

LA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVO-CONTABILE DEL MEDICO, SECONDO LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DEI CONTI. APPLICAZIONE DEI PRINCIPI ENUCLEATI DALLA CASSAZIONE IN SEDE PENALE E CIVILE.

Premessa

Prima di iniziare l'esame di alcune significative sentenze, per lo più di data recente, in materia di responsabilità medica, è opportuno richiamare la sentenza n. 166/1973 della Corte costituzionale, anche se di epoca remota. Secondo la Consulta, non contrasta con l'art. 3 della Costituzione la limitazione della responsabilità penale desumibile dagli artt. 589, 42 e 43 c.p., in relazione all'art. 2236 c.c., secondo cui "se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave". Tale normativa è volta a contemperare "due opposte esigenze, quella di non mortificare la iniziativa del professionista col timore di ingiuste rappresaglie da parte del cliente in caso di insuccesso e quella inversa di non indulgere verso non ponderate decisioni o riprovevoli inerzie del professionista". Inoltre, tale limitazione di responsabilità "non conduce a dover ammettere che, accanto al minimo di perizia richiesta, basti pure un minimo di prudenza o di diligenza. Anzi, c'è da riconoscere che, mentre nella prima l'indulgenza del giudizio del magistrato è direttamente proporzionata alle difficoltà del compito, per le altre due forme di colpa ogni giudizio non può che essere improntato a criteri di normale severità".

Principi penalistici.

Nella sentenza n. 4391/2012 la Cassazione penale ha ricordato che il tema del grado della colpa necessario per fondare la responsabilità del professionista terapeuta è stato lungamente trattato nella giurisprudenza della suprema Corte. La più antica giurisprudenza, facendo applicazione dei principi contenuti nell'art. 2236 c.c., si caratterizzava per particolare larghezza sostenendo che la responsabilità penale poteva configurarsi solo nei casi di colpa grave e cioè di macroscopica violazione delle più elementari regole dell'arte, per il motivo che la malattia può manifestarsi talvolta in modo non chiaro, con sintomi equivoci che possono determinare un errore di apprezzamento e sovente non esistono criteri diagnostici e di cura sicuri. Di conseguenza, la colpa del medico doveva essere valutata con comprensione, salvo i casi estremi nei quali la condotta del professionista fosse incompatibile col minimo di cultura e di esperienza che deve pretendersi da chi sia abilitato all'esercizio della professione medica. L'orientamento indulgente ha però finito col coprire anche casi di grave leggerezza, determinando una situazione di privilegio per la categoria, per cui ad un certo punto, dal 1980, la giurisprudenza è radicalmente mutata, escludendo qualsiasi rilievo, nell'ambito penale, dell'art. 2236 c.c. e valutando sempre la colpa professionale sulla base delle regole generali contenute nell'art. 43 c.p. (art. 43: "Elemento psicologico del reato. Il delitto ...è colposo, o contro l'intenzione, quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero

per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline"). La gravità della colpa andava quindi valutata solo ai fini della graduazione della pena. Tuttavia, sul piano soggettivo, rimaneva ferma la necessità di ponderare le difficoltà con cui il professionista aveva dovuto confrontarsi come nei casi di novità tecnico-scientifiche o di operazioni svolte in situazioni di emergenza.

Nella sentenza n. 43459/2012, la Cassazione penale ha richiamato i principali criteri, formulati dalle Sezioni unite nella sentenza n. 30328/2002 (caso Franzese), da seguire perché possa dirsi sussistente il nesso causale tra la condotta omissiva del medico e l'evento: 1) il nesso causale può essere ravvisato quando, sulla base di una generalizzata regola di esperienza o di una legge scientifica, si accerti che, se si fosse realizzata dal medico la condotta doverosa impeditiva dell'evento, questo non si sarebbe verificato, ovvero si sarebbe verificato ma in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva; 2) non è consentito dedurre automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica la conferma, o meno, dell'esistenza del nesso causale, dovendosene verificare la validità nel caso concreto, sulla base delle circostanze del fatto, così che, esclusa l'interferenza di fattori alternativi, risulti giustificata la conclusione che la condotta omissiva del medico è stata condizione necessaria dell'evento lesivo con *"alto o elevato grado di credibilità razionale"* o *"probabilità logica"*; 3) il ragionevole dubbio, sulla reale efficacia condizionante della condotta omissiva del medico rispetto ad altri fattori interagenti nella produzione dell'evento lesivo, comportano l'esito assolutorio del giudizio. Le Sezioni unite hanno quindi sottolineato la necessità dell'individuazione del nesso di causalità (quale "condicio sine qua non" di cui agli artt. 40 e 41 del codice penale) in termini di certezza, non "oggettiva" (storica e scientifica), bensì "processuale" raggiunta dal giudice valorizzando tutte le circostanze del caso concreto che consenta di poter ricollegare un evento ad una condotta omissiva *"al di là di ogni ragionevole dubbio"*.

Principi civilistici.

Sotto il profilo civilistico, la Cassazione ha delineato, nelle linee generali, con sentenza n. 16123/2010, la responsabilità professionale del medico, sulla base della sentenza a Sezioni unite n. 576/2008, secondo cui il nesso causale è regolato dal principio di cui agli artt. 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 cosiddetta causalità adeguata, sulla base del quale, all'interno della serie causale, occorre dar 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"* ed ha concluso nel senso che "sussistendo a carico del medico l'obbligo di espletare l'attività professionale secondo canoni di diligenza e di perizia scientifica, il giudice, accertata l'omissione di tale attività, può ritenere, in assenza di altri fattori alternativi, che tale omissione sia stata causa dell'evento

lesivo e che, per converso, la condotta doverosa, se fosse stata tenuta, avrebbe impedito il verificarsi dell'evento stesso". (Nello stesso senso Cass. n. 10060/2010 e n. 7352/2010). Riguardo alla scusabilità dell'errore accertato, ossia se questo fosse o meno cagionato da colpa professionale, la Corte ha stabilito che, in ragione della natura contrattuale del rapporto sottostante (presunzione semplice di responsabilità a carico sia degli enti che dei medici alle loro dipendenze - art. 1218 c.c.) l'onere della prova che l'insuccesso non sia dipeso da mancanza di diligenza incombe a carico dei medici e degli enti di appartenenza.

Con sentenza n. 11005/2011 la Cassazione, riguardo all'obbligo d'informazione ed all'onere della relativa prova, ha confermato che la responsabilità professionale del medico ha natura contrattuale e non precontrattuale, con la conseguenza che, a fronte dell'allegazione, da parte del paziente, dell'inadempimento dell'obbligo di informazione, è il medico gravato dell'onere della prova di aver adempiuto tale obbligazione (Cass. n. 2847/10).

Con sentenza n. 15991/2011 la Cassazione ha formulato il seguente principio di diritto:

Qualora la produzione di un evento dannoso possa apparire riconducibile, sotto il profilo eziologico, alla concomitanza della condotta del sanitario e del fattore naturale rappresentato dalla pregressa situazione patologica del danneggiato, il giudice, accertata l'efficienza etiologica della condotta rispetto all'evento - in applicazione della regola di cui all'art. 41 c.p. (art. 41: "Concorso di cause. Il concorso di cause preesistenti o simultanee o sopravvenute, anche se indipendenti dall'azione od omissione del colpevole, non esclude il rapporto di causalità fra l'azione od omissione e l'evento. Le cause sopravvenute escludono il rapporto di causalità quando sono state da sole sufficienti a determinare l'evento) - così ascrivendo l'evento di danno interamente all'autore della condotta illecita, può poi procedere, anche con criteri equitativi, alla valutazione della diversa efficienza delle varie concause onde ascrivere all'autore della condotta un obbligo risarcitorio che non ricomprenda anche le conseguenze dannose determinate dalla pregressa situazione patologica del danneggiato non riconducibile a negligenza, imprudenza, imperizia del sanitario.

Con sentenza n. 27000/2011 la Cassazione ha ribadito i principi enunciati dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 26973/2008, sulla natura contrattuale della responsabilità del medico e della struttura sanitaria, stabilendo una *regula iuris* generale secondo cui, nell'ambito della causalità di contatto sociale, la parte lesa ha l'onere di dare la prova del rapporto sanitario, della esistenza di una prestazione sanitaria negligente e della lesione della salute, secondo un riparto di onere della prova che imputa alla parte inadempiente la deduzione di cause giustificative di tale inadempimento, di guisa che il criterio della causalità non è quello proprio della imputazione penale secondo il criterio rigoroso della quasi certezza, ma è quello civilistico e probabilistico.

Con sentenza n. 6275/2012 la Cassazione ha richiamato il consolidato orientamento della stessa Corte, in tema di responsabilità civile, per l'accertamento del nesso causale tra condotta illecita ed evento di danno secondo cui non è necessaria la dimostrazione di un rapporto di consequenzialità necessaria tra la prima ed il secondo, ma è sufficiente la sussistenza di un rapporto di mera probabilità scientifica. Ne consegue che il nesso causale può essere ritenuto sussistente non solo quando il danno possa ritenersi conseguenza inevitabile della condotta, ma anche quando ne sia conseguenza altamente probabile e verosimile (Cass. n. 975/2009).

Principi amministrativo-contabili.

Con sentenza n. 261/2007 la Sezione Umbria della Corte dei conti (nello stesso senso sent. Sez. Sicilia n. 828/2010) ha ricordato che la giurisprudenza ha, da sempre, escluso che "la sentenza pronunciata nel procedimento civile per il risarcimento del danno, promosso dal danneggiato nei confronti della p.a., abbia efficacia di giudicato nel giudizio di responsabilità amministrativa, avanti alla Corte dei conti, ancorché al giudizio civile abbia partecipato il pubblico dipendente, autore del fatto lesivo, convenuto in solido con l'Amministrazione" (SS.RR. n. 114/1971), per cui la Corte dei conti può valutare autonomamente i fatti accertati nel processo civile, proprio perché le sentenze di condanna a carico della p.a. "non esplicano efficacia vincolante nel giudizio di responsabilità", così che "il giudice contabile può trarre da quel diverso giudizio elementi, quali prove testimoniali, consulenze ecc., utili a formare il proprio convincimento" (Sez. III centr. app. n. 623/2005 e Sez. I centr. app. n. 387/2002).

Con sentenza n. 1834/2008 la Sezione Sardegna ha stabilito che "secondo la più recente giurisprudenza della Corte di cassazione, può affermarsi l'esistenza di un nesso causale tra condotta del medico ed evento di danno *qualora attraverso un criterio necessariamente probabilistico si ritenga che l'opera del medico, se correttamente e prontamente prestata, avrebbe avuto serie ed apprezzabili possibilità di evitare il danno verificatosi*" (così Cassazione, n. 867/2008).

Con sentenza n. 1897/2009 la Sezione Sicilia ha richiamato, sulla sussistenza del nesso eziologico, la Cass., sez. un. pen., n. 30328/2002 "di guisa che, eliminati fattori diversi, risulti giustificata e processualmente certa la conclusione che la condotta omissiva del medico è stata condizione necessaria dell'evento lesivo con alto o elevato grado di credibilità razionale o probabilità logica".

Con sentenza n. 744/2010 la Sezione Puglia ha puntualizzato che il chirurgo, nell'adempimento dei propri obblighi di servizio, in ragione della rilevanza del bene della salute coinvolto (cfr. art. 32 Cost.), avrebbe dovuto operare previa acquisizione delle necessarie cognizioni di tecnica e pratica chirurgica riferite alla specifica tipologia di intervento, osservando un atteggiamento di prudente attenzione nell'affrontare l'intervento.

Con sentenza n. 828/2010 la Sezione Sicilia ha ritenuto che "nella fattispecie si verte in tema di esercizio di professione intellettuale, con la conseguenza che la colpa grave per il sorgere della responsabilità amministrativa corrisponde a quella delineata dall'art. 2236 c.c. ... La responsabilità del sanitario (e di riflesso della struttura per cui egli agisce), per violazione dell'obbligo del consenso informato, deriva dalla mancata osservanza del dovere di informazione circa le prevedibili conseguenze del trattamento chirurgico cui il paziente verrà sottoposto e dal successivo verificarsi, in conseguenza dell'esecuzione del trattamento stesso, di un aggravamento delle condizioni di salute del paziente. Tale trattamento non può dirsi avvenuto previa prestazione di un valido consenso ed appare eseguito in violazione dell'art. 32 Cost., comma 2 (nei termini Cass. n. 5444/2006)".

Con sentenza n. 10/2010 la Sezione Lombardia ha ritenuto insussistente il presupposto, ritenuto eventuale e incerto, del danno erariale, indicato dalla Procura nella sentenza di condanna civile a carico di una Azienda ospedaliera, non ancora passata in giudicato, per l'attuale pendenza del ricorso per cassazione avverso la decisione di secondo grado, in quanto l'accertamento giurisdizionale contenuto nella impugnata sentenza di merito era suscettibile di essere travolto in sede di legittimità. Né l'incontrovertibilità del giudicato, presupposto della responsabilità indiretta azionata in questa sede, poteva essere surrogata dal requisito del depauperamento dell'ente condannato, il quale ha ottemperato a sentenza esecutiva con pagamento a titolo provvisorio e non definitivo. D'altra parte, il termine iniziale di decorrenza della prescrizione dell'azione di responsabilità in ipotesi di danno indiretto "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 condanna della P.A. e della esecutività della transazione tra terzo e p.a." (Sez. riun. n. 3/2003), indipendentemente dal depauperamento, ossia dal pagamento effettivo dell'importo per cui vi è condanna in sede civile. Se, pertanto, il diritto non può essere fatto valere prima della formazione del giudicato, al punto che viene impedita la decorrenza del termine di prescrizione dell'azione contabile, è evidente come - prima di quel momento - non possa configurarsi alcun interesse alla tutela delle ragioni erariali, con conseguente inammissibilità dell'azione esercitata dalla Procura, per difetto di una lesione concreta e attuale del diritto azionato in giudizio.

Con sentenza n. 36/2010 la Sezione Lazio, a fronte dell'eccezione di improcedibilità sollevata da un medico, per mancanza di un danno erariale definitivamente accertato, in pendenza della definitività del giudizio civile di condanna al risarcimento del danno a carico dell'Azienda sanitaria locale di appartenenza, ha respinto tale eccezione, tenuto conto che la Corte dei conti può valutare autonomamente i fatti accertati nel processo civile, in quanto le sentenze di condanna a carico della p.a. non esplicano efficacia vincolante nel giudizio di responsabilità. Nel caso in esame l'Ente aveva già subito il pregiudizio patrimoniale determinato dal risarcimento eseguito in favore dei danneggiati a seguito dell'esito sfavorevole in primo ed in secondo grado della

controversia civile e "l'alea, peraltro, modesta sull'esito definitivo della controversia per la pendenza del giudizio presso la Corte di cassazione, non si riflette sui requisiti di attualità, certezza ed effettività che il danno emerso presenta". Nel merito, la Sezione ha affermato che in materia di responsabilità medica, la valutazione della sussistenza del nesso causale fra evento dannoso e condotta antiggiuridica del medico va effettuata sulla base del criterio secondo cui assume rilevanza l'"alto o elevato grado di credibilità razionale" o "probabilità logica". L'essenza della responsabilità colposa è sintetizzabile nel riferimento alla prevedibilità dell'evento lesivo e alla sua prevenibilità attraverso l'osservanza della regola cautelare violata. In particolare, la responsabilità per colpa grave dei sanitari si manifesta con la mancanza di quelle cautele, cure o conoscenze costituenti lo standard minimo di diligenza richiesto a quel determinato professionista e, comunque, in presenza di ogni altra imprudenza che dimostri superficialità e disinteresse per i beni primari affidati alle loro cure. Ha ritenuto, inoltre, il Collegio che la colpa grave deve essere valutata con tanto maggior rigore, quanto maggiori e più elevate siano le funzioni e la qualificazione professionale dell'agente.

Con sentenza n. 1/2012 la Sezione Bolzano, premesso che per la sussistenza del nesso causale assume rilevanza l'alto o elevato grado di credibilità razionale" o "probabilità logica" ovvero, come richiamato dalla giurisprudenza penale, la "probabilità prossima alla - confinante con la - certezza" (Cass. pen. Sez. un. n. 30328/2002), riguardo alla configurabilità o meno di una condotta gravemente colposa del medico convenuto ha ricordato che, in genere, la giurisprudenza esclude la colpa grave del medico (oltre che nei casi in cui debbano essere risolti problemi diagnostici e terapeutici di difficile soluzione o in presenza di quadro patologico complesso e passibile di diversificati esiti, ovvero si trovi nella necessità di agire in una situazione di emergenza o di urgenza) in tutte quelle ipotesi in cui la sua scelta appaia comunque ragionevole, avuto riguardo alle conoscenze scientifiche e alla prassi medica. Al contrario, la colpa è grave, quando, tra l'altro, il medico abbia completamente ommesso di compiere un'attività diagnostica e terapeutica routinaria, atta a scongiurare determinate complicazioni.

Con sentenza n. 1015/2012 la Sez. Sicilia ha statuito che "non ogni condotta diversa da quella doverosa implica colpa grave ma solo quella che sia caratterizzata da particolare negligenza, imprudenza od imperizia e che sia posta in essere senza l'osservanza, nel caso concreto, di un livello minimo di diligenza, prudenza o perizia; occorre precisare, inoltre, che tale livello minimo dipende dal tipo di attività concretamente richiesto all'agente e dalla sua particolare preparazione professionale".

Con sentenza n. 2745/2012, la Sezione Sicilia ha statuito che, per procedere alla verifica della intensità della colpa, occorre valorizzare il carattere relativo della diligenza, della perizia e della prudenza, mutuando il paradigma di cui al secondo comma dell'art. 1176 c.c., a norma del quale, nelle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la valutazione della diligenza deve essere effettuata con riguardo "alla natura dell'attività esercitata". In tal

modo, viene elaborato un parametro di valutazione della colpa "soggettivizzato", che offre la possibilità di imporre *standards* di comportamento più elevati in capo ai soggetti che risultino dotati di qualità, conoscenze e attitudini non ordinarie. Ricorrendo a tale parametro, il chirurgo, in quanto svolgente un'attività a contenuto professionale, nell'adempimento delle proprie obbligazioni è tenuto non già alla diligenza generica, ma alla più accurata diligenza esigibile dall'*homo eiusdem condicionis ac professionis*. Sicché incorre in una condotta negligente il chirurgo, il quale non si comporti come un qualunque accorto professionista avrebbe fatto nelle medesime circostanze.

Con sentenza n. 86/2012 la Sezione Marche, anche sulla scorta di quanto statuito dalla Sez. III d'appello con sentenza n. 662/2005, ha ritenuto che, "con riferimento alle attività materiali, quale, appunto, quella tipicamente sanitaria, la condotta può essere valutata come gravemente colposa allorché il comportamento sia stato del tutto anomalo e inadeguato".

Con sentenza n. 386/2012 la Sezione Lombardia, sulla sussistenza del nesso causale "fra evento dannoso e condotta antiggiuridica del medico", ha richiamato il criterio dello "*alto o elevato grado di credibilità razionale*" o "*probabilità logica*" ovvero della "*probabilità prossima alla - confinante con la - certezza*" (Cass. pen.,ss.uu. n. 30328/2002); sulla "configurabilità o meno di una condotta gravemente colposa dei convenuti", ha citato l'orientamento della Suprema Corte nelle sentenze n. 8826/2007 e n. 24791/2008 ed ha concluso che "tale orientamento della giurisprudenza civile in ordine al contenuto dell'obbligazione professionale del sanitario ed al grado di diligenza, trova ulteriore corollario nella posizione della giurisprudenza di questa Corte, altrettanto univoca nel definire, nel più specifico ambito della responsabilità amministrativa in campo medico, il concetto di "colpa grave", aderendo ai principi sostenuti dalla Sez. III app. nella sentenza n. 662/2005.

Brevi note sugli indirizzi giurisprudenziali della Cassazione.

Come ricordato nella sentenza della Cassazione pen. n. 4391/2012, la più antica giurisprudenza in materia si caratterizzava per particolare larghezza ravvisandosi la colpa del medico nei soli casi nei quali la condotta del professionista fosse incompatibile col minimo di cultura e di esperienza richiesti nell'esercizio della professione medica, con la conseguenza che venivano coperti anche casi di grave leggerezza, determinandosi così una situazione di inammissibile privilegio per la categoria.

Tale situazione, in realtà, non era limitata alla materia penale, richiamata nella citata sentenza, ma riguardava anche la materia civile.

Attualmente, specie in campo civilistico, si assiste ad una radicale inversione di tendenza, attraverso valutazioni particolarmente severe della condotta dei medici ed una spiccata attenzione per le richieste risarcitorie dei soggetti danneggiati dai trattamenti sanitari.

In particolare, l'applicazione concreta della regola della preponderanza dell'evidenza o del "*più probabile che non*", specialmente nei molti casi in cui il

dubbio permane anche dopo approfondite consulenze tecniche d'ufficio, si risolve il più delle volte a favore del danneggiato. Quando il medico viene gravato dall'onere probatorio che l'insuccesso non sia dipeso da mancanza di diligenza, molto spesso gli viene imputato il mancato assolvimento della prova liberatoria.

Di tale situazione si è reso conto il legislatore il quale, con d.l. n. 158/2012, convertito in legge n. 189/2012, all'art. 3, comma 1, ha stabilito 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. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo"*.

Con sentenza, non ancora depositata, resa nell'udienza del 29 gennaio 2013, la Cass. pen., Sez. IV, ha stabilito che "la nuova normativa ha parzialmente decriminalizzato le fattispecie colpose in questione, con conseguente applicazione dell'art. 2 c.p. L'innovazione esclude la rilevanza penale delle condotte connotate da colpa lieve, che si collochino all'interno dell'area segnata da linee guida o da virtuose pratiche mediche, purché esse siano accreditate dalla comunità scientifica". (Art. 2 c.p., I, II e III comma: Successione di leggi penali. Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato. Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato e, se vi è stata condanna, ne cessano la esecuzione e gli effetti penali. Se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile).

L'intervento legislativo, anche più radicale, era fortemente richiesto dalla categoria, sempre più esposta ad azioni giudiziarie risarcitorie, anche manifestamente infondate.

L'effetto più grave derivante da tale, abnorme, situazione va riscontrato nella tecnica adottata, sempre più di frequente, contro il rischio professionale che va sotto il nome di "medicina difensiva", con effetti devastanti sulla qualità dell'assistenza, sui tempi di attesa per le cure necessarie, sugli oneri a carico del Servizio sanitario. Tale fenomeno comporta la "fuga da responsabilità", attraverso consulti, ricoveri ospedalieri, analisi anche invasive, radiografie, ecografie, TAC, ecc., se non completamente inutili, quanto meno non indispensabili.

In conclusione, si avverte la necessità di un ripensamento che scoraggi iniziative giudiziarie pretestuose e che restituisca la serenità nell'attività medica, temperando, per usare le parole della Corte costituzionale nella citata sentenza n. 166/1973 "due opposte esigenze, quella di non mortificare la iniziativa del professionista col timore di ingiuste rappresaglie da parte del cliente in caso di insuccesso e quella inversa di non indulgere verso non ponderate decisioni o riprovevoli inerzie del professionista".

Osservazioni sulla giurisprudenza della Corte dei conti.

1) Presupposto per l'azione della Procura presso la Corte dei conti è la produzione di un danno erariale. Nel caso della responsabilità amministrativo-contabile del medico, trattasi prevalentemente di danno indiretto, a seguito delle azioni risarcitorie avviate con successo dai soggetti danneggiati, nei confronti di enti pubblici del comparto sanitario, per errori terapeutici compiuti da medici legati da rapporto di impiego o di servizio con tali enti.

Sussiste disparità di opinioni sul momento nel quale si concretizza il danno, rendendo ammissibile l'azione della Procura contabile.

A) Come si è visto, con sentenza n. 10/2010 la Sezione Lombardia ha ritenuto insussistente il presupposto del danno erariale, ritenuto eventuale e incerto, individuato dalla Procura nella sentenza di condanna civile a carico di una Azienda ospedaliera, non ancora passata in giudicato, per l'attuale pendenza del ricorso per cassazione, a nulla rilevando il pagamento a titolo provvisorio in esecuzione di sentenza esecutiva non definitiva e quindi suscettibile di riforma radicale. A conferma di tale tesi, la Sezione ha ricordato che il termine iniziale di decorrenza della prescrizione dell'azione di responsabilità in ipotesi di danno indiretto "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 condanna della P.A." (Sez. riun. n. 3/2003).

B) Al contrario, con sentenza n. 36/2010 la Sezione Lazio, a fronte dell'eccezione di "improcedibilità" sollevata da un medico, per mancanza di un danno erariale definitivamente accertato, in pendenza della definitività del giudizio civile di condanna al risarcimento del danno a carico dell'Azienda sanitaria locale di appartenenza, ha respinto tale eccezione, tenuto conto che la Corte dei conti può valutare autonomamente i fatti accertati nel processo civile, in quanto le sentenze di condanna a carico della p.a. non esplicano efficacia vincolante nel giudizio di responsabilità. Nel caso in esame l'Ente aveva già subito il pregiudizio patrimoniale determinato dal risarcimento eseguito in favore dei danneggiati a seguito dell'esito sfavorevole in primo ed in secondo grado della controversia civile e "l'alea, peraltro, modesta sull'esito definitivo della controversia per la pendenza del giudizio presso la Corte di cassazione non si riflette sui requisiti di attualità, certezza ed effettività che il danno emerso presenta".

La tesi formulata dalla Sezione Lazio non può essere condivisa, per un duplice ordine di motivi.

Intanto, dal punto di vista logico-giuridico, sembra mancare il nesso di consequenzialità fra la premessa secondo cui "le sentenze di condanna a carico della p.a. non esplicano efficacia vincolante nel giudizio di responsabilità" e la conseguenza secondo cui, da tale circostanza, deriverebbe la possibilità di acclarare la certezza del danno. Infatti, la natura non vincolante delle sentenze civili comporta soltanto l'indipendenza di giudizio del giudice contabile, ma non ha alcun nesso con l'individuazione del momento nel quale il danno assume le necessarie caratteristiche di certezza.

Inoltre, sembra fuor di luogo l'opinione sulla "alea modesta sull'esito definitivo della controversia", risultando incongrua l'anticipazione di un giudizio di esclusiva competenza della Cassazione.

In conclusione, non si vede come possa definirsi "certo" un evento ancora *sub judice*, tanto più che, se si accoglie la condivisibile tesi delle Sezioni riunite secondo cui il termine iniziale di decorrenza della prescrizione dell'azione di responsabilità in ipotesi di danno indiretto va fissato alla data del passaggio in giudicato della sentenza di condanna della P.A., non si vede come, prima di tale momento, possa intraprendersi l'azione di responsabilità amm.va, dato che, ai sensi dell'art. 2935 c.c. "la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere".

2) Diverse sentenze hanno richiamato, per determinare la sussistenza del nesso causale, la giurisprudenza della Cassazione penale, con particolare riguardo ai requisiti indicati nella sentenza a Sezioni unite n. 30328/2002 (sent. n. 1897/2009 Sezione Sicilia, sent. n. 1/2012 Sez. Bolzano, sent. n. 386/2012 Sezione Lombardia).

Il riferimento a principi penalistici suscita perplessità, in quanto tale richiamo avrebbe una sua logica se si accedesse alla tesi della natura sanzionatoria del giudizio contabile. Ma non è così. Come rilevato nell'articolo dello scrivente del 16 ottobre 2012, "a parte i casi, di natura eccezionale, espressamente previsti dalla legge, di azione sanzionatoria del P.M. contabile (es., da ultimo, quelli contemplati dal recentissimo d.l. 10 ottobre 2012 n. 174), l'azione della Procura presso la Corte dei conti ha sempre natura risarcitoria (Sez. riunite Corte dei conti, sent. n. 7/2000), non influendo minimamente su tale carattere la possibilità di porre a carico del responsabile tutto o parte del danno, in relazione al ruolo che il responsabile stesso ha assunto nella produzione dell'evento dannoso e di tutte le altre circostanze che hanno accompagnato l'illecito contabile, contribuendo alla sua insorgenza".

Se, quindi, si tratta di risarcimento del danno, sono correttamente richiamabili i principi civilistici e non già quelli penalistici. D'altra parte, nel campo processuale, l'art. 26 del r.d. 13 agosto 1933, n. 1038, di approvazione del regolamento di procedura per i giudizi innanzi alla Corte dei conti, stabilisce che "nei procedimenti contenziosi di competenza della Corte dei conti si osservano le norme e i termini della procedura civile in quanto siano applicabili e non siano modificati dalle disposizioni del presente regolamento" e non già della procedura penale.

Giustamente, quindi, la Sezione Sardegna, con sentenza n. 1834/2008, si è rifatta ai principi civilistici della Cassazione, secondo cui può affermarsi l'esistenza di un nesso causale tra condotta del medico ed evento di danno qualora attraverso un criterio necessariamente probabilistico si ritenga che l'opera del medico, se correttamente e prontamente prestata, avrebbe avuto serie ed apprezzabili possibilità di evitare il danno verificatosi (così Cassazione, n. 867/2008).

Quest'ultima sentenza ricorda che "la più recente giurisprudenza di questa Corte in tema di individuazione del nesso di causalità fra la condotta omissiva del medico e l'evento dannoso ha superato la concezione tradizionale, passando dal criterio della certezza degli effetti della condotta omessa a quello della probabilità di essi e dell'idoneità della condotta stessa ad evitarli, ove posta in essere; con riferimento all'individuazione del nesso causale tra l'evento dannoso e la condotta colpevole (omissiva o commissiva) del medico va rilevato che, ove le nozioni di patologia medica e di medicina legale non

forniscano un grado di certezza assoluta, il ricorso al criterio della probabilità costituisce una necessità logica in quanto si tratta di accettare o rifiutare l'assunto secondo il quale il danno si è verificato a causa del fatto che non è stato tenuto il comportamento atteso”.

3) Riguardo al requisito della colpa medica, risultano degne di menzione:

A) La sentenza n. 744/2010 della Sezione Puglia, dove si è puntualizzato che il medico deve adempiere i propri obblighi di servizio, “in ragione della rilevanza del bene della salute coinvolto (cfr. art. 32 Cost.)”.

B) La sentenza n. 36/2010 della Sezione Lazio dove si afferma che “la colpa grave deve essere valutata con tanto maggior rigore, quanto maggiori e più elevate siano le funzioni e la qualificazione professionale dell'agente”.

C) La sentenza n. 2745/2012 della Sezione Sicilia la quale, sulla scorta del principio affermato dal II comma dell'art. 1176 c.c., ha elaborato un “parametro di valutazione della colpa “soggettivizzato”, che offre la possibilità di imporre *standards* di comportamento più elevati in capo ai soggetti che risultino dotati di qualità, conoscenze e attitudini non ordinarie. Ricorrendo a tale parametro, il chirurgo, in quanto svolgente un'attività a contenuto professionale, nell'adempimento delle proprie obbligazioni è tenuto non già alla diligenza generica, ma alla più accurata diligenza esigibile dall'*homo eiusdem conditionis ac professionis*”.

D) La sentenza n. 662/2005 della Sez. III d'appello, richiamata nella sentenza n. 86/2012 della Sezione Marche e nella sentenza n. 386/2012 della Sezione Lombardia, secondo cui “in definitiva, con particolare riferimento alle attività materiali, quale appunto quella tipicamente sanitaria, la condotta può essere valutata come gravemente colposa allorché il comportamento sia stato del tutto anomalo e inadeguato, tale cioè da costituire una devianza macroscopica dai canoni di diligenza e perizia tecnica e da collocarsi in posizione di sostanziale estraneità rispetto al più elementare modello di attività volta alla realizzazione degli interessi cui i pubblici operatori sono preposti. Ne consegue che, per configurare un'ipotesi di responsabilità a carico di un medico, non basta che il comportamento appaia riprovevole in quanto non rispondente in tutto alle regole della scienza e dell'esperienza, ma è necessario che il sanitario, usando la dovuta diligenza, sia stato in condizione di prevedere e prevenire l'evento verificatosi: perché quindi possa parlarsi di colpa grave occorre accertare che si siano verificati errori non scusabili per la loro grossolanità o l'assenza delle cognizioni fondamentali attinenti alla professione, ovvero abbia difettato quel minimo di perizia tecnica che non deve mai mancare in chi esercita la professione medica, oppure vi sia stata ogni altra imprudenza che dimostri superficialità e disinteresse per i beni primari affidati alle cure di tali prestatori d'opera”.

Quest'ultima sentenza contiene principi che non possono in alcun modo essere condivisi, per i seguenti motivi:

I) Mentre la sentenza n. 828/2010 della Sezione Sicilia ha giustamente ritenuto che “nella fattispecie si verte in tema di esercizio di professione intellettuale”, la sentenza della Sezione III, non si comprende su quali basi, ha qualificato l'attività sanitaria di carattere “materiale” ed in effetti ha valutato l'operato del medico alla stessa stregua di quello di un portantino o di qualsiasi operaio operante nelle strutture sanitarie.

II) Secondo la Sezione III, il comportamento colposo richiede la "condizione di prevedere e prevenire l'evento", ma questo non è esatto in quanto la colpa prescinde dalla prevedibilità dell'evento, se non in ordine alla valutazione della gravità della colpa stessa.

III) Mentre la Sezione Puglia, nella sentenza n. 744/2010, ha giustamente rilevato che l'obbligo di servizio del medico va valutato "in ragione della rilevanza del bene della salute coinvolto (cfr. art. 32 Cost.)" e la Sezione Lazio, nella sentenza n. 36/2010, ha ribadito, riferendosi all'attività medica, che "la colpa grave deve essere valutata con tanto maggior rigore, quanto maggiori e più elevate siano le funzioni e la qualificazione professionale dell'agente", per cui, in particolare, "il chirurgo, in quanto svolgente un'attività a contenuto professionale, nell'adempimento delle proprie obbligazioni è tenuto non già alla diligenza generica, ma alla più accurata diligenza", al contrario, la Sezione III infila tutti in un unico calderone, pretendendo di adottare lo stesso parametro per la generalità dei dipendenti, senza tenere in alcun conto la delicatezza delle funzioni svolte e la fondamentale rilevanza degli insopprimibili interessi in gioco, come il diritto alla salute, costituzionalmente garantito.

Anche alla luce del comune buon senso, non è pensabile che il medico, al quale viene affidata l'integrità fisica e persino la sopravvivenza del paziente, possa impunemente adottare un "comportamento riprovevole", con il solo limite segnato da un livello "del tutto anomalo e inadeguato", con "devianza macroscopica dai canoni di diligenza e perizia tecnica", commettendo "errori non scusabili per la loro grossolanità o l'assenza delle cognizioni fondamentali attinenti alla professione" e ciò malgrado il riconoscimento, da parte della stessa Sezione III, della rilevanza dei "beni primari affidati alle cure di tali prestatori d'opera".

In conclusione, pur nei limiti della colpa grave, la condotta dei medici, ed in particolare degli specialisti, va valutata in relazione all'obbligo non di una "diligenza generica", ma della "più accurata diligenza", in relazione alla spiccata delicatezza delle funzioni svolte, a tutela del bene primario della salute.

ROMA 7 febbraio 2013

Antonio VETRO
(Presidente on. Corte dei conti)