente non solo la discrezionalità tecnica dell'agire del medico nel singolo caso, ma anche la coesistenza in un determinato contesto storico di più alternative di cura scientificamente convalidate per una stessa malattia”¹²⁷.

¹²⁶ V. *Manuale metodologico – come produrre, diffondere e aggiornare raccomandazioni per la pratica clinica*, 2004, P. 78.

¹²⁷ V. *Manuale Metodologico ... cit.* p. 81.

La rilevanza giuridica assegnata alle linee guida tende, da un lato, a restringere i margini di discrezionalità tecnica del medico, dall' altro, ad accentuare la responsabilità di quest' ultimo, qualora se ne discosti.

La giurisprudenza della Cassazione, alla luce anche del preciso riferimento fatto alle linee guida dal decreto Balduzzi in funzione di escludere, quantomeno, la responsabilità penale per colpa lieve qualora il medico curante si attenga diligentemente ad esse, ha avuto cura di evitare una meccanica sovrapposizione della citata disposizione alla concreta valutazione del comportamento tenuto nel caso concreto dal medico.

La considerazione nei confronti della linea guida è nel senso che essa “altro non rappresenta che l' indicazione della condotta astrattamente esigibile da un professionista della salute in un determinato contesto clinico (ovvero la condotta esigibile dall' agente modello che opera in una struttura modello su una patologia ben definita). Condotta che dovrà essere poi calata - nella sua analisi e valutazione medico legale- dal piano della causalità generale a quello della causalità individuale¹²⁸, per cui, nel caso concreto, si renderà necessario un approfondimento per valutare se la linea guida di riferimento era astrattamente e concretamente applicabile al paziente e in tal caso verificare se sia stata applicata in maniera diligente; oppure se era astrattamente applicabile alla patologia ma concretamente inadeguata per il paziente ¹²⁹.

¹²⁸ V. Cass. pen. IV sez., 29/01/2013 n. 268.

¹²⁹ Cfr. E. d' ALOJA – M. CIUFFI – F. DE GIORGIO – R. DEMONTIS – F. PARIBELLO, *Il valore medico-legale e giuridico delle Linee guida, dei protocolli e delle procedure in tema di responsabilità del professionista della salute: alleati o nemici?*, in S. ALEO e Altri (a cura di), *La responsabilità in ambito sanitario*, cit. p. 987 ss. Per gli A.A la linea guida è quindi “da intendersi come bussola per orientarsi in uno scenario clinico ben definito dalla forza dell'evidenza ma pur sempre strumento flessibile del medico, ma anche come bussola per il Giudicante per condividere e capire quel panorama clinico e per seguire-comprendendolo-tutto il percorso, deviazioni comprese, che ha caratterizzato la storia clinica del paziente”. Giova, in proposito, tenere distinte le linee guida, intese come raccomandazioni, dai protocolli e dalle procedure, i quali hanno valore assolutamente vincolante (i protocolli, risolvendosi in una serie di istruzioni e passaggi procedurali dettagliati, finalizzati al raggiungimento di un particolare obiettivo e le procedure, esplicitandosi in veri e propri adempimenti da eseguire tassativamente in presenza di determinate situazioni). Come viene sottolineato in dottrina, l' impiego alternativo dei termini “linea guida”, “protocollo”, “procedura”, indifferente rispetto ai loro precisi significati “all' interno di una sentenza – sia essa di merito,

Oltre ad un contenuto tecnico, le linee guida possono esprimere esigenze connesse al contenimento delle spese sanitarie.

Al riguardo, nell'epoca della *spending review*, viene auspicata l'individuazione di precise linee guida in grado di garantire prestazioni standard e modelli di erogazione della prestazione medica volti ad assicurare il più equo bilanciamento tra la tutela del diritto alla salute – anche nella prospettiva dell'autonomia decisionale del paziente – ed i limiti imposti dal contenimento della spesa pubblica e dall'esigenza dell'efficiente allocazione delle risorse disponibili”¹³⁰

Le pronunce della Cassazione seguite al decreto Balduzzi pongono l'accento prevalentemente sulla necessità che le linee guida indichino standard diagnostico-terapeutici conformi alle regole dettate dalla migliore scienza medica, mentre tendono ad escludere un effetto vincolante alle linee guida “ispirate ad esclusive logiche di economicità della gestione, sotto il profilo del contenimento delle spese, in contrasto con le esigenze di cura del paziente”¹³¹. Anzi costituisce “dovere del sanitario disattendere indicazioni stringenti dal punto di vista economico che si risolvano in pregiudizio per il paziente”¹³².

Già all'indomani dell'entrata in vigore del decreto Balduzzi la Suprema Corte ha inteso sottolineare come la mera osservanza delle linee guida non impedisca di per sé di individuare l'eventuale sussistenza della colpa grave. Infatti, “nella logica della novella il professionista che inquadri correttamente il caso nelle sue linee generali con riguardo ad una patologia e che, tuttavia, non persegue correttamente l'adeguamento delle direttive allo specifico contesto, o non scorga la necessità di disattendere del tutto le istruzioni usuali per perseguire una diversa strategia che

ovvero di legittimità – ingenera giustamente confusione e sconforto nei professionisti della salute” (E. d'ALOJA e Altri *Il valore medico legale e giuridico delle linee guida*, cit.

¹³⁰ G. BERTOLISSI, *Il contenimento della spesa sanitaria tra innovazioni legislative e riscontri giurisdizionali*, in *Sanità pubblica e privata*, luglio – sett. 2015, p.57.

¹³¹ V. Cass. pen. sez. IV, 11/03/2013, n. 11493.

¹³² V. Cass. pen. sez. IV, n. 11493 /2013 cit.

governi efficacemente i rischi connessi al quadro di insieme, sarà censurabile, in ambito penale, solo quando l'acritica applicazione della strategia ordinaria riveli un errore non lieve"¹³³.

Dal che appare consequenziale desumere che, qualora le raccomandazioni contenute nelle linee guida abbiano come unico (o prevalente) fine quello di garantire l'economicità nella gestione delle risorse sanitarie, il medico non potrà andare esente da responsabilità penale.

Attesi i principi, pressochè comuni, che riguardano la valutazione della sussistenza della colpa, appare possibile traslare nell'ambito del giudizio contabile i principi su esposti espressi dalla Cassazione e a ciò non sembra ostare la considerazione che scopo dell'azione contabile è l'accertamento del danno causato all'amministrazione sia direttamente che indirettamente.

In un caso e nell'altro, infatti, nella comparazione degli interessi, non può che avere prevalenza il diritto fondamentale alla salute, per cui il medico che dovesse trovarsi ad affrontare la scelta (tecnica) tra la cura da fare osservare al paziente (attraverso la prescrizione di farmaci e/o di esami diagnostici) e l'eventuale sussistenza di linee guida prevalentemente improntate alle esigenze di contenimento della spesa pubblica sanitaria, non potrà che privilegiare la prima finalità, purchè sia verificata da parte sua l'appropriatezza della cura in relazione alla specificità di un caso che suggerisca (se non addirittura imponga sul piano dell'etica medica) una scelta non conforme alle linee guida.

Pertanto, l'ambito entro il quale collocare la discrezionalità del medico prescrittore, ai fini della valutazione della sussistenza di una sua eventuale responsabilità amministrativa per danno erariale diretto, appare molto ristretto: la valutazione di natura tecnica è, ordinariamente, orientata dalle linee guida, atteso il ruolo di indirizzo ormai assunto al rango di previsione legislativa. Tuttavia, di fronte a casi al

¹³³ V. Cass. sez. pen. IV 16237/2013 cit.

di fuori dell' ordinario in cui le linee guida non siano di ausilio, ovvero allorquando a fronte di una oculata scelta terapeutica si evidenzi un contrasto con linee guida improntate al soddisfacimento di mere esigenze di contenimento della spesa, il medico potrà, anzi dovrà, regolarsi secondo scienza e coscienza, senza doversi preoccupare di incorrere nel rischio di un processo contabile, purchè sia realizzato ovviamente il requisito dell' appropriatezza ¹³⁴.

Si tratta di un ambito, evidentemente molto ristretto e tale da non vanificare (se non in forme limitatissime) le esigenze di razionalizzazione della spesa sanitaria (peraltro compensabili con risparmi da operare su altri fronti).

Pur non essendo questa la sede appropriata per un approfondimento sul valore giuridico delle linee guida e soprattutto sulla individuazione dei criteri di scelta tra le diverse linee guida, pare opportuno, tuttavia, rilevare come il sistema nazionale delle linee guida non sia ancora in grado di offrire un ampio, generalizzato preciso riferimento cui attenersi.

Le raccomandazioni attualmente al momento offerte dal S.N.L.G sono in numero complessivamente limitato (al momento venticinque, anche se alcune riguardanti patologie di larga diffusione come la gestione della sindrome influenzale, la cardiologia riabilitativa e la prevenzione secondaria delle malattie cardiovascolari, l' uso del vaccino antiepatite A) cui si aggiungono le raccomandazioni regionali, anch' esse in numero limitato.

Tutto ciò non è dovuto a carenze o negligenze del sistema italiano, quanto alla difficoltà, in sede internazionale, a pervenire alla definizione di univoche linee guida, a causa del fatto che la scienza medica è e rimane una scienza eminentemente probabilistica e la pratica clinica si sviluppa anche attraverso metodologie e procedure operative che abbisognano di rivisitazioni, integrazioni, se non addirit-

¹³⁴ Occorre, altresì, ricordare come non sempre le linee guida risultino basate sulla solidità o sulla condivisione dell' evidenza affermata. Diversi studi si indirizzano alla individuazione di criteri di valutazione della qualità intrinseca delle linee guida, a riprova di una carente uniformità di indirizzi.

tura revisioni . L' unico punto fermo che si può porre è che per non incorrere in una responsabilità per colpa grave (in qualsiasi ambito giurisdizionale) il medico è tenuto a riconoscere una raccomandazione proposta dal S.N.L.G, in quanto essa costituisce una indicazione da tenere presente, dando conto delle motivazioni che nel caso concreto lo inducano a discostarsene.

Da questo punto di vista si può dire che una certa discrezionalità tecnica sussiste nella selezione da parte del medico delle linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, come indicato dal succitato art. 3 D.L 158/2012, conv. in L. n. 189/2012.

Tale scelta sembra però orientata più che a fornire argomenti a difesa del medico, a consentire al giudice di avere argomenti di valutazione. Ciò probabilmente spiega, l'eliminazione in sede di conversione, dell' originaria proposizione di detto articolo, laddove era stabilito che: “fermo restando il disposto dell' art. 2236 del codice civile, nell' accertamento della colpa lieve nell'attività dell' esercente delle professioni sanitarie il giudice, ai sensi dell' art. 1176 del codice civile, tiene conto in particolare dell' osservanza, nel caso concreto, delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica nazionale e internazionale”.¹³⁵

Si può concludere, pertanto che le linee guida, pur svolgendo un importante ruolo di indirizzo e di ausilio dell' attività medica, abbiano, di fatto, causato un forte restringimento dell' ambito di discrezionalità del medico prescrittore. In questo ambito si pone la problematica concernente la prescrivibilità off-label di medicinali.

4.4 LE PRESCRIZIONI OFF- LABEL.

Negli ultimi anni si è assistito ad un ampliamento delle possibilità di utilizzazione di farmaci da prescrivere al di fuori delle modalità strettamente indicate nei

¹³⁵ Già in uno studio di qualche anno fa di M.D.CABANA e Altri, *Why don't physicians follow clinical practice Guidelines? A framework for improvement*, in JAMA, 1999, veniva evidenziata una crescente disaffezione dei medici verso le linee guida.

prontuari farmaceutici, al fine di pervenire, per vie alternative, alla cura o ad un ampliamento delle possibilità di cura del paziente.

Si definisce “off-label” l’impiego di farmaci già registrati ma usati in maniera non conforme a quanto previsto nella scheda tecnica autorizzata dal Ministero della Salute ¹³⁶.

Giova rammentare che lo Stato, attraverso l’AIFA e le disposizioni che vengono impartite dal Ministero della Salute, fissa gli ambiti e i limiti per l’utilizzazione di un medicinale, tenendo conto delle specifiche indicazioni contenute nella richiesta di registrazione che viene formulata dalla ditta produttrice dello stesso.

La legge prevede che il medico, nel prescrivere un farmaco, debba attenersi, ai sensi dell’art. 3, co. 1 legge 94/1998, più volte citata, alle indicazioni terapeutiche, alle vie ed alle modalità di somministrazione previste nella autorizzazione all’emissione in commercio rilasciata dal Ministero della Salute ¹³⁷.

L’utilizzo non conforme a quanto previsto nella scheda tecnica può riguardare aspetti concernenti indicazioni terapeutiche, modalità di assunzione, dosi di somministrazione.

Nella prassi si tratta di una utilizzazione del farmaco di cui si assume la responsabilità il medico prescrittore e che comporta un impiego o un dosaggio del farmaco diverso rispetto alla indicazione terapeutica contenuta nel riassunto delle caratteristiche del prodotto.

¹³⁶ Sugli studi in ordine all’uso off-label di farmaci e sulle implicazioni in ordine alla responsabilità del medico che li prescrive, cfr. G. M. CAVO, *Impiego di farmaci off-label e razionalizzazione della spesa*, in *Riv. Trim. dir. pub.*, pp. 1071 ss., 4/2014; F. SETTI – D. DIGENNARO, *I rapporti tra tutela della salute e del libero mercato: aspetti regolatori e di concorrenza*, in *Rass. Dir. farmac. e della salute*, 02/2015 pp. 247 ss.; F. MASSIMINO, *Recenti interventi normativi e giurisprudenziali in materia di prescrizione dei farmaci off-label*, in *Danno e responsabilità*, 2010, pp. 1107 s.s.; A. QUERCI, *Farmaci off-label e nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Rass. dir. farm.*; 2009, pp. 1 ss.; C. CARAVITA, *Sui farmaci off-label*, in *Ragiusan*, 2008, pp. 287; L. BENCI, *La prescrizione e la somministrazione di farmaci: responsabilità giuridica e deontologica*, Milano, 2007, pp. 93 ss.; G. IADECOLA, *Prescrizione di farmaci off-label e responsabilità penale del medico*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, pp. 9 ss.

¹³⁷ Tale autorizzazione è quella che normalmente viene definita “scheda tecnica”, di cui il foglietto illustrativo contenuto nelle confezioni dei medicinali (il c.d. “bugiardino”) è un riassunto esplicativo indirizzato al paziente.

Solitamente l' uso off-label riguarda molecole conosciute e utilizzate da tempo per le quali nuove evidenze scientifiche suggeriscono un loro razionale uso anche in situazioni cliniche “non approvate da un punto di vista regolatorio”¹³⁸.

Solo in epoca relativamente recente dottrina e giurisprudenza hanno concentrato la loro attenzione sulla materia delle prescrizioni off-label a seguito della rilevanza del fenomeno registratasi a partire dagli anni novanta del secolo scorso in ambiti clinici, quali l' oncologia, la reumatologia, la neurologia, la psichiatria, la pediatria.

C' è poi da considerare che dai primi anni 2000 il fenomeno, a livello internazionale, si è accentuato anche in relazione alle diverse strategie di commercializzazione degli esiti della ricerca in ambito farmaceutico¹³⁹.

Sul piano normativo la prima disposizione che ha consentito la possibilità di prescrivere a carico del S.S.N farmaci al di fuori delle indicazioni terapeutiche approvate dall' attività regolatoria è quella contenuta nell' art. 1, co. 4 D.L. 21/10/1996, n. 536, conv. in L. 23/12/1996, n. 648, in forza del quale “qualora non esista valida alternativa terapeutica, sono erogabili a totale carico del S.S.N... i medicinali innovativi la cui commercializzazione è autorizzata in altri Stati ma non sul territorio nazionale, i medicinali non ancora utilizzati ma sottoposti a sperimentazione clinica e i medicinali da impiegare per una indicazione terapeutica diversa da quella autorizzata, inseriti in apposito elenco predisposto e periodicamente aggiornato dalla Commissione Unica del Farmaco...conformemente alle procedure ed ai criteri adottati dalla stessa”.

¹³⁸ (V. Bollettino di informazione sui farmaci, “voce off-label” XII, n. 3, 2006, p. 140 (pubblicato sul link AIFA del sito del Ministero della Salute).

¹³⁹ Come posto in rilievo da G. FERRARI e F. MASSIMINO, “dagli anni duemila si è drasticamente ridotto il numero di nuove molecole condotte all' ultima fase di sviluppo e alla successiva commercializzazione dalle imprese farmaceutiche: in questo contesto le esigenze di affrontare i bisogni terapeutici ancora insoddisfatti ha indotto i medici a intensificare l' utilizzo di medicinali per indicazioni non approvate, somministrandoli in modo svincolato ed indipendente da un percorso sperimentale e registrativo predefinito, ed agendo in tal senso spontaneamente e, in altri casi, sollecitati da una spinta promozionale delle imprese [venendosi così a determinare] uno sfasamento tra l' attività di ricerca scientifica sul farmaco e la fase regolatoria per la sua autorizzazione” (G. FERRARI – F. MASSIMINO, in “*Diritto del farmaco*”, Bari 2015, p. 133).

In tal modo è stata introdotta una deroga al principio generale in forza del quale l'utilizzazione di un farmaco da parte del medico e la rimborsabilità dello stesso da parte del S.S.N possono avvenire solo se il farmaco viene impiegato con le modalità di somministrazione, dosaggio o indicazioni terapeutiche d'uso indicate nella autorizzazione alla immissione in commercio.

I criteri e i requisiti per l'inserimento nell' "apposito elenco" sono stati individuati dal provvedimento emanato dall' allora Commissione Unica del Farmaco in data 17/01/1997, in base al quale la relativa proposta deve riportare, conformemente al contenuto della legge, le informazioni sul tipo e la gravità della patologia da curare; l'insussistenza di valide alternative terapeutiche; lo stato autorizzativo del medicinale in Italia e negli altri Paesi, con l'indicazione dell'azienda produttrice o fornitrice; la documentazione di ordine scientifico.

Con il D.M. 11/02/1997 sono state dettate anche disposizioni di attuazione circa le modalità di importazione di specialità medicinali registrate all'estero (per meglio dire, autorizzate in un Paese estero ma non in Italia).

Con il provvedimento CUF del 20/07/2000 è stato istituito l'elenco di cui alla L. 648/1996.

Esso ricomprende, pertanto, i medicinali innovativi in commercio in altri Stati ma non in Italia; medicinali non ancora autorizzati ma sottoposti a sperimentazione clinica; medicinali che è possibile impiegare per una indicazione terapeutica diversa da quella autorizzata.

Tale elenco di specialità medicinali erogabili a carico del S.S.N è periodicamente integrato e/o modificato dall' autorità regolatoria (cioè, oggi, l' AIFA).

Tuttavia, già in precedenza la materia era stata disciplinata in forma più restrittiva (rispetto a quanto previsto dalla L. 648/1996) con il D.L. 17/02/1998, n. 23, conv. in L. 08/04/1998, n. 94 (cd. Legge Di Bella) emanato a seguito del clamore suscitato dalla vicenda relativa all' invocato uso, da più parti, del metodo attuato dal dr. Di Bella, il quale proponeva forme alternative di uso di farmaci per la cura di alcuni casi di tumore.

Tale disciplina ha condotto ad una più precisa definizione delle ipotesi in cui è praticabile la prescrizione dei medicinali off-label e che sono collegabili al concetto di *extrema ratio*.

Infatti, l' art. 3 della Legge Di Bella, dopo aver ribadito il principio che “il medico, nel prescrivere una specialità medicinale o altro medicinale prodotto industrialmente si attiene alle indicazioni terapeutiche, alle vie e alle modalità di somministrazione previste dall'autorizzazione alla immissione in commercio rilasciate dal Ministero della Sanità”, stabilisce, al co. 2 che “in singoli casi il medico può, sotto la sua diretta responsabilità e previa informazione del paziente ed acquisizione del consenso dello stesso, impiegare il medicinale prodotto industrialmente per una indicazione o una via di somministrazione o una modalità di somministrazione o di utilizzazione diversa da quella autorizzata, ovvero riconosciuta agli effetti dell' applicazione dell' art. 1, co. 4 del D.L 21 ottobre 1996, n. 536 conv. con legge n. 648 del 1996, qualora il medico ritenga, in base a dati documentabili, che il paziente non possa essere utilmente trattato con medicinali per i quali sia già approvata quella indicazione terapeutica o quella via o modalità di somministrazione e purchè tale impiego sia noto e conforme a lavori apparsi su pubblicazioni scientifiche accreditate in campo internazionale.”

Quale presupposto per la prescrizione dei medicinali off-label è, pertanto, richiesta l'esistenza di lavori apparsi su pubblicazioni scientifiche accreditate a livello internazionale, a conferma di un impiego già noto e verificato.

La disposizione surrichiamata stabilisce altresì che il ricorso del medico alla facoltà di prescrivere farmaci off-label non costituisce “riconoscimento del diritto del paziente alla erogazione dei medicinali a carico del S.S.N, al di fuori dell' ipotesi disciplinata dall' art. 1, co. 4 D.L 21/10/1996, n. 536, convertito dalla l. 23/12/1996 n. 648”.

In pratica, la disciplina normativa contenuta nelle leggi 648/1996 e 94/1998 considera la prescrizione dei medicinali fuori indicazione come una deroga alla

disciplina generale che prevede l' autorizzazione regolatoria come requisito imprescindibile per la prescrizione dei farmaci ¹⁴⁰.

Tuttavia, tale disciplina si è rivelata insufficiente a regolamentare le numerose ed eterogenee fattispecie di prescrizioni off-label ¹⁴¹ il che ha reso necessari successivi interventi normativi volti a mettere ordine nella materia.

E' stata quindi introdotta una disposizione, contenuta nell' art. 1, co. 796, lett. z, L. 27/12/2006, n. 296 (Legge finanziaria 2007), in forza della quale la fattispecie prevista dall' art. 3, co. 2 della Legge Di Bella non è applicabile "al ricorso a terapie farmacologiche a carico del S.S.N che, nell' ambito dei presidi ospedalieri o di altre strutture e interventi sanitari, assuma carattere diffuso e sistematico e si configuri, al di fuori delle condizioni di autorizzazione all' immissione al commercio, quale alternativa terapeutica rivolta a pazienti portatori di patologie per le quali risultino autorizzati farmaci recanti specifiche indicazioni al trattamento".

Tale disposizione, da una parte, conferma il carattere di straordinarietà dell' utilizzo dei farmaci fuori indicazione, dall' altra, si propone una finalità di risparmio pubblico.

Sotto il primo profilo essa non preclude ogni forma di impiego di medicinali per indicazioni non autorizzate, ma intende prevenire "l' abuso di farmaci fuori dalle indicazioni terapeutiche ed evitare l' utilizzo indiscriminato di medicinali senza un

¹⁴⁰ Tale normativa è pertanto risultata conforme alla impostazione che successivamente è stata adottata in sede europea con la Direttiva 83/2001, recante un "codice comunitario relativo ai medicinali ad uso umano", la quale, dopo aver imposto l' autorizzazione regolatoria come requisito imprescindibile per la prescrizione dei farmaci, prevede, all'art. 5, la possibilità di deroga, stabilendo che uno Stato membro può, conformemente alla legislazione in vigore e per rispondere ad esigenze speciali, escludere dal campo di applicazione della citata direttiva, i medicinali forniti "per rispondere ad un' ordinazione leale e non sollecitata", e destinati da un medico a ciò autorizzato ai malati da lui curati sotto la sua diretta e personale responsabilità.

¹⁴¹ Cfr., in tal senso G. F. FERRARI-F. MASSIMINO, op.cit., p. 135, i quali individuano tale insufficienza "soprattutto in relazione all' obbligo della estemporaneità del trattamento ed ai suoi presupposti scientifici" il che ha comportato come il requisito della eccezionalità, di fatto, sia stato annullato da una prassi quotidiana, almeno in talune aree terapeutiche, per le quali è nota la carenza di trattamenti farmacologici autorizzati.

adeguato controllo delle indicazioni terapeutiche da parte delle Agenzie regolatorie”¹⁴².

Sotto il secondo profilo la disposizione in argomento intende porre dei vincoli tali da evitare che il ricorso sistematico ad una somministrazione fuori indicazione di tali farmaci possa gravare sul S.S.N.

Al riguardo, il più rilevante di tali vincoli è quello che impone alle Regioni di adottare disposizioni finalizzate ad individuare i responsabili, all’ interno delle strutture sanitarie, della corretta applicazione della normativa (in aggiunta alle responsabilità a carico del medico prescrittore).

Occorre altresì aggiungere che la disposizione di cui trattasi era stata in qualche modo anticipata dal contenuto del D.M 8 maggio 2003, in tema di “uso compassionevole” di medicinali sottoposti a sperimentazione clinica.

Un ulteriore intervento restrittivo si è avuto con la l.24/12/2007, n. 244 (legge finanziaria 2008) il cui art. 2, co. 348, stabilisce che la prescrizione fuori indicazione può essere effettuata solo quando siano disponibili risultanze di studi clinici di fase seconda ¹⁴³.

Il quadro normativo si è completato con il D.L 20/03/2014, n. 26, conv. in L. 16/05/2014, n. 79, che ha apportato una modifica di estrema rilevanza, la quale, in qualche modo attenua il carattere di *extrema ratio* della prescrizione di medicinali off-label, in forza del quale il medico era abilitato a somministrare tali medicinali

¹⁴² M.C. AGNELLO, *La responsabilità da prescrizione di farmaci off-label*, in *www.Diritto.it*, 12/06/2012, p. 27.

¹⁴³ In tal modo viene superato “il criterio della sufficienza dell’ avallo della letteratura scientifica internazionale in materia, stabilendo che la prescrizione di un off-label non possa in nessun caso avvenire quando il farmaco non è collocato nella seconda fase di sperimentazione accreditata, ovvero non è dimostrato che sia plausibile sicuro ed efficace” (G. GUERRA, *La commercializzazione dei farmaci con gli usi off-label: il difficile bilanciamento tra tutela della salute e concorrenza*, in *Politiche sanitarie*, vol. 15, n. 2, aprile-giugno 2014).

esclusivamente quando ritenesse, sulla scorta di dati contabili, che per il singolo paziente non fosse utilizzabile alcun farmaco in label.

Ora, invece, in virtù dell' art. 3 del succitato D.L, pur sussistendo alternativa terapeutica nell'ambito dei medicinali autorizzati, sono inseriti nella lista 648, previa valutazione dell' AIFA, “con conseguente erogazione a carico del Servizio sanitario nazionale, i medicinali che possono essere utilizzati per una indicazione terapeutica diversa da quella autorizzata, purchè tale indicazione sia nota e conforme a ricerche condotte nell' ambito della comunità medico-scientifica nazionale e internazionale, secondo parametri di economicità e appropriatezza. In tal caso l' AIFA attiva idonei strumenti di monitoraggio a tutela della sicurezza dei pazienti e assume tempestivamente le necessarie determinazioni” .

Questo significa che, mentre con la precedente legislazione l' uso off-label di farmaci era consentito solo in mancanza di una valida alternativa terapeutica, oggi i presupposti richiesti sono l'appropriatezza, l' economicità, il fondamento scientifico, nonché la previa autorizzazione AIFA.

Un aspetto rilevante nella prescrivibilità del farmaco off-label è rivestito dal parametro della economicità che assume un valore decisivo nella decisione del medico di indirizzarsi verso l' utilizzazione di un farmaco off-label ¹⁴⁴.

¹⁴⁴ Al fine di rendersi conto appieno di tale aspetto, non si può fare a meno di accennare alla vicenda che ha portato alla emanazione del provvedimento legislativo in argomento.

La vicenda risale all' uso off-label del farmaco antitumorale *Avastin*, che era stato inserito nella lista 648 dall' AIFA, con determinazione del 23/05/2007, in relazione anche al trattamento di patologie per le quali, all' epoca, non sussisteva una valida alternativa terapeutica. Successivamente, però, veniva approvato un altro farmaco, il *Lucentis*, curativo della medesima patologia. L' AIFA , nel 2012, disponeva l' esclusione dell' *Avastin* dalla lista dei farmaci off-label erogabili a carico del S.S.N. (anche a seguito di pronunce nel frattempo intervenute da parte del Tar Lazio e dopo che l' EMA, ne aveva modificato l' r.c.p, cioè il riassunto delle caratteristiche del prodotto).

Tuttavia, l' esclusione dell' *Avastin* a fronte della immissione in commercio del *Lucentis*, farmaco notevolmente più costoso del primo (oltre dieci volte in più per dose) è stata interpretata dall' Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, con ordinanza del 5 marzo 2014, come un ostacolo volto, di fatto, a impedire il confronto concorrenziale tra due aziende produttrici, sostanzialmente, di un farmaco utilizzabile per la cura di medesime patologie.

In tal modo l' AGCM ha configurato l' uso di un farmaco off-label e l' uso di un farmaco in-label, curativi entrambi di una medesima patologia, come farmaci costituenti un “unico mercato rilevante” (per valutazioni critiche in ordine al rischio di una subordinazione del diritto alla salute alle regole del mercato e a quelle della concorrenza, cfr. F. SETTI – D. DIGENNARO, *I rapporti tra tutela della salute e del libero mercato:*

La previsione del criterio di economicità risponde all' esigenza di garantire, da parte del S.S.N., la fruizione di farmaci aventi la medesima efficacia curativa e costituenti una valida alternativa in favore di un più ampio numero di cittadini che ne abbiano bisogno, in virtù del loro prezzo più basso e quindi con un risparmio di spesa pubblica, senza, ovviamente, che l' impiego del farmaco più economico possa costituire “per la mancanza di sicure indicazioni scientifiche o per l' assenza di particolari precauzioni di impiego, un rischio anziché un giovamento per la salute dei cittadini”¹⁴⁵.

Peraltro, la Corte Costituzionale, quasi contestualmente alla emanazione della legge di conversione 79/2014, ha rilevato che il criterio della “valida alternativa terapeutica” (la cui non sussistenza costituiva condizione per l' inserimento nell' elenco più volte citato) presuppone la comparazione, da parte dell' AIFA, dei farmaci equivalenti sotto il profilo sia medico-scientifico, sia economico “atteso che un fenomeno alternativo da un punto di vista medico – scientifico potrebbe non essere una valida alternativa terapeutica quando non garantisca – dal punto di vista economico finanziario – una sua efficiente utilizzazione a carico del S.S.N in termini di apporto numerico tra dosi acquistabili del farmaco e pazienti non curabili, così realizzando condizioni economicamente non accettabili e discriminatorie tali da limitare l' accesso alle cure e, dunque, ledere la tutela del diritto alla salute costituzionalmente garantita”¹⁴⁶.

Relativamente ai profili di responsabilità amministrativa del medico di medicina generale riguardanti le prescrizioni off-label, occorre precisare che essi si sono piuttosto ristretti in quanto tali tipi di prescrizioni rientrano in gran parte nelle

aspetti regolatori e di concorrenza in *Rass. Dir. farmac.e della salute*, n. 2, 2015, pp. 247ss.; G. GUERRA op. cit. 104 ss).

¹⁴⁵ V. Cons. Stato, 08/09/2014, n. 4538. Nella pronuncia si sottolinea la circostanza che della suindicata esigenza sembra essere consapevole “il più recente legislatore, che è intervenuto con una significativa e incisiva modifica proprio riguardo alla complessa valutazione tecnico-scientifica e, insieme, economica che giustifica l' utilizzo off – label di un farmaco e il suo inserimento, da parte dell' AIFA, nella lista di cui all'art. 1 della L. 648/1996”.

¹⁴⁶ V. Corte Cost., 29/05/2014, n. 151.

attività degli specialisti. Inoltre la prescrivibilità segue normalmente un *iter* amministrativo che se da una parte tende a salvaguardare il corretto utilizzo dei farmaci, dall' altra restringe di parecchio i margini di discrezionalità del medico ¹⁴⁷. Da ciò deriva la sostanziale impraticabilità di attività iperprescrittive in tema di farmaci off-label, atteso che il controllo stringente, a monte, annulla sostanzialmente evidenti intenti fraudolenti e riduce in modo consistente le possibilità di incorrere in ipotesi di colpa grave.

In proposito giova osservare che le Regioni si sono dotate di strumenti, (generalmente attraverso la predisposizione di idonei procedimenti), volti a regolare e controllare le prescrizioni off-label, avendo cura di precisare che l' eventuale responsabilità personale, anche per danno erariale, resta in capo al medico prescrittore il quale abbia disatteso quanto previsto dalle specifico procedimento predisposto.

Solitamente il medico prescrittore è tenuto a compilare un modulo per la richiesta di farmaci off-label, corredato dalla relazione dettagliata sul paziente e dalla documentazione che la normativa richiede.

La struttura sanitaria, a mezzo dei propri organi, valuta la terapia richiesta; se questa è già presente nell' apposito protocollo delle terapie off-label giustificabili, il competente organo dispone il rilascio dell' autorizzazione; altrimenti l' autorizzazione verrà rilasciata dietro parere di apposito organo tecnico-scientifico. Inoltre viene prevista anche la presentazione di una relazione di valutazione dei risultati da parte dei medici prescrittori.

¹⁴⁷ Quanto al profilo di responsabilità civile (correlato all' eventuale proposizione di un' azione contabile di rivalsa), premesso che assume un significato rilevante il consenso che deve essere preventivamente richiesto al paziente, è stata evidenziata in dottrina l' opportunità di estendere alla terapia farmacologica off-label il carattere di attività pericolosa *ex art.* 2050 cod. civ. con la conseguenza, per il medico, di dover provare di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno (cfr., in tal senso G.F. FERRARI – F. MASSIMINO, *Diritto del farmaco*, cit. pp. 139-140).

CAPITOLO III

PRESUPPOSTI E CONTENUTO DELLA RESPONSABILITA' AMMINISTRATIVA DERIVANTE DA IPERPRESCRIZIONE DI FARMACI, ESAMI DIAGNOSTICI E ALTRE PRESTAZIONI AMBULATORIALI

§ 1 L' IPERPRESCRIZIONE DEI FARMACI QUALE FONTE DI DANNO ERARIALE.

L' iperprescrizione è l' eccesso di attività prescrittiva. Come tale, a prescindere dalla incidenza dell' elemento soggettivo, essa costituisce un disvalore connotato dalla violazione dei canoni di appropriatezza e di efficacia delle prescrizioni mediche in relazione alle patologie diagnosticate, nonché del razionale utilizzo delle risorse pubbliche ¹⁴⁸.

L' iperprescrizione di farmaci è, quindi, il fatto causativo di un consumo farmacologico inadeguato, incongruo o sproporzionato in evidente contrasto con le esigenze generali di contenimento dei costi e riduzione degli sprechi.

La giurisprudenza della Corte dei conti ha individuato tre principali casi di iperprescrittività, a seconda che essi siano collegati a: iperprescrittività in senso ampio, iperprescrittività in senso stretto, iperprescrittività derivante da fatti illeciti.

Alla definizione di queste tre tipologie di iperprescrittività la Corte dei conti è pervenuta a seguito delle relative qualificazioni e imputazioni elaborate dalle procure regionali in sede di proposizione delle azioni per danno erariale.

¹⁴⁸ In tal senso v. M. MINERVA, *Sulla responsabilità da iperprescrittività dei farmaci e sulla giurisdizione della Corte dei conti*, Roma, 2005 p. 249.

La vasta gamma di situazioni ritenute dannose per l' Erario è stata pertanto ricondotta alla suddetta tripartizione, funzionale anche alla quantificazione del danno erariale .

1.1 L' IPERPRESCRIZIONE IN SENSO AMPIO.

L' iperprescrizione in senso ampio è intesa come la situazione più frequente e ripetuta di scostamento tra le scelte del singolo medico di medicina generale di base convenzionato con le ASL (e, quindi, con il S.S.N) e quelle della generalità dei medici di base anch' essi convenzionati con le predette strutture ¹⁴⁹.

Lo scostamento tra le scelte prescrittive del singolo medico e le scelte della generalità degli altri professionisti comporterebbe di per sè la sussistenza di un elemento sintomatico di una potenzialità di danno derivante da iperprescrittività, la quale per concretizzarsi in comportamento sanzionabile richiederebbe che “presenti i caratteri della ripetizione continua nel tempo e della abnormità nella misura... nonostante i periodici, costanti e puntuali avvertimenti dell' amministrazione sanitaria” ¹⁵⁰ .

Al riguardo è opportuno sottolineare come, nel tempo, le strutture del S.S.N abbiano costituito un sistema di monitoraggio degli andamenti dinamici dei flussi farmacologici nei rispettivi territori di competenza, tale da consentire di fornire ai medici convenzionati informazioni e modulare su di esse il loro atteggiamento prescrittivo.

Il sistema adottato consente anche di formulare considerazioni che appaiono dirimenti ai fini delle valutazioni circa la sussistenza dell' elemento soggettivo

¹⁴⁹ V. Corte dei conti sez. Umbria n. 275/04 cit.

¹⁵⁰ M. MINERVA, *I limiti della discrezionalità medica nella prescrizione dei farmaci a carico del S.S.N e la giurisdizione della Corte sui danni da iperprescrittività*, in www.giustiziaamministrativa.it, p. 6

(dolo o colpa grave). Ciò in quanto il medico convenzionato sarebbe messo in grado di rendersi conto dello scostamento della propria attività prescrittiva rispetto alla media registrata sul territorio.

La fattispecie illecita deve poi ritenersi senz'altro realizzata, sotto l'aspetto della sussistenza dell'elemento soggettivo della colpa grave, qualora il comportamento iperprescrittivo del medico abbia costituito oggetto di periodici e puntuali avvertimenti da parte dell'amministrazione sanitaria e tali da determinare di per sé l'insorgere di una contestuale responsabilità disciplinare.

Ciò considerato, non c'è tuttavia dubbio che la categoria della iperprescrittività in senso ampio abbia comunque bisogno di una riferibilità a parametri sia quantitativi che qualitativi che consentano di definire un ambito di sanzionabilità che non risulti eccessivamente relativizzato o caratterizzato da peculiari situazioni territoriali.

Nello sforzo di pervenire alla definizione di indici in grado di qualificare oggettivamente la cd iperprescrittività in senso ampio, la giurisprudenza della Corte dei conti ha elaborato una serie di criteri che permettono di individuare gli atteggiamenti prescrittivi anomali, sia a livello quantitativo che qualitativo, in relazione alla molteplicità dei dati riguardanti il territorio nazionale e gli ambiti sia regionali che locali.

Questa ricerca ha portato a dare rilevanza di criterio generale interpretativo a metodi di individuazione del danno da iperprescrittività basati su medie aritmetiche ¹⁵¹.

¹⁵¹ Emblematica, al riguardo, la sent. Corte dei conti, sez. Umbria 275/04 cit. Il sistema di quantificazione del danno sotto il profilo della iperprescrittività in senso ampio e generico viene definito sulla base di un metodo di calcolo ponderato utilizzato dalla Procura regionale in sede di proposizione dell'azione per danno erariale. Tale sistema prende a riferimento il totale della spesa posta a carico del S.S.N dai medici convenuti in giudizio attraverso l'attività prescrittiva, quindi la somma viene divisa per il numero degli assistibili in modo da ottenere la rispettiva spesa per assistibile e compararla con la media di tutti gli altri medici di medicina generale. In tal modo si ottiene, per differenza, la quota di rimborso in eccedenza addebitabile all'ASL per assistibile. Al fine di conferire inoppugnabilità al calcolo in discorso si precisa che la media di cui trattasi "non è la media aritmetica pura, ma una media maggiorata con il meccanismo della deviazione standard (o scarto quantitativo medio)". La sez. giuris. Umbria aveva quindi ritenuto corretti sia il sistema di monitoraggio della spesa farmaceutica, utilizzato, nella fattispecie dalla competente ASL, sia i calcoli effettuati. La sez. di appello, nel confermare la sentenza, ha ritenuto che "i motivi che sostengono il gravame (del medico appellante) si sostanziano in mere petizioni di principio, non supportate da alcuna prova documentale e ripetitive della difesa già esposte *in prime cure*, che dovrebbero essere perciò solo dichiarati

Tuttavia è stato evidenziato, sia in dottrina che in altre pronunce delle sezioni giurisdizionali della Corte dei conti, il rischio connesso a operazioni logiche di tale tipo, che è quello di dare vita a criteri predeterminati esplicativi delle cause di danno i quali, andando al di là della valutazione del caso concreto, potrebbero porre le premesse per una valutazione *praeter legem* di una presunzione circa l'*an* del documento erariale.

A fronte dei danni patrimoniali contestati di volta in volta dai p.m. contabili sulla base dei sistemi di calcolo utilizzati per quantificare l'iperprescrittività in senso ampio, i convenuti, generalmente, nelle proprie memorie difensive controdeducono indicando una serie di elementi i più ricorrenti dei quali sono i seguenti: l'inattendibilità delle medie prescrittive e dei dati utilizzati dal p.m., con particolare riferimento al numero degli assistiti, che spesso costituisce il parametro più importante per il calcolo delle medie (eccependo, in particolare, che a causa di tardive revisioni, sono presenti negli elenchi regionali soggetti deceduti o, al contrario, non sono inseriti migliaia di cittadini extracomunitari); la scarsa significatività del criterio della "media ponderata ASL", che, trattandosi di parametro statistico non previsto da alcuna normativa nazionale, è ritenuto non supportato da idonea dimostrazione del procedimento seguito per stabilirla; il fatto di non tener conto di numerose variabili, quali i condizionamenti territoriali degli assistiti, le patologie e le cronicità dei pazienti curati, le prescrizioni indotte da diagnosi e terapie specialistiche e altro ancora.

C'è da aggiungere, poi, che i giudici contabili, quand'anche si manifestino propensi a utilizzare il criterio dell'iperprescrizione in senso ampio, operano generalmente con cautela, richiedendo pareri alla Commissione tecnica istituita presso l'Istituto Superiore di Sanità.

In tali pareri la CTU, pur ritenendo in linea di massima condivisibili gli strumenti

inammissibili; peraltro le stesse appaiono anche giuridicamente infondate ed in quanto tali da respingere, mutuando al riguardo le compiute argomentazioni del giudice di 1° grado".

epidemiologici di valutazione dell'attività iperprescrittiva del medico di medicina generale definiti dalle ASL e sostanzialmente corretti i criteri di standardizzazione e di "pesatura" della spesa (ivi compresa la maggiorazione della soglia di riferimento standard, solitamente operata applicando due deviazioni standard), tuttavia appare restia ad utilizzare pienamente tale strumento.

Infatti, generalmente nella formulazione dei propri pareri, la CTU ritiene che esso serva esclusivamente a rilevare eventuali casi che si discostano dalla spesa media pesata per assistito del territorio di competenza, ma ciò non esclude assolutamente che il comportamento del medico possa essere giustificato da eventi non prevedibili. Sulla scorta di tali considerazioni, solitamente, si perviene alla conclusione che deve rendersi necessario un approfondimento, paziente per paziente, dell'attività prescrittiva del medico di medicina generale, approfondimento che non può prescindere dalla storia clinica di ogni singolo paziente ¹⁵².

Ciò ha indotto successivamente alcuni giudici contabili ¹⁵³ ad osservare come la violazione di standard numerici o di medie statistiche (al pari della formale violazione di norme di legge e di contratti collettivi) "ancorchè ragionevolmente

¹⁵² Le valutazioni della CTU risultano, nella maggior parte dei casi, determinanti per l'assunzione delle decisioni dei collegi giudicanti.

Dall'esame delle pronunce si desume che nel calcolo del danno erariale operato dai p.m. contabili il peso del criterio della iperprescrittività in senso ampio è preponderante rispetto agli altri criteri, per cui, sovente, una volta scartato il criterio della iperprescrittività in senso ampio, si perviene a condanne in cui il *quantum* del risarcimento del danno è notevolmente inferiore rispetto alle richieste iniziali dei p.m. contabili.

Per rendersi conto delle proporzioni, si possono citare alcuni casi. Ad esempio, nel giudizio intentato con atto di citazione depositato il 10/12/2007 la procura regionale presso la sezione regionale della Corte dei conti della Lombardia calcolava un danno da iperprescrizione in senso ampio ammontante a 113.101,00 euro e un danno derivante da iperprescrizione in senso stretto quantificato in 6.132,00 euro (in più un danno di 4.737,00 euro derivante da disservizio). La sezione giurisdizionale condannava il medico al solo danno erariale derivante da attività iperprescrittiva in senso stretto (v. Corte dei conti sez. Lombardia, 13/7/2010, n. 404). Nel giudizio intentato con atto di citazione della procura regionale presso la sezione giurisdizionale della Corte dei conti della Campania, depositato il 4/5/2007, il p.m. quantificava un danno erariale per iperprescrittività in senso ampio di 126.189,00 euro e un danno erariale per iperprescrittività in senso stretto per complessive 5.207,00 euro. Il collegio provvedeva a condannare il medico iperprescrittore a risarcire solo il danno da iperprescrittività in senso stretto, quantificato in euro 792,00.

¹⁵³ Cfr., in particolare, Corte dei conti, sez. Lombardia 27/02/2013, n. 40; 01/02/2011, n. 83; 22/06/2010, n. 302; 08/01/2010, n. 9; 29/06/2009, n. 427;.

ponderate e pesate, sebbene comporti un esborso per le casse pubbliche, non comporta automaticamente la responsabilità amministrativo-contabile di un pubblico dipendente, pur costituendo detta valutazione un indice sintomatico di possibile illiceità comportamentale”¹⁵⁴.

È stato, pertanto, sottolineato in diverse pronunce della Corte dei conti come nelle valutazioni di ogni caso si debba procedere ad una duplice valutazione: quella che sindacava la discrezionalità tecnica del medico¹⁵⁵ e quella che riferisce la “scelta irragionevole” alla colpevolezza (dolo o colpa grave) del suo autore.

Entrambi i giudizi necessitano di una valutazione, per l’ appunto caso per caso, non suscettibile di essere ancorata a criteri predefiniti (che solo la norma può indicare).

Quello che vale circa la non ammissibilità di una generica presunzione di colpevolezza desumibile dagli scostamenti delle medie di prescrizioni di farmaci, sembra ancor più evidente in ordine ad una determinazione in via automatica del danno in base ai valori risultanti dallo scostamento di cui trattasi.

Il metodo statistico (che, nella prassi, continua ad essere utilizzato soprattutto in sede di consulenza tecnica) pertanto, di per sé può fornire “una mera indicazione di probabile comportamento iperprescrittivo anomalo rispetto agli altri medici del distretto; tale voce di danno appare quindi priva dei connotati di certezza ed attualità

¹⁵⁴ V. Corte dei conti, sez. Lombardia, n. 9/2010 cit. L’ istruttoria deve pertanto incanalarsi “verso la verifica analitica delle singole prestazioni” giacché è da ritenersi insufficiente lo sfioramento di parametri statistici per desumere la colpevolezza iperprescrittiva.

Ciò non toglie che detta violazione possa essere valutata in altra sede, come quella disciplinare, ma da essa, secondo il collegio, non si può desumere “ automatica sussistenza di una gravemente colposa condotta foriera di danno erariale, che va acclarata in concreto e atomisticamente alla luce dei noti parametri per l’individuazione dell’ illecito amministrativo-contabile”.

Tale assunto è stato confermato da Corte dei conti, sez. Lombardia, 22/06/2010, n. 302 e 09/03/2010, n. 83 Cfr., da ultimo, sez. app. Sicilia 02/03/2015, n. 61, la quale, sulla falsariga di sez. Lombardia, n.9/2010, pone in risalto la considerazione che “la statistica può appagare lo studioso o fornire spunti manageriali per interventi gestionali (o normativi) correttivi nel mondo sanitario, ma mai per fondare condanne della Corte dei conti svincolate da un concreto e atomistico riscontro oggettivo di condotte gravemente colpose in relazione a singoli, accertati e individuati episodi”

¹⁵⁵ Circa la sindacabilità della Corte dei conti sulla discrezionalità tecnica v. Corte dei conti sez. Bolzano, 8/4/2009 n. 32; sez. I centr. app. 12/3/2009, n. 158; sez. Puglia 77/1/2006 n. 960.

necessari per affermare la risarcibilità in sede di giudizio di responsabilità amministrativo-contabile”¹⁵⁶.

Si è quindi delineato nella giurisprudenza della Corte dei conti un evidente contrasto tra due opposti profili interpretativi circa la possibilità di individuare atteggiamenti prescrittivi anomali sulla base di dati statistici che evidenzino con la loro oggettività scostamenti rispetto alle medie da porre a riferimento.

Anche in sede dottrinale si è riproposto il contrasto tra le opposte tesi con interventi, in parte, promananti dai medesimi magistrati appartenenti alle sezioni giurisdizionali della Corte dei conti pronunciate nella materia di cui trattasi.

Da una parte, quindi, si è sostenuta la validità della iperprescrittività in senso ampio sulla scorta della considerazione generale che l’attività prescrittiva del medico convenzionato “si deve ispirare, tra l’altro, al principio... del raggiungimento di obiettivi di economicità e risparmio delle risorse finanziarie pubbliche su cui, in definitiva, ogni scelta terapeutica del medico va ad incidere.”¹⁵⁷.

Al riguardo viene fatto rilevare come tale impostazione sia avvalorata dalle norme

¹⁵⁶ V. Corte dei conti, sez. Campania 18/7/2011, n. 1308.

¹⁵⁷ M. MINERVA, *I limiti della discrezionalità...* cit., p. 6. L’A., venendo poi alle tecniche di quantificazione di questo particolare tipo di danno, così prosegue: “andrebbe preso a riferimento il totale della spesa posta a carico del S.S.N dei medici iperprescrittori così come rilevato dal sistema di monitoraggio della spesa farmaceutica ormai in via di adozione presso tutte le ASL dividendo tale somma per il numero degli assistibili (numero di pazienti che risultano formalmente in carico al medico), in modo da ottenere la rispettiva spesa per assistibile effettivamente addebitata al S.S.N, parametro messo a confronto con la media di tutti gli altri sanitati nel territorio, allo scopo di ottenere, per differenza, la quota di rimborso in eccedenza addebitato all’ASL per assistibile. Da sottolineare che la media utilizzata quale parametro di riferimento per valutare l’iperprescrittività – intesa, nella definizione accolta in questa sede quale scostamento consapevole, ripetuto nel tempo e abnorme nella misura, tra le scelte del singolo medico e la scelta della generalità degli altri professionisti – non è la media aritmetica pura, ma una media maggiorata con il meccanismo della “deviazione standard” (o scarto quadratico medio), vale a dire di una grandezza che, con un particolare procedimento matematico indica la media degli scarti, ovvero di quanto una certa misura differisce dalla media del campione di riferimento. Ebbene, qualora nonostante questo procedimento – che compensa completamente, tenendone conto, le variabilità dei pazienti per età, condizione di salute, ecc – e nonostante si aggiungano alla media aritmetica della spesa per assistibile non una, ma ben due deviazioni standard, i medici iperprescrittori si situino molto al di sopra di tale valore, già di per sé maggiorato di molto, saremo certamente di fronte a comportamenti patologici e la relativa misura potrà essere considerata danno risarcibile”. (M. MINERVA *I limiti della discrezionalità...* cit. p.7).

dell'accordo collettivo e del codice deontologico, nonché dalle numerose disposizioni normative che, soprattutto negli ultimi anni, hanno comportato l'adozione di misure di contenimento della spesa farmaceutica.

In proposito un elemento ritenuto assolutamente probante si ritiene di rinvenire nelle limitazioni numeriche disposte dalla legge relativamente alle quantità di pezzi prescrivibili per ricetta. Da ciò la derivata impraticabilità di soluzioni (sul piano della liceità) che comunque aggirino le norme, quali ad es. il c.d. frazionamento artificioso della prescrizione di medicinali e cioè la redazioni di differenti ricette, nello stesso giorno o comunque in tempi ravvicinati, che prescrivono l' identico farmaco o principio attivo.

Infine, secondo i sostenitori della iperprescrittività in senso ampio, resta sempre salva la possibilità per il medico di medicina generale di prescrivere al proprio paziente una terapia farmacologica che si discosti dalla media senza però condurre all' addebito all' S.S.N della relativa spesa, cioè evitando di utilizzare il modello regionale di ricetta, con accollo quindi della relativa spesa al paziente.

Gli Autori dell' opposta tendenza dottrinale fanno rilevare come la natura prevalentemente risarcitoria del giudizio di responsabilità per danno erariale (pur non mancando profili di natura sanzionatoria) non consenta l' applicazione dei principi vigenti in tema di accertamento della responsabilità disciplinare.

Infatti, per quanto riguarda quest' ultima, il Consiglio di Stato ebbe modo di affermare che la violazione formale, da parte del medico, della normativa vigente, nonché degli indici posti a parametro dell' attività prescrittiva comporti la legittimità della sanzione irrogata “fatta ovviamente salva la prova del contrario, il cui onere incombe sul medico stesso”¹⁵⁸.

¹⁵⁸ Cons. Stato, sez. v, 19/09/1995 n. 310. Il supremo organo di giustizia amministrativa pone in evidenza la circostanza che è qualificabile come “illecito disciplinare sanzionabile l' iperprescrizione di farmaci, perché essa costituisce la situazione più frequente di scostamento, più o meno giustificata tra le scelte del medico e quella della generalità degli altri sanitari, laddove l' interessato non dia la dimostrazione plausibile della eventuale pericolosità delle patologie da lui trattate”.

L'indirizzo dottrinale in argomento fa rilevare come nel processo contabile non sia sufficiente l'accertamento della mera illegittimità, "essendo richiesta l'ulteriore connotazione della illiceità della condotta, in quanto produttiva di danno erariale.

Inoltre non può essere ammessa l'inversione dell'onere della prova, rimanendo tale onere a carico dell'attore"¹⁵⁹.

Oltre a ciò resta il fatto che il metodo statistico di per sé presta il fianco a valutazioni critiche se posto in relazione all'esercizio di una professione, come quella medica, a proposito della quale bisogna tener conto di numerose variabili. Si fa inoltre notare come la stessa Cassazione, sia pur nel diverso ambito degli accertamenti tributari, esplicitando principi aventi carattere generale, abbia stabilito, sia pur in tutt'altra materia e cioè a proposito dell'accertamento induttivo del reddito, che i valori percentuali medi del settore preso in esame non possono costituire una presunzione giuridicamente rilevante ma debbono essere considerati come una semplice regola di esperienza, la quale non consente, di per sé sola, di presumere l'esistenza di attività non dichiarate¹⁶⁰.

Infine, proprio l'obbligo (oltre che giuridico, etico) del medico di agire "secondo scienza e coscienza" fa sì che egli possa essere indotto a prescrivere al paziente farmaci ben oltre i limiti imposti dalle norme vigenti quando reputi che ciò sia necessario. In tale evenienza il medico non può limitarsi a prescrivere farmaci a totale carico del paziente se questi non è in grado di sopportarne l'onere, pena la violazione del diritto fondamentale alla salute.

In conclusione, il criterio del danno da iperprescrizione in senso lato non viene ritenuto suscettibile di essere seguito, non tanto per la inattendibilità tecnica di esso o perché non sia esplicitamente previsto dalla legge, quanto "per la sua astrattezza, logicamente incompatibile con il basilare principio dell'onere della prova alla base

¹⁵⁹ A. VETRO, in *Respamm..it*, cit, p. 8.

¹⁶⁰ *Ex multis* cfr. Cass. 18/02/2009, n. 26635.

di una responsabilità, quella amministrativo- contabile personale e derivante da comportamenti dannosi storicamente certi e provati con regole eziologico-causali e non desumibili statisticamente”¹⁶¹.

Ciò che viene sottolineato è come non si possa desumere automaticamente l'esposizione a responsabilità amministrativo-contabile dall' accertato scostamento da standard numerici o medie statistiche ma occorra, di volta in volta, una valutazione del comportamento prescrittivo del medico tale da riferire la iperprescrittività a parametri assolutamente oggettivi, pur non potendosi prescindere dalla considerazione del contesto all' interno del quale il medico ha assunto le sue decisioni¹⁶².

Dirimente appare poi il riferimento a come la giurisprudenza della Corte dei conti si sia orientata nel senso di non considerare di per sé sufficiente la mera violazione di un parametro normativo per affermare la sussistenza della colpa grave, essendo necessario valutare il comportamento dell' agente nella sua dimensione concreta¹⁶³.

In tal modo si intende evitare il rischio che la gravità della colpa o la sussistenza del dolo siano desunte da un giudizio aprioristico invece di conseguire ad una indagine sul “presunto” comportamento illecito¹⁶⁴.

¹⁶¹ G. MODESTI, op.cit., p. 16.

¹⁶² Questo perché, come rileva D. IMMORDINO, “l' esito della prescrizione non dipende solo dai parametri scientifici e normativi, ma anche dalla interazione tra il sistema di valori, di sensibilità, e di conoscenza del medico con quello del paziente, sicché la terapia farmacologica non può esaurirsi nella mera ottemperanza a principi,criteri, parametri e regole scientificamente e clinicamente definiti ma è condizionata anche da elementi culturali e relazionali” (op. cit. p. 355)

¹⁶³ Sulla considerazione che non ogni condotta divergente da quella doverosa implichi la colpa grave, ma solo quella caratterizzata, nei casi concreti, dall' assenza del minimum di diligenza, prudenza, o imperizia, richiesto dall' esercente la professione medica, cfr. Corte conti,sez. Calabria, 20/07/2010 n. 426 e sez. Sicilia 05/0372010 n. 471.

¹⁶⁴ In tal senso, v. A. ATTANASIO, il quale, soffermandosi sulla efficacia deterrente delle pronunce di condanna in tema di responsabilità amministrativo-contabile, sottolinea come le azioni di responsabilità debbano essere “dirette a sanzionare fatti realmente offensivi degli interessi protetti, mediante una concreta rilevazione del contesto organizzativo in cui la vicenda dannosa si è realizzata” (op. cit., p. 20). Inoltre, sottolinea G. MODESTI, “la statistica può ... offrire spunti di indagine ispettiva e poi giuscontabile occasionati da “campanelli d' allarme” statistici, ma mai per fondare condanne ...svincolate da un concreto e

Ciò comunque non toglie come una valutazione circa la sussistenza degli anzidetti parametri possa essere utile al fine di far emergere l' eventuale valore sintomatico della illecita condotta del medico convenzionato e indurre la procura regionale della Corte dei conti (di iniziativa o sulla scorta di segnalazioni ricevute) ad avviare i necessari accertamenti.

La complessità della problematica richiede una valutazione caso per caso tenuto conto del fatto che la formale violazione delle norme di legge, di contratti collettivi e gli stessi scostamenti dalle medie statistiche (sebbene queste ultime siano state adeguatamente ponderate e pesate), pur costituendo un indice di possibile illiceità comportamentale non può determinare automaticamente l' insorgenza di una responsabilità amministrativo-contabile in quanto la valutazione del comportamento prescrittivo del medico non può prescindere dal contesto in cui questi assume le sue decisioni e, soprattutto, il comportamento iperprescrittivo non può essere giuridicamente presunto.

Si deve inoltre ritenere, sulla scorta dell' indirizzo giurisprudenziale ormai prevalente, che, agendo il medico secondo scienza e coscienza, "l'esito della prescrizione non dipende solo dai parametri scientifici o normativi ma anche dalla interazione tra il sistema dei valori, di sensibilità e di conoscenze del medico con quelle del paziente, sicchè la terapia farmacologica non potrà esaurirsi nella mera ottemperanza a principi, criteri o parametri clinicamente definiti, ma sarà condizionata anche da elementi culturali dalla peculiarità della relazione tra medico e paziente"¹⁶⁵, situazioni, queste, che, pertanto, vanno verificate nella loro concretezza.

atomistico riscontro oggettivo di condotte gravemente colpose in relazione a singoli, accertati ed individuati episodi" (op.cit. p. 13).

¹⁶⁵ P. MARIOTTI, A. SERPETTI, *Danno erariale da responsabilità sanitaria* in *Officina del Diritto*, Milano 2014, p. 30.

1.2 L' IPERPRESCRIZIONE IN SENSO STRETTO

Quanto alla seconda *species* di indebita prescrizione medica delle tre che la giurisprudenza contabile ha individuato e cioè la c.d iperprescrittività in senso stretto, con essa si designa “il superamento del quantitativo di farmaco assumibile dall’ assistito in un determinato periodo di tempo, risultante dalle indicazioni contenute nelle schede ministeriali relative ai farmaci, depositate presso il Ministero della Salute”¹⁶⁶.

Tali schede contengono, tra l’altro, elementi conoscitivi (ad es .della composizione degli elementi chimici e delle proprietà farmacologiche),informazioni cliniche (e cioè controindicazioni, precauzioni d’uso, reazioni avverse, interazioni, indicazioni su conseguenze da sovradosaggio),nonché le indicazioni sulla prescrivibilità a carico del SSN. L’attività prescrittiva è, si ribadisce, regolamentata da disposizioni volte a garantire, in coerenza con i principi costituzionali, l’idoneità della cura farmaceutica prescritta, anche nel rispetto dei criteri di economicità e di riduzione degli sprechi.

Ciò significa che l’attività prescrittiva, pur costituendo (sotto l’ aspetto strettamente clinico) esplicazione di una discrezionalità tecnica, risulta indirizzata da una serie di riferimenti normativi che nel contempo vincolano anche il professionista.

Giova, in proposito, rilevare che l’art.8,commi9 e 10 della legge 24/12/1993,n.537 (dopo aver abolito il Prontuario Terapeutico istituito dalla legge 8332/1978) ha affidato alla Commissione Unica per il Farmaco-CUF (oggi AIFA, Agenzia Italiana per il Farmaco, istituita con DL 269/2003,convertito nella L.326/2003) il compito di classificare le specialità medicinali anche a fini della assunzione dei relativi oneri da parte del Servizio Sanitario Nazionale.L’attività prescrittiva è, quindi, regolamentata da disposizioni volte a garantire, in coerenza con i principi

¹⁶⁶ M. MINERVA, *I limiti della discrezionalità...*,cit.,p.5. In senso analogo, cfr. D. IMMORDINO,op.cit.,p.354.

costituzionali, l'idoneità della cura farmacologica nel rispetto dei criteri di economicità e di riduzione degli sprechi.

Le conclusioni della giurisprudenza contabile circa la sussistenza della responsabilità amministrativa in caso di iperprescrittività in senso stretto sono univoche.

La condotta del medico iperprescrittore concretizza una violazione dell'art.3 L.94/1998, in forza del quale "il medico, nel prescrivere una specialità medicinale o altro medicinale prodotto industrialmente, si attiene alle indicazioni terapeutiche, alle vie e alle modalità di somministrazione previste dall'autorizzazione all'immissione in commercio rilasciate dal Ministero della Sanità" (salvo le eccezioni previste dai commi 2 e 3 e di cui si è già detto).

Il richiamo all'art. 3 L.94/98 consente di poter affermare come il legislatore abbia inteso "individuare un meccanismo diretto a creare le condizioni perché la spesa pubblica farmaceutica possa, a monte, essere destinata a soddisfare il requisito del beneficio terapeutico e dunque utile per il singolo (ma di riflesso anche per la collettività, stante l'importanza sociale della salute), nel contempo salvaguardando i limiti di spesa imposti dall'esigenza di equilibrio del bilancio pubblico"¹⁶⁷.

Occorre altresì precisare come l'ambito della legittimità dell'attività prescrittiva sia puntualmente delimitato da numerose disposizioni contenute in diverse fonti.

Oltre all'art. 3, L. 94/98, si possono citare, in ordine cronologico, l'art.30, L.23/12/1978, n.833 (istitutiva del SSN), che prevede l'approvazione di un prontuario terapeutico da aggiornare annualmente (poi abolito e sostituito dal prontuario farmaceutico); l'art. 2 DL 30/10/1987, n. 433, conv. in L.29/12/1987, n.531, che fissa le modalità di prescrizione delle specialità medicinali; l'art.8 L.24/12/, n. 357, contenente i criteri cui deve attenersi il CUF nella classificazione dei farmaci e per la loro rimborsabilità; l'art. 1 DL 20/6/1996, n. 323, conv. in L.8/8/1996, n. 425, che pone a carico del medico convenzionato l'obbligo di

¹⁶⁷ V. Corte dei conti, Sez. Campania, n.1308/2011, cit.

rimborsare al S.S.N il costo del medicinale prescritto senza l' osservanza delle regole e inoltre concerne i limiti al numero dei pezzi prescrivibili; l'art.3,comma1,DL17/2/1998, n. 23, conv. in L. 8/4/1998, n. 94,contenente,come già evidenziato, l'obbligo del medico, nel prescrivere un medicinale, di attenersi alle indicazioni terapeutiche, alle vie e alle modalità di somministrazione previste dall'autorizzazione all'immissione in commercio rilasciata dal Ministero della Salute; l'art.3,comma 1 L.94/1998,in forza del quale il medico prescrittore non può discostarsi dalle indicazioni contenute nella scheda tecnica ministeriale; l'art.15-decies, D.L.gs.30/12/1992,n.502,come modificato dal D.L.gs.19/6/1999, n. 239, indicante l'obbligo di appropriatezza cui il medico prescrittore si deve attenere; l'art.87 L.23/12/2000,n.388,concernente il monitoraggio delle prescrizioni mediche; l'art.15-bis DPR n.270/2000 che impone al medico di base di garantire l'appropriatezza nell'attività prescrittiva per quanto riguarda l'utilizzo delle risorse messe a disposizione dall'azienda sanitaria, ricercando la sistematica riduzione degli sprechi; l'art.36 dello stesso DPR ove è disposto, come già in precedenza illustrato, che la prescrizione del medicinale debba avvenire “per qualità e per quantità, secondo scienza e coscienza, con le modalità stabilite dalla legislazione nel rispetto del prontuario terapeutico nazionale”; da ultimo, il decreto del Ministro della Salute, 20/01/2016, concernente le condizioni e le indicazioni di appropriatezza per la erogabilità di prestazioni ambulatoriali.

Il sistema delineato ha sostanzialmente tradotto in precetti normativi, come tali vincolanti per il medico prescrittore, direttive originariamente nate come linee-guida in ordine alla somministrazione dei farmaci.

Tali indicazioni vincolanti, proprio perché fondate su principi della scienza medica in ordine alle diverse patologie che possono essere trattate da determinati farmaci, restringono di molto l'ambito di discrezionalità tecnica del medico, in quanto forniscono precise indicazioni circa i limiti di prescrivibilità in ragione della durata del ciclo terapeutico e delle modalità di somministrazione.

Segnatamente, il dettagliato contenuto delle note AIFA fa sì che le indicazioni di cui trattasi servano a indirizzare “in modo equo e razionale, le risorse finanziarie

pubbliche...verso le prestazioni la cui efficacia è riconosciuta secondo le evidenze scientifiche”¹⁶⁸ in base ai principi ispiratori della legislazione istitutiva del SSN.

Nelle più recenti pronunce della magistratura contabile si è proceduto ad attribuire in via immediata il connotato di danno pubblico all’esborso subito dalla pubblica amministrazione in conseguenza di un’attività prescrittiva di medicinali che non abbia osservato le indicazioni vincolanti contenute nelle suddette Note¹⁶⁹.

Il rischio sotteso a tale impostazione è che si proceda all’accertamento della responsabilità amministrativa sulla base della mera verifica del comportamento illegittimo, senza procedere cioè alla valutazione del comportamento dell’agente al fine di accertare la concreta sussistenza dell’elemento soggettivo (anche sotto il profilo della prevedibilità dell’evento danno) o della violazione delle regole di esperienza e perizia.

L’effetto, per certi versi aberrante, che ne deriverebbe sarebbe, in particolare, quello di pervenire a un’inversione dell’onere della prova, facendo ricadere quest’ultimo sul convenuto.

Al riguardo, occorre osservare come, ferma restando la necessità di valutare la sussistenza del nesso causale dell’elemento soggettivo, la conformazione del giudizio amministrativo-contabile quale giudizio risarcitorio e non sanzionatorio, consenta di fare riferimento al sistema delle presunzioni disciplinate dal cod.civ.,con particolare riguardo al contenuto dell’art. 2729.

Pertanto, laddove l’inottemperanza alle prescrizioni di cui alle Note più volte citate

¹⁶⁸ V.Corte dei conti, sez. Campania, n. 1308/2011,cit.

¹⁶⁹ A conclusioni non dissimili è pervenuta la giurisprudenza della Cassazione Penale, laddove è stato evidenziato che “l’attività prescrittiva non solo deve tendere al miglioramento delle condizioni di salute dell’assistito (secondo i principi di appropriatezza del farmaco e di efficacia dell’intervento in relazione alla patologia diagnosticata),ma deve anche evitare un consumo farmacologico inadeguato, incongruo o sproporzionato, in funzione di criteri di economicità e di riduzione degli sprechi. Le modalità con cui deve essere esercitata dai medici di base l’attività prescrittiva di medicinali nell’ambito del SSN trova una dettagliata regolamentazione proprio per assicurare che la discrezionalità tecnica del medico, con riferimento alla scelta e alla indicazione della terapia farmacologica, nonché ai tempi, alle dosi e alle modalità di somministrazione del farmaco, non sia illimitata” (Cass.Pen., sez. VI, 31/03/2011, n. 13315).

presenti di per sé elementi di prova gravi, precisi e concordanti, non occorrerà altro per provare ulteriormente la tipologia del danno causato all'Erario, rimanendo a carico del medico convenuto la dimostrazione dell'appropriatezza.

Ciò che vale per la sussistenza del danno e il collegamento causale tra il comportamento illegittimo e il danno stesso, vale altresì per l'elemento soggettivo, atteso che il medico di base, allorché prescrive, "utilizzando il ricettario pubblico, una terapia farmacologica che, per dosi, tempi, modalità di somministrazione non possa essere, secondo le note CUF, addebitata al SSN, pone in essere un comportamento connotato da inescusabile negligenza, tenuto conto anche della circostanza che il danno che ne deriva è agevolmente prevedibile e prevenibile"¹⁷⁰.

In conclusione, "l'automatica sussistenza di una gravemente colposa condotta foriera di danno erariale" la si può considerare "in concreto e atomisticamente alla luce dei noti parametri per l'individuazione dell'illecito amministrativo-contabile"¹⁷¹.

Relativamente alla sussistenza della colpa grave, occorre poi rilevare che nell'ambito sanitario non può essere utilizzato il parametro ordinario di valutazione che vede nella colpa grave la particolare negligenza, imperizia o imprudenza, riferite alla persona media. Infatti, l'accertamento (da condursi *ex ante*) non può non tener conto della circostanza che il comportamento da valutare è quello di un

¹⁷⁰ V. Corte dei conti, sez. Campania n. 1308/2011 cit. e, negli stessi termini, sez. Lombardia, n.9/2010, cit.;22/06/2010, n.302; 13/07/2010 n.404; sez. Bolzano, 08/04/2009, n. 32/; sez. Campania, 14/09/2006, n.1711 e 25/09/2006, n.1735;

¹⁷¹ V. Corte dei conti, sez. Lombardia, n.9 /2010 cit. Peraltro i gravi errori diagnostici che sono alla base del comportamento connotato da grave colpa, allorquando vengono acclarati come tali sulla scorta di basilari conoscenze mediche, non possono essere esclusi o limitati da alcun fattore concausale esterno. Al riguardo "non può ragionevolmente ritenersi che un professionista, dotato della necessaria preparazione scientifica...al momento dell'iscrizione nell'elenco dei medici convenzionati...non sia in grado di determinare responsabilmente la propria attività prescrittiva" (v. Corte dei conti, sez. Bolzano, 08/04/2009,n.32) . Quindi, ricorrendo tali situazioni, non potrebbe essere invocata come concausa, con portata decurtante dell'entità del danno, la mancata attivazione dell'ASL di riferimento nell'invio di reports o documentazioni dalla cui lettura il soggetto prescrittore possa trarre il dubbio che la sua attività prescrittiva sia, per così dire, fuori norma.

professionista, il quale ha superato una selezione ai fini della stipulazione della convenzione con il S.S.N.

Ad esso è pertanto richiesta una diligenza superiore a quella della persona media.

La giurisprudenza della Corte dei conti ravvisa la sussistenza di tale elemento psicologico nell'errore professionale inescusabile ¹⁷².

Allo scopo di pervenire ad una definizione in concreto dei relativi profili contenutistici, possono delinearci, anche sulla base dell' indirizzo di coordinamento della Procura Generale della Corte dei conti 19/10/1996 n. I. C./6 , ¹⁷³ tre ipotesi fondamentali.

La prima ipotesi ricorre in tutte quei casi in cui siano violati i precetti *ictu oculi* espressi e chiari. Si tratta, in sostanza, di erronea interpretazione di dati normativi chiari e inequivocabili ¹⁷⁴.

La seconda ipotesi si ha allorché il professionista abbia agito seguendo un proprio convincimento, senza tener conto di istruzioni, indirizzi e prassi. In tali situazioni la gravità della colpa consiste nel non essersi attivato per verificare la propria opinione e confrontarla con le indicazioni tecniche scientifiche basilari che debbono presiedere alla scelta tecnica ¹⁷⁵. La terza ipotesi ricorre quando il comportamento è gravemente colposo in quanto conseguenza della mancata

¹⁷² Sul punto, cfr Corte dei conti, sez. Sicilia 28/03/2012, n.1015 la quale ha statuito che la colpa grave deve essere desunta da un comportamento caratterizzato dalla inosservanza “di un livello minimo di diligenza, prudenza e perizia”, precisando che “tale livello minimo dipende dal tipo di attività concretamente richiesto all' agente e dalla sua particolare preparazione personale”.

In dottrina, per l' inquadramento della colpa grave nella colpa professionale, v. E. BONORA, *Sulla responsabilità amministrativa e contabile del medico per condotta negligente*, in *Nuova giur. Civ. comm.* 2008, pp. 948 ss.; M. DONNO – A. PASCUCI, *Sulle responsabilità professionali del medico e dell' ente ospedaliero*, in *Giur. Mer.*, 2007, pp. 3063 ss.

¹⁷³ Sul punto vedi F. CASTIELLO – V. TENORE (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Milano 2012 pp 159 ss

¹⁷⁴ Cfr Corte dei conti, sez. riun. 22/02/1997, n. 27.

¹⁷⁵ Cfr Corte dei conti, sez. riun. 21/05/1998 n. 23; Corte dei conti, sez. riun, 03/03/1999, n. 5.

acquisizione di istruzioni e indicazioni vincolanti e dalla mancata osservanza di prassi consolidate ¹⁷⁶.

La giurisprudenza tende ad escludere la colpa grave del medico in tutte quelle ipotesi in cui la sua scelta appare comunque ragionevole, avuto riguardo alle conoscenze scientifiche e alla prassi medica.

Per quanto attiene a quest' ultimo aspetto, il medico è tenuto a conoscere le caratteristiche e la natura dei mezzi diagnostici che prescrive ed è altresì richiesta da parte sua una capacità professionale media tale da consentirgli ragionevoli scelte terapeutiche.

A differenza del processo civile, dove la colpa dei medici viene richiesta in grado elevato solo quando la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà ai sensi dell' art. 2236 cod. civ. e quindi per l' imperizia e non anche per la valutazione della prudenza e della diligenza, per le quali è sufficiente la colpa lieve (ex. art. 1176 cod. civ.), nel giudizio di responsabilità amministrativa è sempre richiesta la colpa grave, sia per l' imperizia, sia per l' imprudenza e la negligenza.

La giurisprudenza della Corte dei conti ha, in modo pressochè uniforme, definito il requisito della colpa grave tenendo presente che la sua sussistenza va riferita alla attività di un professionista il quale ha superato una selezione e deve pertanto attenersi ad un comportamento che è regolamentato in tutti i suoi possibili aspetti professionali sulla base di linee guida, prontuari farmaceutici nazionale e regionali, codice deontologico.

Al riguardo perché possa parlarsi di responsabilità medica per colpa grave si deve accertare che si siano verificati errori non scusabili per la loro grossolanità o l'assenza di cognizioni fondamentali attinenti alla professione, o il difetto di quel minimo di perizia tecnica che non deve mai mancare in chi esercita la professione sanitaria, o la temerarietà sperimentale ed ogni altra imprudenza che dimostri

¹⁷⁶ Cfr Corte dei conti, sez. riun. 27/03/1995, n. 17/ A.

superficialità e disinteresse per i beni primari affidati alla cura del prestatore d'opera

In particolare, si è ritenuto di circoscrivere la responsabilità amministrativa del medico ai casi di negligenza, imperizia, imprudenza gravi riconducibili alla inosservanza delle metodiche terapeutiche dettate dalla scienza medica secondo il livello raggiunto dalla ricerca, tenendo conto del comportamento del medico conforme alle regole della deontologia professionale che postulano il suo scrupoloso impegno, con diligenza superiore alla media, nell'uso di tutte le tecniche dettate dalla scienza clinica e di ogni altro accorgimento suggerito dalla comune esperienza¹⁷⁷.

Da ultimo è stato ribadito come la sussistenza della colpa grave non possa essere affermata in astratto, ma debba essere valutata caso per caso. Al riguardo, non ogni condotta diversa da quella doverosa implica colpa grave, ma solo quella che sia caratterizzata da particolari, accertate negligenza, imprudenza o imperizia e che sia posta in essere senza l'osservanza, nel caso concreto, di un livello minimo di diligenza che dipende dal tipo di attività richiesta al medico in virtù della sua particolare preparazione professionale¹⁷⁸.

Appare evidente come in un numero rilevante di casi l'accertamento della colpa grave non possa prescindere dalla valutazione della operatività professionale del medico prescrittore.

Pur tenendo presenti i due profili che convergono nella redazione della prescrizione medica, espressione l'uno, di discrezionalità tecnica (la scelta di quel farmaco in quella quantità; la scelta di quell'accertamento diagnostico da ripetere tutte le volte

¹⁷⁷ Cfr. Corte dei conti, sez. app. Sicilia 23/01/2012, n. 18 e, in senso conforme, Corte dei conti sez. Veneto 12/07/2002, n. 544.

¹⁷⁸ Cfr. Corte dei conti, sez. app. Sicilia 02/03/2015, n. 61, cit., nonché sez. app. Sicilia n. 18/2012 cit., la quale richiede, altresì, che il comportamento non risulti "giustificato dalla presenza di situazioni eccezionali ed oggettivamente verificabili".

che occorra, ecc.) e l' altra, di discrezionalità amministrativa (alla base cioè del potere autorizzatorio finalizzato alla erogazione del farmaco o della prestazione diagnostica, con oneri a carico del S.S.N), non vi è dubbio come nella indagine finalizzata ad accertare la sussistenza o meno della colpa grave, sia in fase istruttoria che in quella decisoria, prevalga la valutazione relativa alla condotta professionale del medico. Né sarebbe possibile altrimenti, giacchè, sia cronologicamente che casualmente, quando si versi in tema di responsabilità per colpa grave la discrezionalità tecnica e la discrezionalità amministrativa sono tra di loro strettamente correlate, anzi intrecciate, nel senso che la scelta discrezionale tecnica orienta (e determina) l' esercizio della potestà prescrittiva.

Come si è già avuto modo di osservare, al contrario della discrezionalità amministrativa, che implica una valutazione comparativa ed una ponderazione degli interessi pubblici e privati esistenti, la discrezionalità tecnica postula una scelta tra soluzioni tecniche suscettibili anch' esse di venir sindacate dal giudice contabile (anche sulla scorta di consulenze tecniche di cui egli può avvalersi).

Si può ormai ritenere consolidata la giurisprudenza della Corte dei conti nel senso di affermare “la sindacabilità della cosiddetta discrezionalità tecnica che attiene non al merito del provvedimento amministrativo, ma a stime e valutazioni su materie caratterizzate da regole e prescrizioni tecnico-scientifiche di carattere obbiettivo, il cui sindacato deve quindi ritenersi non soltanto consentito, ma doveroso per il giudice contabile”¹⁷⁹ .

Ma la corretta scelta tecnica di per sé sola non esclude la responsabilità amministrativa del medico di medicina generale, qualora ad essa non si accompagni anche il corretto svolgimento delle funzioni volte alla tutela degli interessi pubblici a lui affidati.

¹⁷⁹ V. Corte dei conti, sez. I centr. app. 12/03/2009, n. 158.

1.3 L' IPERPRESCRIZIONE DA FATTI ILLECITI.

La terza *species* e cioè la iperprescrittività da fatti illeciti, è quella che è specificamente connotata dalla sussistenza dell'elemento soggettivo del dolo.

Essa riguarda i farmaci prescritti ai pazienti che hanno dichiarato di non averli richiesti, né assunti, o che sono stati prescritti con modalità di assunzione differenti da quelle previste nelle schede tecniche ministeriali ¹⁸⁰.

Infatti, il comportamento iperprescrittivo (già desumibile di per sé dalla violazione delle puntuali indicazioni del Ministero della Salute circa i quantitativi di farmaco assimilabili dall'assistito in un determinato periodo di tempo e, secondo parte della giurisprudenza contabile, dal frequente e ripetuto scostamento tra le scelte del singolo medico di base e quelle della generalità dei medici di base) è qui qualificato dalla consapevole violazione dei fondamentali doveri di lealtà e di fedeltà che ineriscono al rapporto di servizio.

Nelle situazioni caratterizzate da iperprescrittività derivante da fatti illeciti il discrimine circa la rilevanza penale o meno del dolo è piuttosto sottile.

La giurisprudenza della Corte dei conti è pervenuta alla enucleazione di una categoria di dolo, quella del dolo c.d. contrattuale o *in adimplendo* ¹⁸¹, diverso dal c.d. dolo penale al quale è a sua volta assimilabile il dolo c.d. extracontrattuale, “produttivo di responsabilità aquiliana, che viene in rilievo come diretta e cosciente intenzione di nuocere, ossia di agire ingiustamente a danno di altri” ¹⁸².

Più specificamente, il concetto di dolo rilevante nell'ambito del processo amministrativo-contabile non è propriamente quello elaborato in sede penale, ma è

¹⁸⁰ V. Corte dei conti, sez. Umbria 275/2004, cit.

¹⁸¹ Cfr. Corte, dei conti, sez. Campania, 30/08/2013, n. 1027; sez. Umbria, n. 275/2004, cit.; sez. Umbria, 21/10/2003, n. 390; sez. Marche, 12/7/2001, n. 86301; sez. Lazio, 29/10/1998, n.2246; sez.riun.25/10/1996, n.63/A;

¹⁸² V. Corte dei conti, sez. Umbria, n.275/2004 cit.

prevalentemente quello di dolo contrattuale, cioè di dolo inteso nel senso di cosciente violazione del disposto normativo, nonché di inadempimento cosciente e volontario degli obblighi di correttezza e fedeltà derivanti dal rapporto di servizio instaurato con l'amministrazione¹⁸³.

Mentre il dolo extracontrattuale (assimilabile, come già evidenziato, al dolo penale) viene in rilievo come diretta e consapevole intenzione di agire a danno di altri, il dolo contrattuale consiste nel proposito sciente di non adempiere l'obbligazione cui si è tenuti.

Sulla base dei criteri elaborati dalla giurisprudenza si è, pertanto, profilato un indirizzo che ritiene sufficiente, perché ricorra il dolo, che il dipendente o colui che è tenuto alla prestazione in virtù di un rapporto di servizio tenga scientemente un comportamento violativo di un obbligo di servizio, senza, quindi, che sia necessaria la diretta e cosciente intenzione di agire ingiustamente in danno di altri, senza, cioè, che sia necessario il requisito della consapevolezza del danno.

Occorre, tuttavia, avvertire come la giurisprudenza contabile non sia del tutto uniforme nell'applicazione esclusiva del concetto di dolo contrattuale¹⁸⁴.

Comunque, l'orientamento della giurisprudenza contabile, largamente prevalente e che individua nel concetto di dolo contrattuale la peculiarità dell'elemento soggettivo intenzionale, fa perno sulla natura contrattuale della responsabilità amministrativa, a sua volta basata sull'esistenza di un rapporto di servizio intercorrente tra l'autore del danno e l'ente danneggiato e sull'osservanza di spe-

¹⁸³ V. in tal senso Corte dei conti, sez. Veneto, 13/3/2014, n. 29655.

¹⁸⁴ Cfr. in senso contrario e cioè nel senso che il dolo deve consistere nella volontà dell'evento dannoso che si accompagni alla volontarietà della condotta antidoverosa, Corte dei conti, sez. Toscana 7/10/2002, n. 739; sez. I app. 14/11/2011, n. 516.

Appare curioso come quest'ultima sentenza (la quale ha riformato la sentenza della sez. giurisd. Sardegna 294/09 proprio in cui essa faceva riferimento al dolo contrattuale) citi "l'asserita" sentenza Corte dei conti sez. riun. 10/6/1997, n. 56 che, secondo A. VETRO (presidente emerito della Corte dei Conti) è da presumersi "inesistente, non comparando affatto nella banca dati delle sentenze della Corte" (v. A. VETRO, *Il dolo contrattuale o civilistico: applicazione nei giudizi di responsabilità amministrativa secondo la più recente giurisprudenza della Corte dei conti in Lex Italia. It*, n. 12/2011 p. 12).

cifici doveri che tale rapporto comporta.

D'altra parte la configurazione dell'elemento soggettivo intenzionale come dolo contrattuale consente di ricomprendere in esso il c.d. dolo eventuale, cioè l'accettazione del rischio del verificarsi dell'evento dannoso, e il c.d. dolo indiretto, cioè la rappresentazione del danno con elevato grado di probabilità, senza che esso sia l'obiettivo perseguito, rimanendo in definitiva estraneo ad esso il c.d. dolo intenzionale, da ritenersi valutabile esclusivamente in sede penale, perché fatalmente costituente elemento concretante una fattispecie criminosa.

La distinzione tra dolo *in adimplendo* e dolo extracontrattuale consente di poter distinguere in maniera chiara quei comportamenti intenzionali del medico iperprescrittore che, valutabili in sede di giudizio contabile, siano collegati o meno a fattispecie criminose.

Alla figura di dolo *in adimplendo* possono sostanzialmente ricondursi gli episodi costituenti esercizio della c.d. medicina difensiva, mentre il dolo extracontrattuale è solitamente strettamente connesso a una fattispecie criminosa (ancorchè da verificare in via definitiva nella sede processuale penale).

Relativamente al primo profilo non si può fare a meno di rilevare come negli ultimi anni si siano moltiplicati i casi, in special modo di prescrizioni diagnostiche, che hanno esposto ed espongono tuttora le amministrazioni sanitarie a consistenti esborsi finanziari.

Quello di "medicina difensiva" è, ormai, un termine ricorrente che serve a identificare la tendenza di tipo cautelativo che induce il medico a prescrivere prestazioni diagnostiche e terapeutiche (o, in parte più contenuta, l'uso di farmaci) non strettamente necessarie alla salute del paziente. Questo perché il medico, al fine di prevenire contenziosi o poter opporre argomenti a sua difesa, ritiene in tal modo di essere in grado di dimostrare di aver fatto tutto quello che si poteva fare.

Tali comportamenti non costituiscono una novità, anche se in passato erano derubricati alla stregua di atteggiamenti connotati da eccessivo scrupolo e, salvo

casi eccezionali, passavano inosservati, anche in virtù della scarsa attenzione riservata dall'opinione pubblica all'uso delle risorse pubbliche in materia sanitaria.

Il fenomeno ha assunto proporzioni vistose nel nostro paese negli ultimi venti anni a seguito di due situazioni convergenti: il moltiplicarsi del contenzioso sanitario nelle diverse giurisdizioni che ha indotto i medici ad accentuare tale pratica difensiva; una politica di contenimento dei costi sempre più stringente che ha imposto pratiche di spesa sanitaria più oculate e l'intensificazione dei controlli.

La prima causa ha indotto i medici a prescrivere esami finalizzati a sondare ogni possibilità di indagine clinica per evitare di trovarsi esposti ai contenziosi. Nel contempo la limitatezza delle risorse disponibili ha reso ancor più evidenti le conseguenze degli eccessi di attività prescrittiva sui livelli di efficienza del sistema sanitario, a causa dell'aumento di costi non altrimenti compensabili a carico delle ASL¹⁸⁵.

L'elemento identificativo delle prestazioni sanitarie definite come difensive è la loro inappropriatazza che, di per sé, costituisce causa di responsabilità amministrativa per danno diretto causato all'Erario.

Ma, oltre a ciò, l'inappropriatazza rischia di innescare un meccanismo perverso, laddove i trattamenti possano causare effetti collaterali gravi nei confronti di pazienti a causa del sovrautilizzo di test diagnostici che in relazione alla loro più o meno invasività possono determinare complicanze¹⁸⁶.

¹⁸⁵ I primi, principali studi in campo internazionale sulla medicina difensiva sono stati condotti negli Stati Uniti.

Si possono citare al riguardo: T. BRENNAN, *Incidence and types of preventable adverse events in elderly patients*, in *BMJ*, 2000; J. REASON, *Human error: model and management*, *BMJ*, 2000. Tra i più recenti, CHOOSING WISELY, *An initiative of the Abim Foundation*, 2013 (www.choosingwisely.org).

¹⁸⁶ In particolare, sulla base delle ricerche promosse dall'AGENAS, l'*overdiagnosis* include tutte quelle situazioni che contribuiscono a etichettare come malate le persone sane, con problemi lievi e/o a basso rischio, quali l'eccesso di medicalizzazione, gli interventi terapeutici non necessari, la modifica delle soglie diagnostiche delle malattie e l'invenzione di nuove entità patologiche. Oggi sono numerose le patologie per le quali è stata documentata *overdiagnosis*" (A. CARTABELLOTTA, *Less is more: un approccio di sistema contro la medicina difensiva*, in *Quaderni di Monitor*, 2/2015, p.23).

La riflessione circa la sussistenza (o meno) del dolo (nello specifico, il dolo contrattuale) nel comportamento iperprescrittivo non è ovviamente, fine a sé stessa ma ha implicazioni pratiche notevoli.

In primo luogo la responsabilità concernente il risarcimento del danno si estende dal danno prevedibile anche a quello non prevedibile, in virtù dell'applicazione dei principi generali contenuti negli artt. 1218 e 1225 cod.civ.¹⁸⁷.

In secondo luogo la qualificazione giuridica della condotta imputabile al responsabile di danno erariale in termini di dolo esclude o quanto meno restringe in modo notevole l'esercizio del potere riduttivo riservato alla discrezionalità della Corte dei conti¹⁸⁸.

§ 2 L' ACCERTAMENTO E LA QUANTIFICAZIONE DEL DANNO DERIVANTE DA IPERPRESCRIZIONE.

Le ipotesi di danno erariale non sono predeterminate dalla legge e, piuttosto, possono considerarsi atipiche, in quanto risultano determinate da condotte a forma libera¹⁸⁹.

Partendo dalla interpretazione delle norme di contabilità pubblica, la Corte Costituzionale ha stabilito che “per determinare la risarcibilità del danno, occorre una valutazione discrezionale ed equitativa del giudice contabile, il quale, sulla base dell'intensità della colpa, intesa come grado di scostamento dalla regola che si doveva seguire nella fattispecie concreta, stabilisce quanta parte del danno subito

¹⁸⁷ Cfr, in tal senso, Corte dei conti sez. Umbria, 04/12/2003, n. 390 /EL e sez. Umbria, n. 275/EL/2004, cit.

¹⁸⁸ Cfr., in tal senso, Corte dei conti, sez. Campania 30/8/2013, n. 1027.

¹⁸⁹ V. in tal senso, P. MARIOTTI, A. SERPETTI, *Danno erariale da responsabilità sanitaria*, in *Officina del diritto*, cit., p. 9.

debba essere addossata al convenuto, e debba pertanto essere considerata risarcibile”¹⁹⁰.

Accertata la sussistenza del danno, nonché il collegamento causale tra la condotta *contra ius* tenuta dal medico con la sua attività prescrittiva e il danno stesso, valutata la sussistenza dell'elemento psicologico, connotato dalla presenza di colpa grave o dolo, occorre, nella definizione del singolo caso concreto, pervenire a stabilire il *quantum* del danno risarcibile, previa individuazione delle diverse tipologie (ammissibili) di danno.

A tal riguardo, le pronunce della Corte dei conti hanno messo in evidenza accanto alla nozione, per così dire classica, di danno patrimoniale, anche le figure di danno all'immagine, di danno da disservizio e di danno da tangente.

Relativamente al danno patrimoniale conseguente all'attività iperprescrittiva inappropriata esso, quando ha ad oggetto una prestazione diagnostica o terapeutica, si traduce nel costo sostenuto per l'erogazione della stessa; quando ha ad oggetto medicinali, il danno patrimoniale è quello derivante dallo “spreco di farmaci”.

Tale spreco si verifica per un uso improprio del farmaco e cioè per una sua utilizzazione sovradimensionata rispetto al valore terapeutico (anche, anzi, soprattutto, sotto l'aspetto quantitativo) in relazione al quale esso dovrebbe essere prescritto.

Evidentemente alla definizione, caso per caso, della sussistenza degli elementi costitutivi della responsabilità amministrativa, dovrà accompagnarsi, sempre caso per caso, l'indagine specifica e analitica per la quantificazione del c.d. spreco che, a sua volta, costituisce oggetto di una valutazione, sotto il profilo squisitamente tecnico-sanitario, suscettibile di essere tramutata in valutazione economica. Pertanto si può fondatamente ritenere che costituisce danno per spreco di farmaci tutto

¹⁹⁰ V. Corte Cost., 12/06/2007, n.183, seguita dall'omologa sent. n. 12/06/2007, n. 184 e dalla sent. 13/07/2007, n. 272.

quanto è stato corrisposto dalla ASL per i farmaci prescritti in modo o in misura difforme da quelli imposti o consentiti dalla normativa vigente ¹⁹¹.

Le dinamiche di quantificazione e successiva liquidazione del danno patrimoniale dipendono anche dall'approccio del giudice contabile ai criteri di definizione del danno stesso e segnatamente se si ritiene di dover fare riferimento al concetto di iperprescrittività in senso ampio o fare esclusivo riferimento alla iperprescrittività in senso sostanziale ¹⁹².

Il danno risarcibile deve avere i requisiti della certezza, dell'attualità e della concretezza.

La certezza si ha nel momento in cui il nocumento patrimoniale si verifichi (o, in caso di azione di rivalsa, nel momento in cui l'amministrazione sanitaria abbia riportato condanna passata in giudicato al risarcimento del danno nei confronti del soggetto terzo danneggiato dal comportamento illecito del medico ed abbia provveduto alla conseguente liquidazione).

Per attualità si intende la permanenza del danno sia al momento della proposizione della domanda che al momento della conclusione del processo contabile.

La concretezza è un requisito strettamente correlato alla certezza e consiste nella reale perdita economica: il danno patrimoniale, cioè, non può essere presupposto o presunto.

L'effettività del danno è, inoltre determinante ai fini della decorrenza della prescrizione quinquennale ¹⁹³.

¹⁹¹ V., in tal senso. Corte dei conti, sez. Umbria 275//2004, cit.

¹⁹² Esempio emblematico è costituito dalla più volte citata sentenza 275/2004 della sezione giurisdizionale Umbria della Corte dei conti, in cui si richiama la quantificazione operata dalla procura regionale, in sede di proposizione della domanda per danno erariale, sotto il profilo della iperprescrittività, in senso ampio e generico, del danno patrimoniale patito dall'ASL.

¹⁹³ Ai sensi dell'art. 1, co. 2 L. 20/1994, come sostituito dall'art. 3 DL 543/1996, conv. in L. 639/1996, "Il diritto al risarcimento del danno si prescrive in ogni caso in cinque anni, decorrenti dalla data in cui si è verificato il fatto dannoso, ovvero, in caso di occultamento doloso del danno, dalla data della sua scoperta". Nell'ipotesi di danno indiretto, risarcibile, a seguito della proposizione dell'azione di rivalsa, il *dies a quo* di decorrenza della prescrizione "va fissato alla data in cui il debito della P.A. nei confronti del terzo danneggiato è diventato certo, liquido ed esigibile in conseguenza del passaggio in giudicato della sentenza di

L'evoluzione giurisprudenziale ha individuato altre tipologie di danno erariale non collegate direttamente ad un pregiudizio patrimoniale di immediata quantificazione. Sulla falsariga della elaborazione concettuale prodottasi nella giurisdizione civile anche la Corte dei conti ha ritenuto risarcibile il cosiddetto danno all'immagine.

Progressivamente questa tipologia di danno è diventata una delle più frequenti voci di danno erariale individuate dalla magistratura contabile.

Storicamente, a monte di questa vicenda, sta la rilevante mole di giudizi contabili originati, nel comparto sanità, da comportamenti di rilevanza penale soprattutto a partire dagli anni novanta del secolo scorso.

L'elaborazione dottrina e giurisprudenziale aveva condotto, in ambito sanitario, ad affermare, fino alla introduzione del c.d. lodo Bernardo, la configurabilità di un danno all'immagine derivante anche da comportamenti gravemente illegittimi non costituenti reati, purché idonei a produrre una grave perdita di prestigio e della immagine dell'amministrazione sanitaria¹⁹⁴.

La sanità di base, infatti, è particolarmente esposta alle valutazioni dell'opinione pubblica, ed il fatto che in un settore delicato come quello della salute vi siano medici autori di illeciti, quali le prescrizioni non corrette dei farmaci, solitamente collegate a intenti speculativi, truffaldini, contraddistinti da illeciti arricchimenti, (di medici e farmacisti), ma anche da sciatteria e scarsa diligenza, determina un moto di sfiducia verso l'amministrazione sanitaria, con conseguenze anche all'interno delle strutture sanitarie, segnatamente nei confronti di tutti gli operatori che svolgono la loro attività in termini di correttezza, diligenza e trasparenza¹⁹⁵.

condanna della P.A. e della esecutività della transazione tra terzo e P.A.” (cfr. Corte dei conti 13/03/2009, n. 104, sulla falsariga di Corte dei conti, sez. riun. 15/1/2003, n. 3/QM.)

¹⁹⁴ Si era, pertanto, venuto a configurare il danno all'immagine anche in caso di percezione di somme o di altre utilità non necessariamente correlata a comportamenti costituenti reati, ritenendosi comunque disdicevole da parte del medico ricevere donazioni o “servizi” dai privati nell'esercizio dei propri compiti istituzionali (cfr. al riguardo, sez. Lombardia 27/04/2009, n. 289).

Del pari, era stata ritenuta causa di danno all'immagine la condotta disinvolta di medici nel prescrivere farmaci senza visitare i pazienti.

¹⁹⁵ Secondo D. IMMORDINO “la lesione all'immagine delle Aziende sanitarie assume particolare rilievo in ragione della natura e dei caratteri dell'interesse pubblico che l'Amministrazione sanitaria deve curare”.

Pur con i limiti introdotti dal lodo Bernardo, che, come si è già avuto modo di illustrare, ha ristretto notevolmente le ipotesi di risarcibilità del danno all'immagine ai casi di rilevanza penale del comportamento prescrittivo del medico (e, non tutti, ma quelli che danno vita a specifiche fattispecie criminose) la giurisprudenza si è ormai consolidata nell' ammettere tale tipologia di danno erariale.

In ordine alla sua concreta individuazione, possono essere utilizzati tre criteri: il criterio soggettivo, quello oggettivo e quello sociale ¹⁹⁶.

Circa il criterio oggettivo, ormai non si può più prescindere dalla sussistenza del reato cui il comportamento dà luogo, ferma restando altresì la necessità, prima di procedere con l' azione contabile per il risarcimento del danno all' immagine, che il medico iperprescrittore riporti sentenza penale di condanna per i reati specifici ai danni della p.a. indicati dalla legge.

Circa il criterio soggettivo, non si possono che ribadire le considerazioni svolte a proposito del rapporto di servizio che lega il medico generico all' ASL.

Con riferimento, infine, al criterio sociale, esso attiene alla valutazione che il giudice deve compiere circa la negativa ripercussione suscitata dal comportamento criminoso del medico nell' opinione pubblica locale.

per cui, “con specifico riferimento alla professione medica... l' orientamento della giurisprudenza contabile risulta consolidato nel ritenere che le condotte difformi dalle regole professionali, amministrative e deontologiche generano la convinzione che gli operatori della sanità pubblica non siano orientati a tutelare la salute della collettività, ma a perseguire altri interessi” (D. IMMORDINO, *Responsabilità per danno erariale*, cit. p. 380)

¹⁹⁶ L' individuazione di tali criteri risale a Corte dei conti, sez. Umbria, 28/05/1998 n. 501. Il collegio fondava le proprie asserzioni sulla constatazione che, in base al principio di immedesimazione organica, (il quale, prima di avere un rilievo giuridico, ha un rilievo sociologico), il soggetto che agisce per l' istituzione viene con essa identificato, per cui a loro volta i cittadini sono indotti a identificare l' amministrazione con il soggetto che ha agito per essa. La sezione regionale giurisdizionale dell' Umbria ha manifestato sempre particolare interesse alla definizione teorica e metodologica dell' istituto del danno all' immagine e alcune sue conclusioni sono state interamente recepite dalle sezioni riunite della Corte dei conti (segnatamente Corte dei conti sez. riun. n. 09/04/2003, n. 10. In proposito, cfr. P. DE ANGELIS, *Danno all' immagine del S.S.N.*, in *Ragiusan*, 321/322, gennaio-febbraio 2011, pp. 70, ss.

Ai fini della sussistenza del danno e della sua misurabilità è necessario valutare il *clamor fori* derivante dai comportamenti illeciti e dalla intensità della sua risonanza, atteso che “tale diffusione, quale normale corollario della vita di relazione, esprime certamente la rilevanza sociale che hanno i predetti comportamenti... gravemente illeciti, sotto il profilo dell’ attenzione che l’ opinione pubblica ed i cittadini prestano all’ esercizio delle pubbliche funzioni, per cui si deve convenire che il pregiudizio ed i discredito della P.A. ... non è altro, in definitiva, che uno degli effetti naturali più rilevanti di un simile interesse sociale”¹⁹⁷.

L’ elaborazione ultradecennale da parte della giurisprudenza della Corte dei conti in tema di danno all’ immagine si è sostanzialmente dovuta arrestare a seguito della introduzione del cosiddetto lodo Bernardo, la cui legittimità costituzionale è stata confermata dalla Corte costituzionale. Inoltre, la già richiamata sentenza della Corte dei conti a sezioni riunite n. 8/2005 ha ritenuto insuscettibile di ampliamento l’ambito di applicazione dell’ istituto del danno all’ immagine, attesa l’inderogabile osservanza dei principi di tassatività, determinatezza e del divieto di analogia. L’applicazione di tale indirizzo da parte delle sezioni regionali ha condotto a conclusioni che prima della introduzione del lodo Bernardo sarebbero parse aberranti, come nel caso del rigetto della richiesta di condanna per danno all’immagine del medico iperprescrittore già condannato per reati comuni, quali la truffa, in quanto non rientranti nel novero dei delitti di cui al capo I, del titolo II del libro secondo cod. pen.¹⁹⁸. Si tratta in genere di decisioni che, a fronte di comportamenti penalmente illeciti che hanno accompagnato anzi determinato e caratterizzato l’ attività iperprescrittiva, si sono dovute piegare alla evidenza della mancanza di una sentenza di condanna penale irrevocabile per gli specifici reati contro la pubblica amministrazione.

¹⁹⁷ V. Corte dei conti sez. Umbria, n. 275/2004, cit.

¹⁹⁸ Cfr., per casi emblematici, Corte dei conti sez. Trentino A.A. sede Trento 09/07/2015, n. 19 e sez. Sicilia 20/05/2014, n. 654.

D'altronde la più volte richiamata sentenza delle sezioni riunite della Corte dei conti n. 8/2015, nel seguire l'interpretazione letterale della norma contenuta nel lodo Bernardo e pur riconoscendo alcune antinomie presenti in detta norma, in quanto sussistono fattispecie penali, attualmente escluse che invece "reclamerebbero una rimeditazione in termini di discredito che ne discende per la P.A.", tuttavia non ha potuto esimersi dal rilevare che "tale valutazione non può che competere al legislatore, né il giudice può intaccare tale sfera di attribuzione, che la Costituzione riconosce al Parlamento, a men di non voler scivolare... verso una sorta di interpretazione "creativa" non ancorata a significativi dati normativi e non ammessa in presenza di un dettato normativo di per sé esaustivamente chiaro e comunque corroborato dalle statuizioni della Corte Costituzionale e da conducenti affermazioni della Corte regolatrice"¹⁹⁹.

Relativamente al danno da disservizio, pur non essendo ancora del tutto pacifica in giurisprudenza l'individuazione dei suoi tratti essenziali, in genere si può dire che tale tipologia di danno è correlata al minore risultato conseguito dall'apparato organizzativo, che risente della condotta illecita del medico in termini di minore

¹⁹⁹ Da tale orientamento sembra in parte discostarsi la sezione giurisdizionale della Corte dei conti della Puglia, la quale, con sentenza 30/04/2015 n. 258, ha proceduto a condannare un medico iperprescrittore (inquisito per reati di corruzione, falsità e truffa,) ritenendo che la condotta del professionista, sia pur non accertata con sentenza passata in giudicato avesse determinato un notevole danno all'immagine dell'ASL di riferimento.

Nella circostanza il collegio ha proceduto a liquidare in via equitativa il danno che si è aggiunto al risarcimento per i danni patrimoniali e da disservizio addebitati al soggetto condannato. Il collegio ha ritenuto sussistente il danno alla immagine dell'amministrazione, significando che "ad avviso del procuratore regionale non c'è dubbio che, nel caso di specie, la condotta del dott. "omissis", sia pur non accertata con sentenza passata in giudicato, ma comunque provata, al di là di ogni ragionevole dubbio, per la gravità dei fatti, abbia determinato, sul piano dell'immagine della sanità pubblica, di competenza della Regione, effetti dannosi incalcolabili, certi nell'an, ma difficili da quantificare". Da qui l'adozione del criterio equitativo ex art. 1226 cod. civ., desunto da vari elementi quali: l'importanza della attività istituzionale svolta; i comportamenti reiterati nel tempo e gravemente devianti; il negativo riflesso sulla collettività interessata; il *clamor fori* e lo *strepitus* determinatisi per il procedimento penale e per la successiva sentenza di patteggiamento della pena.

efficienza, efficacia ed economicità, dovendo sopperire alle disfunzioni provocate²⁰⁰.

È una sorta di danno accessorio determinato dal fatto che oltre al danno patrimoniale, il comportamento illecito abbia deviato o comunque compromesso i processi organizzativi e funzionali dell'ente, riducendo l'efficienza dell'azione amministrativa o comunque distogliendo risorse personali, dal perseguimento dei compiti propri²⁰¹.

La quantificazione concreta del danno è affidata, anche in questo caso al prudente apprezzamento del giudice (ai sensi dell'art. 1226 cod. civ.) il quale, al riguardo, dovrà tener conto di una serie di criteri tra i quali rilevano i costi per la sostituzione del medico iperprescrittore e i costi sostenuti per le operazioni di accertamento delle irregolarità.

Il danno da disservizio è fonte di responsabilità patrimoniale solo quando venga raggiunta la prova certa che il perseguimento di fini diversi da quelli tipici dell'attività posta in essere abbia comportato il dispendio di tali risorse.

Solitamente le pronuncie di condanna delle sezioni giurisdizionali della Corte dei conti in tema di attività iperprescrittiva ricomprendono nella quantificazione del danno anche quello da disservizio in quanto l'azione del p.m. è spesso determinata dalla segnalazione dell'ASL, la quale, nel procedere ad un controllo analitico delle prescrizioni mediche, sostiene delle spese, la maggior parte delle quali attiene alla retribuzione del personale dipendente impiegato per l'indagine in questione.

Non vengono, invece, prese in considerazione presunzioni di procurato danno o di danno futuro basate su ipotesi astratte di minor rendimento²⁰².

²⁰⁰ In particolare, con riferimento agli oneri connessi alle attività di riorganizzazione dei servizi coinvolti dal comportamento illecito del medico, cfr. Corte dei conti, sez. Emilia-R. 06/09/2012, n. 210.

²⁰¹ Cfr., in tal senso, Corte dei conti, sez. Veneto, 27/06/2006, n. 623; sez. Umbria, 28/09/2005, n. 346; sez. Basilicata 21/09/2005, n. 198; sez. Marche, 03/03/2005, n. 203, sez. II centr. app. 10/04/200, n. 125/A.

²⁰² Cfr., *ex multis*, Corte dei conti, sez. Sicilia, 14/02/2012, n. 92; sez. Lombardia, 20/11/2011 n. 374. Quest'ultima si segnala per la circostanza che rigetta la domanda di danno da iperprescrizione e accoglie quella di danno da disservizio, avendo accertato spese sostenute dall'ente in misura di euro 400,000, per il controllo delle prescrizioni mediche dedotte in giudizio. La circostanza, *prima facie*, può apparire contraddittoria, ma il collegio motiva la propria decisione ritenendo che l'attività di verifica si sia resa

Infine, relativamente al danno da tangente, esso, più che una categoria autonoma di danno erariale, non è altro che il riflesso del danno dovuto ad un comportamento criminoso connotato dalla sussistenza di delitti quali corruzione, truffa aggravata, falsità in atti e (più raramente) concussione, nonché dello specifico reato contravvenzionale di comparaggio.

Pertanto il danno da tangente partecipa della natura del danno patrimoniale, immediatamente quantificabile in quanto la tangente è riferibile all'esborso causato all'amministrazione, nonché della natura di danno alla immagine, costituendo l'aspetto più vistoso di un comportamento lesivo del prestigio della amministrazione (dopo, ovviamente, i casi di malasanità clinica).

Sotto questo aspetto, tuttavia, l'introduzione del lodo Bernardo nel richiedere, quale presupposto per l'azione, l'irrogazione a carico del soggetto danneggiante di una condanna penale passata in giudicato, diluisce nel tempo il conseguente giudizio contabile, atteso che alla conclusione di un processo penale si può pervenire dopo alcuni anni, venendo così meno quel *clamor fori* che costituisce l'essenza del danno all'immagine.

§ 3 LA CONCORRENTE RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA DEL FARMACISTA.

3.1 IL SISTEMA DELLE FARMACIE QUALE STRUMENTO PER L'ATTUAZIONE DELLA ASSISTENZA FARMACUTICA TERRITORIALE.

Le farmacie assicurano alla popolazione la fornitura dei medicinali necessari alla cura delle malattie.

necessaria a causa della rilevata esistenza di alcune prescrizioni non immediatamente riferibili ai criteri sanciti dalle note dell'allora CUF e dalle schede tecniche vigenti all'epoca della prescrizione. Riesce tuttavia difficile accettare l'idea che possa essere addossato tale danno a chi sia risultato esente da responsabilità a seguito del giudizio. Tanto è vero ciò che, in una successiva, analoga circostanza, il medico convenuto presso la medesima Corte verrà mandato assolto anche riguardo al contestato danno da disservizio, "non essendo ovviamente possibile addebitare alla convenuta costi relativi a controlli effettuati su un'attività prescrittiva di cui non è stata dimostrata l'antigiuridicità o che è stata effettuata senza colpa grave" (Corte dei conti, sez. Lombardia, 28/10/2011, n. 685).

Occorre, in primo luogo, distinguere il servizio farmaceutico territoriale che viene espletato dalla rete di farmacie distribuite sul territorio, dal servizio espletato dalle farmacie ospedaliere, le quali sono preposte alla fornitura, nei confronti dei reparti e degli ambulatori degli ospedali, dei medicinali necessari alla cura dei pazienti rispettivamente ricoverati o curati ambulatoriamente ²⁰³.

Le funzioni, per così dire, tradizionali, del farmacista che opera nelle farmacie aperte al pubblico (rientranti, cioè, nel sistema farmaceutico territoriale), sono quelle della preparazione di medicinali galenici ²⁰⁴ e della vendita al pubblico di qualsiasi medicinale “a dose e forma di medicamento” (art.122 Testo Unico delle leggi sanitarie, approvato con R.D. 27/07/1934,n.1265) ²⁰⁵.

Le farmacie territoriali, nell'erogare le prestazioni di assistenza farmaceutica e integrativa, in virtù del DPCM 29/11/2001, modificato, da ultimo, con DPCM 05/03/2007, dispensano i medicinali di classe A, nonché i medicinali innovativi non

²⁰³ C'è da considerare, tuttavia, che la differenziazione tra le farmacie aperte al pubblico, rientranti nel sistema territoriale farmaceutico, e le farmacie ospedaliere si è, negli scorsi anni, attenuata perché, al fine di trovare idonee possibilità di contenimento dei costi, sono state attuate dalle Regioni forme di distribuzione al pubblico, per uso domiciliare, di medicinali di elevato costo per la cura di gravi patologie, proprio attraverso la rete delle farmacie ospedaliere. Ciò ha consentito di operare risparmi in virtù del fatto che le strutture pubbliche usufruiscono, per legge, di sconti. Tuttavia, con D.L. 31/05/2010, n. 78, conv. in L. 30/07/2010, n.122, è stata ridimensionata tale tendenza, giacché è stata disposta l'individuazione tra i “medicinali attualmente a carico della spesa farmaceutica ospedaliera” di quelli che “in quanto suscettibili di uso ambulatoriale o domiciliare, devono essere erogati...attraverso l'assistenza farmaceutica territoriale” (art.11,co.7, lett.a D.L.cit.).

Le esigenze di contenimento dei costi sono salvaguardate fissando un importo su base annua. E', tuttavia, da ritenere operante la c.d. area di intervento di continuità terapeutica in virtù della quale, a seguito di ricovero ospedaliero, l'ASL provvede all'acquisto, presso specifici grossisti, di medicinali da utilizzare per la cura di pazienti affetti da patologie croniche. Occorre, infine, considerare che ai sensi della L. 16/11/2001, n. 405, le Asl hanno la facoltà di erogare direttamente i medicinali ai pazienti nel periodo immediatamente successivo alla loro dimissione dal ricovero ospedaliero, al fine di completare il primo ciclo terapeutico.

²⁰⁴ Con l'affermarsi della produzione industriale dei farmaci, oggi la preparazione c.d. magistrale del farmacista, cioè seguendo le indicazioni del medico (*magister*) è confinata in ambito assolutamente marginali e con la rigorosa osservanza di normative piuttosto stringenti la cui inottemperanza espone anche a conseguenze penali a prescindere dagli eventuali (ulteriori) esiti dannosi rilevanti civilmente.

²⁰⁵ Per quanto riguarda la vendita di medicinali preparati industrialmente, essi sono suddivisibili in tre categorie: medicinali soggetti a ricetta medica; medicinali dispensabili senza ricetta e su consiglio del farmacista (che possono rientrare nel sistema assistenziale); medicinali dispensabili senza ricetta e su richiesta diretta del paziente (i c.d. medicinali da banco che sono fuori dal regime assistenziale). Sono rimborsabili dal SSN solo i farmaci ricompresi nella fascia A in quanto solo essi sono a carico del S.S.N.

autorizzati in Italia, ma autorizzati in altri Stati o sottoposti a sperimentazione clinica di fase II o impiegati per indicazioni terapeutiche diverse da quelle autorizzate dall'assistenza integrativa (ai sensi del D.L. 536/1996, conv.in L. 648/1996)²⁰⁶.

Nel richiamare quanto illustrato in merito alla prescrizione dei farmaci attraverso la predisposizione della ricetta da parte del medico di medicina generale e alla piena erogabilità su tutto il territorio nazionale dei farmaci ricompresi nel Prontuario Farmaceutico Nazionale, occorre soffermarsi sulle modalità di erogazione dei farmaci, avendo particolare riguardo ai profili concernenti il rimborso da parte del SSN.

Le farmacie erogano l'assistenza farmaceutica su presentazione della ricetta medica, redatta sugli appositi moduli validi per il SSN nei limiti previsti dai livelli di assistenza e dalla classificazione dei farmaci.

Per i medicinali l'ente erogatore corrisponde alla farmacia il prezzo del prodotto dispensato.

Ai fini della liquidazione, la farmacia è tenuta alla presentazione della ricetta corredata dalla documentazione (bollino, fustellato, ecc.) comprovante l'avvenuta consegna del farmaco all'assistito (salva diversa modalità concordata a livello regionale nei casi previsti dalla normativa vigente).

La ricetta è spedibile se è corredata da tutti gli elementi prescritti dalla normativa (dati identificativi dell'assistito, prescrizione del medico convenzionato sottoscritta da quest'ultimo, ecc.).

La legge vieta che il farmacista, aderendo a irregolare richiesta dell'assistito, anticipi la consegna di medicinali con la tacita intesa di una regolarizzazione

²⁰⁶ Le farmacie forniscono, altresì, i prodotti dietetici a categorie particolari di pazienti, nonché i presidi sanitari ai soggetti affetti da diabete mellito.

mediante successiva presentazione della ricetta sull'apposito modulo (art.124,TULS; art.71 D.P.R. n.309/1990)²⁰⁷.

Il farmacista appone sulle ricette che spedisce la data e il proprio timbro dal quale siano rilevabili l'ubicazione e il numero distintivo della farmacia, nonché applica sulle ricette stesse il bollino a lettura ottica staccato dalla confezione consegnata all'utente.

Il bollino (o fustellato) può essere asportato dalla confezione soltanto all'atto della consegna del medicinale all'acquirente (la detenzione o la vendita di medicinali con segni distintivi contraffatti o alterati è sanzionata dalla legge penale come reato).

Ai sensi dell'art.7 D.L. 347/2001, conv.in L.n.405/2001, è stato stabilito che i medicinali aventi uguale composizione in principi attivi, nonché forma farmaceutica, via di somministrazione, modalità di rilascio, numero di unità posologiche e dosi unitarie uguali, sono rimborsati dal SSN al farmacista fino alla concorrenza del prezzo più basso del corrispondente prodotto disponibile nel normale ciclo distributivo.

Ciò si traduce nell'obbligo, per il farmacista, di consegnare all'assistito il farmaco avente il prezzo più basso fra quelli ritenuti analoghi a quello indicato in ricetta (in virtù degli elementi sopraindicati), a meno che il medico non abbia apposto sulla ricetta una indicazione di non sostituibilità.

In tal caso, o nell'ipotesi in cui sia lo stesso assistito a richiedere il medicinale indicato sulla ricetta, questi è tenuto a corrispondere la differenza tra il prezzo del farmaco analogo e quello più alto del farmaco indicato in ricetta.

Tali disposizioni normative, oltre a consentire risparmi nella spesa sanitaria, hanno indirettamente favorito l'abbassamento dei prezzi dei prodotti farmaceutici. Ma

²⁰⁷ Tuttavia, con D.M. 31/03/2008, il Ministero della Salute ha ammesso la possibilità che il farmacista, in caso di estrema necessità e urgenza, possa consegnare al cliente che ne faccia richiesta, in assenza di prescrizione medica, una serie di medicinali, mediante l'adozione di alcune cautele, condizioni, documentazioni e successivi adempimenti, finalizzati a evitare l'insorgenza di prassi in violazione della imprescindibilità della ricetta medica.

soprattutto tale modalità, una volta che ne è stato recepito il contenuto da parte del consumatore, ha determinato un consistente abbassamento di fenomeni collusivi o di comparaggio basati sulla dispensazione, a carico del SSN, di farmaci più costosi, ma al tempo stesso più graditi all'utente, magari perché ampiamente pubblicizzati. Il positivo impatto della disposizione in argomento si può dire che confermi l'indirizzo che in generale si propone, nei diversi settori della vita sociale, di contenere fenomeni corruttivi e collusivi in genere o di elusione ed evasione degli oneri tributari, creando i presupposti di una sorta di "conflitto di interessi" tra i soggetti propensi a violare le disposizioni normative per conseguire illecite utilità e la platea dei consumatori.

3.2 IL RAPPORTO DI SERVIZIO PUBBLICO TRA TITOLARI DI FARMACIA E SERVIZIO SANITARIO NAZIONALE.

In campo farmaceutico il diritto fondamentale della tutela della salute e della garanzia di cure gratuite agli indigenti, ex art.32 Cost., si realizza attraverso il contemperamento dell'esigenza di assicurare forme di controllo e di vigilanza sulla somministrazione dei medicinali garantita dal SSN con la necessità di salvaguardare il mantenimento del libero esercizio di un'attività economica, qual è la vendita di prodotti farmaceutica (e, a monte, la produzione e la distribuzione degli stessi).

Sostanzialmente, la maggior parte delle farmacie aperte al pubblico svolge un'attività il cui oggetto riguarda "non già la vendita di medicinali e altri prodotti di interesse sanitario secondo le ordinarie regole commerciali, ma le cessioni di tali beni agli assistiti del SSN secondo i principi e le norme che disciplinano il funzionamento di quest'ultimo"²⁰⁸.

²⁰⁸ C. DE GIULI, *Il sistema delle farmacie*, in R.BALDUZZI-G.CARPANI (a cura di) *Manuale di diritto sanitario*, cit., p.448

Tuttavia, l'accesso degli assistiti all'acquisto dei farmaci avviene formalmente con un atto di compravendita, attraverso modalità che consentono di non corrispondere il prezzo che sarà successivamente rimborsato al farmacista dall'autorità sanitaria regionale.

Come si è già avuto modo di illustrare, la dispensazione del medicinale da parte del farmacista al paziente è possibile solo dietro presentazione della prescrizione medica (salvo che non si tratti di medicinali che non ne abbisognino) la quale funge da autorizzazione nei confronti del farmacista.

Questi, pertanto, è il solo autorizzato ad effettuare la dispensazione al paziente del medicinale.

Inoltre la prescrizione medica redatta su apposito modello del SSN ha la funzione di consentire l'assunzione dell'onere finanziario a carico dell'amministrazione sanitaria, onere che si concretizza a seguito della "spedizione" della ricetta medesima da parte del farmacista.

Il servizio farmaceutico costituisce, quindi, parte integrante dell'assistenza sanitaria ed è esercitabile anche da cittadini privati in possesso di determinati requisiti culturali (*in primis*, la laurea in farmacia), professionali, morali, i quali stipulino apposite convenzioni con gli organi del SSN.

L'assistenza farmaceutica, infatti, ai sensi della L. 833/1978, al pari dell'assistenza medica, generica, specialistica, infermieristica, ospedaliera, è ricompresa tra le prestazioni a carico del SSN (art.25.)

La predetta legge affida alle farmacie il compito di erogare l'assistenza in nome e per conto delle Asl, attribuendo, pertanto, ad esse funzioni inequivocabilmente amministrative, prevedendo che il rapporto tra le farmacie e il SSN sia regolato (al pari di quello tra il SSN con i medici di base) da apposite convenzioni.

In particolare, l'art.28 dispone che l'Asl "eroga l'assistenza farmaceutica attraverso le farmacie di cui sono titolari enti pubblici e le farmacie di cui sono titolari privati, tutte convenzionate".

Le convenzioni stipulate tra farmacisti e SSN ²⁰⁹ si inquadrano, secondo la consolidata giurisprudenza della Cassazione, nello schema delle concessioni di pubblico servizio ²¹⁰.

Dalla natura pubblica di tali convenzioni discende la qualificazione del farmacista quale incaricato di pubblico servizio ²¹¹.

Al pari dei medici convenzionati, quindi, i farmacisti a rapporto convenzionale con il SSN partecipano alla erogazione di un pubblico servizio e, quindi, sono tenuti all'osservanza di procedure amministrative di carattere pubblicistico finalizzate all'espletamento di tale servizio pubblico.

Inoltre, considerato, altresì, che nello svolgimento della loro attività i farmacisti impegnano anche (anzi, soprattutto) risorse pubbliche, ne consegue che essi sono da considerarsi inseriti “in modo continuativo nell'organizzazione strutturale, operativa e procedimentale del medesimo SSN ²¹²”.

In particolare, i farmacisti a rapporto convenzionale sono tenuti a svolgere, specificamente per quanto riguarda la dispensazione dei farmaci erogabili dal SSN, dietro presentazione di ricetta medica, una serie di adempimenti.

²⁰⁹ Le convenzioni sono previste dalla più volte citata L. 833/1978. Ai sensi dell'art.8,co.2, D.Lgs. 502/1992 e successive modificazioni, le convenzioni hanno durata triennale e sono conformi agli accordi collettivi nazionali stipulati con le organizzazioni maggiormente rappresentative in campo nazionale. Nella prassi si assiste ai rinnovi degli accordi in tempi molto dilatati, tant'è che ancora vige l'accordo reso esecutivo con D.P.R. 371/1998.

Con il D.L.gs. 153/2009 sono stati introdotti nuovi criteri per la stipula degli accordi e, infine, con il D.L. 1/2012, conv,con modif., in L.27/2012 è stato previsto che in sede di rinnovo dell'accordo collettivo nazionale venga stabilita, in relazione al fatturato della farmacia che è carico del SSN, nonché ai nuovi servizi che la farmacia assicura ai sensi del D.Lgs.153/2009 (quali la partecipazione delle farmacie al servizio di assistenza domiciliare integrata, alla realizzazione di programmi di educazione sanitaria o di campagne di prevenzione delle principali patologie, di collaborazione con gli utenti per il corretto uso dei farmaci e il loro monitoraggio), la dotazione minima di personale di cui la farmacia deve disporre per poter mantenere la convenzione con il SSN.

²¹⁰ Cfr. Cass.,sez.VI pen.,24/08/1989, n.11216 e Cass. Sez.un.,09/11/1992,n.12077 le quali assegnano al rapporto intercorrente tra le Asl e le farmacie la natura di “concessione traslativa di pubblico servizio”.

²¹¹ Cfr., *ex multis*, Cass., sez. V pen., 24/04/1991,n.4525.

²¹² V. Corte dei conti, sez. I centr. app. 09/07/2014, n. 947.

In primo luogo, debbono operare il controllo delle ricette, al fine di verificare che esse siano state correttamente redatte sull'apposito modello e che tale modello sia stato compilato in ogni sua parte dal medico prescrittore. Quindi, debbono assicurarsi che la ricetta sia valida in riferimento alla data di emissione e che il farmaco prescritto si trovi nel Prontuario Farmaceutico Nazionale. Inoltre, debbono verificare che il numero dei medicinali richiesti sia nel limite massimo previsto dalle norme, avendo cura di accertare, in relazione a farmaci contenenti sostanze psicotrope, che siano soddisfatte le ulteriori, specifiche condizioni previste dalla normativa vigente.

Al farmacista sono poi commessi altri adempimenti, di natura spiccatamente contabile, quali l'esazione, per conto dell'ASL, dei c.d. *tickets* da parte degli assistiti, nonché la resa del conto alle ASL, con la presentazione mensile della distinta contabile riepilogativa (adempimento, questo, indispensabile per ottenere il rimborso dei farmaci dispensati).

La corretta esecuzione di tali adempimenti è soggetta alla vigilanza delle Asl, le quali, nell'ipotesi in cui dovessero riscontrare violazioni o inottemperanze nell'applicazione delle disposizioni contenute nelle convenzioni, procedono alla irrogazione di misure cautelari e sanzioni amministrative che possono giungere fino alla risoluzione del rapporto di convenzione.

In virtù di tale contesto normativo ²¹³ che pone in evidenza il carattere di pubblico servizio dell'attività svolta dai farmacisti nell'ambito del rapporto convenzionale con il SSN, deriva la conseguenza che i farmacisti medesimi, per il fatto di essere inseriti a pieno titolo nell'organizzazione sanitaria pubblica, sono sottoposti alla

²¹³ Come sottolinea A. CHIAPPINIELLO, “non si può negare che l'erogazione dell'assistenza farmaceutica e il rapporto intercorrente tra farmacista e SSN s'ispirino agli stessi principi che presiedono allo svolgimento dell'assistenza medica e che regolano il rapporto intercorrente tra il medico convenzionato e il SSN (op.cit.,p.3).

giurisdizione della Corte dei conti per i danni che nell'esercizio di detta attività possano causare all'Erario ²¹⁴.

3.3 LE IPOTESI DI RESPONSABILITA' AMMINISTRATIVO-CONTABILE.

Il coinvolgimento dei farmacisti nell'attività iperprescrittiva del medico convenzionato può essere esaminato sotto due profili: il primo è relativo alla omessa verifica, cui è tenuto il farmacista, della regolarità formale della ricetta.

A tal riguardo si rinvia a quanto già illustrato in ordine alle specifiche competenze (e ai correlati obblighi) esercitate dal farmacista nella sua qualità di incaricato di servizio pubblico a seguito della convenzione stipulata con il Servizio Sanitario Nazionale.

Il secondo profilo attiene invece al concorso vero e proprio del farmacista nell'attività iperprescrittiva del medico che si ha allorché l'attività in argomento sia esplicativa di un vero e proprio disegno criminoso.

Infatti tra il farmacista ed il medico convenzionato, in tali situazioni, interviene un accordo finalizzato a ricavare utilità personali dalla iperprescrizione di farmaci.

Il concorso del farmacista è fisiologicamente necessario in quanto l'iperprescrizione connessa a fatti illeciti rientranti in specifiche tipologie di reati, ruota intorno alla indebita rimborsabilità dei farmaci prescritti.

²¹⁴ Cfr., in tal senso, *ex multis*, Corte dei conti, sez. Campania, 30/08/2013, n.1027; sez. Liguria, 08/08/2007, n.600; sez. Umbria n.275/2004, cit.; sez. III centr.app., 10/04/2002, n.352; sez. II centr.app., 10/04/2001, n.136; sez. Campania, 30/10/2000, n. 904. Da ultimo, Corte dei conti, sez. I centr. app. 09/07/2014, n. 947, ha ribadito che “i farmacisti a rapporto convenzionale con il S.S.N si configurano come professionisti che, per conto delle ASL provvedono all' erogazione di un pubblico servizio, inserendosi direttamente nella organizzazione sanitaria e disponendo con la loro attività, direttamente o indirettamente, di risorse pubbliche, con la conseguenza che essi sono sottoposti a specifici obblighi e doveri e con la ulteriore conseguenza che essi sono sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti per i danni causati all' Erario nell' esercizio della loro attività”.

Si tratta solitamente di delitti di truffa aggravata e di falso ideologico in autorizzazioni amministrative (artt. 110,81,640 e 48 cod. pen.) collegati a fattispecie criminose caratterizzate dalla prescrizione da parte del medico di farmaci indipendentemente dalle necessità terapeutiche dei pazienti e dalla reiterata presentazione da parte del farmacista al S.S.N., ai fini del rimborso, di ricette che recano la prescrizione di farmaci all' insaputa degli assistiti.

In alcuni casi esaminati dalle sezioni giurisdizionali della Corte dei conti è stata rilevata la circostanza che le ricette sono addirittura firmate in bianco dal medico e successivamente compilate dal farmacista per ottenere il rimborso dei farmaci mai consegnati agli assistiti.

Altre fattispecie, specificamente quando ricorre il c.d. danno da tangente, contemplano la presenza nel concorso criminoso dell' informatore farmaceutico.

Si tratta delle situazioni più gravi, collegate a reati di corruzione e da cui consegue solitamente anche, sul piano dell' accertata responsabilità amministrativa, la risarcibilità del danno all' immagine.

Infatti, in tali evenienze, vengono in risalto comportamenti che hanno un negativo riflesso sulla collettività a seguito del *clamor fori* e dello *strepitus* determinatosi, con conseguente perdita di fiducia a discapito sia del rispetto sia della considerazione dei cittadini nei confronti dell' istituzione sanitaria.

Le ipotesi più ricorrenti di responsabilità amministrativo-contabile del farmacista sono prevalentemente collegate alla commissione di fatti illeciti derivanti sostanzialmente da accordi con il medico iperprescrittore o da triangolazioni che vedono per protagonista entrambi e l' informatore farmaceutico.

Si tratta, per quanto riguarda quest' ultima ipotesi, di un meccanismo che si sostanzia in un accordo criminoso fra tre soggetti che, sulla base dei rapporti rassegnati dalla Guardia di Finanza ai procuratori contabili, presentano una sequenza che si può definire standard: gli informatori farmaceutici propongono ai medici di base la prescrizione dei farmaci commercializzati dalle ditte da loro rappresentate; i medici compilano i ricettari che si trovano nella loro esclusiva dotazione, prescrivendo a pazienti (propri assistiti) del tutto ignari (o addirittura

deceduti) le specialità suggerite dagli informatori; i farmacisti provvedono poi a spedire le ricette per l' incasso.

Si tratta di situazioni inquadrabili, quindi, nelle ipotesi di iperprescrittività da fatto illecito, in cui l' ammontare del danno erariale è pari all' ammontare del prezzo dei farmaci, corrisposto dal S.S.N, giacchè questi ultimi sono stati del tutto fittiziamente dispensati.

Da tali situazioni (che comportano la consumazione dei delitti di corruzione, falsità in atti amministrativi, truffa aggravata) si distingue quella caratterizzata dalla sussistenza di un reato di minore gravità e di natura contravvenzionale, che è il comparaggio.

Quando ricorre la fattispecie criminosa che qualifica tale reato, il medicinale prescritto è effettivamente somministrato e quindi è concretamente destinato alla cura dell' assistito.

Il comparaggio, infatti, comporta la circostanza che il medico, l' operatore di settore e il farmacista, cooperano nel favorire il consumo di determinati farmaci, in luogo di altri, in cambio di utilità da parte delle aziende produttrici di medicinali.

In forma più limitata il comparaggio può realizzarsi tramite un accordo intervenuto solo tra medico e farmacista, allorquando l' intenzione comune sia quella di favorire l' esercizio del farmacista cooperatore²¹⁵ .

²¹⁵ Il comparaggio farmaceutico è previsto come reato dal R. D. 27/07/1934, 1265 (T.U. leggi sanitarie) agli artt. 170, 171, 172, nonché dal D.L.gs. 24/04/2006, n. 219 (“Codice del farmaco”), all’ art. 147, co. 5.

CAPITOLO IV

LA RESPONSABILITÀ DEL MEDICO DI MEDICINA GENERALE E IL RIPARTO DELLA GIURISDIZIONE IN RELAZIONE ALLE CONSEGUENZE DANNOSE DERIVANTI DAL COMPORTAMENTO IPERPRESCRITTIVO.

La responsabilità amministrativo-contabile può concorrere con eventuali altre responsabilità in quanto un medesimo comportamento può dare luogo a reazioni diverse e concorrenti da parte dell'ordinamento.

Pertanto un dipendente pubblico (e quindi anche un dipendente dell'amministrazione sanitaria o soggetto collegato a quest'ultima in virtù di un rapporto di servizio, come accade a proposito del medico generico convenzionato con il S.S.N), nell'esercizio delle proprie funzioni, può essere chiamato a rispondere dei danni arrecati in ragione del suo comportamento a titolo di responsabilità civile (quando causi danni a terzi), a titolo di responsabilità penale (quando il comportamento integri una fattispecie criminosa), a titolo di responsabilità amministrativo-contabile (quando il danno è arrecato alla P.A), a titolo di responsabilità disciplinare (quando il comportamento è altresì posto in essere in violazione degli obblighi derivanti dal rapporto dipendente o comunque di servizio, stabiliti dalla legge, dal c.c.n.l o da codici comportamentali ²¹⁶).

Il principio di base è che le concorrenti reazioni ordinamentali sono tra loro autonome.

²¹⁶ Sul punto cfr. V. TENORE – L. PALAMARA – B. MARZOCCHI BURATTI, *Le cinque responsabilità del pubblico dipendente*, Milano, 2012. Gli AA aggiungono alle quattro sopra indicate responsabilità, una quinta, la responsabilità dirigenziale che ricorre allorché il dipendente con qualifica dirigenziale non consegua gli obiettivi indicati dal vertice politico o si discosti dalle direttive di quest'ultimo.

§1 I RAPPORTI TRA GIUDIZIO CONTABILE E GIURISDIZIONE CIVILE.

L' illecito comportamento iperprescrittivo del medico convenzionato può dar luogo ad una responsabilità amministrativo-contabile per danno erariale diretto e per danno erariale indiretto.

La prima evenienza si ha quando il comportamento iperprescrittivo viene tenuto, come già evidenziato, in violazione dei doveri d' ufficio e specificamente si pone come un abuso della *potestas* amministrativa che il medico convenzionato esercita attraverso la prescrizione di farmaci o di accertamenti diagnostici.

La seconda evenienza ricorre allorquando, a seguito dell'attività iperprescrittiva, sia stato prodotto un danno al terzo (cioè al paziente assuntore del farmaco prescritto in dosi eccessive o sottoposto a esami diagnostici che per la loro invasività abbiano provocato conseguenze negative). Quando tale danno sia stato rifiuto dall' amministrazione sanitaria a conclusione del processo civile intentato dal danneggiato, o a seguito di transazione intervenuta con quest'ultimo, sarà proponibile dal Procuratore regionale presso la sezione giurisdizionale della Corte dei conti l' azione contabile di rivalsa in favore della predetta amministrazione (sempre che il comportamento del danneggiante sia stato improntato a dolo o colpa grave).

In linea generale, pertanto, i rapporti del giudizio contabile con il giudizio civile debbono essere esaminati sotto due aspetti: quello relativo al problema della giurisdizione concorrente del giudice civile in caso di danno diretto arrecato all'amministrazione sanitaria cui il medico convenzionato è legato dal rapporto di servizio; quello specifico della connessione tra giudicato civile e azione di responsabilità amministrativo-contabile, in caso di danno erariale indiretto.

Relativamente al primo profilo, in dottrina viene ammesso che, astrattamente,

sono possibili due distinte azioni, e cioè una di responsabilità amministrativa esercitata dal p.m. contabile e l' altra di responsabilità civile, per lo stesso danno fatta valere dalla P.A innanzi al giudice civile ²¹⁷ .

Pertanto Il medesimo fatto può configurarsi, a seguito della proposizione di un'azione civile e di un' azione contabile contestuali, rispettivamente come illecito civile e come illecito amministrativo-contabile senza che tra i due giudizi si ponga alcuna interferenza se non l' osservanza del divieto della doppia condanna del dipendente (il che, non esclude, almeno teoricamente, che possa ricorrere l' ipotesi di un contrasto tra giudicati quando le statuizioni dei due diversi giudizi siano una di assoluzione e l' altra di condanna).

Qualora siano proposte, quindi, per un medesimo fatto, un' azione civile di danni (da parte dell' amministrazione) e un' azione di responsabilità amministrativo-contabile (da parte della procura regionale della Corte dei conti), non verrebbe quindi a configurarsi una questione di giurisdizione (la quale potrebbe porsi solo se venisse riconosciuta con certezza l' esclusività della giurisdizione contabile), nè sarebbe configurabile una litispendenza, giacchè tale istituto opera all'interno di una medesima giurisdizione per dirimere i conflitti di competenza ²¹⁸.

Da ciò consegue che, quand'anche il giudice ordinario abbia definito la liquidazione del danno (e questa appare ipotesi meno astratta della contestuale attivazione sul medesimo fatto di un giudizio civile e di un giudizio contabile), non può escludersi che il procuratore regionale presso la Corte dei conti possa proporre l' azione e il giudice contabile disporre la relativa pronuncia qualora il credito erariale non risulti interamente soddisfatto in sede civile.

Al riguardo deve osservarsi che il giudizio contabile è comunque da ritenersi

²¹⁷ Cfr. in tal senso, V. TENORE, (a cura di) *La nuova Corte dei conti*, p. 222 ss.; M. SCIASCIA, *Manuale di Diritto processuale contabile* cit. pp. 386 ss.

²¹⁸ La costante giurisprudenza contabile ha sempre escluso la litispendenza in presenza di un giudizio di danni già instaurato davanti al giudice ordinario (cfr, in particolare, sez. I, 29/7/1998, n. 239; sez. Molise, 3/6/1999, n. 103; sez. app. Sicilia 30/10/1999 n. 6; sez. II, centr. app. 19/06/2002, n. 195).

precluso allorché l' avvenuta liquidazione del danno in sede civile ricomprenda *in toto* la richiesta risarcitoria del p.m. : in tal caso, in virtù del principio del *ne bis in idem* sostanziale, dovrà essere pronunciato il non luogo a provvedere in sede contabile per sopravvenuta carenza di interesse²¹⁹.

Le due azioni divergono tra di loro per molteplici aspetti: mentre l' azione civile è rimessa alla scelta discrezionale della P.A, l' azione contabile è obbligatoriamente promossa dal Procuratore regionale presso la Corte dei conti; l' obbligo del risarcimento del danno è intrasmissibile solo in sede di giudizio contabile (salvo il caso dell' indebito arricchimento dell' erede conseguente all' illecito arricchimento del dante causa); nel corso del giudizio contabile il p.m. non può esperire concorrenti azioni surrogatorie, revocatorie e di simulazione, al contrario di quanto può fare il creditore P.A, attore, nel giudizio civile; c' è un differente regime probatorio che consente all' attore nel processo civile un più ampio utilizzo della prova testimoniale; è diverso il decorso del termine prescrizione (decennale per illecito contrattuale dinanzi all' A.g.o.; quinquennale dinanzi alla Corte dei conti); infine è attribuito al giudice contabile il potere riduttivo.

Allo scopo di evitare gli inconvenienti che potrebbero derivare dalla proposizione, in relazione al medesimo fatto, di una duplice azione risarcitoria (e, in primo luogo, il contrasto tra giudicati) la giurisprudenza ha individuato di volta in volta alcuni accorgimenti, dal riconoscimento dell' efficacia del giudicato civile nel giudicato contabile e la relativa sospensione di questo in attesa della statuizione del giudizio

²¹⁹ Cfr. in proposito, M. SCIASCIA, *Manuale di diritto processuale contabile*, cit. , pp. 386-387. In giurisprudenza, cfr. Corte dei conti, sez. II, centr. app. 02/11/1993, n. 256 e, da ultimo, sez. Trento A.A., 09/07/2015, n. 19, secondo cui “fermo restando che la determinazione del *quantum* risarcitorio intervenuto in altra sede (penale o civile) non è vincolante nel giudizio contabile, ove sopravvenga l' integrale ed effettivo risarcimento del danno – ad esempio attraverso le provvisori o le liquidazioni definitive del danno operate in altre sedi giurisdizionali – il giudice contabile, appurando il concreto conseguimento del bene della vita richiesto dal p.m. contabile, può dichiarare cessata la materia del contendere”.

civile, alla dichiarazione di inammissibilità di responsabilità amministrativo-contabile in caso di avvenuta pronuncia sul medesimo fatto, nel giudizio civile²²⁰.

Una impostazione più strutturata finalizzata ad evitare duplicità di pronunce in relazione al medesimo fatto è quella fornita da alcune pronunce della Corte dei conti intese ad affermare l' esclusività della giurisdizione contabile in ordine all'accertamento della responsabilità del dipendente per il danno arrecato all'amministrazione a seguito dell' inosservanza dei doveri d' ufficio.

Tale indirizzo giurisprudenziale esclude che all' amministrazione competa il diritto d' azione nei confronti del personale in servizio per i danni arrecati all' ente nello svolgimento delle funzioni o mansioni attribuite, in quanto l' azione, in detta materia, compete “in via esclusiva al Procuratore presso la Corte dei conti nella sua funzione di salvaguardia dell' interesse pubblico”²²¹.

In tal modo la questione di come evitare che per un medesimo fatto possano aversi pronunce diverse da parte di giudici appartenenti a diverse giurisdizioni è stata proiettata sul piano più generale dell' attribuibilità al giudice contabile di una giurisdizione esclusiva, in riferimento a quanto disposto dall' articolo 103 Cost.

Al riguardo, la Cassazione, in alcune pronunce, ha mostrato di propendere per la esclusività della giurisdizione contabile, ritenendo, in una serie di casi sottoposti alla sua deliberazione, che la giurisdizione della Corte dei conti in tema di

²²⁰ Cfr. Corte dei conti, sez. I 12/12/1997, n. 076; sez. Sicilia, 21/12/1999 n. 268 ; sez. Lombardia, 13/3/1998 n. 436.

²²¹ V. Corte dei Conti, sez. Lazio, 29/10/1998, n. 2246, la quale prosegue affermando che “la tutela di tale interesse si attua esclusivamente con la cognizione del giudice nelle materie di contabilità pubblica che, unico, può accertare l' esistenza di un danno riferibile a violazione dolosa oppure gravemente colposa di obblighi di servizio del convenuto e gli eventuali limiti di tale riferibilità”.

Sottolinea S.M.PISANA che “tale inequivocabile pronuncia rimase, allora, un fatto isolato nella nostra giurisprudenza, che nemmeno a tutt' oggi ha avuto il coraggio di riaffermare univocamente e con forza questo principio” (S.M. PISANA, *I rapporti tra la giurisdizione contabile e le giurisdizioni penale e civile nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in [www. amcorteconti.it](http://www.amcorteconti.it) p. 9).

accertamento della responsabilità amministrativo-contabile per danno erariale non sia coesistente con quella del giudice ordinario ²²².

In questo modo il carattere generale ed esclusivo della giurisdizione contabile escluderebbe alla radice la possibilità di un conflitto con la giurisdizione civile e nel contempo sarebbe coerente con l'attuazione del principio del *ne bis in idem*.

La conseguenza che ne deriverebbe è che l'amministrazione non avrebbe più un'azione verso i propri dipendenti per i danni ad essa arrecati (sia in via diretta che indiretta) in violazione dei loro doveri di servizio.

²²² Cfr. in tal senso: Cass. sez. un., 22/12/1999, n. 933, in cui viene affermato che “costituisce principio pacifico che la giurisdizione della Corte dei conti è esclusiva, nel senso che è l'unico organo giudiziario che può decidere nelle materie devolute alla sua cognizione”, per cui “va esclusa una concorrente giurisdizione del giudice ordinario, adito secondo le regole normali applicabili in tema di responsabilità e di rivalsa”; Cass., 22/12/2000 n. 1329, nella quale viene affermato che l'azione diretta ad ottenere dal dipendente pubblico il risarcimento del danno da lui prodotto all'amministrazione nell'esercizio delle sue funzioni va proposta dal pm presso la Corte dei conti e non dall'amministrazione danneggiata dinanzi al giudice ordinario; Cass. sez. un., 8/5/2001, n. 179, laddove viene osservato che “non può ignorarsi che nella materia, una volta riconosciuto in via esclusiva al procuratore regionale della Corte dei conti il potere di iniziativa nel giudizio di responsabilità amministrativo-contabile ex art. 5 DL n. 453/1993, conv. con modifiche in L. 19/1994 (con correlata estensione della legittimazione ad agire o ad intervenire dell'amministrazione danneggiata, senza che ciò comporti dubbi di legittimità costituzionale...) il problema della giurisdizione è quello della legittimazione ad agire risultano interconnessi”; Cass. sez. un., 4/12/2001 n. 5288 (concernente il caso di una condanna inflitta dal g.o. ad un ospedale per danni causati ad un paziente del reparto chirurgico con contestuale condanna del chirurgo a rimborsare all'ospedale le somme che quest'ultimo era stato tenuto a corrispondere al danneggiato. Nella circostanza il chirurgo aveva proposto ricorso per Cassazione eccependo il difetto di giurisdizione del giudice ordinario che veniva dichiarato dalla Cassazione in base alla considerazione che la domanda di rivalsa proposta in sede civile dall'ente ospedaliero rientra nella giurisdizione esclusiva della Corte dei conti).

Sulla base di tali pronunce, secondo N. LEONE si può accedere ad una tesi che “può sembrare estremistica: la giurisdizione in materia di danni erariali che appartiene alla Corte dei conti comporta l'esclusività e, pertanto, in quelle materie attribuite al giudice contabile l'amministrazione danneggiata deve solo ottemperare al proprio obbligo di denuncia del danno e deve farlo tempestivamente e non può certo incaricare professionisti della propria difesa: esiste già un “professionista” pubblico: il pubblico ministero presso la Corte dei conti (N. LEONE, *Il problema di riparto di giurisdizione in un sistema giuridico fondato sulla pluralità di giurisdizioni*, in www.amcorteconti.it, p. 20).

L' A. quindi, conclude che “se si ammettesse il doppio binario di giurisdizione... i convenuti nel nostro giudizio che siano convenuti anche nel giudizio civile, non solo dovrebbero sopportare due giudizi con la scusa della diversità della *causa petendi* (ma ad essi si chiede il risarcimento del danno), ma essi dovrebbero affrontare anche il costo di due difese nel nostro giudizio e nel giudizio civile autonomo o innestato nel processo penale” (N. LEONE, op. cit., p. 21).

Tale conseguenza sarebbe comunque compensata dall'obbligo, da parte dell'amministrazione, di segnalazione alla procura regionale della Corte dei conti, la cui omissione è sanzionata e costituisce, a sua volta, fonte di responsabilità amministrativa²²³.

Tuttavia, l'indirizzo giurisprudenziale maggioritario è nel senso di ritenere ammissibile, quantomeno teoricamente, il concorso tra azione di responsabilità civile e azione di responsabilità amministrativo-contabile²²⁴.

Tale indirizzo poggia sull'affermazione da parte della Corte Costituzionale circa il carattere della tendenziale ma non assoluta generalità della giurisdizione della Corte dei conti.

Infatti, il giudice delle leggi, nel riconoscere il fondamento costituzionale della Corte dei conti ha, altresì, posto in risalto che “nulla autorizza però a ritenere che in tal modo i costituenti abbiano inteso riservare alla Corte [dei conti] la competenza a conoscere di tutti i giudizi comunque vertenti nella materia della contabilità pubblica”²²⁵.

²²³ Aderendo a tale impostazione, secondo S.M.PISANA “si porrebbe fine all' assurdo per cui, se l'amministrazione chiama a rispondere il suo funzionario davanti al giudice ordinario, si applica un tipo di responsabilità (quella di diritto civile) e se invece è il procuratore regionale della Corte dei conti a convenirlo davanti alla magistratura contabile si applicano regole completamente diverse, quanto alla prescrizione, al quantum, ecc: le regole della responsabilità amministrativa. Assurdo così palese che non manca in dottrina chi ha paradossalmente sostenuto che anche il g.o. dovrebbe comunque applicare le norme sostanziali sulla responsabilità amministrativa” (op.cit., p. 19).

²²⁴ Sul punto cfr. P. DELLA VENTURA, *Commento a regio decreto 12/07/1934 n. 1214, approvazione del testo unico delle leggi sulla Corte dei conti*, in F. GARRI, M. RISTUCCIA, C. CHIAPPINELLI, G. DAMMICCO, P. DELLA VENTURA, M. DI STEFANO, L. IMPECIATI (a cura di) *La Corte dei conti-controllo e giurisdizione-contabilità pubblica*, Milano, 2012, pp. 793 s.s.). Le decisioni giurisprudenziali che affermano l'esclusività della giurisdizione contabile sarebbero pertanto da riferire a situazioni in cui l'inammissibilità di un concorso di azioni non deriverebbe dalla supposta esclusività, bensì dal regime sostanziale cui è sottoposta l'azione di rivalsa della P.A., nei casi in cui esclude di per sé l'azione civilistica di regresso.

²²⁵ V. Corte Cost. 31/03 /1965, n. 17. Tale affermazione appare tanto più evidente, quando si consideri che la materia contabile è di quelle il cui ambito non si riesce sempre a definire con esattezza, secondo il giudizio della Corte Costituzionale, “se non in base a puntuali indicazioni legislative”. Pertanto, fermo restando che la Corte dei conti è l'organo naturalmente deputato ad esercitare la giurisdizione contabile, “non appare invece esatto ritenere...incompatibile col secondo comma dell' art. 103 della Costituzione che alla Corte dei conti sia conferita, in un settore della giurisdizione contabile... una competenza limitata.

Successivamente la Corte ha confermato il proprio indirizzo secondo il quale dall'art. 103, co. 2 Cost. si ricava il carattere della tendenziale, ma non assoluta generalità della giurisdizione della Corte dei conti, per cui sia la disciplina degli aspetti procedurali del giudizio, sia la stessa disciplina sostanziale della responsabilità amministrativo-contabile richiedono l' *interpositio legislationis* ²²⁶.

L' apparente contraddizione tra la tendenziale generalità della giurisdizione (speciale) della Corte dei conti e la necessità della *interpositio legislatoris* è stata spiegata dalla Corte Costituzionale interpretando il secondo comma dell' art. 103 Cost. nel senso che alla Corte dei conti è riservata la giurisdizione sulle materie di contabilità pubblica, la quale va intesa nel senso tradizionalmente accolto dalla giurisprudenza e dalla legislazione, cioè come comprensiva sia dei giudizi di conto che di responsabilità a carico degli impiegati e degli agenti contabili dello Stato e degli enti pubblici non economici, e che, tuttavia, “ la materia di contabilità pubblica non è definibile oggettivamente ma occorrono apposite qualificazioni legislative e puntuali specificazioni non solo rispetto all'oggetto, ma anche rispetto ai soggetti” ²²⁷.

Non c' è dubbio, peraltro, come posto in evidenza dall' analisi dei casi, che in tema di comportamenti iperprescrittivi del medico convenzionato i quali causino danni erariali diretti all' amministrazione sanitaria, la procedura ordinariamente seguita sia quella della proposizione dell' azione contabile da parte del procuratore regionale presso la sezione giurisdizionale della Corte dei conti.

²²⁶ Sul carattere della tendenziale e non assoluta generalità della giurisdizione della Corte dei conti cfr., *ex plurimis*, Corte Cost. 29/01/1993, n. 24; 17/12/1987, n. 641; 02/06/1977, n. 102. Per quanto riguarda l'*interpositio legislatoris* in ordine alla concreta attribuzione della giurisdizione, cfr., *ex plurimis* Corte Cost. 22/07/1998, n. 307; 05/11/1996, n. 385; 29/01/1993, n. 24; 07/07/1988, n. 773.

²²⁷ V. Corte Cost., 30/12/1987, n. 641, la quale conclude che “proprio in applicazione dell' art. 103, co. 2 Cost. e nei limiti da esso imposti, spetta al legislatore la determinazione della sfera di giurisdizione dei giudici ordinario, amministrativo, contabile, militare, ecc.). Nella *interpositio* del legislatore deve individuarsi il limite funzionale delle attribuzioni giudicanti della Corte dei conti”. Tale assunto è stato successivamente confermato da Corte Cost. 07/07/1988, n. 773cit.

Alla base di tale costante prassi c'è la considerazione, mutuata dalle decisioni della Cassazione in tal senso, che l'attività prescrittiva in sé considerata sia un'attività amministrativa – burocratica, distinta dall'attività professionale e come tale sottratta alla cognizione del giudice civile²²⁸.

La coesistenza tra i due diversi procedimenti, quello civile e quello contabile, appare, invece, più evidente nell'ipotesi di danno indiretto.

Quando, infatti, dal comportamento del medico dipendente pubblico (o ad esso assimilabile in virtù di un rapporto di servizio intercorrente con l'amministrazione sanitaria) deriva un danno al terzo, possono determinarsi due diverse forme di responsabilità che, pur essendo separate, sono tra di esse interdipendenti in quanto derivanti da un medesimo fatto illecito.

Sussiste, infatti, una responsabilità civile a carico della struttura sanitaria pubblica e del medico, da una parte, nei confronti del terzo danneggiato; nel contempo sussiste una responsabilità amministrativa del medico nei confronti dell'ente (pubblico) sanitario che sorge allorché l'amministrazione sanitaria, a seguito dell'azione intentata dal terzo, venga condannata a risarcire il danno causato a quest'ultimo dal comportamento del medico (gravemente colposo o doloso) e provveda alla liquidazione del relativo importo corrispondente alla quantificazione del danno.

Il rapporto intercorrente tra il medico operante nell'ambito di una struttura pubblica e il paziente, relativamente alla prestazione sanitaria erogata, secondo l'orientamento più volte ribadito della Cassazione, avrebbe natura contrattuale, come natura contrattuale avrebbe la responsabilità dell'ente gestore del servizio sanitario, tenuto a corrispondere la prestazione sanitaria per il tramite del medico.

²²⁸ Cfr. in particolare Cass., sez. un. 9957/1996, cit., la quale dopo aver chiarito che tra il medico di base e l'amministrazione pubblica si costituisce convenzionalmente un rapporto di servizio, con riguardo ad attività tra le quali rientrano anche quelle di natura non professionale ma che consistono in certificazioni, identificazione di assistiti, accertamento del loro diritto alle prestazioni sanitarie, ecc., afferma che "qualora dall'espletamento di tali attività derivi un danno all'amministrazione, questa deve promuovere davanti alla Corte dei conti e non all'Autorità Giudiziaria Ordinaria l'azione per il ristoro del pregiudizio che assuma d'aver subito, in quanto la responsabilità del sanitario dipende non dall'esercizio della sua professione medica, bensì dal comportamento illegittimo colposo o doloso posto in essere nell'ambito del rapporto di pubblico servizio".

La responsabilità nei confronti dei terzi del medico ospedaliero (al quale è assimilabile la posizione del medico che in base ad un rapporto di servizio con l'ASL è tenuto ad erogare una prestazione sanitaria) sussisterebbe, non tanto in forza di un pregresso rapporto obbligatorio insorto tra le parti, quanto in virtù di un rapporto contrattuale di fatto originato da “contatto” sociale ²²⁹.

²²⁹ Cfr. Cass.civ. 22/01/1999 n.589, secondo cui la responsabilità del medico dipendente ospedaliero “deve qualificarsi contrattuale non già per l' esistenza di un rapporto obbligatorio insorto tra le parti, bensì in virtù di un rapporto contrattuale di fatto originato dal contatto sociale”.

Tale assunto è stato ribadito da Cass. 19/04/2006, n. 9085, la quale osserva che “in tema di responsabilità civile nell'attività medico-chirurgica, l'ente ospedaliero risponde a titolo contrattuale per i danni subiti da un privato a causa della non diligente esecuzione della prestazione medica da parte di un medico proprio dipendente ed anche l'obbligazione di quest' ultimo nei confronti del paziente, ancorchè non fondata sul contratto, ma sul “contatto sociale”, ha natura contrattuale, atteso che ad esso si ricollegano obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi che sono emersi o sono esposti a pericolo in occasione del contatto stesso; tale situazione si riscontra nei confronti dell' operatore di una professione cd. protetta (per la quale cioè è richiesta una speciale abilitazione), particolarmente quando essa abbia ad oggetto beni costituzionalmente garantiti come il bene della salute tutelato dall' art. 32 Cost.

Sia con riguardo alla responsabilità dell' ospedale che relativamente alla responsabilità del medico, è stato ribadito dalla Cassazione che “il paziente danneggiato deve limitarsi a provare l' esistenza del contratto (o il contatto sociale) e l'insorgenza o l' aggravamento della patologia ed allegare l' inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, rimanendo carico del debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante” (Cass., sez. un. 11/01/2008, n. 577. In proposito v. nota di M. GAZZARA, *Le sezioni unite “fanno il punto” in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria*, in *Danno e responsabilità*, 2008 pp. 1002-1009, il quale, al riguardo, ritiene che in tal modo, le sezioni unite, a partire dal 2001, “stravolgendo i principi ampiamente consolidati e sostanzialmente condivisi in tema di prova dell' inesatto adempimento delle obbligazioni di fare, hanno trasformato la responsabilità contrattuale dei medici e delle strutture sanitarie, nonché, a rigore, la responsabilità *tout court*, in una sorta di responsabilità paraoggettiva o presunta”. Giova ricordare in proposito che, secondo Cass., Sez. un. 30/11/2001, n. 13533, “il creditore che agisce in giudizio, sia per l'adempimento del contratto, sia per la risoluzione ed il risarcimento del danno, deve fornire la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto ed eventualmente del termine di scadenza, limitandosi ad allegare l'inadempimento della controparte, su cui incombe l' onere della dimostrazione del fatto estintivo costituito dall' adempimento”).

Tra le più recenti sentenze della Suprema Corte che riconoscono la natura contrattuale della responsabilità medica, cfr. Cass. civ., sez. III, 09/02/2010, n. 2847; sez. III, 26/01/2010, n. 1524; sez. III, 04/01/2010, n.13; sez.III, 29/09/2009, n. 20806; sez.un., 11/01/2008, n. 577; sez.III, 13/04/2007, n. 8826.

In precedenza, fino agli anni novanta inoltrati, la giurisprudenza della Cassazione aveva invece sostenuto la natura aquiliana della responsabilità del medico dipendente dall'amministrazione sanitaria (da ultimo, cfr.Cass.civ. 20/11/1998, n. 11743).

Ciò non fa che rafforzare il vincolo di solidarietà che intercorre tra il medico e l'amministrazione sanitaria, in virtù dell'art.28 Cost., il quale prevede che “ I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici”.

Appare, pertanto, coerente con il dettato costituzionale il processo evolutivo della giurisprudenza che ha condotto ad uniformare l'attività professionale del medico su un modello che prescinde dalla qualità pubblica o privata da parte di chi esercita tale professione. Questo perché, come è stato sottolineato in dottrina “certi tipi di prestazioni professionali, devono essere forniti in conformità di certi standard che sono neutri rispetto alla qualità soggettiva delle persone e degli enti erogatori”²³⁰.

Sulla base di tali premesse, la responsabilità, nei confronti dei terzi, del medico dipendente di un ospedale pubblico o legato all'ASL da un rapporto di servizio è stata ricondotta dal genere aquiliano alla medesima responsabilità contrattuale del medico dipendente di una casa di cura privata o libero professionista.

È tuttavia il caso di sottolineare, segnatamente per quanto riguarda i medici operanti in virtù di una convenzione con il SSN, come la giurisprudenza più recente della Corte di Cassazione abbia riferito alla struttura sanitaria le attività del medico inquadrando il fatto di quest'ultimo come fatto dell'ausiliario, ai sensi dell'art. 1228 cod. civ., in forza del quale “il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si vale dell'opera dei terzi, risponde dei fatti dolosi o colposi di costoro”²³¹, ove per debitore è da intendersi proprio l'amministrazione sanitaria

²³⁰ Cfr. M. FRANZONI, *Il professionista e i criteri per l'accertamento della responsabilità* in *Contratto e impresa*, n. 03/2015, p. 595. L' A. ritiene che, con tale processo, si sia superata la distinzione tra interventi ordinari e interventi di facile esecuzione: “per tutti, infatti, il paziente deve soltanto allegare l'inadempimento, poiché in base al principio della prossimità della prova, è il professionista il soggetto meglio in grado di dimostrare di avere impiegato il grado di diligenza richiesto”.

²³¹ Cfr. Cass.civ. n.23981 del 2006. Sul punto, in dottrina, cfr. E.PAPIANO, *Della responsabilità amministrativa del medico condannato per responsabilità professionale*, in *Ragiusan*, n.321/322, gennaio/febbraio 2011, p.86.

la quale è tenuta all'adempimento dell'obbligazione corrispondente al diritto soggettivo alla salute vantato dal cittadino ²³² .

Proprio con specifico riferimento al medico di medicina generale convenzionato con il SSN la Corte di Cassazione ha recentemente riaffermato il principio in base al quale l'ASL è responsabile civilmente, ai sensi dell'art. 1228 cod.civ. del fatto illecito che il "medico di famiglia" abbia commesso in esecuzione della prestazione sanitaria ²³³ .

La Suprema Corte, nel richiamare la L.833/1978, istitutiva del SSN, ha chiarito che la prestazione curativa può essere erogata dal SSN o tramite personale dipendente o attraverso personale convenzionato ²³⁴ .

Tale ultima modalità è quella utilizzata per l'erogazione della prestazione curativa di assistenza medico-generica, con la scelta, da parte del paziente, del medico di fiducia tra quelli convenzionati con l'Asl territorialmente competente ed inseriti in appositi elenchi.

Il diritto soggettivo dell'utente del SSN all'assistenza medica (che, come già osservato in precedenza, costituisce esplicazione del diritto fondamentale previsto dall'art.32 Cost.), ad avviso della Cassazione, nasce "direttamente dalla legge ed è la legge stessa ad individuare la Asl come soggetto tenuto ad erogarla, avvalendosi di

²³² In relazione alla natura contrattuale del rapporto tra l'ente sanitario e il paziente, definibile, a seconda dei casi, come contratto di ospitalità o contratto di assistenza sanitaria, cfr. Cass. civ. 28/05/2004, n.10297; Cass.civ., 21/07/2003, n. 11316.

²³³ V.Cass.27/03/2015, n. 6243.Con riferimento alle questioni di diritto sulle quali la Corte si è pronunciata, occorre chiarire che la sentenza di primo grado aveva pronunciato la condanna in solido sia del medico che dell'Asl, mentre il giudice di appello aveva escluso la responsabilità ex art.1228 dell'Asl, ritenendo che il SSN assume nei confronti dei cittadini obblighi organizzativi ma non assume "un obbligo diretto avente ad oggetto il contenuto della prestazione professionale ed escludendo altresì che l'Asl potesse essere ritenuta responsabile ai sensi dell'art.2049,non sussistendo un rapporto di preposizione tra Asl e medico convenzionato, il quale pertanto è stato considerato alla stregua di un libero professionista del tutto autonomo, scelto dal paziente in piena libertà".

²³⁴ V. Cass., n. 6243/2015, cit.

personale medico alle proprie dipendenze ovvero in rapporto di convenzionamento”²³⁵.

L’ASL è tenuta all’adempimento di una obbligazione *ex lege* consistente nel prestare l’assistenza medico-generica all’utente del SSN che viene adempiuta anche attraverso l’opera di un medico convenzionato.

L’utente, come già evidenziato, è quindi “creditore” nei confronti dell’Asl, la quale, in veste di “debitore”, adempie la sua prestazione avvalendosi del medico generico convenzionato il quale assume la qualità di “ausiliario”.

Va peraltro ricordato come, ai sensi dell’art.14,co.3,lett.h,L.833/1978, “nell’ambito delle proprie competenze, l’unità sanitaria locale provvede in particolare... all’assistenza medico-generica e infermieristica, domiciliare e ambulatoriale”.

Dal che si evince che l’Asl, essendo tenuta in concreto a provvedere all’assistenza medico-generica, è qualificabile sia come debitore (art.1218 cod. civ.) che come committente (art.2049 cod. civ.).

Inoltre, il medico convenzionato è, a sua volta, selezionato secondo parametri definiti nell’ambito degli accordi regionali, in modo tale che l’accesso alle funzioni del medico di medicina generale “sia consentito prioritariamente ai medici forniti dell’attestato di cui all’art. 2 del decreto legislativo 8 agosto 1991, n. 256” (art.8, lett.g, D.L.gs. n. 502/1992).

L’obbligazione il cui adempimento grava sull’ASL, sebbene non derivi da contratto, trova la sua fonte nell’art.1173 cod. civ. (ossia in un “atto o fatto idoneo a produrla”) e la relativa disciplina è quella ricavabile dal titolo I del libro IV cod. civ. La conclusione cui perviene la Cassazione è che, diversamente da altre ipotesi in cui il servizio pubblico venga devoluto ai privati (come, ad es., per le concessioni di pubblico servizio, dove il concessionario non è ausiliario del concedente ed è per-

²³⁵ V. Cass., n. 6243/2015, cit.

tanto esclusivamente debitore dell'utente del servizio, rimanendo in capo all'ente concedente solo una responsabilità per omessa vigilanza od omesso controllo), l'obbligo di erogare la prestazione curativa dell'assistenza medico-generica sussiste esclusivamente in capo all'ASL ed essa è resa avvalendosi del medico convenzionato con l'Asl medesima.

Il medico generico convenzionato, nello svolgimento della propria attività professionale, adempie un'obbligazione dell'Asl nei confronti degli assistiti-utenti del SSN e la adempie per conto e nell'interesse dell'ASL.

Quanto, poi, alla responsabilità del medico convenzionato nei confronti dell'utente-paziente, pur non sussistendo alcun vincolo negoziale (non potendo esso essere fatto risalire alla scelta operata dall'assistito in base agli elenchi dei medici convenzionati), viene confermata la sua natura contrattuale, da ricondursi al "contatto sociale" (questo, sì, derivante dal fatto che il medico convenzionato è "scelto" dall'assistito). Ciò, conformemente alla consolidata giurisprudenza della Cassazione a partire dalla sentenza n.589/1999.

Data per riaffermata la responsabilità contrattuale gravante sul medico dipendente dalla struttura pubblica o convenzionato con il S.S.N, occorre ricordare che l' art. 28, co. 1 DPR 20/12/1979 n. 761 recita: "In materia di responsabilità, ai dipendenti delle unità sanitarie locali si applicano le norme vigenti per i dipendenti civili dello Stato di cui al DPR 3/57, e successive integrazioni e modificazioni". Il riferimento è in particolare all' art. 22 (che limita l' obbligo del risarcimento verso i terzi quando l' impiegato abbia cagionato un danno ingiusto) e all' art. 23 (che definisce danno ingiusto quello derivante da ogni violazione dei diritti dei terzi commessa con dolo o colpa grave, restando salve le responsabilità più gravi previste dalle leggi vigenti).

In base a tale rinvio l' impiegato civile dello Stato (e degli enti pubblici) risponde direttamente verso i terzi dei danni causati per colpa grave o dolo in violazione di

diritti ²³⁶.

La giurisprudenza della Cassazione ha tuttavia affermato che la responsabilità del medico dipendente o convenzionato verso il privato danneggiato non ricade nella normativa di cui agli artt. 22 e 23 D.P.R. cit. in quanto tale normativa, in applicazione dell' art. 28 Cost., riguarda “ le ipotesi di danni arrecati a terzi (privati) dagli impiegati civili dello Stato per i comportamenti attivi o omissivi da essi tenuti nell' ambito dell' esercizio dei poteri pubblicistici che strutturano l' amministrazione pubblica quale attività concreta svolta dallo Stato o da altro ente pubblico per la realizzazione di interessi generali” ²³⁷.

Infatti, a differenza della esplicazione di potestà pubblicistiche, quando la P.A. svolge un servizio pubblico, la relativa attività viene esercitata a vantaggio e nell' interesse dei cittadini.

Il privato cittadino, pertanto, viene a trovarsi nella posizione di titolare di un diritto

²³⁶ In dottrina sono stati seguiti due indirizzi opposti: secondo il primo indirizzo l' art. 28 D.P.R. 761/79 è norma speciale rispetto a quanto previsto dal cod. civ. relativamente a qualsiasi prestatore d' opera intellettuale; il secondo indirizzo ritiene invece che l' art. 28 contenga una norma generale, in quanto riguarda indistintamente tutti i dipendenti dell' ASL, mentre invece la disciplina codicistica si riferisce esclusivamente al prestatore d' opera intellettuale (per il riferimento ai due indirizzi dottrinali, v. V. RAELI, *La responsabilità sanitaria*, in *www.LexItalia.it*, 12/2004, p.1).

²³⁷ V. Cass. 01/03/1988, n. 2144, la quale ha così equiparato la posizione dei medici pubblici dipendenti a quella dei liberi professionisti. Tale orientamento è stato confermato da pronunce successive della Suprema Corte (cfr. Cass. 11/04/1995, n. 4152; Cass. 22/01/1999, n. 589).

L' orientamento della Cassazione era stato preceduto in dottrina da approfondite riflessioni circa i gravi rischi di disparità di trattamento che si sarebbero avute tra medici dipendenti pubblici e medici professionisti privati a seguito di un' applicazione puramente letterale della norma.

In particolare veniva argomentato che se “in seguito al D.P.R. 761 si deve fare esclusivo riferimento alle norme previste per gli impiegati civili dello Stato...per quanto riguarda la posizione del medico ospedaliero, questi viene considerato, ai fini della responsabilità, esclusivamente come pubblico dipendente e non più come professionista; pertanto non sarà mai chiamato a rispondere nel caso in cui venga accertata soltanto una colpa lieve e questo, a differenza di quanto avveniva in precedenza, neppure nell' ipotesi di prestazione che non implichi la risoluzione di problemi tecnici di speciali difficoltà. L' esenzione opera, sia nei confronti del paziente, sia... nei confronti dell' amministrazione sanitaria. Appare evidente la situazione di privilegio in cui si vengono a trovare i medici ospedalieri rispetto ai colleghi che operano privatamente (M. CLARICH, *la responsabilità del medico nelle strutture sanitarie pubbliche* in AA.VV. *La responsabilità medica*, Milano, 1982, pp. 175 ss.) .

soggettivo, a fronte del quale corrisponde, da parte dell' amministrazione, un dovere di prestazione.

Il rapporto giuridico, ancorchè di natura pubblicistica, che viene a costituirsi tra il privato e l'amministrazione sanitaria, strutturato sulla sussistenza di un diritto soggettivo da una parte e di un dovere di prestazione dall' altra, fa sì che nel caso in cui nei confronti del fruitore della prestazione sia cagionato un danno nel corso dello svolgimento della prestazione, la relativa responsabilità civilistica non possa che essere contrattuale ²³⁸.

Relativamente alla responsabilità medica in ambito civilistico si è assistito negli ultimi venti anni ad un ulteriore mutamento di prospettiva, laddove mentre fino agli anni novanta del secolo scorso detta responsabilità era incentrata sugli atti dei medici i quali configuravano una responsabilità diretta solidale degli stessi e delle strutture sanitarie in virtù del rapporto di immedesimazione organica tra queste e i medici autori dei fatti illeciti, intorno alla fine degli anni novanta la responsabilità medica si è collocata, quale responsabilità da contatto sociale, sul versante della responsabilità per inadempimento, per poi declinarsi in questi ultimi anni come responsabilità innanzitutto della struttura sanitaria, sempre fondata sull'inadempimento nei confronti del cittadino "creditore" titolare di un primario diritto soggettivo ²³⁹.

²³⁸ In tal modo è stato elaborato "un regime uniforme di responsabilità, valevole: a) sia per la struttura sanitaria, la quale ha stipulato con il paziente un contratto di cura; b) sia per il medico, il quale, diversamente, non ha stipulato con il paziente alcun contratto, ma ha prestato la sua attività professionale...si afferma, sostanzialmente, l' inammissibilità di una tutela differenziata della salute a seconda del regime giuridico, contrattuale ed extracontrattuale, astrattamente applicabile" (S. BAGGIO, *La responsabilità della struttura sanitaria*, Milano, 2008, p. 489).

²³⁹ Sui profili evolutivi della responsabilità civile in ambito sanitario, cfr. R. DE MATTEIS *Le responsabilità civili in ambito sanitario, dal modello unitario di disciplina al sistema doppio binario*, in S. ALEO e Altri *La responsabilità sanitaria...* cit.

Secondo l' A è immutata "l' angolazione d' analisi e con essa cambia l' approccio valutativo del giudizio di responsabilità: non si guarda più al fatto illecito del medico per fondare su di esso una responsabilità della struttura in chiave speculare a quella del medico, bensì si guarda all' attività sanitario e all' inadempimento e / o all' inesatto adempimento di quegli obblighi di assistenza sanitaria, che fanno capo alla struttura, onde valutare se nel loro adempimento l' operare dei medici si sia correttamente svolto" (op. cit., pp. 132-33).

Per quanto riguarda il rapporto medico-amministrazione sanitaria si deve rilevare una tendenza espansiva della giurisdizione contabile nel senso che, ed è questo l'aspetto che qui maggiormente interessa, la condanna per danno indiretto interviene anche nei casi in cui il medico iperprescrittore abbia provocato conseguenze dannose a terzi, i quali siano stati risarciti dall' amministrazione sanitaria.

Si tratta cioè di situazioni in cui la prescrizione medica non coincide con l' esercizio di una potestà pubblicistica (da ritenere ormai rimessa in via esclusiva alla giurisdizione della Corte dei conti) bensì costituisce espressione dell' esercizio di un' attività professionale²⁴⁰ .

Tale orientamento giurisprudenziale non potrà che trovare ulteriore consolidamento, anche alla luce della più volte richiamata sentenza della Cassazione 6423/2015, la quale, nell' affermare la responsabilità civile dell' amministrazione sanitaria per i danni causati a terzi dal medico di medicina generale nell' esercizio della sua attività professionale in regime di convenzione, ha, sostanzialmente capovolto il precedente indirizzo seguito dalla Suprema Corte orientato a non ritenere l' azienda sanitaria civilmente responsabile dei danni provocati dal medico convenzionato, non ricorrendo tra quest' ultimo e l' Asl un rapporto di immedesimazione organica, né di ausiliarità²⁴¹ .

In tale contesto evolutivo si era già inserito il DL 158/2012, il cui art. 3, volto a disciplinare la colpa medica in ambito penale, sembra reinquadrare la responsabilità

²⁴⁰ Un momento di svolta, da questo punto di vista, si è avuto con Corte dei conti, sez. Umbria, 04/10/2007, n. 228, la quale, nella fattispecie giudicata, ha considerato che “il dottor. F. ha prescritto la cura alla P. non quale libero professionista, ma quale medico di base, come tale legato da un rapporto di servizio con l' Asl, in quanto paziente con lui convenzionata, per cui nessun dubbio può sussistere per il collegio nell' affermare la giurisdizione della Corte dei conti”.

²⁴¹ Cfr. Cass. pen., 23/09/2008, n. 36502, la quale aveva affermato che, nell' espletamento della sua attività professionale il medico convenzionato non si distingue dal medico non convenzionato (libero professionista) in quanto egli godrebbe dello stesso tipo di libertà nell' esecuzione delle sue prestazioni al di fuori di qualsiasi controllo preventivo di merito o di potere di direzione da parte dell' Asl. In precedenza con analoghi termini, si era espressa Cass. pen. 16/04/2003, n. 34460.

In dottrina, tale orientamento è sostenuto da D. CHINDEMI, secondo il quale “non può, di conseguenza, affermarsi che il medico convenzionato sia un ausiliario dell' azienda sanitaria né che quest' ultima assuma in qualche modo il rischio (connaturato all' utilizzo di terzi) della libera attività del sanitario (D. CHINDEMI, *Responsabilità del medico e della struttura pubblica e privata*, Montecatini Terme, 2010, pp. 46-47).

civile del medico nell' ambito della responsabilità aquiliana, con l' obiettivo di scongiurare i rischi connessi alle possibili derive della medicina difensiva²⁴² .

La norma sembrerebbe intervenire esclusivamente sui profili di responsabilità penale del medico, laddove, all' art. 3 co. 1 cit., dispone che “l' esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve”. Tuttavia lo stesso comma così prosegue: “in tali casi resta comunque fermo l' obbligo di cui all' art. 2043 del cod. civ. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo”.

In particolare, l' evidente riferimento all' art. 2043 cod. civ. potrebbe essere letto in antitesi con la ormai consolidata interpretazione giurisprudenziale che riconduce al c.d. contatto sociale la responsabilità del medico per l' inadempimento del dovere di comportarsi con diligenza²⁴³ .

La giurisprudenza civile è già intervenuta sulla questione con pronunce difformi²⁴⁴ ed al momento una delle conclusioni proposte dalla dottrina, al fine di mantenere inalterate le garanzie dell' utente-paziente che la prassi giurisprudenziale ha consolidato è quella di intravedere, a seguito della innovazione legislativa *de qua*,

²⁴² Non appena convertito in legge, il citato d.l, l' allora ministro della Salute, R. BALDUZZI ebbe modo, infatti, di dichiarare che il decreto regolava la responsabilità professionale dei medici per contenere il fenomeno della medicina difensiva, che porta alla prescrizione di esami diagnostici inutili per la salute del paziente, ma ritenuti utili dai medici come garanzia da eventuali responsabilità civili, con conseguenti costi altissimi per la finanza pubblica.

²⁴³ Una soluzione coerente con la prassi giurisprudenziale potrebbe essere, secondo M. FRANZONI, quella di “attribuire a questo articolo il senso di una metonimia: il rinvio non è all' art. del c.c. ma alla colpa in esso disciplinata. Mi pare che questo possa essere un compromesso accettabile, dal momento che riterrei irragionevole un ritorno al fatto illecito, dopo che da più di un decennio si è approdato al contatto sociale o addirittura al contratto di protezione.” (M. FRANZONI, op. cit., p. 608).

²⁴⁴ Cfr. trib. Milano, 17/07/2014 n. 9693 ed, in senso analogo, trib. Enna, 18/05/2013, n. 252. In senso difforme, cfr. Cass, 17/04/2014 n. 8940 e 19/02/2013 n. 4030.

l'instaurazione di un doppio binario, nel senso che “ le responsabilità di medici e strutture si profilano autonome e distinte: autonome per titolo in quanto fondate su titoli diversi, dovendosi per la responsabilità del medico fare capo all' art. 2043 c.c., per quella della struttura all' art. 1218 c.c.; distinte per criteri di imputazione, in quanto la responsabilità del medico è da ricondurre al paradigma della responsabilità professionale per essere ancorata alla colpa e la responsabilità della struttura al paradigma della responsabilità di impresa (nell' accezione comunitaria) che, per le attività dirette alla erogazione di servizi che incidono sulla salute delle persone, non può che essere retta dal principio di precauzione ispirandosi a criteri di responsabilità presunta (semiogettiva)”²⁴⁵. Tuttavia, secondo l'orientamento più diffuso²⁴⁶ il riferimento all' art. 2043 cod. civ. non varrebbe a qualificare come extracontrattuale la responsabilità del medico “avendo semmai, quale unica finalità, quella di far salvo il risarcimento del danno anche in caso di applicazione dell'esimente penale”²⁴⁷.

Al momento non si registrano riflessi in tema di responsabilità amministrativo – contabile del medico, tali da modificarne l'attuale impostazione.

²⁴⁵ R. DE MATTEIS, op.cit., p. 154. Secondo l' A. se l' art. 3 viene interpretato coniugando al suo interno il riferimento alla colpa professionale con il rinvio all' art. 2043 cod. civ. viene a profilarsi un “sistema a doppio binario”. Tale sistema rafforzerebbe più che indebolire la tutela dei diritti del paziente, sia “a) perché a fronte della responsabilità del medico, fondata sulla colpa, vi è sempre la responsabilità solidale della struttura ex art. 1228; b) sia perché nella ipotesi in cui si escluda la responsabilità del medico per mancanza di colpa, rimane in piedi la responsabilità diretta e autonoma della struttura ex art. 1218 c.c., per inadempimento agli obblighi di assistenza sanitaria che su di essa incombono per legge e per contratto, per liberarsi dalla quale si dovrà fornire la prova di quell' evento straordinario ed eccezionale che è stato causa del danno alla salute del paziente o dell' insuccesso del trattamento chirurgico o terapeutico ... Un sistema a doppio binario, dunque, ove, accanto ad una responsabilità dell' ente, di natura contrattuale diretta ed anorganica (essendo esclusiva e non fondata sul rapporto organico), da ricondurre all' inadempimento di quegli obblighi che presiedono per legge all' erogazione del servizio sanitario, si colloca una responsabilità esterna del sanitario fondata – così come, del resto, quella interna connessa al diritto di rivalsa della struttura - sull' accertamento di un illecito aquiliano ad esso imputabile” (R. DE MATTEIS, *Colpa medica e inadempimento delle strutture sanitarie*, in *Contratto e impresa*, n. 3/ 2015, p.p. 565-566).

²⁴⁶ Tale orientamento è ribadito da Cass., 19/02/2013, n. 4030, in cui si afferma che la natura della responsabilità civile segue le sue regole consolidate, e non solo per la responsabilità aquiliana del medico, ma anche per la c.d. responsabilità contrattuale del medico e della struttura sanitaria, da contatto sociale.

²⁴⁷ D. ROMANO, *La responsabilità dell' ASL per condotta negligente del medico convenzionato*, in *Diritto e giurispr. Comm.*, 5/2015, p. 25.

Riassumendo, nell'attività prescrittiva del medico convenzionato sono quindi distinguibili due profili: da una parte, lo svolgimento di un'attività pubblicistica che, in esplicazione di un rapporto di servizio, si inserisce nella organizzazione strutturale, operativa e procedimentale dell'Asl e consiste, come si è già avuto modo di osservare, in certificazioni (per l'appunto la compilazione delle prescrizioni farmaceutiche ed esami diagnostici), nell'identificazione di assistiti e nell'accertamento del loro diritto alle prestazioni sanitarie.

Da questo profilo si distingue invece quello, che si può definire professionale, attinente specificamente all'esercizio della professione sanitaria, svolta in virtù di una convenzione che ha natura privatistica e che può rientrare nel giudizio di responsabilità amministrativa quando il comportamento del medico convenzionato abbia causato un danno erariale indiretto, derivante da dolo o colpa grave.

In virtù della separazione e della indipendenza dei due giudizi, le sentenze del giudice civile di condanna dell'amministrazione sanitaria al risarcimento del danno non hanno alcuna efficacia vincolante nel giudizio di responsabilità amministrativa, ma ciò non esclude che il giudice contabile possa trarre dalle prove testimoniali e dalla documentazione acquisita, ivi incluse le consulenze tecniche, quegli elementi utili a formare il libero e autonomo convincimento dello stesso giudice contabile ai sensi dell'art. 116 c.p.c. Pertanto, la Corte dei conti può valutare autonomamente i fatti accertati nel processo civile, giacché le sentenze emesse a seguito del giudizio civile non esplicano efficacia vincolante nel giudizio di responsabilità²⁴⁸.

Il discrimine, tra le due diverse responsabilità, quella civile e quella amministrativa,

²⁴⁸ Cfr. in tal senso, Corte dei conti sez. III centr. app. 623/05; Corte dei conti sez. I centr. app. 387/2002; Sez. Emilia Romagna 06/07/1995 n. 104.

Tuttavia, secondo V. RAELI, "al di là delle affermazioni di principio ... è innegabile che ben difficilmente il giudice contabile andrà di contrario avviso rispetto alla valutazione già effettuata dal giudice civile, essendo influenzato dalle prove raccolte nel processo civile". Eppure, prosegue l'A, "una autonoma valutazione delle risultanze processuali, nel giudizio innanzi alla Corte dei conti, è resa necessaria dal fatto che mentre innanzi al giudice civile il medico risponderà secondo la regola della colpa lieve, sia pure temperata dalla speciale difficoltà della prestazione, differente è il criterio normale di imputazione della responsabilità amministrativa che è quello della colpa grave". (v. V. RAELI, op. cit. p. 7).

che gravano sul medico, sta nella valutazione dell' elemento soggettivo: il sanitario sottoposto al giudizio per danno erariale (sia diretto che in sede di rivalsa) sarà condannato al risarcimento solo se la sua condotta è ascrivibile a dolo o colpa grave. Inoltre è differente la ripartizione dell' onere della prova: nella responsabilità civile di tipo contrattuale il terzo danneggiato deve limitarsi a provare il contratto (o contatto sociale), nonché il danno patito, rimanendo a carico del convenuto la dimostrazione che tale inadempimento o non vi è stato o non è stato eziologicamente rilevante.

Nel giudizio di responsabilità amministrativa invece, il p.m. contabile che esercita l'azione deve dimostrare la sussistenza del dolo o della colpa grave.

In generale, come si è già visto, dottrina e giurisprudenza sono sostanzialmente concordi nel ritenere che possa essere azionato il giudizio di responsabilità amministrativa anche in presenza di procedure ordinarie civili in corso che investano lo stesso fatto materiale.

La giurisprudenza contabile è orientata a considerare tale concorrenza in termini di complementarietà e non di alternatività tra le due azioni, in modo che “l'avvio dell'azione contabile potrebbe trovare un plausibile arresto solo nella verificata realizzazione, da parte del requirente e del Giudice Contabile, della pretesa erariale, con una formazione del giudicato sull'*an* e sul *quantum* e, conseguente liquidazione e reintegrazione del patrimonio erariale”²⁴⁹.

E' bene chiarire, ulteriormente, che, in *subiecta materia*, il pregiudizio erariale, nel suo profilo di danno indiretto il cui risarcimento costituisce oggetto dell'azione di rivalsa, non può considerarsi concreto e attuale se non a seguito dell'esito del giudizio civile ritualmente attivato e concluso, giacchè il p.m. contabile non può

²⁴⁹ V. Corte dei conti, Sez. Veneto, 20/07/2015, n.119, che riprende l'analogo indirizzo espresso da Corte dei conti, sez.I centr. app., 15/10/2009 n. 581; sez. I centr. app., 16/06/2003 n. 210; sez. I centr. app.09/04/2002 n. 109.

perseguire danni potenziali, futuri o presuntivi ²⁵⁰.

In caso di danno erariale indiretto, una volta esauritosi il giudizio civile, con la condanna dell'amministrazione sanitaria e a seguito dell' avvio in sede contabile dell' azione c.d. di rivalsa nei confronti del medico, viene a riproporsi in sede di giudizio contabile, ai fini di acclarare la responsabilità amministrativa del predetto, l'esame dei profili connessi allo svolgimento della sua attività professionale nel caso all' esame. Tale vicenda è piuttosto usuale, in quanto, pur potendo il terzo danneggiato (e cioè il paziente o i suoi eredi) promuovere il giudizio di responsabilità civile nei confronti del sanitario dipendente da una struttura pubblica, egli solitamente procede direttamente nei confronti dell'amministrazione sanitaria cui il medico è legato da un rapporto di dipendenza o da un rapporto di servizio.

Si è avuto modo di chiarire, in precedenza, come il danneggiato abbia convenienza ad esercitare l'azione di responsabilità nei confronti dell' amministrazione (in primo luogo perché più solvibile rispetto al sanitario che ha arrecato materialmente il danno) ma, ora, alla luce anche delle indicazioni promananti dalla surrichiamata sentenza della Cassazione n. 6423/2015, appare ancora più evidente come la promozione del giudizio di responsabilità civile nei confronti dell'amministrazione sanitaria sia consequenziale a quello che in dottrina è stato definito un mutamento di prospettiva inteso a caratterizzare la responsabilità civile sanitaria innanzitutto come responsabilità della struttura sanitaria ²⁵¹.

²⁵⁰ La giurisprudenza contabile è già da tempo consolidata in tal senso. Cfr., in proposito, per quanto riguarda le pronunce più risalenti, Corte dei conti, Sez. Riun. 19/06/1991,n.717/A; Corte dei conti, sez. II app., 29/11/1990, n. 408; Corte dei conti, sez.I app.23/03/1994,n.68.

Tale principio è, peraltro, accolto dalla Corte di Cassazione, la quale ha affermato che alla Corte dei conti in sede giurisdizionale è assegnato il compito di "procurare il ristoro di pregiudizi già verificatisi" e non già il compito di "prevenire danni erariali non ancora prodotti" (v. Cass. sez. un. 22/12/2009,n. 27092).

Relativamente alle pronunce più recenti, cfr. Corte dei conti sez. Abruzzo 08/03/2011, n. 91, secondo la quale "nell' ipotesi di coesistenza di un giudizio di responsabilità amministrativa con un processo civile instaurato dall' ente danneggiato nei confronti della società danneggiante, non sussiste un *bis in idem* sino a quando non sia avvenuto l'effettivo ristoro del danno erariale contestato dalla procura contabile, pertanto, la sussistenza di un processo civile o di una transazione potrà essere fatta valere solo in sede di esecuzione della condanna della Corte dei conti, ove fosse accertata in via definitiva la responsabilità amministrativa".

²⁵¹ Il che, secondo la più avvertita dottrina, dovrebbe comportare una più accentuata applicazione in ambito sanitario del codice del consumo, atteso che ai sensi dell' art. 101 D.L.g.s 06/09/2005, n. 206 "lo Stato e le

In conclusione, a fronte di un giudizio civile che ha visto soccombere l'amministrazione sanitaria o anche a seguito di un accordo transattivo stipulato tra l'amministrazione sanitaria e il danneggiato, è proponibile dal procuratore regionale della Corte dei conti il giudizio contabile nei confronti del medico, il quale risponderà del danno (che sia stato già liquidato dall'amministrazione sanitaria), qualora venga accertata la sua responsabilità amministrativa (per dolo o colpa grave).

Resta da osservare come il sanitario (al pari di qualsiasi altro dipendente pubblico, convenuto nel giudizio contabile e condannato per danno erariale indiretto) si troverà a dover corrispondere somme di denaro il cui *quantum* è stato stabilito nella sentenza del giudice civile ovvero nell'atto transattivo eventualmente intervenuto tra le parti (e cioè l'amministrazione sanitaria e il terzo danneggiato) in luogo della controversia risarcitoria. Il medico condannato nel giudizio contabile verrà a trovarsi quindi in una situazione di sostanziale soggezione, in ordine alla determinazione del danno, rispetto alla quale non ha avuto modo di poter interloquire (anche se, comunque eventuali sue ragioni potranno essere prese in considerazione dal giudice contabile in sede di esercizio del potere riduttivo)²⁵².

Una posizione, questa, comunque compensata dal fatto che nel giudizio di responsabilità amministrativa il medico convenzionato potrà essere condannato solo se sarà provato il suo comportamento doloso o caratterizzato da colpa grave, al

Regioni, nell'ambito delle rispettive competenze, garantiscono i diritti degli utenti dei servizi pubblici attraverso la concreta e corretta attuazione dei principi e dei criteri previsti dalla normativa vigente in materia", primo, fra tutti, quello indicato dall'art. 2 co. 2 lett. g. del codice del consumo e cioè il diritto fondamentale "alla erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità" (sul punto cfr. A. BENEDETTI e F. BARTOLINI, *Utenti vs servizio sanitario: il "no" della Cassazione al foro del consumatore*, in *Danno e responsabilità*, 2010, pp. 56 ss).

²⁵² In particolare, secondo Corte dei conti sez. I., 31/12/1988, n. 196, "nel giudizio di responsabilità amministrativa per danno innanzi alla Corte dei conti la circostanza che il convenuto sia rimasto estraneo alla procedura transattiva intervenuta tra l'amministrazione ed il terzo danneggiato non assume rilevanza, essendo riservata al giudice contabile ogni valutazione sulla congruità di quanto liquidato ai terzi".

In generale, la giurisprudenza della Corte dei conti è pacifica nel configurare il danno erariale anche quando l'amministrazione sia chiamata a rispondere del danno cagionato a terzi dall'agente, in forza di un atto transattivo, fermo restando il potere riduttivo esercitabile dal giudice contabile.

contrario di quanto avviene nel giudizio civile instaurato a seguito dell' azione di regresso, ove tale limitazione non sussiste.

§2 I RAPPORTI TRA GIUDIZIO CONTABILE E GIUDIZIO PENALE.

Anche per quanto riguarda i rapporti tra giurisdizione contabile e giudizio penale vige il principio dell' assoluta separazione.

Infatti il codice di procedura penale, a seguito della riforma del 1988, ha eliminato il vincolo di pregiudizialità (vigente nel precedente testo dell' art.3 c.p.p.), affermando l' efficacia vincolante del giudicato penale, di condanna e di assoluzione, nel processo civile e amministrativo (e quindi anche contabile), solo nei limiti desumibili dal combinato disposto degli artt.75,651,652 e 654 c.p.p.²⁵³.

Ciò vuol dire che mentre prima occorreva attendere l' esito del procedimento penale prima di poter avviare una qualsiasi altra azione (e quindi, da ritenere anche quella contabile), ora tra i diversi procedimenti che possono instaurarsi in relazione a un medesimo fatto, vige il principio dell' autonomia. Nè è ipotizzabile una sospensione obbligatoria del giudizio contabile in quanto le uniche due ipotesi di sospensione sono quelle facoltative richiamate (per quanto riguarda il processo civile) dall' art.75 c.p.p.

Pur vigendo il principio di separatezza ed autonomia del giudizio contabile rispetto a quello penale, è generalmente ammessa la facoltà del giudice contabile di

²⁵³ Cfr.Cass.,sez.II, 28/05/2001,n.7242; Cass., sez.I, 16/03/2001,n.3825; Corte dei conti; sez.I centr. app. 02/10/2002,n.336. Da ultimo, v. Cass. civ, sez. un. 21/05/2014, n. 1129 secondo la quale “in tema di responsabilità erariale, la giurisdizione penale e la giurisdizione contabile sono reciprocamente indipendenti nei loro profili istituzionali anche quando investono un medesimo fatto materiale, ponendo l' eventuale interferenza tra i giudizi esclusivamente un problema di proponibilità dell' azione da far valere davanti alla Corte dei conti, senza dar luogo ad una questione di giurisdizione. Ne consegue che la dedotta incoerenza tra l' avvenuto proscioglimento in sede penale e l' affermata sussistenza della responsabilità erariale in relazione alla medesima condotta non integrano una questione esorbitante dai limiti interni alla giurisdizione del giudice contabile”.

sospendere il processo di responsabilità amministrativa quando esistano particolari necessità istruttorie.

Solitamente la sospensione del procedimento contabile diviene quasi sempre indispensabile, al fine di consentire al giudice una approfondita conoscenza dei fatti, soprattutto per quanto riguarda la colpevolezza e il suo grado, evitando così duplicazioni di accertamenti, con il rischio di pervenire anche a conclusioni difformi rispetto a quelle che potrebbero emergere in sede penale, peraltro supportate, queste ultime, dagli strumenti di indagine più incisivi che è in grado di utilizzare il p.m penale.

Nella prassi, pertanto, si verifica che a seguito della informazione ricevuta dal Procuratore della Repubblica *ex art. 129, co. 3, D.L.gs. 28/07/1989, n. 271* (norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale)²⁵⁴ il p.m. contabile deve valutarne la compiutezza, al fine di poter eventualmente agire entro il termine prescrizione di cinque anni decorrenti dal fatto dannoso.

Al riguardo, il procuratore contabile è, solitamente, indotto ad avviare l' azione di

²⁵⁴ L' art. cit., al co. 3, stabilisce che “quando esercita l' azione penale per un reato che ha cagionato un danno all' erario, il pubblico ministero informa il procuratore generale presso la Corte dei conti , dando notizia della imputazione”. La disposizione è integrata dal comma 3 bis del medesimo art. 129, secondo cui “il pubblico ministero invia la informazione contenente la indicazione delle norme di legge che si assumono violate anche quando taluno dei soggetti indicati nei commi 1 e 2 è stato arrestato o fermato ovvero si trova in stato di custodia cautelare” (comma aggiunto dall' art. 20, D.L.gs. 14/01/1991, n. 12).

Inoltre, l' art. 7 L. 27/03/2001, n. 97 prevede che la sentenza irrevocabile di condanna pronunciata nei confronti dei dipendenti indicati nell' art. 3 per i delitti contro la pubblica amministrazione previsti nel capo I del titolo II del codice penale è comunicata al competente procuratore regionale della Corte dei conti, affinché questi promuova, entro trenta giorni, l' eventuale procedimento di responsabilità per danno erariale nei confronti del condannato.

Occorre considerare che, se in occasione dell' esercizio dell' azione penale o in altre fasi processuali le disposizioni vigenti stabiliscono il predetto obbligo di informazione, non risulta invece prevista alcuna comunicazione obbligatoria nelle fasi di indagine preliminare. Tuttavia non sembra che sussistano impedimenti alla eventuale decisione da parte del p.m. penale di fornire informative, purchè non siano pregiudicate le esigenze del segreto investigativo. Analogamente non sussistono impedimenti all' inoltrare di eventuali comunicazioni su fatti che potrebbero essere ritenuti costituenti danno erariale anche nel caso di archiviazione della notizia di reato. È il caso di sottolineare comunque che “la comunicazione degli atti al p.m. contabile (a sua volta vincolato ad analoghi obblighi di riservatezza) non equivale ad una *discovery* indiretta delle prove, ma viceversa ad un rafforzamento della tutela finanziaria degli interessi pubblici mediante lo sviluppo di indagini parallele, giustificate dall' esercizio di specifiche attribuzioni di rilevanza costituzionale in tal senso (P. L. REBECCHI, *Collaborazione con procure penali e con organi della giustizia amministrativa*, Roma, 30 marzo 2011).

In generale, poi, ai sensi del co. 1, il p.m., quando esercita l' azione penale nei confronti di un impiegato dello Stato o di altro ente pubblico, informa l' autorità da cui l' impiegato dipende, dando notizia dell' imputazione.

responsabilità amministrativa, per evitare proprio che l' eventuale protrarsi del procedimento penale ne possa pregiudicare la promuovibilità, stante la separatezza dei due giudizi, salvo poi chiedere la sospensiva del procedimento contabile avviato²⁵⁵.

Pur essendo stato escluso dal legislatore il principio di pregiudizialità obbligatoria del processo penale rispetto agli altri giudizi, resta il fatto che la sentenza penale, non appena abbia acquisito il carattere della definitività, assume una forza vincolante circa gli esiti oggettivi degli accertamenti svolti.

Le situazioni prefigurabili riguardanti i rapporti tra il giudizio di responsabilità amministrativa e il giudizio penale possono ricondursi alle seguenti tre ipotesi: il medico (nei cui confronti è stata esercitata o è esercitabile l'azione di responsabilità amministrativa) è condannato in sede penale in relazione al medesimo fatto per cui sorge la responsabilità amministrativa; egli (sempre in relazione al medesimo fatto) è assolto in sede penale; infine è condannato (qualora sia riconosciuto colpevole) anche al risarcimento dei danni nei confronti del danneggiato dal reato il quale si sia costituito parte civile.

Per quanto riguarda la sentenza irrevocabile di condanna penale, l'art.651 c.p.p. stabilisce che quando essa sia intervenuta non possono più essere messe in discussione la sussistenza del fatto, la sua illiceità penale e l'affermazione che l'autore lo abbia commesso.

L' efficacia vincolante del giudicato penale è, quindi, limitata solo a tali aspetti e, pertanto, quanto deciso in sede penale in ordine alla qualificazione dell'elemento soggettivo non può vincolare il giudice contabile per altri aspetti, nel senso che, in particolare, non può esservi alcun automatismo circa la valutazione dell'elemento psicologico e della sua graduazione.

²⁵⁵ Come è stato sostenuto in dottrina, in questo modo l' autonomia del giudizio di responsabilità amministrativo-contabile “ si ritorce a danno della snellezza procedurale e delle garanzie preliminari degli indagati i quali potrebbero vedersi chiamati in causa, frettolosamente, per fatti per i quali magari risulteranno assolutamente estranei” (P. SANTORO, *I nodi caldi della responsabilità amministrativa*, in www.amcorteconti.it, p.7). Secondo l' A., una soluzione, *de iure condendo*, potrebbe essere individuata consentendo al p.m. contabile di accedere al fascicolo penale in istruttoria.

Relativamente alla sentenza irrevocabile di assoluzione pronunciata a seguito di processo penale, essa ha efficacia di giudicato, ai sensi dell'art.652 c.p.p., quanto all'accertamento che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto è stato compiuto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima, nel giudizio civile o amministrativo (e quindi anche in quello contabile) per le restituzioni e il risarcimento del danno promosso dal danneggiato o nell'interesse dello stesso, sempre che il danneggiato si sia costituito o sia stato posto in condizione di costituirsi parte civile, salvo che il danneggiato dal reato abbia esercitato l'azione in sede civile a norma dell'art.75,co.2 c.p.p.

In passato gli orientamenti della giurisprudenza contabile non erano univoci circa l'interpretazione da dare all' art. 652 c.p.p. In particolare, un indirizzo, eccependo la circostanza che il p.m. contabile non può costituirsi parte civile nel processo penale, perveniva alla conclusione che il predetto articolo non potesse trovare applicazione nel giudizio di responsabilità amministrativo-contabile ²⁵⁶.

L' altro indirizzo, tra l' altro seguito dalle sezioni centrali di appello della Corte dei conti ²⁵⁷, ha sempre sostenuto la piena applicazione dell' art. 652 c.p.p anche al giudizio contabile, ponendo in rilievo l' unitarietà delle attribuzioni del p.m (come nel caso del Procuratore generale presso la Corte dei conti, rappresentato dal Procuratore generale presso la Corte di Cassazione nei giudizi che si svolgono innanzi la Suprema Corte) ²⁵⁸.

La giurisprudenza contabile è ormai orientata unitariamente nel senso della piena applicabilità dell' art. 652 c.p.p al procedimento contabile ²⁵⁹ a seguito dell'emendamento apportato all'art. 652 c.p.p dall'art. 9 L. 25/03/2001, n. 97, il

²⁵⁶ Cfr. Corte dei conti, sez. riun. 02/11/1993 n. 911; sez. I centr. app. 14/01/2000, n. 3311 e, da ultimo, sez. Lazio, 10/06/2003, n. 1255.

²⁵⁷ Cfr. Corte dei conti, sez. I, 09/10/1996, n. 69; sez. I, 14/01/1994, n. 9/a; sez. riun. 05/02/1992, n.774.

²⁵⁸ L' unitarietà è stata affermata da Cass. sez. un. 02/12/1992, n. 12866.

²⁵⁹ Cfr. Corte dei conti III centr. app. 11/01/2013, n. 20; sez. I centr. app. 09/01/2008, n. 14; sez. I centr. app. 01/07/2005, n. 211; sez. I centr. app. 07/10/2005, n. 314; sez. Lazio 13/01/2004, n. 52.

quale ha introdotto la precisazione che l'efficacia di giudicato della sentenza penale assolutoria irrevocabile opera nel giudizio civile o amministrativo per il risarcimento del danno non solo promosso dal "danneggiato" ma anche "nell'interesse dello stesso".

La locuzione "nell'interesse dello stesso" costituisce, secondo la giurisprudenza della Corte dei conti, un preciso riferimento al procedimento di responsabilità amministrativo-contabile²⁶⁰.

Anche in tale ipotesi, tuttavia, non sussiste alcun automatismo tra l'assoluzione ottenuta nel processo penale e l'esito del processo contabile (ad es. il PM contabile può esercitare la sua azione nei confronti di un soggetto che abbia posto in essere un comportamento produttivo di danno, determinato da colpa grave, e sia stato assolto in sede penale, per il medesimo fatto, in quanto il comportamento, per essere sanzionato come reato, avrebbe richiesto il dolo).

Ciò comporta, pertanto, che il giudicato penale va valutato caso per caso, anche nella eventualità di intervenuta assoluzione in quanto la formula assolutoria "perché il fatto non sussiste" non è necessariamente rappresentativa dell'insussistenza del fatto materiale, potendo, invece esprimere, pur in presenza di una situazione di cui è stata accertata l'oggettiva sussistenza, la mancanza di taluno degli elementi di cui si compone il fatto reato.

Inoltre, come posto in rilievo dalla giurisprudenza, il giudicato penale di assoluzione produce gli effetti preclusivi previsti dall'art. 652 c.p.p esclusivamente

²⁶⁰ Cfr., al riguardo, Corte dei conti, sez. Calabria 26711/2012, n. 15; sez. Sicilia 08/11/2012, n. 3096; sez. I centr. app. 05/11/2007, n. 387; sez. II centr. app. 05/097 2006, n. 289; sez. III centr. app. 14/02/2005, n. 75. Cfr., altresì, da ultimo, Corte dei conti, sez. Campania, 30/08/2013, n. 1027, secondo cui l' "evidente ed inequivocabile" riferimento al Procuratore regionale presso la Corte dei conti indica in quest'ultimo "l'esclusivo soggetto legittimato all'esercizio dell'azione risarcitoria contabile". Va inoltre rimarcata la circostanza che durante i lavori parlamentari, il relatore di maggioranza ha fatto espresso riferimento alla volontà del legislatore di ovviare alla oscillante giurisprudenza contabile, precisando che il procedimento amministrativo citato nella norma è quello attivato dal "Procuratore dinanzi alla Corte dei conti" (v. Senato della Repubblica, XIII legislatura, seduta antimeridiana - relatore Sen. PELLEGRINO - resoconto sten. 1/02/2001, p. 9).

quando contiene un effettivo accertamento della insussistenza del fatto o dell' impossibilità di attribuirlo all' imputato e non quando l' assoluzione sia motivata con la mancanza di sufficienti elementi di prova in ordine al fatto o all' attribuibilità di esso all' imputato ²⁶¹.

Tale indirizzo appare coerente con l' affermazione del principio dell' autonomia e della separatezza dei giudizi penale e civile, in virtù del quale le disposizioni di cui agli artt. 651 e 652 c.p.p, in ordine agli effetti vincolanti prodotti dalla sentenza definitiva emessa a seguito del processo penale, costituiscono una eccezione al principio medesimo. Il che rende impraticabile una interpretazione analogica che vada oltre i casi espressamente normati dalle disposizioni del codice di procedura penale (o eventualmente da altre disposizioni speciali di leggi).

Conseguentemente “la sola sentenza penale irrevocabile di assoluzione (per essere rimasto accertato che il fatto non sussiste o che l' imputato non lo ha commesso o che il fatto è stato compiuto nell' adempimento di un dovere o nell' esercizio di una facoltà legittima) pronunciata in seguito a dibattimento ha efficacia di giudicato nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni ed i risarcimento del danno, mentre alle sentenze di non doversi procedere perché il reato è estinto per prescrizione o per amnistia non va riconosciuta alcuna efficacia extrapenale, benchè per giungere a tale conclusione, il giudice abbia preliminarmente accertato e valutato il fatto” ²⁶².

²⁶¹ Sul punto, cfr. Corte dei conti, sez. I centr. app. 22/04/2003, n. 128.

²⁶² V. Corte dei conti, sez. Campania, 1027/2013,cit. Partendo da tale premessa il suindicato giudice contabile ritiene che, a parte le sentenze di assoluzione pronunciate in seguito al dibattimento, non possono avere efficacia vincolante le “sentenze di non doversi procedere con le formule prescritte adottate dal Giudice collegiale ai sensi dell'art.129 c.p.p. e dal Gup nell'udienza preliminare ai sensi dell'art.425 c.p.p. e quindi qualificabile ,sotto il profilo tecnico-giuridico, come sentenza di proscioglimento”. D'altra parte, la sentenza di non doversi procedere per prescrizione elimina non la illiceità penale del fatto, bensì la sua punibilità in concreto, sicchè il fatto commesso resta un atto illecito (cfr., in tal senso, anche Corte dei conti, sez. Emilia R., 14/10/2010,n. 1568). In particolare, nella vicenda all'esame della sezione giurisdizionale della Corte dei conti della Campania veniva in evidenza la circostanza che la procura regionale aveva intrapreso un'azione risarcitoria nei confronti di un medico iperprescrittore per aver cagionato rilevanti danni erariali all'amministrazione sanitaria a seguito di comportamenti che, valutati in sede penale. avevano condotto a un'assoluzione per intervenuta prescrizione del reato.

Per converso, il carattere di autonomia e di separazione dei giudizi non è di ostacolo alla circostanza che il giudice contabile tenga conto (specularmente a quanto si è avuto modo di osservare in ordine agli elementi probatori ricavabili dal giudizio civile) degli elementi di prova acquisiti in sede penale.

In tal modo, anzi, viene valorizzato l'autonomo valore probatorio degli elementi acquisiti per il tramite del giudizio penale e utilizzati in sede di giudizio contabile, ancorchè non si sia ancora formato il giudicato penale ²⁶³.

Infine nell'ipotesi di un contemporaneo concorso della proposizione di due iniziative processuali per un medesimo fatto e cioè l'avvio dell'azione penale da parte della Procura della Repubblica competente e la promozione del giudizio contabile da parte della competente Procura regionale della Corte dei conti, si è posta la problematica di come procedere nel caso in cui, nel giudizio penale ci sia stata costituzione di parte civile da parte dell'amministrazione danneggiata (offesa dal reato), la quale abbia anche segnalato il fatto alla procura regionale della Corte dei conti (o essa, in virtù dell'obbligo di legge posto al p.m., sia stata informata da quest'ultimo). Orbene, nella fattispecie *de qua*, sembrerebbe rientrarsi, in via analogica, nell'ambito di applicazione dell'art.75,co.3 cod. proc.pen.,laddove è previsto che se l'azione è proposta in sede civile (e anche, pertanto, in sede contabile) dopo la costituzione di parte civile nel processo penale, "il processo civile è sospeso fino alla pronuncia della sentenza penale non più soggetta a impugnazione".

In applicazione del principio del *ne bis in idem* è stato ritenuto che il giudizio contabile debba dichiararsi inammissibile ogniqualvolta a seguito del giudizio

²⁶³ Cfr., in tal senso, Corte dei conti, sez. Campania, n.1027/2013, cit.; sez. I centr. app. n. 10/01/2011 n.3 ; sez. Abruzzo 12/10/2010, n.461; sez.Campania,22/01/2009, n.474; sez. III centr. app. 17/06/2005 n. 371 sez. III centr. app. 14/02/2005 n.75; sez. I centr. app. 08/04/2004 n. 133; sez. I, 06/06/2003, n.187/A; sez.I centr. app. 04/12/2000, n.343; sez.II, centr. app. 21/11/2000, n. 365; sez. riun. 02/10/1997, n.68; sez. riun. 02/03/1992,n.75.

penale il giudice penale abbia stabilito con esattezza l'ammontare del danno subito dall'amministrazione costituitasi parte civile ²⁶⁴.

Ciò, tuttavia, sembrerebbe contrastare con la disposizione contenuta nell'art.538 cod. proc. pen., laddove è stato previsto che “se pronuncia condanna dell'imputato al risarcimento del danno, il giudice provvede altresì alla liquidazione, salvo che sia prevista la competenza di altro giudice”.

Il che equivarrebbe a dire che rimane attribuita alla esclusiva competenza del giudice contabile (che, giova ricordare, è giudice speciale e quindi specificamente “altro” rispetto al giudice ordinario) decidere sulla quantificazione e liquidazione del danno erariale.

D'altra parte la Corte Costituzionale, investita della questione di legittimità costituzionale dell'art.75, co.3,cod.proc.pen., nella parte in cui sancisce che il giudizio civile e, comunque, un giudizio sul danno vadano sospesi a seguito di costituzione di parte civile, ha ritenuto che tale sospensione non sia preclusiva dell'avvio del giudizio civile e di quello contabile, in quanto la giurisdizione del giudice penale in sede di pronuncia sulla richiesta risarcitoria è da ritenersi limitata alla sola condanna generica dell'imputato quando sia prevista la competenza di un altro giudice relativamente alla liquidazione del danno ²⁶⁵.

Deve pertanto concludersi che l' azione del p.m. contabile non è preclusa dalla costituzione di parte civile dell' amministrazione, bensì dall' integrale ed effettivo ristoro del danno erariale, di modo che quando questo intervenga, il giudizio contabile debba ritenersi improcedibile ²⁶⁶. D' altra parte, come è stato sottolineato in dottrina, la soluzione in senso negativo circa l' applicabilità del co. 1 art. 75 c.p.p

²⁶⁴ In proposito, v. Corte dei conti, sez. Lombardia, 02/12/2009, n.810. A meno che, come si sottolinea nella pronuncia, il giudice penale non abbia deciso sull'intera domanda risarcitoria, ma si sia limitato a formulare una condanna generica.

²⁶⁵ V. Corte Cost.13/07/2007, n.272 e , in precedenza, in senso sostanzialmente analogo, 07/07/1988, n. 773.

²⁶⁶ Cfr., in tal senso, C. CHIARENZA – P. EVANGELISTA, *Il giudizio di responsabilità innanzi alla Corte dei conti* in V. TENORE (a cura di) *La nuova Corte dei conti*, cit.; pp. 562 ss.

al giudizio contabile è da collegare alla considerazione che “tale comma è ritagliato sulla situazione di una parte che ha la piena disponibilità dell’ azione di risarcimento e può liberamente esercitarla davanti al giudice civile o davanti al giudice penale”²⁶⁷.

Infatti, se dopo aver iniziato un processo civile, la medesima parte si costituisce anche parte civile, appare logico che tale scelta comporti la rinuncia a proseguire l’azione civile. Diversamente, nella ipotesi di contemporaneo esercizio dell’ azione civile nel processo penale e dell’ azione di responsabilità amministrativa ci si trova di fronte a due diversi titolari delle rispettive azioni: nel primo caso l’amministrazione danneggiata; nel secondo caso il p.m. contabile.

Si tratta, cioè, di due azioni distinte esercitate da due soggetti distinti, per cui appare chiaro come il titolare di una delle azioni non possa interferire nell’ esercizio dell’altra azione di cui è titolare un altro soggetto. Inoltre il titolare dell’ azione contabile non può rinunciare all’ esercizio della sua azione.

Indipendentemente dalle problematiche concernenti la costituzione di parte civile del processo penale, l’ esame della prassi consente di poter rilevare come solitamente, quando ricorre una identità di fatti storici contestati (in sede di accertamento della responsabilità penale e in sede di accertamento della responsabilità amministrativo-contabile), nonostante non sussista vincolo di pregiudizialità, tuttavia il giudice contabile proceda alla sospensione del proprio giudizio se lo ritiene comunque condizionato dal coevo processo penale, anche al fine di poter disporre di ulteriori e più completi elementi di valutazioni ai fini della decisione.

Ciò non toglie, come si è già avuto modo di rilevare, che anche in caso di assoluzione in sede penale, il soggetto possa essere comunque ritenuto responsabile sul piano amministrativo-contabile.

In tale contesto assume rilevanza decisiva la conoscenza di elementi probatori acquisita nel corso del procedimento penale.

²⁶⁷ S.M. PISANA, op. cit., p. 22

Al riguardo, in virtù del carattere di autonomia e di separazione dei giudizi, secondo l'ormai consolidato orientamento della giurisprudenza della Corte dei conti sembra di poter affermare che il giudice contabile possa utilizzare senza alcun ostacolo o preclusione gli elementi di prova acquisiti in sede penale che ritenga ammissibili, al fine di agevolare la formazione del proprio libero e prudente apprezzamento. Ciò, indipendentemente dal fatto che in sede penale si sia formata o meno una sentenza di merito che rivesta autorità di giudicato ²⁶⁸.

Infine, appare pacifico l'indirizzo della giurisprudenza della Corte dei conti, a suo tempo indicato dalle sezioni riunite ²⁶⁹ nel senso che, stante l'autonomia e la separazione del giudizio contabile rispetto al giudizio penale, il giudice contabile possa disporre facoltativamente la sospensione quando esistano particolari necessità istruttorie o vi sia stata costituzione di parte civile dell'amministrazione danneggiata, essendo autonomo e libero nel valutare gli elementi acquisiti nel processo penale (fermo restando quanto statuito dall'art. 651 c.p.p.) e potendo anche prescindere dall'esaurimento di tutti i gradi di tale giudizio ove raggiunga prima la certezza e la sufficienza sui fatti da porre a base della propria decisione.

§ 3 LA SOTTOPOSIZIONE DEL MEDICO CONVENZIONATO A PROCEDIMENTO DISCIPLINARE.

Non sussistono interferenze tra giudizio contabile e procedimento disciplinare. Solitamente l'esito del giudizio contabile costituisce presupposto per l'avvio del procedimento disciplinare nei confronti del medico. Tuttavia, l'azione disciplinare

²⁶⁸ Cfr., in tal senso, Corte dei conti, sez. Campania 1027/2013, cit.; sez. I centr. app., n. 03/2011, cit.; sez. Abruzzo 12/10/2010, n. 461; sez. III centr. app. 17/06/2005 n. 371 e 14/02/2005 n.75; sez. I centr. app. 08/04/2004 n. 133; sez. II centr. app. 21/11/200, n.365.

²⁶⁹ Corte dei conti, sez. riun, 15/02/1999, n. 3/ A.

può essere avviata anche a seguito della proposizione dell' azione contabile, quando emergano comunque comportamenti che costituiscano violazione del codice deontologico o delle norme riguardanti la disciplina del rapporto convenzionale, indipendentemente cioè dalla circostanza che sia stato arrecato o meno un danno erariale all' amministrazione sanitaria.

La responsabilità disciplinare del medico di famiglia può derivare da violazione deontologica e da violazione convenzionale.

Solitamente i due profili coesistono in quanto il medesimo comportamento (oggetto, a seconda dei casi, di giudizio civile, penale o amministrativo-contabile) è valutabile sotto i due profili.

Infatti la violazione deontologica si ha allorquando i medici si rendano colpevoli di abusi od omissioni, nell' esercizio della professione di fatti disdicevoli al decoro professionale o comunque di violazione alle norme del Codice di Deontologia Medica, mentre la violazione convenzionale si ha allorquando i medici si siano resi responsabili di violazioni alle disposizioni contrattuali che costituiscono l' oggetto del rapporto convenzionale con l' amministrazione sanitaria.

Relativamente alla disciplina della violazione deontologica, occorre rilevare che Il Codice di Deontologia Medica, adottato il 18 maggio 2014 dalla Federazione nazionale degli Ordini dei medici chirurghi e degli odontoiatri, stabilisce, all'art. 2, che l' inosservanza o la violazione delle disposizioni contenute nel codice predetto costituisce illecito disciplinare, in quanto l' osservanza delle norme in esso contenute garantisce l' esercizio corretto dell' attività professionale del medico.

La rilevanza disciplinare delle violazioni delle disposizioni contenute nel codice di deontologia trova fondamento in alcune fonti normative statali.

In particolare, il D.L.gs. 13/09/1946, n. 233, contenente la disciplina della ricostituzione degli ordini delle professioni sanitarie, prevede espressamente l'attribuzione al consiglio direttivo di ciascun ordine dei medici dell' esercizio del potere disciplinare nei confronti dei sanitari liberi professionisti iscritti nel relativo albo (art. 3, lett. f).

Inoltre, il d.p.r 05/04/1950, n. 221 ribadisce il principio in virtù del quale il sanitario che si rende colpevole di abusi o mancanza nell' esercizio della professione o di episodi disdicevoli al decoro professionale viene sottoposto a procedimento disciplinare da parte del consiglio dell' ordine.

Infine la L. 24/07/1985, n. 409 ha attribuito la competenza disciplinare alla Commissione per gli Iscritti all' Albo dei medici chirurghi e alla Commissione per gli Iscritti all' Albo degli odontoiatri iscritti in seno ai Consigli direttivi degli ordini provinciali e al Comitato Centrale della Federazione Nazionale.

La norma deontologica, pur avendo i requisiti formali delle norme giuridiche e cioè della generalità e dell' astrattezza, produce effetti esclusivamente nei confronti dei soggetti appartenenti alla categoria professionale. La competenza alla trattazione del procedimento disciplinare è affidata alle commissioni istituite all' interno dell' ordine provinciale nel cui ambito è iscritto il medico che si rende colpevole di abusi, mancanze o fatti disdicevoli al decoro professionale.

Il procedimento disciplinare può essere avviato d' ufficio o su richiesta del Ministro della Salute o del Procuratore della Repubblica ²⁷⁰.

Il potere disciplinare non è esercitato esclusivamente nei confronti dei professionisti ma anche nei confronti dei medici dipendenti di un' ASL in quanto anche loro sono tenuti alla osservanza degli obblighi deontologici.

A maggior ragione è sottoponibile al procedimento disciplinare innanzi all' ordine professionale il medico convenzionato il quale è, comunque, un libero professioni-

²⁷⁰ Il procedimento disciplinare, dopo che è stato avviato, comporta, preliminarmente, una sommaria verifica delle circostanze, nonché l' audizione del medico da parte del presidente dell' ordine il quale, poi, invia il relativo verbale alla competente Commissione che valuterà se disporre l' archiviazione o aprire il procedimento disciplinare. Qualora decida per quest' ultima soluzione, fissa la data della seduta e provvede a notificare all' interessato la menzione circostanziata degli addebiti, nonché tutte le indicazioni relative alla svolgimento del giudizio. È garantito il contraddittorio e in caso di comminazione di sanzione disciplinare, il medico può proporre ricorso alla Commissione Centrale per gli esercenti le professioni sanitarie, istituita presso il Ministero della Salute. Le decisioni di detta commissione sono impugnabili innanzi alla Corte di Cassazione.

-sta legato all' amministrazione sanitaria da un rapporto di servizio.

Le sanzioni disciplinari possono consistere in: un avvertimento, cioè in una diffida rivolta all'interessato a non tenere la condotta oggetto del giudizio; una censura che è una dichiarazione di biasimo per la mancanza commessa; nella sospensione dall'esercizio della professione, da uno a sei mesi; nella radiazione dall' Albo in caso di violazioni che abbiano compromesso gravemente la reputazione del medico e la dignità dell' intera categoria.

Relativamente alla violazione convenzionale, occorre ricordare che ai sensi dell'art. 16 D.P.R. 28/07/2000 n. 270 i medici convenzionati di medicina generale sono tenuti all' osservanza dei compiti previsti dall' accordo collettivo nazionale e dagli accordi regionali e aziendali i quali disciplinano il contenuto delle convenzioni con le ASL che sono sottoscritte dai medici di medicina generale.

Le sanzioni previste, in relazione alla gravità delle infrazioni, sono il richiamo verbale, per lievi infrazioni, comprese quelle occasionali relative alle norme sulla prescrizione e sulla proposta; il richiamo con diffida per la ripetizione di lievi infrazioni e per infrazioni di una certa gravità; la riduzione del trattamento economico, in misura non inferiore al 10% e non superiore al 20%, per la durata massima di sei mesi a seguito di infrazioni di media gravità o per reiterate (oltre la seconda) applicazioni della sanzione della diffida; la sospensione del rapporto, della durata non inferiore a sei giorni e non superiore a sei mesi per gravi infrazioni finalizzate all' acquisizione di vantaggi personali o per altre gravi infrazioni; la revoca, per infrazioni ancora più gravi o per la recidiva di infrazioni che hanno già comportato la sospensione del rapporto ²⁷¹.

²⁷¹ Quanto al procedimento di irrogazione della sanzione disciplinare, esso si articola nelle seguenti fasi: l' ASL contesta per iscritto l'addebito al medico nei termini previsti dalla normativa vigente e il medico viene convocato per essere sentito a sua difesa; valutate le controdeduzioni addotte dal medico, il direttore generale procede all' archiviazione o alla irrogazione della sanzione; il medico, ricevuta la notifica del provvedimento disciplinare può impugnare quest' ultimo chiedendo che la controversia sia sottoposta al giudizio del collegio arbitrale, composto da tre arbitri, di cui uno nominato dal medico. Il collegio emette il lodo.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

L'abuso dell'attività prescrittiva del medico di medicina generale costituisce causa di responsabilità amministrativo-contabile allorquando essa determini un danno alla amministrazione sanitaria, avendo quest'ultima dovuto sostenere spese per il rimborso del prezzo dei medicinali o per l'effettuazione di prestazioni ambulatoriali la cui prescrizione sia risultata inappropriata.

Nella generalità dei casi osservati attraverso l'analitico esame delle pronunce delle sezioni giurisdizionali regionali e delle sezioni centrali di appello della Corte dei conti, si rinvencono fondamentalmente due gruppi di situazioni: il primo, relativo alle segnalazioni che pervengono alle procure contabili da parte dell'amministrazione sanitaria allorquando questa rinviene delle anomalie nel comportamento del medico prescrittore, riassumibili nello scostamento del numero e della quantità di medicinali o esami prescritti rispetto agli indici ordinari; il secondo, relativo alle segnalazioni provenienti dalle medesime amministrazioni sanitarie o dagli organi di polizia o dall'autorità giudiziaria ordinaria o, infine, anche da notizie in qualsiasi modo acquisite dalle procure contabili, allorquando il comportamento iperprescrittivo è collegato o collegabile a fattispecie criminose la cui sussistenza ha già determinato l'avvio di un procedimento penale o lo determinerà a breve.

Si tratta di ipotesi accomunate dalla circostanza che il danno erariale è diretto ed è collegabile al comportamento iperprescrittivo, come tale causalmente derivante dall'esercizio di una *potestas* attribuita al medico convenzionato, che è quella di autorizzare, in favore dell'assistito, l'erogazione di farmaci o di una prestazione ambulatoriale diagnostica o terapeutica, addossandone l'onere finanziario al Servizio sanitario nazionale, dopo aver accertato la titolarità del relativo diritto in capo all'assistito.

Quando si rilevi che l'esercizio di tale *potestas* sia stata funzionale alla commissione di un reato, il giudice contabile, solitamente, dispone la sospensione

del procedimento contabile avviato (per lo più su richiesta del pm contabile) in attesa degli sviluppi del processo penale, al fine di poter acquisire elementi tali da consentire una più approfondita conoscenza, ferma restando che l'autonomia dei due giudizi (il contabile e il penale), può condurre alla condanna per danno erariale indipendentemente dall'esito del giudizio penale o, comunque, dal suo andamento (fatti salvi gli effetti vincolanti derivanti dalle sentenze penali ex artt.651 652 cod.pen.)

Quando, invece, il comportamento iperprescrittivo non è collegato a fattispecie criminose, a parte le interferenze che possono aversi tra il giudizio contabile e il giudizio civile e ferma restando l'autonomia tra i due giudizi, l'intera attività ricognitiva circa la sussistenza o meno degli elementi strutturali dell'illecito contabile si svolge e si esaurisce interamente all'interno del giudizio contabile.

L'evoluzione della normativa disciplinante la materia della responsabilità sanitaria, la predisposizione di assetti organizzativi finalizzati a garantire l'uniformità delle prestazioni del medico convenzionato e, soprattutto, le numerose disposizioni volte a soddisfare l'esigenza di assicurare il contenimento dei costi (contemplanti l'introduzione di linee guida, protocolli, raccomandazioni), hanno ristretto in misura sensibile gli ambiti di discrezionalità (sia tecnica che amministrativa) del medico di medicina generale.

La conseguenza che ne deriva è quella di poter prefigurare la possibilità di ricollegare l'insorgenza di una responsabilità amministrativo-contabile per colpa grave alla sola violazione di tali regole con il rischio di pervenire a una sorta di presunzione di responsabilità per colpa grave che ribalti, sostanzialmente, l'onere della prova sul medico assoggettato a procedimento per responsabilità da danno erariale.

Un aspetto sintomatico di questa tendenza, come si è avuto modo di illustrare, è rappresentato dalla elaborazione della figura della c.d. iperprescrittività in senso ampio che ricorrerebbe in tutti i casi di consistente scostamento delle prescrizioni mediche dagli indici medi statistici riferiti alla generale attività prescrittiva dei medici convenzionati operanti sul territorio del distretto sanitario.

Pur trattandosi di un indirizzo che con il tempo si è andato ridimensionando, esso, tuttavia, appare sintomatico di una più generale tendenza ad ancorare la valutazione della sussistenza del requisito della colpa grave all'elemento, di natura oggettiva, desunto dalla riscontrata violazione di una regola, senza la previa contestazione di ulteriori elementi che provino la scarsa diligenza, l'imprudenza, l'imperizia tali da rendere inescusabile l'errore. In tal modo buona parte dei comportamenti iperprescrittivi illeciti verrebbero ricondotti alla prima categoria della tripartizione indicata dal Procuratore Generale della Corte dei conti nel proprio indirizzo di coordinamento del 1996, già esaminato, e cioè quella caratterizzata dalla violazione di precetti *ictu oculi* espressi e chiari. Precetti che il Legislatore e l'Esecutivo tendono a porre in misura consistente nella loro produzione normativa.

Un ulteriore rafforzamento di tale tendenza lo si può rinvenire nella recente adozione da parte del Ministro della Salute del c.d. "decreto sull'appropriatezza", pubblicato sulla G.U. del 20 gennaio 2016, del cui *iter* di predisposizione si è fatto cenno in precedenza, con particolare riferimento alle finalità che con tale provvedimento si intendono perseguire.

Con esso, infatti, vengono individuate le condizioni di erogabilità e le indicazioni di appropriatezza prescrittiva delle prestazioni di assistenza ambulatoriale erogabili nell'ambito del Servizio sanitario nazionale (per complessive 203 prestazioni, alcune delle quali di larga diffusione).

Tale provvedimento vincola la prescrizione di esami diagnostici e di prestazioni specialistiche alla sussistenza di precise condizioni di erogabilità predeterminate e alla preventiva definizione di specifiche indicazioni di appropriatezza prescrittiva.

Per quanto riguarda il primo profilo, il medico prescrittore deve aver cura di verificare che ricorrano specifiche circostanze riassunte: nello stato clinico o personale del destinatario; nella particolare finalità della prestazione (terapeutica, diagnostica, prognostica o di monitoraggio di patologie o condizioni); nell'esito di procedure o accertamenti pregressi.

In assenza di tali condizioni la prestazione specialistica risulta inappropriata e non può essere erogata nell'ambito e a carico del SSN.

Pertanto, le condizioni di erogabilità vanno espressamente indicate; in mancanza di tale indicazione le correlate prestazioni saranno a totale carico dell'assistito e in caso di mancato rimborso da parte di quest'ultimo, qualora la prestazione fosse stata effettuata, si verificherà un'ipotesi di danno erariale.

La prescrizione, inoltre deve essere coerente con il contenuto di dette condizioni, nonché con le indicazioni di enti regolatori nazionali o internazionali, altrimenti essa risulta ad alto rischio di inappropriatazza.

Questa nuova regolamentazione, ispirata alla logica della *spending review*, restringe ulteriormente i margini di discrezionalità del medico di medicina generale, imponendo a quest'ultimo una serie di condizioni di erogabilità e indicazioni di appropriatezza (tutte contrassegnate da codici alfanumerici) che debbono essere riportate sulla ricetta (attraverso l'indicazione dei suddetti codici alfanumerici che serve ad attestare la sussistenza di tali condizioni e indicazioni).

Il dettato normativo, sia pur ispirato al soddisfacimento di esigenze di uniformità della erogazione delle prestazioni e di contenimento dei costi, ridimensiona ulteriormente la figura tradizionale del medico di medicina generale come professionista (il *magister* dei tempi passati) il quale tende ad assomigliare sempre più ad un funzionario (sia pur di elevata qualificazione) del sistema sanitario, tenuto a verificare che l'accesso ai medicinali e alle prestazioni diagnostiche specialistiche cui l'assistito ha diritto risponda ai requisiti fissati da norme, linee guida, raccomandazioni e protocolli. Il tutto basato sulla considerazione che la stessa attività terapeutica del medico convenzionato è indirizzata, se non vincolata, da schemi prefissati.

Nel restringersi i margini di discrezionalità, si fanno più nitidi i contorni della responsabilità amministrativa per danno erariale diretto, la quale tenderà a ricorrere ogniqualvolta sarà verificata la violazione delle ormai stringenti regole (anche e soprattutto tecniche) cui deve rigorosamente attenersi il medico convenzionato.

Appare evidente come possa prefigurarsi il rischio di un aumento sostanzioso di segnalazioni da parte dei competenti organi delle ASL alle Procure contabili,

qualora detti organi dovessero limitarsi a verificare l' inottemperanza dei medici convenzionati agli ulteriori obblighi loro imposti, senza operare alcun filtro.

Probabilmente a questo rischio intendono alludere le organizzazioni di rappresentanza dei medici convenzionati quando sostengono che essi saranno “costretti ad assumere d' ora in poi un atteggiamento “difensivo” nei confronti di possibili successive decisioni arbitrarie e sanzionatorie da parte di funzionari aziendali che non si sono mai confrontati con il bisogno di assistenza del singolo individuo, mentre conoscono bene la, per loro tutelante, ottusità applicativa della legge”²⁷².

A fronte del numero sempre più elevato di contenziosi contabili derivanti dall'esercizio dell'azione di responsabilità per danno erariale diretto, numero destinato ad incrementarsi, deve registrarsi la quasi totale inesistenza di procedimenti contabili promossi, in tema di abuso di attività prescrittiva, ricollegabili alla causazione di un danno erariale indiretto.

Pur essendo la responsabilità per danno erariale indiretto in tema di attività iperprescrittiva una situazione teoricamente ipotizzabile (ad es. quando la inappropriata prescrizione di medicinali o di esami diagnostici invasivi provochi danni al terzo, il quale convenga in giudizio l'amministrazione e quest'ultima, a seguito di condanna o transazione, provveda alla liquidazione, segnalando alla procura contabile il danno riportato affinché eserciti l'azione di rivalsa), essa non si è di fatto concretizzata in quanto, come si è avuto modo di illustrare, la Cassazione aveva sempre escluso la responsabilità civile dell'amministrazione sanitaria ritenendo civilmente responsabile in via esclusiva il medico convenzionale per i danni da lui causati nello svolgimento della sua attività professionale (posizione, questa, come si è visto, ribaltata dalla sentenza della Cassazione, sez. III, n. 6243/2015).

Ciò rilevato, sembra comunque improbabile che, anche in futuro, possa concretiz-

²⁷² Nota diramata dalla organizzazione sindacale FIMMG all' indomani della pubblica sulla G.U. del decreto Lorenzin.

zarsi, in tema di abuso di attività prescrittiva, l' ipotesi di responsabilità amministrativo-contabile per danno erariale indiretto.

Infatti, è stato approvato, il 28 gennaio 2016, dal primo ramo del Parlamento il disegno di legge sulla responsabilità sanitaria il quale, nell'introdurre sostanziali novità rispetto all'attuale panorama normativo, stabilisce che “la struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata che, nell'adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria...risponde ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del codice civile delle loro condotte dolose o colpose. Tale disposizione si applica anche alle prestazioni svolte in regime convenzionato con il Servizio sanitario nazionale” (art.7).

Il disegno di legge prosegue, poi, stabilendo che “in caso di accoglimento della domanda proposta dal danneggiato nei confronti della struttura sanitaria o socio-sanitaria pubblica, l'azione di rivalsa nei confronti dell'esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 dell'articolo 7 [nei quali è ricompreso il medico convenzionato] deve essere esercitata dinanzi al giudice ordinario ed è esclusa la giurisdizione della Corte dei conti” (art. 9).

Pur evitando di commentare il contenuto di norme che debbono ancora venire ad esistenza, non si può, tuttavia, fare a meno di sottolineare come il legislatore sia proiettato, sin dalla emanazione del decreto Balduzzi, a tratteggiare in termini più definiti l'ambito della responsabilità civile del medico (che il disegno di legge sopraindicato collega, anche per il medico convenzionato, a quella disciplinata dall'art.2043 cod.civ.), nonché a limitare i profili di responsabilità amministrativa alle sole ipotesi di danno erariale diretto.

L'analisi svolta in ordine ai caratteri che riveste la responsabilità amministrativo-contabile in tema di abuso di attività prescrittiva e il suo imprescindibile collegamento all'esercizio da parte del medico convenzionato di un sia pur limitata potestà amministrativa ad esso attribuita, può costituire un utile esercizio per comprendere come si andranno a definire gli ambiti della responsabilità amministrativa per gli esercenti l'attività sanitaria, alla luce delle recenti innovazioni normative e di quelle che probabilmente in tempi brevi interverranno,

in un contesto più generale in cui ancora “il vero problema teorico e pratico, consiste nel tracciare con precisione l’ estensione del raggio di azione della responsabilità amministrativo-contabile” ²⁷³

Volutamente la trattazione ha toccato solo marginalmente le ipotesi di responsabilità amministrativa del medico di medicina generale connesse a fattispecie criminose , in quanto esse rivestono carattere eccezionale e sono riferibili ad un contesto in cui la sussistenza del danno erariale stesso è sostanzialmente definita nella sede processuale penale, per cui la giurisdizione contabile tende, inevitabilmente, ad assumere un ruolo accessorio (fatti salvi i casi, peraltro esaminati, in cui comunque si prescinda dall’ esito del processo penale, in virtù dell’ autonomia dei due giudizi).

Si è ritenuto, invece, di insistere particolarmente sul tema della ponderazione dei diversi interessi che vengono in evidenza in occasione dello svolgimento dell’ attività prescrittiva, in quanto detta ponderazione ha assunto ormai i tratti di una funzione sempre più insistentemente attribuita al medico di medicina generale dal legislatore e dalla pubblica amministrazione.

L’ esplicitazione di tale funzione tende a porsi, in via ordinaria, come l’ oggetto del giudizio sulla responsabilità amministrativo-contabile nei confronti del sanitario convenzionato, un giudizio che sembra ormai avviato ad essere promosso esclusivamente per la risarcibilità del danno erariale diretto, costituendo, in un certo senso, la dimensione giurisdizionale del controllo di una parte consistente della spesa sanitaria.

²⁷³ M. CLARICH, Prefazione a *Giurisdizione della Corte dei conti e responsabilità amministrativo-contabile a dieci anni dalle Riforme*, (a cura di M. ATELLI), Napoli, 2005, p. XIII.

BIBLIOGRAFIA

AA. VV. *La politica del farmaco – Quadro normativo, problemi, proposte*, Fondazioni Astrid e Magna Carta, www.astrid.eu 2014.

AGENAS, *Riflessioni sui criteri da utilizzare per il riparto del fabbisogno sanitario in Relazione commissionata dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome*, Roma, gennaio 2010.

M.C. AGNELLO, *La responsabilità da prescrizione di farmaci off-label*, in www.Diritto.it, 12/06/2012.

AIFA, *Bollettino di informazione sui farmaci*, “voce off-label” XII, n. 3, 2006

S. ALEO – R. DE MATTEIS – G. VECCHIO (a cura di) *Le responsabilità in ambito sanitario*, Padova, 2014.

L. ARCANGELI, *La remunerazione delle prestazioni*, in *La sanità in Italia, governo pubblico, regolazione, mercato* (a cura di C. DE VINCENTI, R. FINOCCHI GHERSI, A. TARDIOLA) Bologna, 2011.

M. ATELLI (a cura di), *Lineamenti di diritto processuale contabile*, Roma, 2009.

M. ATELLI (a cura di) *Giurisdizione della Corte dei conti e responsabilità amministrativo-contabile a dieci anni dalle Riforme*, Napoli, 2005.

A. ATTANASIO, *Modulo consensuale nell'esercizio della potestà amministrativa*, in [www..amcorteconti.it](http://www.amcorteconti.it).

A. ATTANASIO, “Le nuove prospettive della responsabilità amministrativo-contabile: dal risarcimento del danno alla responsabilità gestoria” in *Seminario Risanamento dei conti pubblici e nuovi vincoli di bilancio: il ruolo della Corte dei conti (audizioni, controlli, responsabilità)*, Roma, Luiss Guido Carli, 22/5/ 2013.

- S. BAGGIO, *La responsabilità della struttura sanitaria*, Milano, 2008.
- R. BALDUZZI – G. CARPANI (a cura di) *Manuale di Diritto Sanitario*, Bologna, 2013.
- R. BALDUZZI, *L'appropriatezza in sanità. Il quadro di riferimento legislativo in Rapporto sanità*, 2004 (a cura di N. FALCITELLI, M. TRABUCCHI, S. VANARA), Bologna, 2004.
- F. BASSI, *Lesione del diritto alla salute e responsabilità della p.a.*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, I Padova, 1998.
- M. BELLETTI, *Il controverso confine tra "livelli essenziali delle prestazioni", principi fondamentali della materia e divieto del vincolo di destinazione di finanziamento statali, attendendo la perequazione nelle forme della legge*, in *Le Regioni*, n. 42/2009.
- L. BENCI, *La prescrizione e la somministrazione di farmaci: responsabilità giuridica e deontologia*, Milano, 2007.
- A. BENEDETTI - F. BARTOLINI, *Utenti vs servizio sanitario: il "no" della Cassazione al foro del consumatore*, in *Danno e responsabilità*, 2010.
- A. BENNATI, *Manuale di contabilità di Stato*, Napoli, 1990.
- G. BERTOLISSI, *Il contenimento della spesa sanitaria tra innovazioni legislative e riscontri giurisdizionali*, in *Sanità pubblica e privata*, luglio – sett. 2015.
- E. BONORA, *Sulla responsabilità amministrativa e contabile del medico per condotta negligente*, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2008.
- C. BOTTARI – L.S. ROSSI (a cura di), *Sanità e diritti fondamentali in ambito europeo e italiano*, Rimini, 2013.
- T. BRENNAN, *Incidence and types of preventable adverse events in elderly patients*, in *BMJ*, 2000.

M.D.CABANA e Altri, *Why dont't physicians follow clinical practice Guidelines? A framework for improvement*, in JAMA, 1999.

I.CACCIAVILLANI, *La legittimazione all'azione risarcitoria per danno all'immagine nel "lodo Bernardo"*, in www.lexitalia.it, n.3/2010.

G. CAPONE, *La giurisprudenza contabile dopo le innovazioni legislative: omessa vigilanza*, in AA.VV (a cura di E.F. SCHLITZER), *L'evoluzione della responsabilità amministrativa*, Milano 2002.

C. CARAVITA, *Sui farmaci off-label*, in *Ragiusan*, 2008.

V. CARBONE, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, in *Danno e resp.* , 2013.

A.CARTABELLOTTA, *Less is more: un approccio di sistema contro la medicina difensiva*, in *Quaderni di Monitor*, 2/2015.

E. CASETTA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Milano, 2014.

S. CASSESE (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003.

F. CASTIELLO – V. TENORE (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Milano 2012.

G. M. CAVO, *Impiego di farmaci off-label e razionalizzazione della spesa*, in *Riv. Trim. dir. pub.*,4/2014.

A.CHIAPPINIELLO, *La responsabilità amministrativa nel giudizio dinanzi alla Corte dei conti*, Roma, 2007.

C. CHIARENZA – P. EVANGELISTA, *Il giudizio di responsabilità innanzi alla Corte dei conti* in V. TENORE (a cura di) *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Milano, 2014.

D. CHINDEMI, *Responsabilità del medico e della struttura pubblica e privata*, Montecatini Terme, 2010.

M.P. CHITI, *La Pubblica Amministrazione*, in *Diritto amministrativo europeo* (a cura di M.P. CHITI), Milano, 2013.

CHOOSING WISELY, *An initiative of the Abim Foundation*, 2013 (www.choosingwisely.org).

A. CIARAMELLA, *Le recenti disposizioni sanzionatorie delle patologie nel conferimento degli incarichi di consulenza da parte di amministrazioni pubbliche* in www.cortedeconti.it.

A. CIARAMELLA, *Prime considerazioni sulle modifiche della responsabilità amministrativa di cui all'art.17, comma da 30-bis a 30-quinques del dl n.78 del 2009 convertito nella legge n.102 del 2009*, in *Riv. Corte dei Conti*, 2009.

G. CILIONE, *Diritto sanitario*, Rimini, 2005.

S. CIMINI, *La responsabilità amministrativa e contabile*, Milano, 2003.

M. CLARICH, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Bologna, 2015.

M. CLARICH, prefazione a *Giurisdizione della Corte dei conti e responsabilità amministrativo-contabile a dieci anni dalle riforme* (a cura di M. ATELLI), Napoli, 2005.

M. CLARICH, *la responsabilità del medico nelle strutture sanitarie pubbliche* in AA.VV. *La responsabilità medica*, Milano, 1982.

G. COLOMBINI, *Il principio di proporzionalità nel sindacato del giudice contabile* in *Atti del seminario Le nuove prospettive della responsabilità amministrativo-contabile*, Venezia, 2/10/2001, in *Il diritto della Regione*, Padova, 1, /2002.

M. COSULICH e G. GRASSO, *Le prestazioni sanitarie*, in *Manuale di Diritto Sanitario* (a cura di R. BALDUZZI e G. CARPANI), Bologna 2013.

A. CRISMANI, *Illeciti contabili tipici ed ipotesi sintomatiche di danno erariale*, in AA.VV., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalla riforma)*, Atti del LI convegno di studi di scienza dell'amministrazione di Varenna, Milano, 2006.

E. d' ALOJA – M. CIUFFI – F. DE GIORGIO – R. DEMONTIS – F. PARIBELLO, *Il valore medico-legale e giuridico delle Linee guida, dei protocolli e delle procedure in tema di responsabilità del professionista della salute: alleati o nemici?*, in S. ALEO e Altri (a cura di), *La responsabilità in ambito sanitario*, Padova 2014.

P. DE ANGELIS, nota a sentenza Corte Cost. 1/12/2010,n.355, in *Sanità Pubblica e Privata*,2011.

P. DE ANGELIS, *Danno all' immagine del S.S.N.*, in *Ragiusan*, 321/322, gennaio-febbraio 2011.

C. DE GIULI, *Il sistema delle farmacie*, in R.BALDUZZI-G.CARPANI (a cura di) *Manuale di diritto sanitario*, Bologna 2013.

R. DE MATTEIS *Le responsabilità civili in ambito sanitario, dal modello unitario di disciplina la sistema doppio binario*, in S. ALEO e Altri, *La responsabilità sanitaria* Padova 2014.

R. DE MATTEIS, *Colpa medica e inadempimento delle strutture sanitarie*, in *Contratto e impresa*, n. 3/ 2015.

C. DE VINCENTI, R. FINOCCHI GHERSI, A. TARDIOLA (a cura di) *La remunerazione delle prestazioni*, in *La sanità in Italia, governo pubblico, regolazione, mercato* Bologna, 2011.

P. DELLA VENTURA, *Commento a regio decreto 12/07/1934 n. 1214, approvazione del testo unico delle leggi sulla Corte dei conti*, in F. GARRI, M. RISTUCCIA, C. CHIAPPINELLI, G. DAMMICCO, P. DELLA VENTURA. M.

DI STEFANO, L. IMPECIATI (a cura di) *La Corte dei conti-controllo e giurisdizione-contabilità pubblica*, Milano, 2012.

M. DENTAMARO, *Responsabilità dei controllori per concorso nella produzione del danno erariale*, in *Riv.C.conti*, 2/1995.

G. DI GIANDOMENICO-R. FAGNANO-G. RUTA (a cura di), *La responsabilità dei funzionari e dei pubblici amministratori*, UniMolise 2001.

N. DIRINDIN, *Fabbisogni e costi standard in sanità: limiti e meriti di una proposta conservativa*, in *Politiche sanitarie*, 04/2010.

M. DONNO – A. PASCUCCI, *Sulle responsabilità professionali del medico e dell'ente ospedaliero*, in *Giur. Mer.*, 2007.

R. FERRARA (a cura di) *Trattato di biodiritto-salute e sanità*, Milano, 2011.

G. FERRARI – F. MASSIMINO, in “*Diritto del farmaco*”, Bari 2015,

M.J. FIELD e K. N. LOHR, *Guidelines for clinical practice. From development to use*, Washington, 1992.

F.FRAIOLI, *La responsabilità amministrativo contabile di medici e farmacisti in Nuova Rassegna di legis.,dottrina e giuris.* n. 17/2008.

M. FRANZONI, *Il professionista e i criteri per l' accertamento della responsabilità* in *Contratto e impresa*, n. 03/2015.

R. GAROFOLI – G. FERRARI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Roma 2015.

R. GAROFOLI-A.LIBERATI (a cura di), *La responsabilità della pubblica amministrazione e dei suoi dipendenti*, Milano, 2005.

F. GARRI, M. RISTUCCIA, C. CHIAPPINELLI, G. DAMMICCO, P. DELLA VENTURA. M. DI STEFANO, L. IMPECIATI (a cura di) *La Corte dei conti-controllo e giurisdizione-contabilità pubblica*, Milano, 2012.

F. GARRI – G. DAMMICCO – A- LUPI – P. DELLAVENTURA – L VENTURINI, *I giudizi innanzi alla Corte dei conti – responsabilità, conti, pensioni*, Milano, 2007.

F. GARRI, voce *Responsabilità amministrativa*, in Enc. Giur. Treccani, vol. XXVI, Roma, 1991.

N. GASPARRO, *Diritto sanitario, Legislazione, organizzazione, amministrazione, economia, etica e lavoro*, Milano, 2009.

M. GAZZARA, *Le sezioni unite "fanno il punto" in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria*, in *Danno e responsabilità*, 2008.

P. GROSSI, *Diritti fondamentali e diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, in, *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, Padova, 2008.

G. GUERRA, *La commercializzazione dei farmaci con gli usi off-label: il difficile bilanciamento tra tutela della salute e concorrenza*, in *Politiche sanitarie*, n. 2/ 2014.

B. GUIDI – L. NOCCO – M. Di PAOLO, *La prescrizione off label: dentro o fuori la norma?* in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2010.

G. IADECOLA, *Prescrizione di farmaci off-label e responsabilità penale del medico*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006.

D.IMMORDINO, *Responsabilità per danno erariale e danno all' immagine della P.A*, in P.MARIOTTI - A.SERPETTI e altri, *Responsabilità medica*, Milano 2014.

E. IORIO, *L' art. 119 della Costituzione e il finanziamento della salute. Contraddizioni e limiti applicativi*, in *Ragiusan*, n. 289/2008.

E. IORIO, *Il finanziamento della salute e il patto di stabilità interno*, in *Sanità pubblica e privata*, n. 2/2005.

N. LEONE *La responsabilità amministrativo-contabile e il danno erariale nei contratti pubblici di servizi e forniture*, intervento al Convegno *Dall' opera omnia dei contratti pubblici alle responsabilità della figura professionale del provveditore economo*, Arbatax, 09 /05/ 2008.

N. LEONE, *Il problema di riparto di giurisdizione in un sistema giuridico fondato sulla pluralità di giurisdizioni*, in www.amcorteconti.it.

P.MADDALENA, *La sistemazione dogmatica della responsabilità amministrativa nell'evoluzione attuale del diritto amministrativo* in *Il Consiglio di Stato*, n. 9/2001.

P. MADDALENA, *La nuova conformazione della responsabilità amministrativa alla luce della recente giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *TAR*, n. 2/1999.

P. MADDALENA, *Per una nuova configurazione della responsabilità amministrativa*, in *Il Consiglio di Stato*, n. 2/1976.

P. MARIOTTI - A.SERPETTI e altri, *Responsabilità medica*, Milano 2014.

P. MARIOTTI - A. SERPETTI, *Danno erariale da responsabilità sanitaria in Officina del Diritto*, Milano 2014.

L. MARTUCCI, *La responsabilità disciplinare nel pubblico impiego*, Milano, 2010.

F. MASSICCI, *Evoluzione, disciplina e prospettive dei piani di rientro*, in *Monitor* 22/2008.

F. MASSIMINO, *La responsabilità nella prescrizione dei farmaci tra scienza, coscienza e condizionamenti normativi*, 2013.

F. MASSIMINO, *Recenti interventi normativi e giurisprudenziali in materia di prescrizione dei farmaci off-label*, in *Danno e responsabilità*, 2010.

B. G. MATTARELLA, *La responsabilità disciplinare* in *Giorn. dir. amm.*, 2010.

L. MERCATI *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, Torino, 2002.

F. MERUSI, *Pubblico e privato nell'istituto della responsabilità amministrativa, ovvero la riforma incompiuta*, in F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007.

F. MERUSI – M. CLARICH, *Rapporti civili, art. 28*, in *Commentario della Costituzione, fondato da G. BRANCA e continuato da A. Pizzorusso*, Bologna, 1991.

T. MIELE, *Lo stato della giurisprudenza in materia di responsabilità amministrativa e contabile nei confronti degli amministratori, dipendenti ed agenti degli enti economici e delle società pubbliche*, relazione tenuta nel Corso di formazione e aggiornamento per magistrati della Corte dei Conti sul tema *Lo stato della giurisprudenza in materia di responsabilità amministrativa e contabile nei confronti degli amministratori, dipendenti ed agenti degli enti economici e delle società pubbliche, nonché in materia di controllo della Corte dei Conti sulla gestione dei medesimi enti e società*, Roma, 13-14-15 dicembre 2006.

T. MIELE, *Il danno erariale quale elemento della responsabilità amministrativa*, in G. DI GIANDOMENICO-R. FAGNANO-G. RUTA (a cura di), *La responsabilità dei funzionari e dei pubblici amministratori*, UniMolise 2001.

M. MINERVA, *Sulla responsabilità da iperprescrittività dei farmaci e sulla giurisdizione della Corte dei conti*, Roma, 2005.

M. MINERVA, *I limiti della discrezionalità medica nella prescrizione dei farmaci a carico del S.S.N e la giurisdizione della Corte sui danni da iperprescrittività*, in www.giustiziaamministrativa.it.

P. MINGHETTI, M. MARCHETTI, *Legislazione farmaceutica*, Milano 2015.

M. MIRABELLA (a cura di) *Manuale di Diritto Amministrativo*, 2012.

G.MODESTI, *Responsabilità amministrativa e contabile del medico generalista per eccesso di prescrizioni*, in *Ragiusan*, n.354-355-356 / 2013.

V. MOLASCHI, *I livelli essenziali delle prestazioni nella sanità*, in R. FERRARA (a cura di) *Trattato di biodiritto-salute e sanità*, Milano, 2011.

D. MORANA. *La salute come diritto costituzionale*, Torino, 2013.

N . P. NOVELLI - L. VENTURNI, *La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione delle Pubbliche Amministrazioni ed al diritto delle società*, Milano, 2008.

M. OCCHIENA, *Colpa grave e nesso causale nella responsabilità amministrativa dei sanitari*, , in *Le responsabilità in ambito sanitario*, (a cura di S. ALEO – R. DE MATTEIS – G. VECCHIO), Padova 2014.

A. ODDI, *Il “giusto processo” dinanzi alla Corte dei conti*, Napoli 2010.

E.PAPIANO, *Della responsabilità amministrativa del medico condannato per responsabilità professionale*, in *Ragiusan*, n.321-322, / 2011.

F. PASQUALUCCI, *Introduzione*, in AA.VV. (a cura di E. F. SCHLITZER), *L'evoluzione della responsabilità amministrativa*, Milano, 2002.

B. PEZZINI, *Diritto alla salute e dimensione della discrezionalità nella giurisprudenza costituzionale*, in *cittadinanza costi e salute, convegno nazionale di diritto sanitario e sociosanitario*, Genova 23-24 settembre 2005, Padova, 2007.

S. PILATO *La responsabilità amministrativa*, Padova, 2000.

S. M. PISANA, *La responsabilità amministrativa illustrata con la giurisprudenza più recente*, Torino, 2007.

S.M. PISANA, *I rapporti tra la giurisdizione contabile e le giurisdizioni penale e civile nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in [www. amcorteconti.it](http://www.amcorteconti.it) .

- M. PISCHEDDA, *La responsabilità amministrativa e contabile: elementi costitutivi e cenni di procedura* in *Giust. Amm.it*, 13/02/2004.
- A. POLICE, *La natura della responsabilità amministrativa*, in F.G. SCOCA, *La responsabilità amministrativa ed il suo processo*, Padova, 1997.
- A. POLICE, *La disciplina attuale della responsabilità amministrativa*, in F.G. SCOCA, *La responsabilità amministrativa ed il suo processo*, Padova 1997.
- L. PRINCIPATO *Il diritto costituzionale alla salute: molteplici facoltà più o meno disponibili da parte del legislatore o differenti situazioni giuridiche soggettive*, in *Giur.Cost*, 1999.
- A. QUERCI, *Responsabilità per danno da farmaci: quali i rimedi a tutela della salute?* in *Danno e responsabilità*, 2012.
- A. QUERCI, *Farmaci off-label e nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Rass. dir. farm.*2009.
- J. REASON, *Human error: model and management*, *BMJ*, 2000.
- V. RAELI, *La responsabilità sanitaria*, in *www.LexItalia.it*, 12/2004.
- P. L. REBECCHI, *Recenti fattispecie tipizzate di responsabilità amministrativa: incremento della tutela o strappo della tipicità?*, in *www amcortedeiconti.it*.
- P.L REBECCHI, *Collaborazione con procure penali e con organi della giustizia amministrativa*, Roma, 30 marzo 2011.
- M. RISTUCCIA, *applicabilità dei principi del giusto processo al processo contabile*, in *Riv. Corte dei conti*, 2000.
- D. ROMANO, *La responsabilità dell' ASL per condotta negligente del medico convenzionato*, in *Diritto e giurispr. Comm.*, 5/2015.

- S. A. ROMANO, *L' Agenzia Italiana del Farmaco-AIFA*, in *Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*, Napoli, 2007.
- F. ROVERSI MONACO, (a cura di) *Il nuovo servizio sanitario nazionale*, Rimini 2000.
- P. SANTORO *Manuale di contabilità e finanza pubblica*, Santarcangelo di Romagna 2011.
- P. SANTORO, *La responsabilità amministrativa tra clausola generale e tipizzazione dell'illecito*, in *Foro amm.CdS*, 12/2007.
- P. SANTORO, *I nodi caldi della responsabilità amministrativa*, in www.amcorteconti.it,
- P. SANTORO, *Terzietà del giudice e poteri sindacatori nel processo contabile* in *Riv. Corte dei conti*, 2001.
- L. SCHIAVELLO, *La nuova conformazione della responsabilità amministrativa*, Milano, 2001.
- E.F. SCHLITZER (a cura di) *L' evoluzione della responsabilità amministrativa*, Milano, 2002.
- R. SCHULMERS, *Gli insegnamenti del Lodo Bernardo*, in www.Respamm.it, 4/8/2011. *Per una valutazione sostanzialmente positiva della sentenza della Consulta.*
- M. SCIASCIA, *Manuale di Diritto processuale contabile*, Milano, 2012.
- F.G. COCA (a cura di) *Diritto Amministrativo*, Torino, 2014.
- F.G. COCA, *Fondamento storico ed ordinamento generale della giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità amministrativa*, in AA.VV., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle*

riforme), *Atti del LI convegno di studi di scienza dell' amministrazione* di Varenna, Milano, 2006.

F.G. SCOCA (a cura di) *La responsabilità amministrativa ed il suo processo*, Padova, 1997.

F. SETTI – D. DIGENNARO, *I rapporti tra tutela della salute e del libero mercato: aspetti regolatori e di concorrenza*, in *Rass. Dir. farmac. e della salute*, 2/2015.

SISTEMA NAZIONALE PER LE LINEE GUIDA (SNLG), *Manuale metodologico – come produrre, diffondere e aggiornare raccomandazioni per la pratica clinica*, 2004.

F. STADERINI, *La giurisdizione contabile oggi*, in *Rivista della Corte dei conti*, 1997, suppl.

F. STADERINI, *La responsabilità dei funzionari e dipendenti pubblici tra risarcimento e sanzione*, in *Rivista della Corte dei conti*, 2/ 1996.

V. TENORE (a cura di), *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Milano, 2014.

V. TENORE – L. PALAMARA – B. MARZOCCHI BURATTI, (a cura di), *Le cinque responsabilità del pubblico dipendente*, Milano, 2012.

F. TIGANO, *Corte dei conti e attività amministrativa*, Torino, 2008.

E. TOMASSINI, *Il danno da disservizio*, in *Riv.C.Conti*, 2005.

L. TORCHIA, *La responsabilità amministrativa* in S. CASSESE (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003.

E. TUCCARI, nota a sentenza Cass., sez. un., 02/04/2007, n. 8096 in *Rivista della Corte dei conti*, 3/2007.

A. VETRO, *Il danno all'immagine della p.a. dopo il "Lodo Bernardo"*(art.17.co.30-ter,d.l.78 del 2009): una discutibile sentenza della Consulta, in *www.Respamm.it*,19/9/2011.

A. VETRO *Il dolo contrattuale o civilistico: applicazione nei giudizi di responsabilità amministrativa secondo la più recente giurisprudenza della Corte dei conti* in *Lex Italia. It*, n. 12/2011.

N. VICECONTE, *Il finanziamento del S.S.N.*, in *Manuale di Diritto Sanitario* (a cura di R. BALDUZZI E G. CARPANI), Bologna, 2013

P. M. ZERMAN, *La responsabilità amministrativo-contabile*, in M. MIRABELLA (a cura di) *Manuale di Diritto Amministrativo*, 2012.

P. ZINGALE, *La responsabilità amministrativa e contabile*, in *La responsabilità della pubblica amministrazione e dei suoi dipendenti* (a cura di R.GAROFOLI-A.LIBERATI), Milano, 2005.