

Dottrina

n. 12 - 2016

Luigi Carbone

Responsabilità medica, strumenti assicurativi, danno erariale indiretto e le novità dal d.d.l. Gelli (nota a C. conti, sez. Lombardia, 4 ottobre 2016 n.163)

Abstract

Nella sentenza oggetto di commento la Sezione giurisdizionale Lombardia affronta un argomento complesso ed attuale quale quello della responsabilità medica, intervenendo però sotto un profilo meno noto, cioè a dire sulla responsabilità amministrativo-contabile del medico pubblico dipendente a fronte del nocumento patrimoniale che la Pubblica amministrazione subisce per essere stata costretta, in forza di una sentenza di condanna del giudice ordinario o del giudice amministrativo, a risarcire un terzo per i danni a questi arrecati dal proprio dipendente. Sviluppando i diversi spunti di riflessione offerti dalla decisione, lo studio evidenzia i presupposti ed i limiti del danno erariale indiretto che per il caso del sanitario pubblico si arricchiscono di ulteriori elementi di complessità, poiché su tale questione si riflettono le incertezze che caratterizzano la responsabilità civile del medico, nonché i complessi meccanismi assicurativi operanti in ambito sanitario. Accanto al problema della prescrizione nel caso di danno erariale indiretto, sono emerse diverse questioni problematiche idonee ad incidere sui profili della configurazione e della quantificazione di tale danno che in ultima analisi il giudice contabile si trova a dover risolvere. Una riflessione ha meritato poi il d.d.l. Gelli in materia di responsabilità del personale sanitario, dato il suo possibile impatto sulla giurisdizione della Corte dei conti sull'azione di rivalsa nei confronti dell'esercente la professione sanitaria.

The Lombardy Section of Court of Auditors ruled on a complex and current subject such as the medical liability, intervening in a lesser-known profile, that is the administrative and accounting liabilities of medical doctors employed by the National Health System, in relation to the loss that the Public Administration suffers for their conducts, once being forced to compensate a third party by virtue of judgements of ordinary or administrative courts. Developing the various insights offered by the court decision, it has been tried to highlight the conditions and limits of the indirect damage to the treasury ("danno erariale"): such conditions and limits, for the case of medical doctors employed by the National Health System, are enriched with additional elements of complexity, since on this issue

the uncertainties that characterize the medical civil liability have to be taken into account, as well as the complex mechanisms involved in health insurance. Alongside the issue of indirect damage to the treasury's limitation period, it has been emerged several problematic issues which may affect the configuration and quantification of such damage, that ultimately have to be solved by the accounting judge. A reflection also deserved the draft legislation "Gelli" on the National Health System personnel's liability, given its possible impact on the Court of Auditors jurisdiction related to the action of recourse against such personnel.

Sommario: 1. Premessa. - 2. Il caso deciso dalla sent.163/2016 della Corte dei Conti Lombardia. - 3. Danno erariale indiretto e prescrizione. - 4. Presupposti e limiti del danno erariale indiretto del medico pubblico dipendente - 5. La responsabilità amministrativo-contabile del medico pubblico dipendente. - 6. Strumenti assicurativi in ambito sanitario e danno erariale indiretto. - 7. Conclusioni e uno sguardo *de iure condendo*.

1. Premessa.

Con la decisione che si annota la Sezione giurisdizionale Lombardia della Corte dei conti¹ aggiunge un ulteriore tassello alla tormentata questione della responsabilità medica, ovvero ad un tema trasversale coinvolgente profili attinenti a diverse branche dell'ordinamento e riguardante sia liberi professionisti e dipendenti privati, che soggetti legati alla Pubblica amministrazione da un rapporto di servizio². Si tratta di argomenti ampiamente arati dalla dottrina e dalla giurisprudenza su cui non ci si può dilungare, non essendo questo il luogo per approfondire tale problematica³, e comunque in continua evoluzione, come testimoniato dal d.d.l. Gelli, approvato dalla Camera ed attualmente in discussione al Senato, contenente disposizioni in materia di responsabilità professionale del personale sanitario⁴.

Ciò che, invece, rileva evidenziare in questa sede è come la considerevole crescita degli illeciti civili prodotti da dipendenti pubblici⁵ esercenti la professione sanitaria, nonché delle condanne civili in sede penale, e per i quali la Pubblica amministrazione è chiamata a rispondere in osservanza dei presupposti di cui all'art. 28 Cost.⁶, possa comportare un progressivo ampliamento degli interventi del giudice contabile a titolo di rivalsa per i danni patrimoniali indiretti patiti dall'erario.

Ne è testimonianza la sentenza in esame, che offre un nuovo e interessante spunto per esaminare il problema della responsabilità del medico pubblico dinnanzi al giudice contabile⁷ ed in particolare dei presupposti e dei limiti della responsabilità per danno erariale indiretto,

nonché dell'incidenza del sistema assicurativo in ambito sanitario⁸ sulla configurazione e sulla quantificazione del danno erariale. Un assetto su cui però potranno influire significativamente – come più avanti si avrà modo di vedere – le novità, ed in particolare l'azione di rivalsa, previste dal d.d.l. Gelli⁹.

2. Il caso deciso dalla sent.163/2016 della Corte dei Conti Lombardia.

La pronunzia in commento è intervenuta a seguito dell'azione di responsabilità avviata dal procuratore contabile nei confronti di due medici ginecologi e di un'ostetrica, a fronte della denuncia dell'azienda ospedaliera presso la quale i medesimi svolgevano le proprie mansioni. In particolare, si è contestato ai tre soggetti convenuti un danno erariale indiretto relativo a un caso di *malpractice* medica, per avere gli stessi cagionato la grave e durevole lesione personale di un neonato durante le operazioni di parto.

La vicenda trae origine da un giudizio penale all'esito del quale è stata affermata la responsabilità professionale dei tre sanitari. In tal sede, stante l'evento infausto occorso al neonato, cioè a dire la paralisi totale del plesso brachiale destro verificatasi a seguito di una distocia di spalla durante il parto, i tre dipendenti della struttura sanitaria sono stati ritenuti colpevoli e pertanto condannati per lesioni colpose dal Tribunale di Milano¹⁰ alla pena condizionalmente sospesa di tre mesi di reclusione ciascuno, oltre al risarcimento dei danni cagionati da liquidarsi in separata sede, attesa la costituzione in giudizio delle parti civili, nonché al pagamento di una provvisionale immediatamente esecutiva. A tale conclusione il giudice di prime cure è pervenuto dopo aver disposto l'espletamento di una consulenza tecnica d'ufficio che ha evidenziato la sussistenza del nesso causale tra le condotte dei convenuti e l'evento dannoso, nonché dell'elemento soggettivo della colpa grave. Segnatamente, si è rimproverato a tutti i convenuti di non aver posto in essere le manovre di disimpegno della spalla, a un medico di aver reiteratamente incitato la partoriente, nonostante l'evidenziata distocia, a spingere ed all'altro ginecologo di aver praticato la controindicata manovra di Kristeller.

Successivamente la pronunzia penale è stata confermata dalla Corte di Appello di Milano¹¹ e, con riferimento alla statuizioni civili, dalla Corte di Cassazione¹². Ed infatti, i giudici di legittimità, sebbene abbiano disposto l'annullamento della sentenza di secondo grado agli effetti penali, essendosi il reato contestato estinto per prescrizione, hanno confermato la statuizione ai fini civili sul presupposto che il quadro valutativo penale escludeva la possibilità di trarre un ragionevole convincimento in ordine all'evidente innocenza degli imputati.

La rilevante somma irrogata in primo grado a titolo di provvisionale è stata pertanto corrisposta ai danneggiati dall'azienda ospedaliera; salvo poi ottenerne una limitata refusione per effetto di garanzia assicurativa all'uopo stipulata da uno dei sanitari. Così, a seguito della segnalazione della struttura sanitaria, la procura contabile ha intentato azione per il residuo importo, quale danno erariale c.d. indiretto (ovvero nascente dalla condanna in sede civile della p.a.) , chiedendo la condanna in parti eguali a titolo di colpa grave nei confronti dei tre sanitari.

Dinnanzi al giudice contabile le difese degli ospedalieri hanno rispettivamente eccepito la prescrizione del diritto al risarcimento del danno erariale e in ogni caso l'esclusione della colpa grave, sostenendo l'imprevedibilità e la peculiare difficoltà della complicità della distocia della

spalla manifestatasi durante il parto, l'assenza di un'evidenza scientifica in ordine alla sussistenza di manovre efficaci idonee a fronteggiarla e il rinvenirsi solamente di orientamenti tecnico-scientifici consistenti in mere indicazioni empiriche prive di fondamento scientifico e di certezza di risultato. Con specifico riferimento al danno contestato dalla procura contabile, si è inoltre rilevato che l'esborso versato dalla struttura sanitaria ai danneggiati doveva essere refuso dalla compagnia di assicurazione dell'ente. Ed infatti, le difese hanno sostenuto che, a fronte di una transazione intervenuta tra i danneggiati e la compagnia di assicurazione della struttura sanitaria, in forza della quale è stata corrisposta una somma al netto della provvisionale già erogata in precedenza, la compagnia assicuratrice avrebbe dovuto rifondere anche l'azienda assicurata del residuo importo della provvisionale. Così, l'omessa richiesta di refusione della quota di provvisionale da parte della struttura sanitaria, rimasta dunque a carico di quest'ultima, avrebbe rappresentato, secondo l'argomentazione difensiva, una scelta non addebitabile ai tre convenuti che non avrebbero pertanto dovuto patire le relative conseguenze dinnanzi alla Corte dei conti.

Tali doglianze non sono state condivise dal giudice contabile. Segnatamente, è stata disattesa l'eccezione di prescrizione in quanto il danno indiretto è stato ritenuto certo e definitivo a seguito della sentenza della Corte di Cassazione e che dunque da tale pronuncia è stato ritenuto che doveva decorrere il termine prescrizionale e non, contrariamente a quanto sostenuto dalla difesa, dal momento del pagamento della provvisionale eseguito dall'azienda ospedaliera ai danneggiati. È stato confutato quanto eccepito in ordine all'assenza degli elementi costitutivi della responsabilità amministrativo-contabile. Sulla scorta delle inequivoche risultanze fattuali e giuridiche, ovvero degli approdi medico-legali della consulenza tecnica d'ufficio e delle statuizioni intervenute in sede penale è stato rilevato che la complicità, tradottasi nella distocia della spalla del neonato occorsa durante il travaglio di parto, è stata trattata, in maniera non corretta dai sanitari presenti in sala parto. Secondo il giudice contabile, infatti, i convenuti avrebbero dovuto mettere in atto le "esigibili manovre di disimpegno previste in casi consimili, in quanto manovre ben codificate e che specialisti in ostetricia sono tenuti a conoscere". Così, a fronte della rilevata condotta omissiva e della provata lesione del neonato quale conseguenza immediata e diretta della non dovuta e dannosa attività di trazione, nonché dell'assenza di decorsi causali alternativi, è stata affermata la sussistenza del nesso causale tra la condotta dei convenuti e l'evento lesivo e la relativa colpa grave.

Sotto il profilo della configurazione del danno erariale, è stata parimenti ritenuta infondata dalla sentenza lombarda che si annota l'eccezione difensiva volta ad escludere l'addebitabilità ai convenuti dell'importo pagato dall'azienda ospedaliera ai danneggiati, a fronte della mancata richiesta di refusione da parte della struttura sanitaria alla compagnia assicuratrice della quota di provvisionale. Il giudice contabile ha escluso, infatti, la spettanza in refusione dalla compagnia di assicurazione di quanto versato alle vittime del sinistro sanitario, stante la previsione nella polizza assicurativa sottoscritta dall'azienda ospedaliera di una franchigia aggregata; considerato che alla data del pagamento a titolo di provvisionale, dovuto in forza di quanto statuito dalla sentenza penale di primo grado, tale franchigia non risultava erosa, si è negato che la struttura sanitaria avrebbe potuto procedere alla relativa richiesta di refusione. In sede di quantificazione del danno erariale è stata poi disattesa la prospettazione della procura contabile volta a ripartire il nocumento erariale in parti eguali ai convenuti, poiché è stata esclusa una loro corresponsabilità solidale attesa l'assenza di dolo, ma di sola colpa grave¹³. Così, si è proceduto ad una distinta ripartizione del danno erariale tra i sanitari, decurtando limitatamente a uno dei ginecologi l'importo versato dalla propria personale assicurazione all'azienda ospedaliera. Infine, il giudice contabile ha ulteriormente rideterminato l'importo addebitabile ai convenuti,

ricorrendo all'esercizio del potere riduttivo in considerazione della complessità dell'arte medica, nonché del peculiare funzionamento della polizza assicurativa con franchigia aggregata.

3. Danno erariale indiretto e prescrizione.

Prima di affrontare la specifica problematica attinente alla responsabilità medica come decisa dal giudice contabile, occorre soffermarsi, seppur brevemente, su un'altra questione preliminarmente risolta dalla Sezione giurisdizionale Lombardia. La sentenza consente di evidenziare il contrasto esistente nell'ambito della giurisprudenza contabile in ordine all'individuazione del *dies a quo* prescrizionale nell'ipotesi di danno erariale indiretto¹⁴.

Si registrano, infatti, differenti posizioni in ordine alla decorrenza del termine quinquennale di prescrizione del danno erariale¹⁵ sussistente a fronte di un nocumento patrimoniale che la Pubblica amministrazione subisce per essere stata costretta, in forza di una sentenza di condanna del giudice ordinario o del giudice amministrativo, a risarcire un terzo per i danni a questi arrecati da un proprio dipendente. Secondo le contrapposte tesi il *dies a quo* andrebbe rispettivamente ancorato al passaggio in giudicato della pronuncia di condanna, ovvero al momento dell'effettivo pagamento da parte della Pubblica amministrazione dell'importo risarcitorio.

Tali orientamenti sono normalmente ricondotti a due diversi arresti delle Sezioni Riunite della Corte dei conti. Con la prima e più risalente decisione¹⁶ si è risolta una questione di massima affermando che *"in ipotesi di danno c.d. indiretto il termine iniziale 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 condanna della P.A. e della esecutività della transazione tra terzo e P.A."*. Diversamente, nel successivo intervento¹⁷, anch'esso in risoluzione di una questione di massima, si è statuito che *"il dies a quo della prescrizione dell'azione di responsabilità per il risarcimento del danno c.d. indiretto va individuato nella data di emissione del titolo di pagamento al terzo danneggiato"*.

Epperò, l'orientamento favorevole ad individuare la decorrenza del termine prescrizionale nel momento del pagamento da parte della Pubblica amministrazione dell'importo risarcitorio senza dover attendere il passaggio in giudicato della sentenza di condanna, che troverebbe conforto in tale ultima pronuncia delle Sezioni Riunite, è stato sottoposto da autorevole dottrina a puntuale e analitica critica¹⁸. Si è evidenziato che tale ultima interpretazione, invalsa in una parte della giurisprudenza contabile, e in particolare prevalente in appello, sia in realtà frutto di un "equivoco interpretativo", ovvero di una non corretta lettura della sentenza n. 14 QM delle Sezioni Riunite che ha, sì, individuato il *dies a quo* al momento del pagamento, ma con riferimento a un danno indiretto già acclarato con sentenza passata in giudicato, nulla affermando sul fatto che l'azione della procura contabile non debba attendere il futuro passaggio in giudicato della sentenza di condanna¹⁹.

Semplificando, secondo il portato della pronuncia delle Sezioni Riunite, due sono le condizioni che devono sussistere affinché possa decorrere la prescrizione, cioè a dire il giudicato di condanna e il materiale pagamento da parte della Pubblica amministrazione al terzo

danneggiato²⁰. Si tratta di una interpretazione accolta in dottrina²¹ e ritenuta una “conclusione garantista”, ovvero idonea ad assicurare la stabilità dei rapporti giuridici, nonché l’economia dei mezzi processuali²².

Ed è proprio in tale direzione che si colloca la sentenza che si annota. La Sezione giurisdizionale Lombardia, richiamando un proprio precedente²³, ha, infatti, individuato nel passaggio in giudicato della sentenza di condanna agli effetti civili della Corte di Cassazione, e non nella data del pagamento della provvisoria in forza della sentenza di primo grado, il presupposto per la rivalsa dinnanzi alla Corte dei conti ed il momento a partire dal quale è stato reso certo e definitivo l’esborso provvisorio dell’azienda ospedaliera. Così, disattendendo l’eccezione di prescrizione prospettata dalla difesa di un convenuto, è stata riconosciuta la tempestività della azione della procura contabile. In un quadro ancora incerto nella giurisprudenza contabile²⁴ e in attesa di un intervento chiarificatore delle Sezioni Riunite, la sentenza del giudice contabile lombardo attesta, dunque, lucidamente i condivisibili presupposti afferenti all’azionabilità dei danni erariali indiretti, nonché alla decorrenza del relativo *dies a quo* prescrizione.

Ed infatti, se il presupposto oggettivo della giurisdizione contabile è rappresentato dalla sussistenza di un danno erariale, è solo con il pagamento certo e definitivo dell’importo risarcitorio da parte della Pubblica amministrazione che l’erario subisce una perdita di risorse finanziarie²⁵, che per lo specifico caso di danno indiretto richiede dunque l’ulteriore presupposto del passaggio in giudicato della sentenza di condanna, che alla necessità di tale esborso pubblico conferisce carattere di definitiva certezza.

È pur vero che a fronte di un pagamento provvisorio da parte della Pubblica amministrazione in forza di una sentenza immediatamente esecutiva, l’attesa del giudicato, sebbene rispondente a esigenze di certezza, rende avverabile il rischio dell’impossibilità di esercizio della rivalsa nei confronti del dipendente. Ciò per l’incontestabile rilievo che nelle more del passaggio in giudicato, qualora si debba attendere l’esaurimento degli ordinari mezzi di impugnazione, si possa verificare il decesso del dipendente autore dell’illecito contabile con la relativa conseguenza che il danno erariale indiretto rimanga a carico della collettività, stante l’intrasmissibilità agli eredi del dipendente deceduto, laddove non si configuri un illecito arricchimento del dante causa²⁶.

Invero, tale (meramente ipotetica e comunque giuridicamente irrilevante) evenienza, sovente prospettata dalle procure contabili al fine di avversare la necessità del previo passaggio in giudicato, appartiene però al fisiologico assetto della responsabilità amministrativo-contabile (ogni convenuto può astrattamente sempre sottrarre il proprio patrimonio all’azione recuperatoria della Corte dei conti, titolare comunque di azione di simulazione o/o revocatoria), sebbene nel caso di danno erariale indiretto, ove appunto si debba attendere il giudicato, risulti accentuata. Epperò, per ciò solo si deve ritenere che non si possa rinunciare al presupposto del passaggio in giudicato, nonché del pagamento da parte della Pubblica amministrazione dell’importo risarcitorio, atteso che l’eventuale decesso del dipendente prima che risulti fruttuosa l’azione di rivalsa costituisce una circostanza fattuale, contingente ed accidentale che rispetto all’ipotesi di danno erariale diretto si concretizza in una disparità di mero fatto. Un differente trattamento, dunque, che deriva non dal contenuto precettivo della norma configurante la regola dell’intrasmissibilità, ma dalla sua concreta applicazione, il cui funzionamento patologico non consente di indugiare sulla scelta del legislatore ordinario in sede di definizione dei presupposti della responsabilità amministrativo-contabile²⁷. Del resto, se l’intento sotteso all’immediata attivazione del giudizio contabile a fronte di una condanna

provvisoriamente esecutiva e adempiuta dalla Pubblica amministrazione è quello di dissuadere il soccombente dal ricorso agli ordinari mezzi di impugnazione mosso esclusivamente da finalità dilatorie, lo stesso non appare condivisibile in quanto con ciò significherebbe conculcare il fondamentale diritto di difesa.

Ferma, dunque, l'operatività dell'art. 1, c. 3, l. n. 20 del 1994²⁸ nel caso in cui la procura contabile non sia tempestivamente informata del danno erariale indiretto divenuto certo a seguito del giudicato, il rischio connesso alla relativa attesa sarebbe comunque bilanciato dalla maturazione degli interessi accessori che dovranno essere refusi in sede contabile dal dipendente che per evitare tale ulteriore aggravio potrebbe essere indotto ad addivenire ad una transazione con la Pubblica amministrazione²⁹.

4. Presupposti e limiti del danno erariale indiretto del medico pubblico dipendente.

La Sezione giurisdizionale Lombardia, chiarito il profilo attinente all'operatività del meccanismo prescrizione in caso di danno erariale indiretto, ha affrontato dunque il merito della questione afferente alla responsabilità dei sanitari. A tal riguardo, prima di addentrarsi nella soluzione offerta dal giudice contabile lombardo, appare opportuno un preliminare inquadramento dei presupposti necessari per la configurabilità del danno erariale indiretto che con specifico riferimento all'illecito civile commesso da un medico pubblico dipendente si arricchiscono di ulteriori tratti peculiari.

Non sollevano, invece, particolari problematiche le ipotesi di danno erariale diretto di cui può rendersi autore il medico legato alla Pubblica amministrazione da un rapporto di servizio, ovvero convenzionato³⁰; in tal caso la sussistenza dei presupposti oggettivi e soggettivi comporterà il profilarsi della sua responsabilità amministrativo-contabile. La casistica concernente tali danni è molto varia: ipotesi di danni da mancata prestazione lavorativa e da disservizio³¹, da esercizio di attività libero professionale non autorizzata³², da indebita percezione dell'indennità di rischio radiologico per esposizione³³, da mancata emissione di ricevute fiscali a fronte di prestazioni mediche svolte in regime di attività *intramoenia*³⁴, da iperprescrizione di farmaci³⁵ ed altre ancora³⁶. Accanto alla responsabilità erariale per danno causato alla Pubblica amministrazione che abbia determinato un decremento patrimoniale, ovvero un mancato introito, il medico legato da rapporto di servizio, come ogni altro pubblico dipendente, può essere chiamato a rispondere a titolo di rivalsa dinnanzi alla Corte dei conti del danno provocato a terzi e per il quale la Pubblica amministrazione sia stata condannata al risarcimento, ovvero per il quale sia addivenuta a un accordo transattivo con i terzi danneggiati. Ciò è espressamente sancito agli artt. 22 e ss., d.P.R. n. 3 del 1957³⁷ la cui genesi però deve farsi risalire all'art. 28 Cost.

Il disposto costituzionale, come anche gli articoli del d.P.R., prevedono la personale e diretta responsabilità del pubblico dipendente per gli atti compiuti, nell'esercizio delle proprie funzioni, in violazione di diritti, nonché, secondo un adattamento di tipo evolutivo dell'art. 28 Cost.³⁸ e un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 23, d.P.R. n. 3 del 1957, degli atti lesivi

di interessi legittimi³⁹. Tale responsabilità del pubblico dipendente è poi estesa dalla norma costituzionale, limitatamente ai casi di responsabilità civile, allo Stato ed agli enti pubblici così configurando, secondo un'interpretazione ormai consolidata in dottrina⁴⁰ e nella giurisprudenza, anche costituzionale⁴¹, una responsabilità diretta di tipo solidale della Pubblica amministrazione⁴².

Si tratta di una norma di chiusura di un sistema coerente e unitario a tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, la cui interpretazione totalizzante e non incompatibile con la realtà consente di evidenziare il rilievo primario della responsabilità del dipendente anziché il suo dissolversi in quella della Pubblica amministrazione alla quale comunque si estende, enunciando un principio opposto a quello che è alla base dell'art. 2049 c.c.⁴³. A fronte di un danno arrecato a terzi da un pubblico dipendente nell'esercizio di compiti legati da occasionalità necessaria con compiti istituzionali⁴⁴, opererà, dunque, in virtù del rapporto di immedesimazione organica⁴⁵, un meccanismo di solidarietà passiva coinvolgente la Pubblica amministrazione⁴⁶.

Di tale responsabilità solidale ne forniscono una più puntuale disciplina gli artt. 22 e ss., d.P.R. n. 3 del 1957, che, oltre a limitare la responsabilità del pubblico dipendente ai casi di dolo e colpa grave e far salva la possibilità di esercizio congiunto dell'azione di risarcimento nei confronti della Pubblica amministrazione e del dipendente, espressamente prevedono, laddove l'Amministrazione abbia provveduto al risarcimento del danno causato al terzo da un proprio dipendente, la possibilità che quest'ultima si rivalga nei confronti dell'autore dell'illecito sul presupposto della violazione degli obblighi di servizio su di esso incombenti⁴⁷. Ed è proprio in tali disposizioni che, conformemente a quanto sancito dall'art. 103, c. 2, Cost.⁴⁸, si rinviene il fondamento della giurisdizione contabile sul danno erariale indiretto⁴⁹, cioè a dire la possibilità di convenire dinanzi al giudice contabile il dipendente per ottenere la refusione dell'importo risarcito dalla Pubblica amministrazione⁵⁰.

Il quadro ricavabile dalle summenzionate norme, tuttavia, non ha impedito il sorgere di contrasti interpretativi in ordine ad aspetti a cui tali disposizioni non offrono una soluzione esplicita e che sono suscettibili di influenzare il giudizio di rivalsa dinanzi alla Corte dei conti, nonostante l'autonomia e l'indipendenza della giurisdizione contabile⁵¹. Dall'art. 28 Cost., nonché dalle norme del d.P.R., è possibile cogliere delle differenze in punto di responsabilità tra Pubblica amministrazione e dipendente, ovvero la coestensione e la concorrenza di queste responsabilità non è esente da eccezioni.

Innanzitutto, la Pubblica amministrazione risponde del danno provocato anche in caso di colpa lieve, ovvero di colpa d'apparato⁵², od anche senza colpa⁵³, oppure quando l'autore resti anonimo, purché si accerti che la condotta sia riferibile a un dipendente dell'Amministrazione⁵⁴.

Si tratta di un'interpretazione consolidata⁵⁵ che merita di essere condivisa in quanto, sebbene in assenza di responsabilità del dipendente il diritto al risarcimento nei riguardi dello Stato non trova garanzia nel precetto costituzionale di cui all'art. 28⁵⁶, fuori dai casi di correlazione l'autonoma responsabilità della Pubblica amministrazione ha un richiamo spontaneo nell'art. 113 Cost.⁵⁷. Ciò trova ulteriore conforto nel fatto che, come rilevato da autorevole dottrina pubblicistica, l'istituto della responsabilità civile fa parte della Costituzione e la tutela dei diritti fondamentali non avrebbe senso se la violazione degli stessi non comportassero l'obbligo di

risarcimento⁵⁸⁵⁹. Questo scollamento tra responsabilità della Pubblica amministrazione e responsabilità del dipendente costituisce un primo limite alla giurisdizione contabile; in tali ipotesi, infatti, non sarà possibile esperire alcuna azione erariale, o comunque pervenire a una condanna del dipendente in sede contabile.

Meno pacifico risulta, invece, un altro ostacolo che dovrebbe operare in ordine alla configurabilità della responsabilità solidale e di conseguenza alla sussistenza della giurisdizione contabile a titolo di rivalsa, ma sovente trascurato dalla giurisprudenza ordinaria ed amministrativa. Si allude al requisito dell'*occasionalità necessaria* che dovrebbe rappresentare il limite rigoroso all'operatività del meccanismo di solidarietà passiva, ovvero lo stesso dovrebbe escludersi in presenza di comportamenti del dipendente del tutto egoistici od integranti gli estremi di illeciti penali dolosi⁶⁰. Con ciò non si vuole escludere qualsiasi forma di responsabilità ma limitarla a quella personale del dipendente che ne risponderà anche a titolo di colpa lieve secondo le regole del codice civile con cesura della solidarietà dell'Amministrazione. Epperò, una parte della giurisprudenza appare propensa a dilatare il concetto di occasionalità necessaria⁶¹ mossa da esigenze assistenzialistiche o di ristoro sociale in una prospettiva volta a privilegiare le istanze di tutela dei danneggiati assicurandone un risarcimento da parte di un soggetto maggiormente solvibile quale la Pubblica amministrazione⁶². A nostro avviso, i giudici ordinari ed amministrativi dovrebbero piuttosto escludere in tali casi la responsabilità dell'Amministrazione atteso che la non configurabilità della responsabilità amministrativo-contabile del dipendente che abbia agito per finalità del tutto personali⁶³ finisce per accollare un danno alla Pubblica amministrazione in casi in cui non avrebbe dovuto risponderne con conseguente ricaduta in capo alla collettività. L'*occasionalità necessaria*, dunque, è un concetto pregnante nel caso di danno erariale indiretto la cui insussistenza, oltre ad elidere una responsabilità civile della Pubblica amministrazione, non consente di configurare una responsabilità amministrativo-contabile del dipendente, che dei danni cagionati a terzi dovrebbe essere l'unico a risponderne secondo le regole proprie della responsabilità civile.

Se per il caso di frattura del rapporto organico non può esitarsi in ordine alla sussistenza della giurisdizione ordinaria sull'azione risarcitoria promossa dal terzo danneggiato, dubbi si avanzano con riferimento all'individuazione del plesso giurisdizionale competente nelle altre ipotesi dato il silenzio serbato su tale profilo dall'art. 22, d.P.R. n. 3 del 1957, nonché in ordine agli inconvenienti che da alcune soluzioni in punto di giurisdizione ne possono derivare.

Invero, tentando di circoscrivere la questione, perplessità non dovrebbero sussistere ove l'azione risarcitoria del terzo danneggiato dal dipendente attenga alla lesione di interessi legittimi, ovvero di diritti soggettivi rimessi alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, e sia promossa nei soli confronti della Pubblica amministrazione. In tali casi in ossequio all'art. 103, c. 1, Cost.⁶⁴ e in forza degli artt. 7⁶⁵ e 30⁶⁶ c.p.a. è competente il giudice amministrativo con l'ulteriore precisazione che in presenza di una materia demandata alla giurisdizione esclusiva non è sufficiente, affinché si possa affermare la relativa competenza giurisdizionale, la mera attinenza della controversia con la materia considerata, essendo necessario che la controversia origini da atti espressione di potere pubblico⁶⁷.

Specularmente, l'azione risarcitoria per lesione di diritti soggettivi commessa dal pubblico dipendente che non sia nemmeno mediatamente riconducibile all'esercizio di un potere amministrativo, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, sia ove convenuto sia il solo pubblico dipendente, ovvero la Pubblica amministrazione, sia nel caso di contestuale evocazione in giudizio. Epperò, nonostante l'art. 22, d.P.R. n. 3 del 1957 ammetta l'esperibilità di

un'azione risarcitoria congiunta, seppur non individuando il plesso giurisdizionale competente, la possibilità di proposizione di una contestuale domanda nei confronti della Pubblica amministrazione e del dipendente autore dell'illecito ove si tratti di lesioni di interessi legittimi è esclusa dal giudice di legittimità. Ed infatti, secondo un indirizzo costante della Corte di Cassazione, in tali ipotesi sarebbero sempre rispettivamente competenti il giudice amministrativo nel caso di azione diretta nei confronti della Pubblica amministrazione e il giudice ordinario per l'ipotesi di azione diretta nei confronti del pubblico dipendente, escludendo che la giurisdizione sia derogabile per ragioni di connessione⁶⁸. Si tratta di una posizione non condivisa dal Consiglio di Stato, secondo cui l'art. 22, d.P.R. n. 3 del 1957, quale attuazione dell'art. 28 Cost., alludendo alla possibilità di esercizio congiunto presupporrebbe l'esistenza di un unico giudice competente in ordine alla cognizione della domanda risarcitoria, ovvero il giudice amministrativo⁶⁹, ma ormai consolidata nella giurisprudenza del giudice della giurisdizione⁷⁰, come testimoniato da un recente intervento delle Sezioni Unite⁷¹. Le esigenze di evitare contrasti fra giudicati e di coerenza complessiva del sistema di tutela di cui si è fatto latore il Consiglio di Stato⁷², propugnando la soluzione favorevole alla giurisdizione amministrativa⁷³, potrebbero trovare conforto nelle disposizioni del c.p.a. Segnatamente, i commi 4 e 5 dell'art. 7, prevedendo la cognizione del giudice amministrativo, nell'ambito della giurisdizione sia di legittimità sia esclusiva, sulle controversie risarcitorie derivanti dall'attività amministrativa, non limitano tale giurisdizione alle domande proposte nei confronti dei dipendenti, precisando poi al successivo comma 7 che *"il principio di effettività è realizzato attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela degli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi"*. Rilievo potrebbe essere dato, altresì, all'art. 30 c.p.a. che al c. 6 chiarisce espressamente che *"di ogni domanda di condanna al risarcimento di danni per lesioni di interessi legittimi o, nelle materie di giurisdizione esclusiva, di diritti soggettivi conosce esclusivamente il giudice amministrativo"*. Tuttavia, fermo l'arresto delle Sezioni Unite, anche la dottrina ad esso aderente non ha potuto non rilevare il possibile profilarsi di difficoltà a seguito della duplicazione dei giudizi⁷⁴.

A seconda che si propenda per una delle diverse soluzioni si porrebbero inoltre problemi di coerenza per il caso di lesione di diritti soggettivi ricompresi nelle materie di giurisdizione esclusiva, cioè a dire se della domanda congiunta possa conoscere il giudice amministrativo, ovvero se le azioni risarcitorie nei confronti del pubblico dipendente e della Pubblica amministrazione debbano essere rispettivamente esercitate dinnanzi al giudice ordinario ed amministrativo.

Le incertezze in tema di giurisdizione appaiono di non poco momento se si considera la possibilità di esiti contrastanti anche a fronte dell'applicazione di regimi sostanziali e processuali differenti. Si pensi al termine di decadenza per la proposizione dell'azione risarcitoria nei confronti della Pubblica amministrazione e in generale a quanto disposto dall'art. 30, c. 3, c.p.a.⁷⁵ con l'interrogativo, dunque, se tale disciplina valga anche in confronto al pubblico dipendente che, secondo l'interpretazione del giudice di legittimità, debba essere convenuto dinnanzi al giudice ordinario⁷⁶. Seguendo l'orientamento propugnato dalla Corte di Cassazione sarebbe, infatti, possibile che l'azione risarcitoria nei confronti del solo dipendente dinnanzi al giudice ordinario possa essere esperita anche a termine decadenziale già spirato per l'azione avverso la Pubblica amministrazione. Senza soffermarsi sulla limitazione decadenziale alle sole controversie relative alla lesione di interessi legittimi⁷⁷, occorre rilevare che il riconoscimento

della giurisdizione amministrativa sulla domanda congiunta⁷⁸ consentirebbe invece di estendere il termine anche in favore del pubblico dipendente.

Questo per evidenziare come le criticità che si è tentato di far emergere in ordine alla questione dell'individuazione del giudice dotato di giurisdizione ben potrebbero assumere rilevanza anche con riferimento all'azione di rivalsa dinnanzi al giudice contabile, il quale potrebbe trovarsi a dover affrontare e comporre possibili esiti contrastanti del giudice ordinario ed amministrativo. Ed ecco che al fine di rilevarne maggiormente la possibile incidenza sulla configurabilità e sulla quantificazione del danno erariale indiretto ci si deve spostare al diverso ma connesso problema del regime sostanziale applicabile, che con specifico riferimento al medico pubblico dipendente si caratterizza per un più articolato quadro dei presupposti e delle conseguenze dell'accertamento dell'illecito civile.

A tal proposito non risulta possibile prendere in esame in questa sede l'intricato nodo relativo allo schema entro il quale collocare la responsabilità civile del medico pubblico dipendente. Sulla natura di tale responsabilità si è registrato un notevole dibattito dottrinale e giurisprudenziale, tuttora in corso, che ha portato alla proliferazione di schemi risarcitori differenti, senza essere ancora giunti ad una sistemazione definitiva della questione. Pur non potendo dar conto delle varie tesi⁷⁹ si deve segnalare come con riferimento alla posizione del medico ospedaliero si sia delineato un regime differenziato, soprattutto relativamente all'elemento soggettivo, rispetto alla categoria dei pubblici dipendenti.

La qualificazione extracontrattuale della responsabilità del dipendente verso terzi, nonché l'applicazione del regime particolare in tema di elemento psicologico di cui all'art. 23, d.P.R. n. 3 del 1957 è sostanzialmente pacifica⁸⁰. Segnatamente, l'art. 28 Cost. correttamente inteso richiamerebbe la nozione stessa di ingiustizia del danno extracontrattuale, la cui funzione sarebbe, dunque, quella di affermare la personale e diretta responsabilità civile extracontrattuale per i danni ingiusti arrecati dal dipendente a terzi⁸¹. Ciò troverebbe ulteriore conferma nel richiamo all'ingiustizia del danno⁸² operato dall'art. 23, d.P.R. n. 3 del 1957 che si atteggierebbe a *lex specialis* in quanto il vero valore precettivo della norma risiederebbe nella limitazione della responsabilità al dolo od alla colpa grave⁸³.

La struttura dell'illecito civile del pubblico dipendente delineata dagli articoli del d.P.R., che dallo stesso giudice costituzionale è stata ritenuta inquadrabile nella sfera dell'art. 2043 c.c.⁸⁴, sebbene configurandosi come disciplina speciale rispetto all'illecito aquiliano per la qualifica soggettiva dell'autore del danno, non si ritiene però applicabile al medico pubblico dipendente. Si rinvencono, infatti, nella giurisprudenza della Corte di Cassazione alcune pronunzie che, propugnando la natura contrattuale della responsabilità del medico pubblico dipendente hanno escluso l'applicabilità delle norme del d.P.R. e, valorizzando gli elementi di analogia e di somiglianza con la posizione del professionista privato⁸⁵, hanno ritenuto applicabile in via analogica le *"norme che regolano la responsabilità in tema di prestazione professionale medica in esecuzione di un contratto di opera professionale; e in particolare quella di cui all'art. 2236 c.c., il quale dispone che 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"*⁸⁶. Tale orientamento individuante nella non diligente esecuzione della prestazione sanitaria la genesi della responsabilità contrattuale del medico non è stato ritenuto da autorevole dottrina civilistica in grado di spiegare compiutamente il fondamento della responsabilità *ex contractu* che ne ha invece giustificato tale qualificazione sulla base della teoria dell'obbligazione senza

prestazione⁸⁷. Questa impostazione è stata poi recepita dalla Corte di Cassazione che ha riportato la responsabilità del medico, dipendente della struttura sanitaria, nei confronti del paziente nell'ambito della responsabilità contrattuale di tipo professionale con conseguente applicazione diretta dell'art. 2236 c.c.⁸⁸, senza prendere però specificatamente posizione in ordine alla disciplina del d.P.R. n. 3 del 1957. Anche nell'ambito dell'orientamento giurisprudenziale propenso a riconoscere la natura extracontrattuale alla responsabilità del medico pubblico dipendente e ad applicare analogicamente l'art. 2236 c.c., non si chiarisce il ruolo della disciplina dettata dagli artt. 22 e ss., d.P.R. n. 3 del 1957⁸⁹. Ed infatti, si tratta di un aspetto non sempre affrontato dalla dottrina e dalla giurisprudenza civile la cui attenzione si è principalmente rivolta a decifrare la natura della responsabilità del medico ospedaliero trascurandone i rapporti con gli articoli del d.P.R.

Il problema interpretativo nasce dall'esistenza di diverse disposizioni che sembrerebbero deporre a favore del carattere generale delle norme del d.P.R. che dovrebbero trovare applicazione con riferimento a tutti i pubblici dipendenti⁹⁰ e dunque anche nei confronti dei medici ospedalieri. Specificatamente, l'art. 28, d.P.R. n. 761 del 1979⁹¹ disciplinante lo stato giuridico dei dipendenti delle unità sanitarie locali prevede espressamente che in materia di responsabilità di tale personale debba farsi applicazione del d.P.R. n. 3 del 1957, ma anche il d.lgs. n. 165 del 2001 che, operando la privatizzazione del rapporto di lavoro del personale dipendente delle Amministrazioni pubbliche, all'art. 55, c. 2, ha tenuto ferma la disciplina in materia di responsabilità civile, amministrativa, penale e contabile.

Dinnanzi a tale quadro normativo la dottrina in passato si è divisa. Così, a fronte di chi ha considerato l'art. 28, d.P.R. n. 761 del 1979 una disciplina generale per tutto il personale che però non esclude la vigenza di normative speciali quali quella dettata per i professionisti dall'art. 2236 c.c.⁹², ovvero di chi ha ritenuto la disciplina codicistica della responsabilità professionale dettata dall'art. 2236 c.c. norma speciale rispetto all'art. 28, d.P.R. n. 761 del 1979 applicabile ai soli dipendenti che non svolgano mansioni di natura professionale⁹³, altro Autore in considerazione di questi precisi riferimenti normativi ha ritenuto il d.P.R. n. 3 del 1957 legge speciale regolante compiutamente la materia, escludendo che si possa ancora far ricorso all'art. 2236 c.c.⁹⁴. Secondo questa dottrina a seguito del d.P.R. n. 761 del 1979 si dovrebbe fare esclusivo riferimento alle norme previste per gli impiegati civili dello Stato e per quanto riguarda il medico ospedaliero, questo, ai fini della responsabilità, dovrebbe essere considerato esclusivamente come pubblico dipendente e non più come professionista, pertanto non dovrà essere mai chiamato a rispondere nel caso in cui venga accertata soltanto una colpa lieve neppure nell'ipotesi di prestazione che non implichi la risoluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà⁹⁵.

La giurisprudenza del giudice di legittimità a partire dalla sent. n. 2144 del 1988 ha recepito la prima impostazione escludendo chiaramente l'operatività della disciplina del d.P.R. del 1957 e facendo applicazione dell'art. 2236 c.c. quale conseguenza della natura contrattuale della responsabilità del medico ospedaliero⁹⁶. Sebbene tale orientamento appaia superato con riferimento al profilo del fondamento della responsabilità, ravvisato ora nel contatto sociale come testimoniato dagli interventi più recenti della Corte di Cassazione chiamata ad affrontare i nodi interpretativi conseguenti alla legge Balduzzi⁹⁷, il profilo dei rapporti con gli articoli del d.P.R. nella giurisprudenza di legittimità non è più accennato, né si rinviene un'espressa giustificazione in ordine alla loro inapplicabilità, risultando pertanto dimenticato⁹⁸.

Così, differentemente dall'art. 23, d.P.R. n. 3 del 1957 in base al quale è sempre necessaria la colpa grave, ovvero il dolo, l'applicazione dell'art. 2236 c.c., sia che si affermi la natura contrattuale sia che si propenda per la qualificazione in termini extracontrattuali⁹⁹, comporterà la limitazione del dolo o della colpa grave soltanto ove il medico chiamato a risolvere questioni di particolare complessità cagioni un danno a causa della propria imperizia, rispondendo invece per colpa lieve qualora non si tratti di interventi particolarmente difficili, ovvero anche nel caso di problemi tecnici di speciale difficoltà la limitazione alla colpa grave non sussisterà con riferimento ai danni causati per negligenza od imprudenza¹⁰⁰.

L'alterativa che si prospetta è duplice, cioè a dire o fare applicazione dell'art. 2236 c.c. parificando, a fronte dell'analogia con l'esercizio privato dell'attività medica, il regime tra medico pubblico dipendente e professionista o dipendente privato, sebbene nei confronti di quest'ultimi non operi il meccanismo di solidarietà di cui all'art. 28 Cost., ovvero applicare al medico ospedaliero quale pubblico dipendente la disciplina di cui agli artt. 22 e ss., d.P.R. n. 3 del 1957. Un'alternativa di non facile soluzione se si considera che la Corte costituzionale da un lato ha affermato che "l'art. 28 della Costituzione stabilisce la responsabilità diretta per violazione di diritti tanto dei dipendenti pubblici per gli atti da essi compiuti, quanto dello Stato o degli enti pubblici, rimettendone la disciplina dei presupposti al legislatore ordinario" e che "L'affermazione, in linea di principio, della responsabilità dell'agente dello Stato e degli enti pubblici non esclude la possibilità che, nei confronti dell'agente, siano previste regole particolari e differenziate, rispetto ai principi comuni. Dunque, per i pubblici dipendenti il risarcimento del danno ingiusto può essere oggetto di regole generali ovvero di discipline particolari, relative a determinate categorie (più o meno vaste) di pubblici dipendenti"¹⁰¹. La Consulta con riferimento all'art. 2236 c.c. ha poi chiarito che "*il differente trattamento giuridico riservato al professionista la cui prestazione d'opera implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, e ad ogni altro agente che non si trovi nella stessa situazione, non può dirsi collegato puramente e semplicemente a condizioni (del soggetto) personali o sociali*" avendo una sua adeguata ragione ed essendo comunque contenuto in quanto operante, e in modo restrittivo, in tema di perizia che presenta contenuto e limiti circoscritti¹⁰².

Dall'altro lato il giudice costituzionale ha ritenuto non arbitraria e rispondente ai principi costituzionali la scelta legislativa di circoscrivere l'ascrivibilità della responsabilità amministrativo-contabile a titolo di dolo o colpa grave¹⁰³ in quanto avente "*l'intento di predisporre, nei confronti degli amministratori e dei dipendenti pubblici, un assetto normativo in cui il timore delle responsabilità non esponga all'eventualità di rallentamenti ed inerzie nello svolgimento dell'attività amministrativa*", nonché la "*finalità di determinare quanto del rischio dell'attività debba restare a carico dell'apparato e quanto a carico del dipendente, nella ricerca di un punto di equilibrio tale da rendere, per dipendenti ed amministratori pubblici, la prospettiva della responsabilità ragione di stimolo, e non di disincentivo*"¹⁰⁴; considerazioni che è possibile ritenere estensibili anche all'art. 23, d.P.R. n. 3 del 1957¹⁰⁵.

Ebbene, la scelta in favore dell'art. 2236 c.c. era stata operata dal decreto Balduzzi che all'art. 3, c. 1¹⁰⁶, conteneva un esplicito richiamo a tale norma, salvo poi scomparire nella versione definitiva come modificata in sede di conversione, il cui contenuto è stato sovvertito, dando luogo a una disposizione di stampo sostanzialmente penalistico e dai riflessi sul piano civile poco chiari¹⁰⁷. L'originaria formulazione, benché ove fosse stata confermata avrebbe rappresentato una chiara preferenza normativa in ordine all'elemento soggettivo nella responsabilità civile dell'esercente la professione sanitaria, che in quanto esprime un

manifesto intento legislativo sarebbe assorta a norma speciale che avrebbe escluso l'operatività degli artt. 22 e ss., d.P.R. n. 3 del 1957, testimonia comunque il tentativo del legislatore di recepire un orientamento ormai consolidato in via interpretativa.

Epperò, se in assenza di norme speciali, come precisato dallo stesso giudice costituzionale, devono trovare applicazione le disposizioni del d.P.R. n. 3 del 1957¹⁰⁸ dubbi si possono avanzare in ordine alla scelta della giurisprudenza di fare applicazione dell'art. 2236 c.c., cioè a dire se per la conformità all'art. 28 Cost. sia sufficiente attribuire in via interpretativa carattere speciale all'art. 2236 c.c., ovvero sia necessaria un'espressa presa di posizione del legislatore nell'esercizio della propria discrezionalità in sede di definizione dei presupposti della responsabilità dei medici pubblici dipendenti, come avvenuto in materia di responsabilità per *culpa in vigilando* degli insegnanti statali¹⁰⁹. Si deve ritenere che fin quando non intervenga un'esplicita disposizione in relazione all'elemento soggettivo della responsabilità civile del sanitario non può apparire ragionevole la scelta interpretativa in base alla quale il medico ospedaliero dinnanzi a terzi risponderebbe ai sensi dell'art. 2236 c.c., con possibile estensione della responsabilità alla Pubblica amministrazione ai sensi soltanto dell'art. 28 Cost., dato che si esclude l'operatività degli articoli del d.P.R. n. 3 del 1957, a meno di non valorizzare la clausola di cui all'art. 23 che fa salve le responsabilità più gravi previste dalle leggi vigenti, mentre laddove convenuto dinnanzi al giudice contabile risponderebbe solo per dolo o colpa grave¹¹⁰. Ed infatti, seguendo questa impostazione favorevole all'applicazione dell'art. 2236 c.c. qualora fosse riconosciuta la responsabilità civile del medico pubblico dipendente e la Pubblica amministrazione fosse condannata in solido per la condotta del sanitario, a seguito del risarcimento da questa corrisposto non sarebbe sempre possibile il recupero dinnanzi alla Corte dei conti.

In disparte, rimarrebbe anche da chiarire se un ruolo sulla *vexata quaestio* della natura della responsabilità del medico ospedaliero potrebbe avere il riferimento all'ingiustizia del danno contenuto agli artt. 22 e ss., d.P.R. n. 3 del 1957 da cui se ne fa discendere la qualificazione in termini extracontrattuali della responsabilità verso terzi del pubblico dipendente.

Quel che emerge, dunque, è un quadro normativo complesso, poco coerente rispetto al quale appare lecito dubitare che tale assetto sia in grado di assicurare il rispetto dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza. L'importanza è evidente sol che si pensi che qualora si sposi un determinato modello di responsabilità sussistono significative differenze, ad esempio sul piano dell'onere della prova e della prescrizione.

Quale che sia la soluzione sulla natura della responsabilità, sul criterio di imputazione soggettiva, nonché in punto di giurisdizione in ossequio all'art. 28 Cost. la riconosciuta responsabilità civile del pubblico dipendente e dunque anche del medico ospedaliero, nei limiti dell'occasionalità necessaria, si estenderà anche allo Stato. Segnatamente, le incertezze che animano la giurisprudenza ordinaria in ordine alla natura della responsabilità medica non possono non riverberarsi sulla responsabilità amministrativo-contabile, cioè l'eventuale condanna della Pubblica amministrazione a fronte della responsabilità del sanitario anche per colpa lieve ove l'intervento non abbia riguardato problemi tecnici di speciale difficoltà impedirebbe il recupero in sede contabile ove è richiesta la colpa grave, con conseguente e inevitabile accollo alla collettività.

Questo è lo scenario rispetto al quale il giudice contabile spesso è costretto a districarsi e questi sono gli interrogativi che dovrebbe risolvere dinnanzi a una richiesta di ristoro per danno erariale indiretto. Ciò per evidenziare, dunque, il difficile compito ad esso demandato. La Corte dei conti allora dovrà prestare sempre più attenzione alle pronunzie provenienti da altre

giurisdizioni potendo arrivare a conclusioni diverse rispetto a quelle a cui è giunto il giudice ordinario od amministrativo. In questo articolato contesto non dovrebbe, dunque, stupire che il giudice contabile faccia frequente ricorso all'esercizio del potere riduttivo¹¹¹. Considerazioni a parte merita poi l'attività professionale *intramoenia* svolta dal medico ospedaliero in forza di un contratto stipulato con il paziente¹¹²; in tal caso la questione si arricchisce di ulteriori elementi di complessità. Sebbene risulti incontestabile la natura contrattuale di una eventuale responsabilità e l'operatività dell'art. 2236 c.c.¹¹³ dovrà però chiarirsi se il medico debba considerarsi per tali ipotesi come un professionista privato a tutti gli effetti, ovvero si dovrà chiarire come si concilino i rapporti con l'art. 28, d.P.R. n. 761 del 1979 e gli articoli del d.P.R. n. 3 del 1957 da esso richiamati, nonché si dovrà tenere conto del tipo di rapporti intercorrenti tra paziente e struttura sanitaria in relazione all'attività *intramoenia*¹¹⁴. Dalla soluzione di queste questioni, come anche del dubbio interpretativo in ordine alla sussistenza di un obbligo assicurativo per chi eserciti attività libero professionale *intramoenia*¹¹⁵, dipenderà, infatti, a fronte di una condotta dannosa del medico nei confronti del paziente la possibilità di configurare una responsabilità solidale e diretta, ovvero *ex art. 2049 c.c.*, della struttura sanitaria con conseguente incidenza sul possibile profilarsi di una responsabilità amministrativo-contabile del medico per danno erariale indiretto.

5. La responsabilità amministrativo-contabile del medico pubblico dipendente.

Delineato l'*humus* nel quale può formarsi il danno erariale indiretto è possibile spostare l'attenzione sul giudizio di rivalsa dinnanzi alla Corte dei conti. Dato che il presupposto oggettivo della giurisdizione contabile, ovvero il pagamento dell'importo risarcitorio, normalmente consegue a pronunzie di condanna provenienti da altre giurisdizioni emesse nei confronti della Pubblica amministrazione, piuttosto che da accordi transattivi tra questa e i terzi danneggiati dal dipendente, occorre brevemente precisare il ruolo di tali sentenze nel giudizio contabile.

È pacifico in dottrina e in giurisprudenza che le sentenze del giudice civile e del giudice amministrativo di condanna della Pubblica amministrazione non hanno efficacia vincolante né preclusiva nel successivo giudizio contabile finalizzato ad accertare la responsabilità amministrativo-contabile del dipendente¹¹⁶. Dinnanzi alla Corte dei conti si procederà ad un'autonoma valutazione dell'esito delle altre giurisdizioni, dovendo la condotta del dipendente essere valutata in base a diversi criteri, utilizzando gli elementi e i mezzi di prova acquisiti negli altri giudizi come indizi idonei a contribuire a formare il libero convincimento del giudice¹¹⁷, cosicché il processo contabile non si aggiungerà né integrerà i precedenti ma si sostituirà in *toto*¹¹⁸.

L'autonomia e l'indipendenza del giudizio contabile subisce un'eccezione con riferimento all'efficacia di alcune sentenze penali. Ed infatti, un consolidato orientamento della giurisprudenza contabile ritiene applicabili al rispettivo processo gli artt. 651 e 652 c.p.p. Ai sensi dell'art. 651 c.p.p. la sentenza penale irrevocabile di condanna pronunciata a seguito sia di dibattimento, che di giudizio abbreviato¹¹⁹, ha efficacia di giudicato, "*quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso,*

nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni e il risarcimento del danno promosso nei confronti del condannato e del responsabile civile che sia stato citato ovvero sia intervenuto nel processo penale". L'efficacia vincolante del giudicato penale attiene alla sussistenza del fatto-reato nella sua dimensione fenomenica, cioè a dire è limitata ai fatti, comprensivi della condotta, dell'evento e del nesso di causalità materiale, assunti a presupposto logico-giuridico della pronuncia penale, restando preclusa al giudice contabile ogni statuizione che possa collidere con le risultanze di tale pronunciamento¹²⁰. Superato un indirizzo contrario meno recente, anche l'art. 652 c.p.p.¹²¹ è ritenuto pacificamente applicabile al giudizio contabile, sebbene debba escludersi qualsiasi automatismo tra formula assolutoria adottata del giudice penale ed efficacia extrapenale del giudicato, dovendo il giudice contabile effettuare una valutazione caso per caso che tenga conto dell'effettivo accertamento contenuto nella sentenza di assoluzione; il fatto-reato potrebbe, infatti, non coincidere con il fatto illecito erariale¹²² ove sia comunque ravvisabile una violazione di doveri di servizio idonea a condurre a un'autonoma responsabilità amministrativo-contabile¹²³.

Il codice di procedura penale, invece, non opera alcun riferimento agli effetti extrapenali delle sentenze di proscioglimento per amnistia, per prescrizione o per altra causa di estinzione del reato. A tale lacuna ha sopperito l'opera chiarificatrice delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che, affermando fermamente il principio della parità e originarietà dei diversi ordini giurisdizionali e della sostanziale autonomia e separazione dei giudizi, ha riconosciuto carattere eccezionale agli artt. 651, 652, 653 e 654 c.p.p.¹²⁴. Così, secondo il giudice di legittimità, dovendo tali disposizioni essere assoggettate a un'interpretazione rigida e restrittiva, non essendo quindi suscettibili di applicazione analogica, alle sentenze, pur irrevocabili, di non doversi procedere perché il reato è estinto per prescrizione o per amnistia non va riconosciuta alcuna efficacia extrapenale, benché, per giungere a tale conclusione, il giudice abbia accertato e valutato il fatto nella sua materialità; in quest'ultimo caso, il giudice civile, pur tenendo conto degli elementi di prova acquisiti in sede penale, deve interamente e autonomamente valutare il fatto in contestazione. Potendo estendere tale principio di diritto anche con riferimento alla giurisdizione contabile¹²⁵, dinnanzi a pronunzie di tal tenore spetterà, dunque, al giudice contabile decidere se vi siano o meno i presupposti per l'applicazione della regola di responsabilità amministrativo-contabile.

Ed è proprio una sentenza che, sebbene abbia confermato la condanna ai soli effetti civili, ha dichiarato estinto il reato per prescrizione quella che è venuta all'attenzione della Sezione giurisdizionale Lombardia. La pronuncia del giudice di legittimità allo scopo di poter statuire sugli interessi civili non ha però potuto prescindere dal quadro valutativo penale, escludendo che dallo stesso si sarebbe potuto trarre un ragionevole convincimento in ordine all'evidente innocenza degli imputati, non sussistendo una verità processuale chiara, palese ed oggettiva, ovvero circostanze emergenti in modo assolutamente incontestabile dagli atti idonee ad escludere l'esistenza del fatto, la commissione del medesimo da parte degli imputati e la loro rilevanza penale¹²⁶. Il giudice contabile con la pronuncia in commento ha operato conformemente al principio di diritto espresso dalla Corte di Cassazione in tema di efficacia extrapenale del giudicato, procedendo a un'autonoma valutazione degli esiti della vicenda penale al fine di verificare la sussistenza degli elementi costitutivi della responsabilità amministrativo-contabile dei tre sanitari convenuti.

Così, a fronte di un'accurata analisi del materiale probatorio proveniente dal giudizio penale e degli ulteriori elementi forniti dalla procura contabile, la Corte dei conti ha ravvisato la

sussistenza del nesso di causalità tra condotta dei medici e dell'ostetrica ed evento lesivo, nonché la loro colpa grave.

Con specifico riferimento al nesso causale, la Sezione giurisdizionale Lombardia avvalendosi dell'ausilio di cognizioni tecniche offerto dalla consulenza tecnica d'ufficio disposta in sede penale ha ritenuto che le lesioni subite dal neonato fossero la conseguenza diretta ed immediata della condotta dei convenuti. Ed infatti, anche il giudice contabile è addivenuto alla stessa conclusione cui era pervenuto il giudice penale, ritenendo che la complicità, tradottasi nella distocia della spalla del neonato occorsa durante il travaglio di parto, fosse stata trattata, in maniera non corretta dai sanitari presenti in sala parto. Segnatamente, la sussistenza del nesso causale ha trovato conforto nel fatto che la non dovuta e lesiva attività di trazione e l'aver ommesso le manovre di disimpegno previste in casi consimili, che laddove fossero state tenute secondo il principio di contrafattualità l'evento non si sarebbe verificato, sono stati ritenuti fondati su idonei riscontri materiali, ragionevoli argomenti tecnici ed approdi pacifici della letteratura medica, nonché nell'assenza di decorsi causali alternativi (malformazioni dell'utero o infezioni). Così, la riconduzione causale alla condotta dei sanitari dell'evento lesivo è stata ritenuta evidente ed inconfutabile in quanto suffragata dagli approdi medico-legali della consulenza tecnica d'ufficio, configurandosi quale conseguenza necessaria sia ove si fosse fatta applicazione del parametro probatorio civilistico del "più probabile che non" sia ove si fosse seguito il criterio penalistico "dell'oltre ogni ragionevole dubbio".

Il richiamo operato dal giudice contabile alle diverse regole probatorie proprie del processo civile e penale¹²⁷ dimostra come lo stesso si sia adoperato con attenzione nella ricostruzione del nesso causale, preoccupandosi di giungere a una corretta declaratoria in ordine alla responsabilità dei convenuti. Non potendo non riconoscere lo scrupolo e la correttezza della decisione sotto il profilo del nesso eziologico risultano però opportuni alcuni ulteriori chiarimenti.

In caso di danno erariale indiretto occorre distinguere tra nesso di causalità che deve intercorrere tra il danno patito dalla Pubblica amministrazione e la condotta del dipendente pubblico e quello che deve intercorrere tra quest'ultima e i danni subiti dal terzo; entrambi dovranno sussistere ai fini del riconoscimento di una responsabilità amministrativo-contabile¹²⁸. Se il primo appare facilmente dimostrabile a fronte del detrimento patrimoniale subito dalla Pubblica amministrazione per essere stata costretta, in forza di una sentenza di condanna del giudice ordinario o del giudice amministrativo, a risarcire un terzo per i danni a questi arrecati da un proprio dipendente, il secondo collegamento causale attiene all'illecito civile che, sebbene abbia già formato oggetto di valutazione in altra sede giurisdizionale, ferma la disciplina di cui agli artt. 651 e ss., c.p.p., dovrà essere nuovamente e liberamente valutato dal giudice contabile¹²⁹. Dinanzi alla Corte dei conti stante la prevalente finalità di recuperare l'importo risarcito dalla Pubblica amministrazione appare più opportuno che tale ultima valutazione sia condotta avvalendosi di logiche di tipo probabilistico.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno, infatti, chiarito che, sebbene non sia possibile costruire un'autonoma teoria della causalità nell'illecito civile, benché sussistano delle differenze rispetto all'illecito penale, *"ciò che muta sostanzialmente tra il processo penale e quello civile è la regola probatoria, in quanto nel primo vige la regola della prova "oltre il ragionevole dubbio" (cfr. Cass. Pen. S.U. 11 settembre 2002, n. 30328, Franzese), mentre nel secondo vige la regola della preponderanza dell'evidenza o "del più probabile che non", stante la diversità dei valori in gioco nel processo penale tra accusa e difesa, e l'equivalenza di quelli in gioco nel processo civile tra le due parti contendenti(...)"*¹³⁰. L'insegnamento espresso dal giudice della nomofilachia e

specificatamente la regola probatoria “del più probabile che non” ai fini dell’accertamento del nesso causale deve ritenersi applicabile anche ai giudizi dinnanzi alla Corte dei conti¹³¹ ove non si pone il doveroso rispetto delle garanzie costituzionali dell'imputato, ovvero dell'accertamento della colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio, bensì l'esigenza di garantire la tutela della sana e corretta gestione delle risorse pubbliche e dunque l'obiettivo di recuperare il danno erariale patito dalla Pubblica amministrazione.

Per quanto attiene all'ulteriore elemento strutturale dell'illecito amministrativo-contabile, cioè a dire l'elemento soggettivo, il giudice contabile lombardo ha attestato la sussistenza della colpa grave in capo ai convenuti sul presupposto che una condotta appropriata conforme alle manovre codificate in casi consimili avrebbe avuto apprezzabili e significative probabilità di scongiurare il danno. Specificatamente, la gravità della colpa è stata ravvisata nella esigibilità nel caso concreto di una condotta alternativa coerente con le manovre codificate dalla scienza medica, ovvero di manovre atte a facilitare il disimpegno a fronte di un'evenienza di distocia della spalla, che specialisti in ostetricia sono tenuti doverosamente a conoscere. Diversamente, è stato riconosciuto che i tre sanitari hanno posto in essere la condotta più istintiva ma più dannosa, cioè a dire l'attività di trazione quale atto terminale per evitare la morte del feto senza che nel caso concreto vi fosse stato tale momento critico¹³².

L'approccio assunto dal giudice contabile in sede di valutazione dell'elemento soggettivo dei sanitari risulta coerente con quanto propugnato in dottrina e nella giurisprudenza contabile¹³³, ovvero con la necessità di valutare la condotta dei medici in relazione all'obbligo di una più accurata diligenza, che tenga conto delle caratteristiche della specifica attività esercitata e della delicatezza delle funzioni svolte a tutela del bene primario della salute¹³⁴. In particolare, la Sezione giurisdizionale Lombardia nel riconoscere la colpa grave dei convenuti non ha fatto discendere automaticamente la sussistenza dello stato soggettivo minimo per l'integrazione della responsabilità amministrativo-contabile dall'esistenza di manovre codificate dalla scienza medica previste in casi consimili a quello rispetto al quale si sono trovati a operare i soggetti convenuti, ma ha altresì verificato che il materiale probatorio fosse idoneo a dimostrare che nel caso concreto in considerazione delle circostanze e delle attività esercitate tali manovre fossero esigibili, nonché a comprovare che non vi fossero i presupposti richiesti per ricorrere all'attività di trazione, che la scienza medica consente solo ove risulti inevitabile per scongiurare l'imminente pericolo di vita del nascituro.

Ciò si pone in sintonia con quanto recentemente affermato dalla Sezione Emilia-Romagna che, nell'offrire un'interpretazione in ordine all'incidenza della legge Balduzzi sulla responsabilità amministrativo-contabile dell'esercente la professione sanitaria, ha chiarito come *“nel caso della responsabilità amministrativa per danno sanitario va dimostrata la colpa grave del convenuto nel caso specifico, e pertanto vanno indicati gli elementi di prova in base ai quali, sul caso concreto, l'accusa ritiene che vi sia stata violazione delle buone pratiche mediche. Non appare, dunque, corretto ritenere che l'esistenza di particolari linee guida che si pongono, in astratto, in contrasto con la condotta del medico nel fatto che ha determinato una lesione al paziente sia di per sé sufficiente a dimostrare che la condotta del sanitario è stata sicuramente connotata da colpa grave”*¹³⁵. La Sezione giurisdizionale Emilia-Romagna ha poi ulteriormente specificato che *“ai fini della valutazione del nesso causale tra la condotta dei sanitari e il danno indiretto per malpractice medica, non è sufficiente contestare una condotta difforme dalle linee guida prodotte in giudizio dalla parte pubblica (nel caso in cui si dimostri che le stesse sono accreditate presso la comunità scientifica), ma spetta al Pubblico Ministero la dimostrazione positiva che le scelte diagnostiche e chirurgiche operate nel caso concreto si sono poste quale causa efficiente diretta del disagio arrecato al paziente, o ai*

pazienti, che ha portato alla richiesta di risarcimento del danno liquidato dalla struttura aziendale pubblica". Tale ultima sentenza si segnala, altresì, per aver evidenziato che "il concetto di colpa grave si differenzia tra l'ambito penalistico (dove per l'esimente in parola viene in rilievo la sola imperizia, non estendendosi anche ad errori diagnostici per negligenza o imprudenza; Cass. Pen. 27.04.2015, n. 26996) e l'ambito giuscontabile (dove la colpa grave del medico sussiste per errori non scusabili per la loro grossolanità o l'assenza delle cognizioni fondamentali attinenti alla professione o il difetto di un minimo di perizia tecnica e ogni altra imprudenza che dimostri superficialità; Sez. III App., n. 601/2004), con ciò introducendo una valutazione ad ampio spettro dell'elemento soggettivo nella responsabilità medica sul piano erariale".

Le conclusioni a cui sono pervenute rispettivamente la sentenza in commento e la pronuncia del giudice contabile emiliano consentono di effettuare alcune ulteriori riflessioni. Innanzitutto, merita di essere condiviso l'approccio critico assunto dal giudice contabile dinnanzi allo scenario del sapere scientifico conformemente a quanto predicato dal giudice penale in ordine al controverso rilievo delle linee guida¹³⁶. Ed infatti, le Sezioni penali della Corte di Cassazione hanno costantemente affermato che le linee guida contengono indicazioni generali riferibili al caso astratto e che il medico è sempre tenuto ad esercitare le proprie scelte alla luce delle circostanze peculiari che caratterizzano il caso concreto e la specifica situazione del paziente, al di là delle regole previste nei protocolli medici che costituiscono dunque solo un atto di indirizzo e non un salvacondotto per il medico¹³⁷. Segnatamente, secondo il giudice di legittimità le linee guida, sebbene rappresentino un parametro importante nell'accertamento della colpa, purché siano accreditate nella comunità scientifica¹³⁸, non eliminano la discrezionalità del giudice che resta libero di valutare se le circostanze concrete esigano una condotta diversa da quella prescritta dalle stesse linee guida, ovvero qualora il medico non rispetti le linee guida il giudice dovrà comunque accertare, anche con l'ausilio di consulenza preordinata a verificare eventuali peculiarità del caso concreto, se tale inosservanza "sia stata determinante nella causazione dell'evento lesivo o se questo, tenuto conto della complessiva condizione del paziente, era comunque in ogni caso inevitabile e, come tale rientrante nel caso fortuito"¹³⁹. Specularmente, il medico dovendo sempre anteporre la salute del paziente a qualsiasi altra diversa esigenza ben potrebbe discostarsi dalle stesse linee guida che siano in contrasto con le esigenze di cura del paziente¹⁴⁰, dato che non costituendo uno strumento di preconstituita, ontologica affidabilità devono in concreto essere applicate senza automatismi, ma rapportandole alle peculiari specificità di ciascun caso clinico; pertanto si potrà parlare di colpa grave del medico ove lo stesso non adegui le direttive al caso specifico, purché vi sia una deviazione ragguardevole rispetto all'agire appropriato scolpito nelle linee guida stesse, ovvero non le disattenda quando le peculiarità del caso concreto lo richiedano¹⁴¹.

Si tratta di considerazioni che ben possono trovare ingresso in sede di accertamento della responsabilità amministrativo-contabile del medico pubblico dipendente ove convenuto davanti alla Corte dei conti. Del resto, dinnanzi alla codificazione del sapere scientifico e tecnologico soprattutto in un campo, come quello dell'attività medica, come rilevato da autorevole dottrina costituzionalistica, non pochi elementi di criticità, infatti, si annidano nella titolarità delle competenze alla traduzione delle "norme tecniche" in "regole tecniche" e, quindi, in disciplina giuridicamente obbligatoria del dato tecnico-scientifico e che poi anche quando la norma tecnica è divenuta giuridicamente prescrittiva, poiché nella prassi giudiziaria tende a smarrire le originarie connotazioni di validità generale o di probabilità statistica proprie della razionalità scientifica, risultando "contaminata" dalle circostanze di fatto e di diritto, è proprio alla luce di

tali circostanze che si deve, pertanto, valutare la condotta che alla norma tecnica deve essere di volta in volta relazionata, con esclusione di qualsiasi forma di automatismo; non apparendo soddisfacente la conclusione che la tecnica sia un dato - una specie di "nuovo sovrano" - sul quale il giurista non abbia più nulla da dire¹⁴².

Un'altra constatazione attiene al fatto che il giudice contabile dinnanzi a un'azione di responsabilità per danno erariale indiretto, sempre nel rispetto della disciplina dettata dal codice di procedura penale in ordine all'efficacia extrapenale del giudicato, dovrà procedere a un'autonoma valutazione degli esiti delle altre giurisdizioni al fine della relativa declaratoria di responsabilità. Il giudice contabile dovrà, dunque, parimenti adottare un approccio critico nei confronti delle pronunzie provenienti dal giudice ordinario od amministrativo, evitando di farsi influenzare.

Ciò soprattutto con riferimento all'elemento soggettivo del medico pubblico dipendente, cioè a dire ai fini dell'integrazione dell'illecito amministrativo-contabile, per quanto si debba tener conto dell'attività esercitata, della più accurata diligenza richiesta, delle eventuali specializzazioni del medico, della complessità dell'intervento, delle circostanze del caso concreto, tale elemento psicologico dovrà pur sempre assumere i connotati della colpa grave, oltreché del dolo. Così, atteso l'orientamento invalso nella giurisprudenza ordinaria inteso ad escludere l'applicabilità degli artt. 22 e ss., d.P.R. n. 3 del 1957, non dovrà stupire che il giudice contabile possa addivenire a conclusioni differenti in ordine alla responsabilità del medico pubblico dipendente, con la conseguenza che laddove la Pubblica amministrazione abbia provveduto al pagamento dell'importo risarcitorio dovuto al terzo danneggiato dal medico non sarà possibile il relativo recupero in sede di rivalsa dinnanzi alla Corte dei conti.

Anche tralasciando il problema relativo alla disciplina applicabile con riferimento all'elemento soggettivo nell'illecito civile del medico pubblico dipendente, in generale, comunque, laddove il giudice ordinario od amministrativo siano chiamati a pronunciarsi nei confronti della Pubblica amministrazione in ossequio all'art. 28 Cost. a fronte di un illecito civile di un proprio dipendente dovranno accuratamente vagliare la condotta del pubblico dipendente prima di concludere per una condanna al risarcimento del danno. Si tratta, infatti, di una valutazione che non può trascurarsi in quanto da essa dipenderà la possibile refusione da parte del pubblico dipendente convenuto dinnanzi al giudice contabile. Si pensi all'ipotesi di illecito civile commesso dal pubblico dipendente al di fuori di compiti legati da occasionalità necessaria con compiti istituzionali, qualora tale aspetto fosse tralasciato da parte del giudice ordinario od amministrativo e che dunque comunque procedano ad emettere una condanna risarcitoria nei confronti della Pubblica amministrazione, non potendo il giudice contabile riconoscere la sussistenza di una responsabilità del pubblico dipendente tale somma finirà per ricadere in capo alla collettività; fatto salvo in ogni caso che non si riconosca un'autonoma responsabilità della Pubblica amministrazione, ad esempio in conseguenza della disorganizzazione della propria struttura organizzativa¹⁴³, di per sé tendenzialmente escludente la possibilità di rivalsa nei confronti del dipendente¹⁴⁴. Tale evenienza appare di non poco momento se si considera che il dipendente pubblico ove poi assolto dal giudice contabile ha diritto di chiedere all'Amministrazione di appartenenza il rimborso delle spese legali sostenute nel giudizio di responsabilità¹⁴⁵, con la conseguenza che in tali ipotesi la Pubblica amministrazione, condannata per un fatto del dipendente per cui non avrebbe dovuto rispondere, non soltanto non potrà ottenere la refusione in sede contabile ma dovrà altresì rispondere delle spese legali del dipendente prosciolto, con conseguente ulteriore aggravio per la collettività.

6. Strumenti assicurativi in ambito sanitario e danno erariale indiretto.

La Sezione giurisdizionale Lombardia, riconosciuta la sussistenza degli elementi costitutivi della responsabilità amministrativo-contabile dei tre sanitari, ha dovuto procedere alla quantificazione del danno erariale al fine di una sua corretta ripartizione tra i convenuti, atteso che, diversamente da quanto prospettato dal pubblico ministero, il giudice contabile ha escluso una loro corresponsabilità solidale stante l'assenza di dolo. Si è trattato di un'operazione non semplice a fronte dell'interferenza con i complessi meccanismi assicurativi operanti all'interno delle strutture sanitarie pubbliche. Un problema di non facile risoluzione se si considera il composito e variegato panorama assicurativo nella responsabilità civile medica, su cui appare opportuno brevemente soffermarsi al fine di meglio comprendere la decisione assunta dal giudice contabile in punto di quantificazione del danno erariale.

La materia dell'assicurazione in ambito sanitario è stata recentemente interessata da diversi interventi normativi. Alla legge sull'assicurazione professionale obbligatoria, che ha introdotto per i professionisti, inclusi quelli della sanità, l'obbligo di dotarsi di un'assicurazione a tutela del cliente¹⁴⁶, ha fatto seguito la legge Balduzzi contenente alcune norme attinenti al problema assicurativo che, tradendo un'impostazione dettata da una matrice di chiara derivazione assicurativa¹⁴⁷, hanno posto molteplici problemi interpretativi, dando luogo a un quadro non sufficientemente coerente¹⁴⁸. Segnatamente, la legge Balduzzi, sebbene si ponga in continuità con la legge sull'assicurazione professionale obbligatoria laddove sottolinea che i destinatari dell'obbligo assicurativo siano gli esercenti la professione sanitaria, non chiarisce però se tra essi debba intendersi i soli liberi professionisti o anche coloro che operano alle dipendenze di una struttura, né prevede un corrispondente obbligo per le compagnie d'assicurazione, mancando la relativa bilateralità¹⁴⁹. Tra le ulteriori novità apportate da tale intervento legislativo vanno poi ricordate la fissazione di alcuni principi cardine in tema di contratto di assicurazione, come l'introduzione delle polizze *bonus-malus* che consentono a ciascun professionista di essere valutato in base alla propria storia e non indiscriminatamente a quella di tutti i suoi colleghi, l'estensione al settore sanitario dell'applicazione delle tabelle per il risarcimento del danno biologico di cui agli artt. 138 e 139 del Codice delle Assicurazioni Private¹⁵⁰ e la creazione di un Fondo di cui vengono specificate le sole modalità di finanziamento¹⁵¹.

Con riferimento a tale Fondo risulta, infatti, dubbia la natura, non essendo chiaro se si tratti di un fondo di garanzia, costituito per risarcire i danni non coperti dalle ordinarie polizze di responsabilità, ovvero un fondo inteso come ente pagatore per quelle polizze non accessibili a prezzi sostenibili per i singoli professionisti, sebbene quest'ultima lettura appaia comunque più coerente con la previsione dell'obbligo assicurativo in capo ai professionisti¹⁵². Tra gli aspetti trascurati dalla legge Balduzzi si segnalano invece la mancanza di un'azione diretta per il paziente contro l'assicurazione del danneggiante, dell'opponibilità delle limitazioni contrattuali al danneggiato¹⁵³, ma soprattutto l'assenza di un obbligo assicurativo in capo alla struttura sanitaria, aspetto negletto nella riforma Balduzzi maggiormente attenta sulla responsabilità e sull'assicurazione del singolo professionista¹⁵⁴.

A tale scollamento, che rischiava di rendere inutili le previsioni relative alla garanzia assicurativa

per la responsabilità del singolo professionista in caso di responsabilità della struttura sanitaria laddove quest'ultima fosse risultata priva di copertura assicurativa¹⁵⁵, ha posto rimedio l'art. 27, d.l. n. 90 del 2014¹⁵⁶ il quale, in un'ottica maggiormente attenta alla protezione dei pazienti, piuttosto che al soggetto che si assicura¹⁵⁷, al comma 1-bis dispone che *"a ciascuna azienda del Servizio sanitario nazionale (SSN), a ciascuna struttura o ente privato operante in regime autonomo o accreditato con il SSN e a ciascuna struttura o ente che, a qualunque titolo, renda prestazioni sanitarie a favore di terzi è fatto obbligo di dotarsi di copertura assicurativa o di altre analoghe misure per la responsabilità civile verso terzi (RCT) e per la responsabilità civile verso prestatori d'opera (RCO), a tutela dei pazienti e del personale. Dall'attuazione del presente comma non devono derivare nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica"*. Invero, sebbene in dottrina si sia rilevato come un obbligo delle aziende sanitarie di garantire ai dipendenti una copertura assicurativa per responsabilità civile fosse già rinvenibile nella contrattazione collettiva¹⁵⁸, il nuovo art. 27, d.l. n. 90 del 2014 nel sancire espressamente tale obbligo, tuttavia, attribuisce alle strutture sanitarie la facoltà di estinguerlo anche tramite una prestazione alternativa a carattere generico, ovvero approntando strumenti in grado di garantire una situazione equivalente a quella offerta dall'assicuratore¹⁵⁹.

Dinnanzi a tale quadro normativo e a fronte della difficoltà di reperire una copertura assicurativa, stante l'allontanamento delle compagnie assicuratrici nazionali dall'assicurazione della sanità pubblica a causa dell'aumento nei costi di risarcimento ed alla difficoltà a stimare i rischi, oggi, salvo i pochi casi di aziende sanitarie totalmente assicurate presso compagnie assicuratrici nelle forme tradizionali, la maggior parte di esse hanno provveduto o stanno provvedendo a razionalizzare il trasferimento assicurativo, rinunciando o riducendo ad indire nuove gare per la copertura assicurativa nella prospettiva del passaggio dalla gestione assicurativa all'autoassicurazione o al sistema misto¹⁶⁰.

Così, vi sono strutture sanitarie che decidono di provvedere a gestire il rischio sanitario in proprio, ricorrendo alla c.d. *autoassicurazione*, quale fattore ritenuto in grado di assicurare una più solerte risoluzione delle vertenze tra pazienti e servizio sanitario, un risparmio di spesa alla Pubblica amministrazione, nonché una maggiore serenità ai sanitari; l'obiettivo di riduzione della non trascurabile voce di costo è perseguito dalle Amministrazioni sanitarie attraverso l'esclusione dell'impiego dell'assicurazione, ovvero limitandone sensibilmente il ricorso con la conclusione di polizze assicurative a copertura dei rischi più gravi, onde porsi al riparo dai c.d. "sinistri catastrofali"¹⁶¹. In tale ultima ipotesi si ha la c.d. *autoassicurazione parziale* normalmente attuata mediante clausole come quelle di *franchigia aggregata*¹⁶². Ed infatti, la previsione di franchigie è una prassi abituale in ambito assicurativo che ha assunto proporzioni notevoli nell'ambito delle polizze di responsabilità civile medica poiché, consentendo all'assicuratore ed all'assicurato di giungere a un accordo economico che mantenga in equilibrio tecnico il rischio, permettono di responsabilizzare l'assicurato in quanto lo rendono partecipe, sebbene in quota minoritaria, delle conseguenze economiche derivanti da una propria condotta illecita e sollevano l'assicuratore dalla cura di alcuni sinistri, ovvero i sinistri inferiori alla soglia di franchigia sono gestiti in sostanziale autonomia dall'assicurato, con le relative problematiche operative e gestionali che però tale schema può comportare¹⁶³.

Si rinvengono poi diverse tipologie di franchigia. Innanzitutto, è possibile distinguere tra franchigia assoluta e franchigia relativa per danno, ove rispettivamente per ogni danno è sottratta una somma che rimane a carico dell'assicurato, ovvero è fissata una somma sotto la quale il danno resta a carico dell'assicurato, mentre qualora superiore è sostenuta

integralmente dall'assicuratore¹⁶⁴. Una formula che trova frequente applicazione nell'ambito della responsabilità civile sanitaria è però quella della franchigia aggregata annua, in virtù della quale è fissata una somma globale per tutti i sinistri di ciascun esercizio che rimane a carico dell'assicurato¹⁶⁵, con la conseguenza che la compagnia di assicurazione interverrà con il proprio patrimonio solo ed esclusivamente quando l'importo dei risarcimenti corrisposti superi tale somma, superato il quale il risarcimento sarà integrale¹⁶⁶.

L'equiparazione di altre garanzie finanziarie all'assicurazione prevista dall'art. 27, d.l. n. 90 del 2014 crea, dunque, le basi per un quadro eterogeneo nell'ambito delle scelte assicurative delle strutture sanitarie. Epperò, tali scelte, come attentamente rilevato in dottrina, non potranno essere sottratte a una verifica di correttezza, dovendosi verificare la loro compatibilità con i doveri organizzativi che incombono sulla Pubblica amministrazione, con l'esigenza di efficienza in una prospettiva erariale, con il principio di buona amministrazione, nonché con le indicazioni dell'Unione Europea con riferimento ai diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera¹⁶⁷. Segnatamente, considerato che il legislatore non ha comunque dato "carta bianca" alle aziende sanitarie¹⁶⁸, le analoghe misure per la responsabilità civile da *malpractice*, sebbene non incontrino i limiti dell'assicurazione r.c.a.¹⁶⁹, devono ragionevolmente assicurare la soddisfazione del duplice bisogno di medico e paziente e ciò, ove si ricorra all'autoassicurazione, può realizzarsi attraverso l'esistenza di prescrizioni che impongano l'accantonamento di somme adeguate a far fronte alle domande risarcitorie conseguenti ai sinistri ed insensibili alle richieste di terzi che vantino crediti per altre ragioni nei confronti della struttura sanitaria; diversamente la mancanza di appropriatezza e adeguatezza delle scelte assicurative che risultino, pertanto, inadeguate ad assicurare una pronta tutela dei pazienti e dei dipendenti potrà comportare una responsabilità amministrativo-contabile dei direttori generali¹⁷⁰ delle aziende sanitarie¹⁷¹.

I temi assicurativi in campo sanitario¹⁷² involgono ulteriori problematiche atteso che i relativi recenti interventi normativi si collocano nella prospettiva del contenimento della spesa pubblica sanitaria e dato che la relativa gestione assicurativa diventa un passaggio cruciale in quanto incidente sulla stabilizzazione dei bilanci regionali¹⁷³. Così, le scelte assicurative in ambito sanitario, sia che si propenda per l'autoassicurazione totale, ovvero per un sistema misto, e salvo in quest'ultimo caso la necessità di ricorrere a procedure ad evidenza pubblica per l'approvvigionamento dei servizi assicurativi sia assuntivi sia consuntivi¹⁷⁴, non potranno sfuggire al vaglio della Corte dei conti in sede di controllo sulla spesa regionale, ove la spesa sanitaria rappresenta un'ingente voce di costo dei bilanci regionali¹⁷⁵.

A ciò devono aggiungersi le specifiche questioni attinenti ai contratti assicurativi in campo medico, cioè la cumulabilità per il danneggiato di risarcimento ed indennità assicurativa, ove lo stesso sia a sua volta assicurato contro gli infortuni¹⁷⁶, i diversi schemi contrattuali, nonché le relative molteplici clausole in essi inserite, come il patto di gestione della lite¹⁷⁷, ovvero le frequenti *sunset clauses* e le clausole *claims made* con i connessi problemi di validità¹⁷⁸.

Altro problema attiene poi al rischio, che nei contratti di assicurazione, come dimostrato dalla disciplina contenuta dal codice civile, ha un ruolo preminente in quanto, incidendo sulla sorte del contratto, ne condiziona sia la nascita che la cessazione¹⁷⁹ e che, nel caso di polizze assicurative in ambito sanitario assume una connotazione particolare. Ed infatti, il danno da *malpractice* medica si presenta ormai come endemico, rendendo certo da un punto di vista economico l'esborso per far fronte al risarcimento, sebbene risulti incerto il suo preciso

ammontare e dunque l'effettivo impoverimento patrimoniale, per fronteggiare il quale spesso si ricorre proprio al meccanismo delle franchigie che sollevano l'assicuratore dalla gestione di parte dei sinistri di frequenza, ovvero connaturati all'attività svolta dalla struttura sanitaria¹⁸⁰. Ciò che, però, rileva evidenziare in questa sede è come il ricorso all'autoassicurazione, o al sistema misto, possa incidere sulla configurazione e sulla quantificazione del danno erariale indiretto¹⁸¹. Ed infatti, a fronte di un illecito civile del medico pubblico dipendente in dipendenza del quale la struttura sanitaria ha dovuto provvedere al relativo risarcimento (in forza di un giudicato di condanna o di un accordo transattivo) stante l'assenza di una polizza, ovvero di una copertura assicurativa in virtù dell'operatività del meccanismo delle franchigie, si creerà il presupposto per l'esercizio dell'azione di rivalsa davanti alla Corte dei conti.

Ed è proprio questo lo scenario dinnanzi al quale si è trovato ad operare il giudice contabile lombardo di cui non si può non riconoscere l'accurato e scrupoloso operato considerato che prima di pervenire alla pronuncia di condanna dei tre sanitari ha provveduto ad adottare un'ordinanza con la quale sono stati richiesti all'azienda sanitaria chiarimenti sull'operatività della polizza che garantiva l'ente e sui pagamenti effettuati in franchigia dall'azienda e su quelli effettuati dalla compagnia assicuratrice ai danneggiati. Ciò ha consentito di ricostruire correttamente la vicenda risarcitoria e in particolare di rilevare la previsione nella polizza assicurativa sottoscritta dall'azienda ospedaliera di una franchigia aggregata e che alla data del pagamento a titolo di provvisionale, dovuto in forza di quanto statuito dalla sentenza penale di primo grado, tale franchigia non risultava erosa.

Così, il giudice contabile ha ritenuto infondata l'eccezione difensiva volta ad escludere l'addebitabilità ai convenuti dell'importo pagato dall'azienda ospedaliera ai danneggiati, a fronte della mancata richiesta di refusione da parte della struttura sanitaria alla compagnia assicuratrice della quota di provvisionale. La Sezione giurisdizionale Lombardia, sebbene precisando che una tale doglianza esulasse dalla giurisdizione della Corte dei conti in quanto attinente ai rapporti civilistici tra i tre sanitari e l'azienda sanitaria e che dunque avrebbe dovuto farsi valere con una diversa azione civile, ha comunque escluso la spettanza in refusione all'azienda ospedaliera dalla compagnia di assicurazione di quanto versato alle vittime del sinistro sanitario, proprio perché alla data del pagamento a titolo di provvisionale la franchigia non risultava essere erosa. Diversamente, è ulteriormente emerso che, oltre a quanto versato a titolo di provvisionale dall'azienda sanitaria, la compagnia assicuratrice aveva provveduto a versare ai danneggiati un'ulteriore somma a completamento del risarcimento del danno e che tale importo è rimasto ad integrale ed esclusivo carico dell'assicuratore dato che nelle more, a fronte del verificarsi di altri e distinti sinistri, la franchigia si era progressivamente erosa.

In sede di quantificazione del danno erariale il giudice contabile, avendo escluso una corresponsabilità solidale tra i sanitari, attesa l'assenza di dolo, ha poi proceduto a una distinta ripartizione del danno erariale, decurtando limitatamente a uno dei ginecologi l'importo versato dalla propria personale assicurazione all'azienda ospedaliera.

L'efficacia decurtante riconosciuta all'importo liquidato dalla compagnia assicuratrice personale di uno dei sanitari all'azienda ospedaliera, consente di evidenziare come spesso i medici pubblici dipendenti, pur in assenza di un espresso ed operante obbligo assicurativo¹⁸² provvedano comunque a stipulare un personale contratto di assicurazione per la responsabilità civile, che integrando l'assetto assicurativo prescelto dalla struttura sanitaria, diventa a sua volta ulteriore fattore incidente sulla configurazione e sulla quantificazione del danno erariale indiretto.

In sede di rivalsa dinnanzi alla Corte dei conti, e come dunque correttamente ha fatto il giudice contabile lombardo, occorrerà, pertanto, valutare con attenzione le possibili interferenze tra

l'assicurazione professionale dei medici e le scelte assicurative delle strutture sanitarie, con la precisazione che anche laddove decidano di ricorrere alla copertura assicurativa la stessa non potrà estendersi alla garanzia della responsabilità amministrativo-contabile dei propri dipendenti¹⁸³.

Il sistema assicurativo delle strutture sanitarie pubbliche suscita un'ulteriore riflessione nella prospettiva della responsabilità amministrativo-contabile. Se l'obbligo di dotarsi di una copertura assicurativa o di altre analoghe misure per la responsabilità civile è dalla stessa legge che l'ha introdotto espressamente previsto a tutela dei pazienti e ciò risponde all'esigenza di garanzia di ristoro per il danno subito e se l'esborso economico collegato al pagamento del premio, in quanto corrispettivo dell'esecuzione di un servizio, non è idoneo ad integrare di per sé la fattispecie di danno neppure indiretto a carico dell'Amministrazione¹⁸⁴, è parimenti incontestabile che la struttura sanitaria sia che sottoscriva una polizza assicurativa sia che ricorra all'autoassicurazione sopporti un costo economico.

Ciò non può che evocare l'esigenza di garantire la tutela della sana e corretta gestione delle risorse pubbliche che per il caso di autoassicurazione totale, ovvero parziale per l'importo estraneo alla copertura assicurativa, come nel caso di polizze con franchigia aggregata non erosa, non pone particolari problemi potendosi ritenere rispettata stante la configurabilità di un danno erariale indiretto e dunque la possibilità di refusione dinnanzi alla Corte dei conti, ma che rischia, invece, di risultare sacrificata con riferimento all'importo versato dalla compagnia assicuratrice a fronte del pagamento del premio da parte della struttura sanitaria. Ed infatti, come rilevato da autorevole dottrina, le assicurazioni di diritto privato, obbligatorie o no, non obliterano ma esigono la responsabilità civile atteggiandosi in funzione di essa e la costruzione della norma di responsabilità, alla quale l'assicurazione sia di volta in volta annodata mantiene, dunque la stessa importanza che in un sistema di responsabilità non coniugata con l'assicurazione perché quest'ultima non è che un modello alternativo di individuazione del soggetto obbligato a ristorare un danno sulla scorta dell'accertamento, preventivo o successivo, volto a cogliere il possibile autore¹⁸⁵.

Se la responsabilità civile del medico pubblico dipendente è presupposto dell'assicurazione risulta non facile spiegare come la responsabilità dell'autore del fatto illecito assuma rilievo ai fini della configurazione dell'obbligazione assicurativa ma finisca poi, fuori dai casi di superamento del massimale e con esclusione dei fatti dolosi¹⁸⁶, per essere negata totalmente dato che il medico non sopporta né il costo del danno né il premio assicurativo; ove non residuasse nemmeno l'azione di rivalsa dinnanzi al giudice contabile, pur con tutte le difficoltà connesse alla ripartizione del premio tra i vari sinistri e dunque alla quantificazione del danno erariale, risulterebbe comunque vanificata la portata dell'art. 28 Cost. nell'interpretazione fornita dal giudice costituzionale¹⁸⁷. Riecheggia il comma 2 dell'art. 28, d.P.R. n. 761 del 1979, una norma che è stata foriera di dubbi interpretativi e di costituzionalità laddove nel prevedere la possibilità che le strutture sanitarie ricorrano all'assicurazione per garantire il personale dipendente dalle eventuali conseguenze derivanti da azioni giudiziarie promosse da terzi esclude il diritto di rivalsa, salvo i casi di colpa grave o dolo¹⁸⁸.

Tale ultimo inciso pone, infatti, il dubbio se, alludendo alla rivalsa, abbia inteso riferirsi, come ragioni di coerenza sistematica dovrebbero far ritenere¹⁸⁹, all'azione dinnanzi alla Corte dei conti ed in tale ipotesi se abbia inteso limitarla alla colpa grave o al dolo *tout court*, ovvero ai soli casi di danni che la Pubblica amministrazione abbia dovuto sopportare in quanto non rientranti nella copertura assicurativa, poiché cagionati con dolo od eccedenti il massimale, e non risarciti

direttamente dal dipendente, pur sempre nei limiti della colpa grave o del dolo. Epperò, accedendo a quest'ultima interpretazione risulta evidente il diverso trattamento rispetto ai medici pubblici dipendenti che in costanza di autoassicurazione, o di sistema misto con il meccanismo delle franchigie, sarebbero invece sempre chiamati a rispondere dinnanzi al giudice contabile del danno erariale indiretto.

Ciò è stato avvertito dallo stesso giudice contabile lombardo che non ha potuto non riconoscere che il funzionamento delle polizze assicurative con franchigia aggregata "affida a circostanze casuali e talvolta cabalistiche, l'imputazione a medici ed infermieri di una quota di danno patito dalla Azienda in occasione di sinistri sanitari", portando a situazioni logicamente paradossali ed illogiche¹⁹⁰.

Se la *ratio* che muove i recenti interventi normativi in materia di assicurazione in ambito sanitario è quella di scongiurare la c.d. medicina difensiva e di contenere la spesa pubblica, questo sistema che non sempre consente il recupero in sede erariale non appare soddisfacente. A tale inconveniente, *de lege ferenda*, ove non si voglia accedere all'idea di un'assicurazione sociale per i danni da *malpractice* medica laddove avvertita necessaria dalla collettività¹⁹¹, potrebbe sopperirsi attraverso l'espressa previsione di un obbligo assicurativo, e della sua effettiva operatività, anche nei confronti dei medici pubblici dipendenti; in questa direzione sembra proprio orientato il d.d.l. n. 2224 (c.d. Gelli)¹⁹², atteso che il testo provvisorio contiene la previsione di un tale obbligo¹⁹³.

7. Conclusioni e uno sguardo *de iure condendo*.

La Sezione giurisdizionale Lombardia che si annota, riconosciuta la responsabilità dei tre sanitari e quantificato e ripartito tra loro il danno erariale indiretto, ha proceduto alla rideterminazione dello stesso attraverso l'esercizio del potere riduttivo alla luce di due rilevanti circostanze delle quali è stato ritenuto necessario tenere in considerazione al fine di una più giusta imputazione sostanziale del danno acclarato, ovvero la complessità dell'arte medica e il peculiare funzionamento del prodotto assicurativo. Segnatamente, secondo il giudice contabile l'esercizio del potere riduttivo ha trovato giustificazione "*nell'ontologica difficoltà e complessità dell'arte medicala, delle difficoltà naturali che connotano il parto, della varietà delle situazioni che la realtà operativa pone, della non prevedibilità della distocia della spalla del neonato, della non certezza in ordine alla incolumità o minor lesione del neonato in caso di (comunque doverose) manovre alternative, del curriculum pluriennale dei convenuti, che non evidenzia pregressi incidenti, segno della loro sociale e professionale affidabilità come medici,(...) e come ostetrica*". Con specifico riferimento al meccanismo di funzionamento delle polizze assicurative, si è poi ritenuto che "*l'alea insita in una polizza Aziendale con franchigia aggregata non può essere fatta interamente valere su medici ed infermieri, ma una parte va posta a carico della Azienda stessa*", giustificando così il ricorso al potere riduttivo.

Tale conclusione trova spiegazione nell'esigenza di far fronte, e, dunque, di fornire una risposta adeguata, alle problematiche connesse alla configurazione ed alla quantificazione del danno erariale indiretto, che con specifico riferimento alla responsabilità del medico pubblico dipendente si connotano di ulteriori elementi di complessità.

I fattori che possono determinare l'ampliamento degli interventi della Corte dei conti in sede di rivalsa per i danni patrimoniali indiretti patiti dalla Pubblica amministrazione e che possono, altresì, condizionarne significativamente gli esiti, sono, infatti, molteplici. Innanzitutto, la potente irruzione del fatto nelle dinamiche della responsabilità civile determina una forte pressione di "nuove" tutele¹⁹⁴ il cui riconoscimento, spesso conseguenza di un eccesso di zelo della giurisprudenza nell'interpretazione e nell'utilizzazione delle norme costituzionali¹⁹⁵, non può che comportare un ampliamento della sfera del danno risarcibile, con conseguente possibile estensione della giurisprudenza contabile a fronte di nuove tipologie di illeciti cagionati a terzi da un pubblico dipendente e risarciti dalla Pubblica amministrazione.

Ciò è evidente in ambito sanitario dove le acquisizioni della scienza e della tecnica se, da un lato, determinano un miglioramento qualitativo dei trattamenti erogati dal Servizio sanitario nazionale nella tutela del diritto alla salute, dall'altro, comportano un notevole accrescimento delle aspettative di cura¹⁹⁶, generando rivendicazioni e conflittualità nelle relazioni tra medico e paziente, sempre più spesso sfocianti in azioni risarcitorie nei confronti del sanitario, con conseguente abbandono del tradizionale rapporto di alleanza terapeutica.

I diversi interventi normativi che si sono susseguiti negli ultimi anni in ambito sanitario, sebbene mossi dagli obiettivi di contenimento del fenomeno della c.d. medicina difensiva e della spesa pubblica, hanno lasciato irrisolti diversi quesiti quali quelli della natura della responsabilità, dell'allocazione dell'onere della prova, nonché i connessi problemi attinenti alla dimensione assicurativa involgenti interessi non soltanto giuridici, ma anche economici. A ciò devono aggiungersi le specifiche problematiche che attengono al medico pubblico dipendente la cui disciplina si caratterizza per il sovrapporsi di aspetti privatistici e pubblicistici, differenziandosi da quella a cui, invece, è soggetto il professionista privato, rispetto al quale comunque si trova ad operare in condizioni diverse. A tal proposito devono ricordarsi, infatti, le difficoltà di coordinamento delle norme che regolano la responsabilità civile con gli artt. 22 e ss., d.P.R. n. 3 del 1957, con i connessi specifici problemi che tale ultima disciplina implica quali in particolare quelli relativi all'individuazione del plesso giurisdizionale competente.

Dinnanzi a tale complesso quadro normativo caratterizzato da norme difficili da coordinare e spesso contraddittorie e dunque alla conseguente possibilità di esiti differenti a fronte dell'applicazione di regimi sostanziali e processuali diversi le conseguenze sul terreno della configurazione e qualificazione del danno erariale indiretto sono inevitabili. Il giudice contabile, infatti, chiamato a pronunciarsi in sede di rivalsa nei confronti del medico pubblico dipendente, non potrà non tener conto di tali diversi fattori che possono differenzialmente intervenire ed incidere nel percorso anteriore incentrato sull'accertamento della responsabilità civile del sanitario e sfociante nella condanna nei confronti della Pubblica amministrazione in forza di quanto previsto dall'art. 28 Cost. In sede di giurisdizione contabile il combinarsi di questi diversi fattori potrà avere un'efficacia decurtante od escludente la responsabilità amministrativo-contabile del medico pubblico dipendente, con la conseguenza che il giudice contabile dovrà prestare attenzione dinnanzi alle sentenze provenienti da altre giurisdizioni, dovendo verificare la sussistenza degli elementi costitutivi della responsabilità civile del medico, dell'incidenza degli strumenti assicurativi in ambito sanitario, nonché dei presupposti di operatività del meccanismo di solidarietà di cui all'art. 28 Cost., ovvero di un'eventuale concorrente o autonoma responsabilità della Pubblica amministrazione. Così, salvo i casi in cui il giudice contabile debba addirittura escludere la responsabilità amministrativo-contabile del medico pubblico dipendente risulterà, pertanto, non infrequente il ricorso al potere riduttivo il cui presupposto è rappresentato dalla sussistenza di circostanze soggettive od oggettive ostative ad una piena

imputazione del danno al dipendente pubblico¹⁹⁷.

L'esercizio del potere riduttivo nel giudizio di rivalsa per danno erariale indiretto nei confronti del medico pubblico dipendente può, dunque, assumere un ruolo di "correttore" nei confronti di pronunzie provenienti da altre giurisdizioni, nonché di "compositore" tra diverse esigenze, rilevate dal giudice costituzionale con riferimento all'assetto della responsabilità amministrativo-contabile¹⁹⁸ ed alla responsabilità professionale del medico¹⁹⁹, cioè a dire quella di non mortificare la professione medica, scoraggiando l'impegno dei sanitari con il timore della responsabilità civile, ovvero amministrativo-contabile, e quella inversa di non determinare un effetto deresponsabilizzante che induca il medico ad indulgere nell'esercizio della propria attività. Così, attraverso l'esercizio del potere riduttivo può ricercarsi o ristabilirsi l'equilibrio tra il sereno svolgimento della professione medica, l'esigenza di ristoro dei terzi danneggiati, la salvaguardia del diritto fondamentale alla salute, nonché la tutela della sana e corretta gestione delle risorse pubbliche; un bilanciamento del resto operato dal giudice contabile lombardo che facendo ricorso al potere riduttivo si è reso sensibile dei molteplici problemi che innervano la responsabilità medica.

Alcune riflessioni merita, infine, il d.d.l. n. 2224 (c.d. *disegno Gelli*), contenente disposizioni in materia di responsabilità professionale del personale sanitario data la possibile incidenza che lo stesso potrà avere sulla giurisdizione della Corte dei conti in tema di danno erariale indiretto del medico pubblico dipendente.

Si segnala, innanzitutto, la chiara presa di posizione in ordine alla natura della responsabilità della struttura sanitaria ed in particolare dell'esercente la professione sanitaria, a cui è anche dedicato uno specifico articolo relativo alla sua responsabilità penale e destinato a novellare il codice penale²⁰⁰. Segnatamente, accanto alla responsabilità della struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata che si avvalga nell'adempimento della propria obbligazione dell'opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente, ancorché non dipendenti della struttura, ovvero operanti in regime di libera professione intramuraria o in regime di convenzione e che risponde ex artt. 1218 e 1228 c.c. delle loro condotte dolose o colpose, è espressamente sancito che l'esercente la professione sanitaria, pubblico, privato, in regime di libera professione intramuraria o in regime di convenzione, risponde, invece, del proprio operato ex art. 2043 c.c.²⁰¹.

Su tale punto vi è convergenza tra il testo approvato alla Camera e quello approvato dalla Commissione competente in Senato che si è limitata ad apportare alcuni emendamenti relativi alla determinazione del risarcimento del danno che in particolare dovrà tenere conto dell'osservanza delle raccomandazioni previste dalle linee guida, salvo le specificità del caso concreto, nonché delle buone pratiche clinico-assistenziali, da parte dell'esercente la professione sanitaria; alle buone pratiche clinico-assistenziali ed alle raccomandazioni previste dalle linee guida è poi dedicato uno specifico articolo²⁰².

Sotto il profilo assicurativo, il d.d.l. ribadisce l'obbligo assicurativo della struttura sanitaria da assolvere mediante copertura assicurativa o altre analoghe misure per la responsabilità civile con la precisazione che tale obbligo si estende anche con riferimento alle prestazioni sanitarie svolte in regime di libera professione intramuraria, ma soprattutto espressamente sancisce l'obbligo assicurativo da assolvere mediante stipula di adeguata polizza assicurativa con oneri a proprio carico nei confronti degli esercenti la professione sanitaria a qualunque titolo operanti all'interno delle aziende del servizio sanitario nazionale, ovvero operanti in strutture o in enti privati, chiarendone la relativa finalità, cioè garantire l'efficacia dell'azione di rivalsa²⁰³, con

l'ulteriore precisazione dei requisiti che le polizze assicurative devono avere con riferimento all'operatività temporale ed alla ultrattività per il caso di cessazione dell'attività professionale²⁰⁴; anche con riferimento a tali previsioni, salvo alcuni emendamenti contenenti talune precisazioni, vi è tendenziale coincidenza tra i testi approvati dalla Camera e dalla Commissione in Senato.

È prevista poi l'azione diretta del danneggiato nei confronti dell'impresa di assicurazione, sia della struttura pubblica o privata, sia dell'esercente la professione sanitaria, con la parificazione dei termini prescrizionali di tali azioni con i termini a cui sono soggette, a seconda della diversa natura della responsabilità, le azioni nei confronti rispettivamente delle strutture sanitarie o degli esercenti la professione sanitaria, con l'ulteriore precisazione che quest'ultimi sono litisconsorti necessari nei giudizi promossi nei confronti della propria impresa di assicurazione²⁰⁵. È, altresì, previsto un obbligo di comunicazione da parte delle strutture sanitarie e delle imprese di assicurazione all'esercente la professione sanitaria del giudizio promosso nei loro confronti dal danneggiato²⁰⁶.

Se su tali disposizioni vi è una tendenziale convergenza, salvo marginali emendamenti, maggiori problemi pone l'espressa previsione dell'azione di rivalsa. Segnatamente, vi è conformità nel prevedere che l'azione di rivalsa nei confronti dell'esercente la professione sanitaria è limitata ai soli casi di dolo e colpa grave, che la transazione non è opponibile nel giudizio di rivalsa, che la decisione pronunciata nel giudizio promosso contro la struttura sanitaria o contro l'impresa di assicurazione non fa stato nel giudizio di rivalsa se l'esercente la professione sanitaria non è stato parte in giudizio e che dalle prove assunte nel giudizio instaurato dal danneggiato il giudice nel giudizio di rivalsa può desumere argomenti di prova. Ed ancora, è previsto che nel caso di accoglimento della domanda proposta dal danneggiato nei confronti della struttura sanitaria la misura della rivalsa in caso di colpa grave non può superare una somma pari al triplo della retribuzione lorda annua²⁰⁷.

Ciò che risulta davvero rilevante è, però, la previsione da parte del testo approvato alla Camera dell'espressa esclusione della giurisdizione della Corte dei conti sull'azione di rivalsa nei confronti dell'esercente la professione sanitaria rimessa al giudice ordinario e che invece è stata oggetto di emendamento in Commissione in Senato che ha attribuito il relativo esercizio al pubblico ministero presso la Corte dei conti. In ultimo, si segnala la diversa decorrenza tra il testo approvato alla Camera e quello emendato in Commissione in Senato di un termine previsto a pena di decadenza per l'esercizio dell'azione di rivalsa ove l'esercente la professione sanitaria non sia stato convenuto nel giudizio di risarcimento, rispettivamente dal passaggio in giudicato del titolo sulla base del quale è avvenuto il pagamento, ovvero dall'avvenuto pagamento dell'importo risarcitorio.

In disparte a tale ultimo aspetto ed in ordine agli inconvenienti rilevati con riferimento all'individuazione del *dies a quo* prescrizionale nell'ipotesi di danno erariale indiretto, se si dovesse propendere per la decorrenza dal momento del pagamento dell'importo risarcitorio senza dover attendere il giudicato, meritano alcune considerazioni le altre novità. Ed infatti, laddove il testo dovesse entrare in vigore, la chiara adesione alla natura extracontrattuale della responsabilità dell'esercente la professione sanitaria, segnando il superamento della teoria del contatto sociale, in forza della quale è stata giustificata l'applicazione dell'art. 2236 c.c., farà riemergere il problema interpretativo in ordine al rapporto tra l'art. 2043 c.c. e gli artt. 22 e ss., d.P.R. n. 3 del 1957. Cioè a dire se la limitazione del dolo e della colpa grave debba operare anche in sede civile, come ragioni di coerenza sistematica suggerirebbero in assenza di un'espressa previsione sull'elemento soggettivo da parte del d.d.l. che non va oltre il richiamo

dell'art. 2043 c.c. e considerato che tale limitazione è invece espressamente prevista con riferimento all'azione di rivalsa. Una volta riconosciuta la responsabilità extracontrattuale risulterà, infatti, più difficile giustificare l'applicazione analogica dell'art. 2236 c.c. sia perché come evidenziato da una parte della dottrina sarebbe un'operazione ermeneutica non coerente con la natura della disposizione disciplinante una responsabilità contrattuale²⁰⁸, ma soprattutto a fronte della generale disciplina prevista agli artt. 22 e ss., d.P.R. n. 3 del 1957 di cui deve farsi applicazione diretta in assenza di norme speciali²⁰⁹.

Se la previsione del litisconsorzio necessario, dell'obbligo di comunicazione ed altresì la decisione pronunciata nel giudizio promosso contro la struttura sanitaria o contro l'impresa di assicurazione non fa stato nel giudizio di rivalsa se l'esercente la professione sanitaria non è stato parte in giudizio²¹⁰, potrebbero tutte rappresentare una garanzia per quest'ultimo, ciò che merita maggiore attenzione è la limitazione della rivalsa in caso di colpa grave che non potrà superare una somma pari al triplo della retribuzione lorda annua, ma soprattutto la possibile esclusione della giurisdizione della Corte dei conti su tale azione.

Ed infatti, se da un lato la Corte costituzionale ha chiarito che la giurisdizione della Corte dei conti nelle materie di contabilità pubblica è tendenzialmente generale, non avendo carattere cogente ed assoluto, e che sono possibili deroghe con apposite disposizioni legislative, spettando dunque al legislatore la determinazione della sfera di giurisdizione dei giudici, dall'altro, ha però specificato che l'esercizio della discrezionalità del legislatore deve essere "circoscritta all'apprezzamento ragionevole dei motivi di carattere ordinamentale e, particolarmente, di quelli riconducibili agli equilibri costituzionali"²¹¹. Ed anche, con riferimento all'art. 28 Cost. il giudice costituzionale ha parimenti specificato che tale norma ha inteso attribuire al legislatore una discrezionalità in punto di determinazione della responsabilità dei pubblici dipendenti ma pur sempre "tenendo conto della complessità delle esigenze e degli interessi a confronto"²¹².

Le previsioni del d.d.l. Gelli con riferimento all'esercente la professione sanitaria legato da rapporto di servizio con la struttura sanitaria pubblica comporterebbero, infatti, un regime differenziato rispetto alla disciplina relativa alla responsabilità amministrativo-contabile²¹³ cui sono soggetti gli altri pubblici dipendenti. Si pensi al potere riduttivo che non compete al giudice ordinario e di cui invece è dotato il giudice contabile, salvo non ritenere la limitazione della rivalsa in caso di colpa grave, che non potrà superare una somma pari al triplo della retribuzione lorda annua, una predeterminata riduzione dell'addebito. Ed anche con riferimento alla responsabilità degli eredi stante l'intrasmissibilità agli stessi dell'illecito erariale commesso dal dipendente deceduto, salvo non si configuri un illecito arricchimento del dante causa, ma che invece non opererebbe dinnanzi al giudice ordinario. Ciò sembra desumersi dallo stesso testo del d.d.l. il quale nel sancire che la garanzia assicurativa dell'esercente la professione sanitaria deve prevedere un periodo di ultrattività della copertura per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta entro i dieci anni successivi e riferite a fatti generatori della responsabilità verificatisi nel periodo di operatività della copertura estende l'ultrattività agli eredi, escludendone l'assoggettabilità alla clausola di disdetta²¹⁴; un'interpretazione coerente dovrebbe pertanto far ritenere che la stessa azione di rivalsa sia esperibile dalla struttura sanitaria anche nei confronti degli eredi del sanitario.

La devoluzione dell'azione di rivalsa al giudice ordinario, la limitazione della misura della rivalsa stessa, l'inopponibilità nel giudizio di rivalsa della transazione, avvicinarebbero la responsabilità dell'esercente la professione sanitaria a quanto previsto in tema di responsabilità del

magistrato²¹⁵, ferme comunque le peculiarità di tale ultima disciplina quali in particolare il carattere indiretto della responsabilità civile del magistrato con le relative eccezioni²¹⁶, il carattere sussidiario dell'azione di risarcimento del danno verso lo Stato²¹⁷, le incertezze interpretative in ordine all'obbligatorietà dell'azione di rivalsa²¹⁸, le ipotesi residuali di giurisdizione della Corte dei conti²¹⁹. Alcune considerazioni critiche maturate con riferimento all'inopponibilità della transazione al magistrato nel giudizio di rivalsa e nel giudizio disciplinare²²⁰ è possibile comunque riferire a quanto previsto dal d.d.l. Gelli, cioè a dire l'incidenza dell'inopponibilità della transazione nel giudizio di rivalsa il quale sarebbe destinato a concludersi con un insuccesso considerato che la medesima transazione non è opponibile al giudice.

Senza indugiare oltre sul possibile assetto normativo in quanto sarà necessario attendere l'approvazione del testo definitivo, ove dovesse comunque entrare in vigore occorrerà interrogarsi se tale disciplina particolare in deroga al regime generalmente valevole per gli altri dipendenti pubblici possa trovare giustificazione, e possa dunque considerarsi ragionevole, nell'esigenza di contenere la spesa pubblica e di scongiurare la c.d. medicina difensiva e quindi se sia in grado di assicurare un giusto equilibrio tra principio di responsabilità, salvaguardia del diritto fondamentale alla salute, tutela della sana e corretta gestione delle risorse pubbliche e libertà di arti e scienze, ed in particolare dell'arte medica, quali valori costituzionali in sé e garantiti costituzionalmente in modo unitario²²¹. Si deve comunque riconoscere la complessità di codificare una disciplina particolare che sappia tradurre e temperare queste diverse esigenze e di ciò ne sono testimoni la difficoltà di rintracciare un corretto bilanciamento tra responsabilità dei magistrati e garanzie costituzionali della giurisdizione ed i conseguenti dubbi di costituzionalità che la relativa disciplina solleva²²².

Si deve infine ritenere che la soluzione in punto di giurisdizione sull'azione di rivalsa, qualora dovesse escludersi la giurisdizione contabile, rischierebbe di non assicurare sempre il recupero dell'importo risarcitorio versato dalla struttura pubblica stante l'equivoca formulazione della disposizione che rimetterebbe alla Pubblica amministrazione la scelta in ordine all'esercizio di tale azione, differentemente dal meccanismo di attivazione d'ufficio ed obbligatorio previsto per l'azione erariale.

Ove si dovesse comunque propendere per questa soluzione, cioè a dire per la competenza giurisdizionale del giudice ordinario sull'azione di rivalsa, tuttavia, non si potrà ritenere esclusa del tutto la giurisdizione contabile. Ed infatti, anche in assenza di un espresso obbligo residuerebbe pur sempre, in base ai generali principi che informano la responsabilità amministrativo-contabile, la possibilità di esperimento dell'azione erariale nel caso di mancata attivazione della rivalsa dinnanzi alla giurisdizione ordinaria a fronte del danno erariale conseguente al mancato recupero dell'importo risarcito dalla struttura sanitaria; ferma comunque la possibilità che in sede erariale non si pervenga ad una condanna ove si reputi giustificata la scelta di non esercitare la rivalsa stante il suo prevedibile esito negativo, ma con tutte le problematiche connesse al sovrapporsi tra l'azione civile nei confronti dell'azienda ospedaliera e l'azione erariale nei confronti del responsabile del mancato esperimento dell'azione di rivalsa.

1 Sent. 4 ottobre 2016 n.163.

2 Ex art. 52, r.d. n. 1214 del 1934 il rapporto di servizio si configura quale presupposto soggettivo della giurisdizione contabile. Si tratta di un concetto estensivamente interpretato dalla giurisprudenza di legittimità; a tal proposito si segnalano *ex plurimis* Sez. Un. nn. 7946 del 2003, 4511 del 2006, 3367 del 2007, 10062 del 2011, 295 del 2013 e 23257 del 2014. Al riguardo, cfr., 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, nonché in materia di controllo della Corte dei conti sulla gestione dei medesimi enti e società*, in www.corteconti.it.

3 Sulla responsabilità medica in ambito penale e civile la produzione dottrinale è vastissima. Si segnalano, tra i tanti studi: M. BONA, *La responsabilità medica civile e penale dopo il decreto Balduzzi*, Santarcangelo di Romagna, 2013; O. DI GIOVINE, *La responsabilità penale del medico: dalle regole ai casi*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2013, f. 1, p. 62 ss.; F. GIUNTA, *Protocolli medici e colpa penale secondo il «decreto Balduzzi»*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2013, f. 2, p. 820 ss., A. R. DI LANDRO, *Le novità normative in tema di colpa penale (l. 189/2012, c.d. "Balduzzi"). Le indicazioni del diritto comparato*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2013, f. 2, p. 834 ss.; A. PALMIERI, *Responsabilità medica: la recente giurisprudenza e le questioni più dibattute*, in www.quotidianogiuridico.it.

4 A tal proposito, cfr., R. LAVAGETTO, G. VITARI, *Responsabilità medica: le novità del ddl Gelli*, in www.quotidianogiuridico.it.

5 Per un attento studio sul tema si rinvia a V. TENORE, L. PALAMARA, B. MARZOCCHI BURATTI, *Le cinque responsabilità del pubblico dipendente*, Milano, 2013.

6 In virtù del quale *"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"*. L'art. 28 Cost. consacra, dunque, uno dei fondamentali principi in tema di organizzazione ed attività amministrativa, ovvero il principio di responsabilità. Tale principio trova fondamento anche all'art. 97 Cost. il quale, oltre a riservare alla legge il compito di organizzare i pubblici uffici *"in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione"*, nel disporre che *"nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari"* ribadisce come dalla relazione tra dipendenti e Pubblica amministrazione sorgano precisi doveri nei confronti dell'intera collettività. Il principio di responsabilità si configura, pertanto, quale pilastro dello Stato di diritto esprime l'esigenza che ogniquale volta vi sia esercizio di poteri pubblici vi deve essere in connessione assunzione di responsabilità, ovvero è evocativo del nesso potere-responsabilità in cui, come attentamente rilevato da A. CARIOLA, *Il legame potere-responsabilità nel dibattito sulle riforme istituzionali*, in *Orientamenti sociali*, 1991, p. 196, *"consiste uno degli aspetti qualificanti della forma democratica di governo"*.

7 A tal proposito cfr. A. VETRO, *La responsabilità amministrativo-contabile del medico, secondo la giurisprudenza della Corte dei conti. Applicazione dei principi enucleati dalla Cassazione in sede penale e civile*, in www.contabilità-pubblica.it.

8 Per un approfondimento sul tema si veda A. TITA, *L'assicurazione della responsabilità professionale sanitaria*, in F. CASTIELLO, V. TENORE (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Milano, 2012, p. 357 ss.

9 Sul punto si rinvia al n. 7 del presente scritto.

10 Sent. n. 3554 del 2009.

11 Sent. n. 920 del 2012.

12 Sent. n. 35953 del 2014.

13 L'art. 1, c. 1-*quinquies*, l. n. 20 del 1994 infatti limita la responsabilità solidale soltanto ai concorrenti che abbiano agito con dolo (oltre a coloro i quali abbiano conseguito un illecito arricchimento).

14 Per un'attenta disamina della giurisprudenza contabile e della dottrina in materia di prescrizione con riferimento all'ipotesi di danno erariale indiretto si rinvia a V. TENORE, *La responsabilità amministrativo-contabile: profili sostanziali*, in V. TENORE (a cura di), *La nuova Corte dei Conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Milano, 2013, p. 252 ss., ed anche a V. TENORE, *Il danno erariale c.d. indiretto è configurabile ed azionabile solo dopo il previo giudicato risarcitorio che condanni la P.A.*, in www.giustamm.it.

15 Ai sensi dell'art. 1, c. 2, l. n. 20 del 1994 *"Il diritto al risarcimento del danno si prescrive 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"*.

16 Sezioni Riunite sent. n. 3 del 2003 QM.

17 Sezioni Riunite sent. n. 14 del 2011 QM.

18 V. TENORE, *Il danno cit.*

19 Così V. TENORE, *Il danno cit.*

20 Segnatamente, la sent. n. 14 del 2011 QM ha chiarito *"Che l'obbligazione risarcitoria della P.A. si perfezioni in modo definitivo - almeno con riferimento ai mezzi ordinari di impugnazione - ed acquisisca concretezza ed attualità al momento del passaggio in giudicato della sentenza di condanna in favore del terzo danneggiato, è un dato di tale solare evidenza da non richiedere ulteriori argomentazioni. Per altro verso, l'esistenza di un'obbligazione risarcitoria e, quindi, di un debito costituente passività patrimoniale, non può dirsi che per la P.A. integri un danno certo ed attuale, tutelabile, quindi, in termine di azione di rivalsa o, rectius, di azione di responsabilità per danno indiretto, almeno fino a quando tale obbligazione non trovi essa stessa concreta attuazione nel soddisfacimento del terzo e, quindi, nella destinazione di risorse finanziare pubbliche (elettivamente da considerarsi sempre acquisite e destinate al soddisfacimento di interessi ed esigenze pubbliche) a finalità di ristoro privato connesso, quest'ultimo, ad un comportamento illecito della P.A. medesima, sottraendole così alla loro naturale vocazione di perseguimento di un interesse*

pubblico. (...) Come già affermato da queste Sezioni Riunite, prima del pagamento, quindi, “vi è solo una situazione di danno potenziale, che proprio perché tale, può anche non attualizzarsi” (sentenza n. 7/QM/2000), a dispetto della attualità e concretezza dell’obbligazione risarcitoria. Inoltre, il definire “evenienze”, peraltro “eventuali e sostanzialmente teoriche” (SS.RR. n. 3/QM/2003), quelle del non pagamento o della rinuncia da parte del creditore, non da contezza del perché dovrebbe ritenersi ammissibile un’azione di responsabilità nei confronti del presunto responsabile in assenza del materiale pagamento da parte della P.A. al terzo danneggiato, ponendo, così, in essere i presupposti (non solo teorici) di una situazione di oggettivo ingiustificato arricchimento dell’Amministrazione, ancorché il soggetto condannato abbia poi a disposizione idonei strumenti processuali per far valere innanzi al giudice civile tale situazione. La soluzione alla quale queste Sezioni Riunite ritengono di dovere pervenire appare, peraltro, costituzionalmente orientata dall’art. 111 Cost. e dal principio del “giusto processo” ivi consacrato, nonché dai principi elaborati dalla giurisprudenza di Strasburgo e dall’art. 6 della Convenzione Europea dei diritti dell’uomo. (...) Da ciò consegue che un soggetto deve essere sottoposto a processo, per quanto riguarda la giurisdizione di responsabilità amministrativa, solo quando si siano realizzate tutte le condizioni di certezza, concretezza ed attualità del danno, che sono gli elementi alla cui tutela è posto il presidio della giustizia contabile, poiché non si vede per quali ragioni un soggetto debba essere costretto a subire un processo ed una condanna per poi, eventualmente, doversi nuovamente rivolgere ad un altro giudice (e quindi “subire”, sia pure come parte attiva, un altro processo) per ricondurre il tutto alla situazione quo ante in ipotesi di constatato ingiustificato arricchimento”.

21 Cfr. A. VETRO, *La cit.*; R. SCHULMERS, *Ancora in tema di danno indiretto*, in *www.respamm.it*, ed anche D. CHINDEMI, *Il danno erariale in materia di responsabilità medico-sanitaria*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, p. 1166 ss.

22 V. TENORE, *Il danno cit.*

23 C. conti, sez. Lombardia, n. 136 del 2016.

24 Cfr. C. conti, sez. Emilia-Romagna, n. 106 del 2015.

25 Invero, le Sezioni Riunite con la sent. n. 14 del 2011 QM hanno ulteriormente specificato che “non può escludersi (ma l’ipotesi appare più calzante per i soggetti privati operanti sul mercato e la cui posizione patrimoniale assume una valenza determinante nelle interrelazioni commerciali da essi intessute) che l’esistenza di una consistente posta debitoria nello stato patrimoniale possa, di per sé, essere causa di specifici ulteriori danni in termini di danno emergente (minore valore dell’impresa) e lucro cessante (contrazione del volume d’affari), laddove il mercato apprezzi con immediatezza e negatività la suddetta appostazione contabile”.

26 Ex art. 1, c. 1, l. n. 20 del 1994. A tal proposito si rinvia a V. TENORE, *La cit.*, p. 273, l’Autore evidenzia che “la più recente giurisprudenza ha chiarito che l’illecito arricchimento, in base al quale si determina la trasmissione agli eredi del debito connesso a fattispecie di responsabilità amministrativa, va riferito alla sola ipotesi di procacciamento di profitti economici in danno dell’erario, da parte dell’agente pubblico, mediante il ricorso al potere di condizionamento e di ricatto intimamente connesso all’ufficio ricoperto”.

27 Cfr. C. cost. sent. n. 417 del 1996 sull'inidoneità delle disparità di mero fatto a dar luogo ad un problema di costituzionalità.

28 Ai sensi del quale *“Qualora la prescrizione del diritto al risarcimento sia maturata a causa di omissione o ritardo della denuncia del fatto, rispondono del danno erariale i soggetti che hanno omesso o ritardato la denuncia. In tali casi, l'azione è proponibile entro cinque anni dalla data in cui la prescrizione è maturata”*. Cfr. anche art. 52, d. lgs. n. 174 del 2016.

29 Un accordo transattivo tra amministrazione danneggiata e pubblico dipendente, come evidenziato da F. GARRI, G. DAMMICCO, A. LUPI, P. DELLA VENTURA, L. VENTURINI, *I giudizi innanzi alla Corte dei conti, responsabilità, conti, pensioni*, Milano, 2007, p. 262, che a tal proposito richiamano un indirizzo giurisprudenziale pacifico, sarebbe ostativo dell'azione erariale soltanto nel caso di integrale ed effettivo risarcimento. Fermo quanto previsto dall'art. 30, d.P.R. n. 3 del 1957, il pubblico dipendente ben potrebbe essere altresì indotto ad addivenire ad un accordo transattivo con il danneggiato, prevenendo la condanna ed il pagamento del risarcimento della Pubblica amministrazione.

30 Ed infatti, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (sent. n. 922 del 1999) hanno chiarito che il medico specialista in regime di convenzionamento per l'assistenza diretta esterna con le U.S.L. ex art. 48, l. n. 833 del 1978 opera in esecuzione di un rapporto di servizio con riferimento ai *“compiti lato sensu di certificazione sanitaria e finanziaria, il cui carattere amministrativo discende dalla loro appartenenza alla struttura operativa delle U.S.L. (che ben potrebbero attuarli direttamente e che invece devolvono ai suddetti medici)”*. Sulla giurisprudenza di legittimità in ordine alla sussistenza di un rapporto di servizio tra Pubblica amministrazione e medici di base e medici specialisti in regime di convenzionamento esterno con il SSN si rinvia a V. TENORE, *La cit.*, p. 112, ed anche a G. MODESTI, *Profili di responsabilità amministrativa e contabile del medico generalista per eccesso di prescrizioni, alla luce della giurisprudenza della Corte dei Conti*, in www.diritto.it.

31 Cfr. C. conti, sez. Liguria, n. 108 del 2014.

32 Cfr. C. conti, I App., n. 477/A del 2010.

33 Cfr. C. conti, sez. Toscana, n. 89 del 2014.

34 Cfr. C. conti, sez. Liguria, n. 375 del 2009.

35 Cfr. G. MODESTI, *op. cit.*, ed anche A. VETRO, *Il “diritto alla salute”: la responsabilità professionale del medico, con particolare riguardo alla prescrizione dei farmaci, secondo la giurisprudenza della Corte dei conti*, in www.lexitalia.it.

36 Cfr. D. CHINDEMI, *Responsabilità contabile e danno erariale della asl e del medico*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, p. 1400 ss.

37 In particolare l'art. 22 disciplina la responsabilità verso terzi e testualmente dispone *“L'impiegato che, nell'esercizio delle attribuzioni ad esso conferite dalle leggi o dai regolamenti, cagioni ad altri un danno ingiusto ai sensi dell'art. 23 è personalmente obbligato a risarcirlo. L'azione*

di risarcimento nei suoi confronti può essere esercitata congiuntamente con l'azione diretta nei confronti dell'Amministrazione qualora, in base alle norme ed ai principi vigenti dell'ordinamento giuridico, sussista anche la responsabilità dello Stato. L'amministrazione che abbia risarcito il terzo del danno cagionato dal dipendente si rivale agendo contro quest'ultimo a norma degli articoli 18 e 19. Contro l'impiegato addetto alla conduzione di autoveicoli o di altri mezzi meccanici l'azione dell'Amministrazione è ammessa solo nel caso di danni arrecati per dolo o colpa grave"; il successivo art. 23 esplicita poi il concetto di danno ingiusto e precisamente sancisce "È danno ingiusto, agli effetti previsti dall'art. 22, quello derivante da ogni violazione dei diritti dei terzi che l'impiegato abbia commesso per dolo o per colpa grave; restano salve le responsabilità più gravi previste dalle leggi vigenti. La responsabilità personale dell'impiegato sussiste tanto se la violazione del diritto del terzo sia cagionata dal compimento di atti od operazioni, quanto se la detta violazione consista nell'omissione o nel ritardo ingiustificato di atti od operazioni al cui compimento l'impiegato sia obbligato per legge o per regolamento".

38 Cfr. M. CLARICH, *Sul modello di responsabilità civile dell'art. 28 Cost. (Spunti da un confronto con le esperienze straniere e con la prassi interpretativa)*, in *Giur. cost.*, 1987, 1854 ss., illustrando in una prospettiva comparata i principali modelli della responsabilità civile della Pubblica amministrazione in altri ordinamenti, l'Autore propone una valorizzazione dell'art. 28 Cost. come norma di chiusura del sistema delle garanzie procedurali e processuali attraverso cui è possibile spezzare una lancia a favore della risarcibilità degli interessi legittimi quale soluzione che troverebbe conforto nel principio estrapolabile dalla Costituzione di tutela piena e completa del cittadino nei confronti dell'attività della Pubblica amministrazione. Al riguardo cfr. anche l'accurata analisi dei lavori preparatori in sede di Assemblea Costituente di F. MERUSI, M. CLARICH, *Commento all'art. 28 Cost.*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti civili*, Bologna-Roma, 1991, p. 356 ss.

39 Cass. civ. sent. n. 16276 del 2015 con nota F. GIGLIOTTI, *Lesione di interesse legittimo e responsabilità diretta del pubblico dipendente*, in *Danno e responsabilità*, 2015, 11, p. 1109 e ss. Il giudice di legittimità ha, infatti, affermato che "Il pubblico impiegato che abbia adottato o concorso a formare, nell'esercizio delle proprie funzioni, atti amministrativi lesivi di interessi legittimi ne risponde nei confronti del terzo danneggiato dal provvedimento, non ostandovi il disposto del D.P.R. n. 3 del 1957, art. 23, il quale, interpretato in modo costituzionalmente orientato, non esclude la responsabilità del pubblico dipendente per lesione di interessi legittimi". Secondo l'Autore della nota in commento l'interpretazione fornita dalla Corte di Cassazione è da ritenersi condivisibile aggiungendo che "appare certamente conforme alla funzione della regola costituzionale (intesa a proclamare la responsabilità civile diretta di funzionari e dipendenti pubblici per fatti illeciti da essi commessi nell'esercizio delle loro funzioni) ritenere operante la responsabilità anche nel caso, ormai riconosciuto rilevante sul piano dell'illecito aquiliano, della lesione (non di diritti soggettivi, ma) di interessi legittimi". Cfr. anche Cons. St. sent. n. 3981 del 2006.

40 Cfr., tra i tanti, S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, in *Corso di diritto amministrativo*, diretto da S. CASSESE, vol. I, Milano, 2009, p. 471 ss.; V. TENORE, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione e dei suoi dipendenti*, in V. TENORE, L. PALAMARA, B. MARZOCCHI BURATTI, *op. cit.*, p. 12 ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, Milano, 2012, 5, p. 634; F. GARRI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, Torino, 2000, p. 7 ss.

41 La Corte costituzionale con la sent. n. 64 del 1992 ha, infatti, chiarito che l'art. 28 Cost. *"ha inteso in primo luogo affermare, a maggior garanzia della legalità dell'azione amministrativa e a miglior tutela dei cittadini, la responsabilità "diretta" dei pubblici dipendenti e della Pubblica Amministrazione per gli atti compiuti in violazione di diritti"*, demandando la disciplina dei presupposti al legislatore ordinario. Segnatamente, secondo il giudice costituzionale, per il caso in cui vi sia responsabilità diretta del pubblico dipendente, con la locuzione *"si estende allo Stato e agli enti pubblici"* l'art. 28 Cost. *"ha inteso stabilire che in detti casi non può essere esclusa la responsabilità diretta anche della Pubblica Amministrazione"*. Ciò è stato poi confermato dalla Corte di Cassazione con la sent. n. 9741 del 2005 secondo cui *"l'art. 28 Cost., nel sancire che i funzionari e i dipendenti dello Stato sono "direttamente" responsabili degli atti compiuti in violazione di diritti, non postula una antinomia fra responsabilità diretta (e cioè ricollegata a fatto proprio) e responsabilità indiretta (scaturente, cioè, da fatto altrui), volendo, viceversa intendere soltanto che essi rispondono "personalmente" di tali atti (...) senza che ciò elida la responsabilità dell'Amministrazione"*.

42 Invero, la lettera dell'art. 28 Cost., come rilevato da M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2014, p. 285, *prima facie* sembrerebbe configurare una responsabilità personale del dipendente e solo in via subordinata una responsabilità degli apparati pubblici avente carattere sussidiario e parallelo, ovvero una responsabilità che può sorgere soltanto se sussista una responsabilità personale del dipendente ed azionabile ove soltanto il patrimonio del dipendente non risulti capiente. In realtà, secondo l'Autore l'art. 28 Cost. sarebbe il frutto di una *"riformulazione non felice di una disposizione che i costituenti volevano introdurre per rafforzare la tutela dei diritti di libertà sanciti dalla Costituzione"* ma che poi l'evoluzione giurisprudenziale e normativa del nostro ordinamento, come testimoniato dagli artt. 22 e ss., d.P.R. n. 3 del 1957, è andata nella direzione di consolidare la natura diretta e solidale della responsabilità della Pubblica amministrazione. *Contra* F. FRACCHIA, *Elemento soggettivo e illecito civile dell'amministrazione pubblica*, Napoli, 2009, *passim*, che ritenendo la tesi della responsabilità diretta erroneamente invocata e criticabile, propone di valorizzare l'applicazione in combinato disposto degli artt. 28 Cost. e 2049 c.c., relativo alla responsabilità per fatto altrui, così da configurare una responsabilità indiretta della Pubblica amministrazione.

43 Così F. MERUSI, *La responsabilità dei pubblici dipendenti secondo la Costituzione: l'art. 28 rivisitato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1986, 41 ss., secondo l'autorevole Autore l'art. 28 Cost. interpretato nella sua totalità ha un significato precettivo soprattutto penale, cioè a dire imporrebbe la revisione delle leggi penali per sanzionare i reati di violazione dei diritti fondamentali previsti dalla Costituzione da parte dei pubblici dipendenti, rinviando poi a quanto sostenuto da A. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1978, p. 794, l'illustre Autore precisamente afferma che *"non si vede per quale ragione dovrebbe negarsi al potere sovrano del legislatore (e in particolare di quello costituente) la possibilità di configurare per un medesimo fatto – il quale effettivamente risalga, per finzione giuridica, a due distinti soggetti – due distinte responsabilità solidali, entrambe dirette"*.

44 Sulla nozione di occasionalità necessaria e sui diversi indirizzi interpretativi si veda V. TENORE, *Responsabilità solidale della P.A. per danni arrecati a terzi da propri dipendenti: auspicabile il recupero di una nozione rigorosa di occasionalità necessaria con i fini istituzionali*, in www.lexitalia.it. In particolare, l'Autore nello stigmatizzare una parte della giurisprudenza propensa a dilatare il concetto di occasionalità necessaria, ritenendolo un principio generale

dell'ordinamento, ne propone una lettura rigorosa, escludendo che la stessa possa sussistere qualora la condotta dannosa del dipendente sia frutto di comportamenti dolosi od egoistici, ovvero qualora questi si traducano in un illecito penale doloso. Cfr. anche F. GARRI, *La cit.*, p. 10 ss.

45 Cfr. C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 634 che opera l'ulteriore precisazione tra atti compiuti dagli organi nell'esercizio delle loro funzioni ed atti compiuti dai dipendenti nell'esercizio delle loro incombenze, entrambi imputati direttamente alla Pubblica amministrazione rispettivamente in forza del rapporto organico e del principio di preposizione in presenza del nesso di occasionalità necessaria. Cfr. anche M. CLARICH, *Sul cit.*, p.1864, che evidenzia la mutazione della concezione del rapporto di immedesimazione organica dall'ordinamento tedesco. *Contra* G. CATTANEO, *La responsabilità medica nel diritto italiano*, in AA. VV., *La responsabilità medica*, Milano, 1982, p. 15, l'Autore considera discutibile la tesi della responsabilità diretta dell'ente pubblico ospedaliero fondata sul rapporto organico con il medico suo dipendente.

46 La Cassazione penale con la sent. n. 1386 del 1999 ha chiarito, infatti, che l'art. 28 Cost. è rivolto *"essenzialmente al recupero della responsabilità personale dei dipendenti, cui si aggiunge quella solidale della P.A. Quest'ultima risponde per il fatto che le sono direttamente riferibili gli atti dei dipendenti, compiuti - in forza del c.d. rapporto di immedesimazione organica - per il raggiungimento delle finalità istituzionali sue proprie nell'ambito dello svolgimento del servizio demandato. Pertanto, l'art. 28 Cost. ipotizza, nell'ultima parte, la responsabilità diretta (art. 2043 c.c.) della P.A., anche se il medesimo giudice delle leggi (vedi sent. 14.03.1968 n. 2) ha precisato che quando esistono limitazioni alla responsabilità del funzionario (possibili perché la norma fondamentale detta soltanto il principio programmatico cui la legislazione ordinaria deve ispirarsi, senza escludere una disciplina differenziata rispetto al diritto comune), quella dello Stato può trarre origine da norme e principi contenuti in leggi ordinarie. Una tale precisazione nulla toglie al fatto che, in presenza del rapporto di impiego o servizio, quali che siano le mansioni svolte (nella vasta gamma che va dall'attività propriamente "rappresentativa" nel rapporto organico di tipo amministrativo all'attività "materiale"), si determina una "dipendenza organica" cui difficilmente può sovrapporsi la responsabilità "indiretta" di padroni o committenti ex art. 2049 c.c."*.

47 Nella diversa ed infrequente ipotesi che il danno sia stato risarcito dal dipendente deve escludersi che questi possa agire in rivalsa nei confronti della Pubblica amministrazione. Ciò è stato chiaramente affermato dalla Corte costituzionale con l'ord. n. 300 del 2004 secondo cui *"la responsabilità civile dello Stato e degli enti pubblici per i fatti dei dipendenti, prevista dall'art. 28 Cost., assolve, difatti, ad un funzione di tutela nei confronti del solo danneggiato, e non anche del danneggiante: non è il dipendente che risarcisce il danno provocato da suoi «atti compiuti in violazione di diritti» ad aver diritto di rivalsa nei confronti dell'amministrazione pubblica di appartenenza"*.

48 Ai sensi del quale *"La Corte dei conti ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge"*. Secondo l'insegnamento della Consulta (sentt. nn. 641 del 1987 e 773 del 1988) si tratta di una giurisdizione tendenzialmente generale nelle materie di contabilità pubblica che necessitano di una individuazione legislativa sia sotto il profilo oggettivo che soggettivo.

49 Ed infatti, la Consulta con la sent. n. 164 del 1982 ha affermato che l'art. 28 Cost. "si riferisce chiaramente ed esclusivamente alla responsabilità verso i soggetti privati danneggiati e non anche alla diversa responsabilità di carattere interno del funzionario o impiegato verso lo Stato o l'ente pubblico", rilevando altresì che il rinvio contenuto nella norma costituzionale alle leggi ordinarie non esclude che "la responsabilità sia disciplinata in modo vario per categorie di soggetti e per speciali situazioni".

50 Si noti, tuttavia, che, secondo un più risalente indirizzo giurisprudenziale, la Pubblica amministrazione, al fine di ottenere il ristoro patrimoniale di quanto versato in risarcimento a terzi danneggiati dal comportamento illecito di un proprio dipendente, ben potrebbe agire nei confronti di quest'ultimo mediante azione civile dinnanzi al giudice ordinario, ovvero attraverso la costituzione di parte civile nel giudizio penale che abbia come convenuto il pubblico dipendente. L'azione promossa dalla Pubblica amministrazione darebbe luogo ad una interferenza di giudizi con effetto decurtante sulla parallela azione dinnanzi al giudice contabile; salve ovviamente le diversità dei regimi sostanziali e processuali tra illecito civile ed amministrativo-contabile. Sul raccordo tra azione civile e contabile, sulle differenze tra tali azioni, nonché sull'indirizzo favorevole all'esclusività dell'azione dinnanzi alla Corte dei conti si rinvia a V. TENORE, *La responsabilità amministrativo-contabile cit.*, p. 37 ss.

51 Cfr. Cass. Sez. Un. sent. n. 11 del 2012 secondo cui "giurisdizione penale e civile, da un lato, e giurisdizione contabile dall'altro sono reciprocamente indipendenti nei loro profili istituzionali, anche quando investono un medesimo fatto materiale, e l'eventuale interferenza che può determinarsi tra tali giudizi pone esclusivamente un problema di proponibilità dell'azione di responsabilità davanti alla Corte dei conti, senza dar luogo a questione di giurisdizione (*ex multis* Cass., sez. un., nn. 25495/2009, 28048/2008, 6581/2006, 20343/2005, 22277/2004)".

52 Sull'elemento soggettivo della responsabilità della Pubblica amministrazione si rinvia a M. A. SANDULLI, *La responsabilità della pubblica amministrazione dal danno civile al danno erariale*, in www.amcorteconti.it. Secondo l'Autrice risulta coerente che la responsabilità del funzionario sia ridotta rispetto a quella dell'apparato, operando anche in tal senso il potere riduttivo del giudice contabile. Cfr. anche F. FRACCHIA, *op. cit., passim*, secondo l'Autore il modello della colpa dell'apparato andrebbe respinto in quanto "finisce per annullare il volto dell'agente". Sul progressivo avvicinamento tra l'elemento soggettivo della responsabilità civile della Pubblica amministrazione per il danno prodotto dall'illegittima attività provvedimentoale e quello della responsabilità amministrativa del dipendente pubblico si rinvia a S. CIMINI, *Colpa della P. A. e colpa grave del dipendente pubblico*, in AA. VV., *Responsabilità amministrativa e contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Milano, 2006, p.685 ss. Secondo l'Autore la sentenza delle Sezioni Unite n. 500 del 1999, sganciando dalla sfera psichica dell'agente individuale la colpa per riferirla all'apparato, ha scritto uno dei passaggi meno felici attribuendo un fattore soggettivo ad un apparato.

53 Si allude all'oggettivizzazione della responsabilità della Pubblica amministrazione nell'ambito degli appalti pubblici fatta propria da Cons. St., con la sent. n. 1833 del 2013, secondo cui, sulla scorta della giurisprudenza comunitaria, la condanna al risarcimento prescinde dall'accertamento dell'elemento soggettivo, qualora l'Amministrazione violi le disposizioni relative alle procedure di gara, rilevando soltanto l'ingiustizia del danno. Sulla responsabilità

della Pubblica amministrazione per fatti qualificabili di responsabilità oggettiva ed in particolare ex art. 2054, ult. co., c.c., cfr. C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 636.

54 Cfr. C. cost. sent. n. 2 del 1968 secondo cui *"Per il D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 (artt. 22 e 23) l'impiegato risponde solo entro i limiti del dolo e della colpa grave; eppure ciò non ha precluso alla giurisprudenza di riconoscere la responsabilità statale al di là della colpa grave o addirittura della colpa: lo ha consentito perché l'art. 23 e lo stesso art. 22, non richiamandola per questi casi, neanche la negano"* ed anche C. cost. sent. n. 18 del 1989 che ha ribadito che *"l'art. 23 dello statuto degli impiegati civili dello Stato, stabilendo che il dipendente risponde verso i terzi danneggiati solo se abbia agito con dolo o colpa grave, non escluda che, anche fuori da tali ipotesi, il danneggiato possa agire contro lo Stato (...)"*. Cfr. anche C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 634, nota 23 e F. GARRI, *La cit.*, p. 17.

55 Cfr. M. CLARICH, *op. cit.*, p. 287; S. CASSESE, *op. cit.*, p. 473; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2014, p. 610.

56 Cfr. C. cost. sent. n. 2 del 1968.

57 Così F. MERUSI, *op. cit.*, p. 61, secondo l'Autore la responsabilità della Pubblica amministrazione non è soltanto disciplinata dall'art. 28, trovando fondamento, fuori dai casi di estensione con quella dei dipendenti, nell'art. 113 Cost. il quale non avrebbe un valore soltanto processuale in quanto *"affermare che la tutela giurisdizionale è sempre ammessa è un sicuro indice dell'esistenza di norme sostanziali che assicurano sempre la tutela contro gli atti illeciti della Pubblica Amministrazione e perciò di una responsabilità della Pubblica Amministrazione distinta rispetto a quella dei pubblici dipendenti (se si accetta che la responsabilità di questi ultimi sia limitabile, in deroga alle norme generali in materia)"*.

58 A. CARIOLA, *Schema a tesi per uno studio sulla responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale: le posizioni formali assunte dalla Corte e le esigenze di risarcimento integrale delle situazioni giuridiche lese*, in A. CARIOLA, A. CORSARO, G. D'ALLURA, F. FLORIO, AA. VV., *I danni: verso quali prospettive?*, Torino, 2008, p. 126.

59 Aderendo a questa impostazione sarebbe possibile superare le critiche alla tesi della responsabilità diretta della Pubblica amministrazione mosse da F. FRACCHIA, *op. cit.*, *passim*. Secondo l'Autore, infatti, l'art. 28 Cost. rappresenterebbe l'unico referente normativo fondante la responsabilità della Pubblica amministrazione nell'ipotesi di illecito civile da attività provvedimentale che in combinato disposto con l'art. 2049 c.c. la qualificherebbe sempre come indiretta. Epperò, rinvenendo l'unico fondamento della responsabilità in tali articoli è costretto ad operare, come dallo Stesso riconosciuto, forzature per spiegare la responsabilità della Pubblica amministrazione in assenza di un illecito del dipendente, ovvero in presenza di fatto del dipendente connotato da colpa lieve o quando il dipendente sia rimasto ignoto, oppure non sia individuabile un soggetto in colpa. Segnatamente, in questi casi secondo l'Autore sarebbe pur sempre possibile individuare un soggetto in colpa nei dirigenti in quanto dotati di poteri in grado di arginare il verificarsi di illeciti, ovvero per il caso in cui nessuna iniziativa diligente sarebbe stata in grado di impedire l'illecito l'Amministrazione dovrebbe rispondere ex art. 2050 c.c. per attività pericolosa per la collettività. Appare, dunque, meno articolata e dotata di maggiore coerenza sistematica la soluzione che vede scindere le questioni, cioè a dire per il caso di responsabilità del dipendente il fondamento della responsabilità diretta di tipo solidale della

Pubblica amministrazione deve rinvenirsi nell'art. 28 Cost., diversamente negli altri casi, ricorrendone i presupposti, si potrà configurare un'autonoma e diretta responsabilità dell'Amministrazione fondata sull'art. 113 Cost. e che troverebbe ulteriore conferma in quanto disposto all'art. 97 Cost.

60 Secondo F. MERUSI, *op. cit.*, p. 60, l'accettazione della teoria dell'immedesimazione organica ai fini dell'affermazione della responsabilità dello Stato comporta che il rapporto organico, come sostenuto da A. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1978, p. 784, a cui rinvia, si spezza quando il dipendente agisca con dolo per finalità proprie e cioè in quasi tutte le ipotesi di reato.

61 Cfr. Cass. pen. sent. n. 13799 del 2015 che, escludendo che il rapporto di immedesimazione organica possa costituire un limite a qualsiasi responsabilità dell'Amministrazione per fatti compiuti approfittando dello svolgimento della funzione pubblica, ha affermato il principio di diritto secondo cui "sussiste la potenziale responsabilità civile della Pubblica Amministrazione per le condotte di propri dipendenti che, sfruttando l'adempimento di funzioni pubbliche ad essi espressamente attribuite, ed in esclusiva ragione di un tale adempimento che quindi costituisce l'occasione necessaria e strutturale del contatto, tengano condotte, anche di rilevanza penale e pur volte a perseguire finalità esclusivamente personali (...)" configurandosi però per tale ipotesi una responsabilità indiretta ex art. 2049 c.c.

62 Così V. TENORE, *Responsabilità cit.*

63 Invero, nel caso di illeciti penali dolosi che abbiano cagionato un danno alla Pubblica amministrazione sarebbe pur sempre configurabile la giurisdizione contabile per il danno erariale diretto.

64 In virtù del quale " *Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi*".

65 Ed infatti, ai sensi del c. 1 " *Sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni. Non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico*", chiarendo ai successivi cc. 4 e 5 che " *Sono attribuite alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo le controversie relative ad atti, provvedimenti o omissioni delle pubbliche amministrazioni, comprese quelle relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, pure se introdotte in via autonoma*" e che " *Nelle materie di giurisdizione esclusiva, indicate dalla legge e dall'articolo 133, il giudice amministrativo conosce, pure ai fini risarcitori, anche delle controversie nelle quali si faccia questione di diritti soggettivi*".

66 L'articolo, infatti, dopo aver chiarito che " *L'azione di condanna può essere proposta contestualmente ad altra azione o, nei soli casi di giurisdizione esclusiva e nei casi di cui al presente articolo, anche in via autonoma*" dispone che " *Può essere chiesta la condanna al risarcimento del*

danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria. Nei casi di giurisdizione esclusiva può altresì essere chiesto il risarcimento del danno da lesione di diritti soggettivi".

67 Cfr. Cass. Sez. Un. sentt. nn. 4614 e 5926 del 2011.

68 In particolare, le Sezioni Unite con la sent. n. 13659 del 2006 hanno chiarito che l'art. 103 Cost. "non consente di ritenere che il giudice amministrativo possa conoscere di controversie di cui non sia parte una pubblica amministrazione, o soggetti ad essa equiparati" e che dunque la "pretesa risarcitoria avanzata nei confronti del funzionario cui era imputata l'adozione di provvedimento illegittimo (...) va devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario in quanto fondata sulla deduzione di un fatto illecito extracontrattuale e intercorrente tra privati, non ostando a ciò la proposizione della domanda anche nei confronti dell'ente pubblico sotto il profilo della responsabilità solidale dello stesso, attenendo al merito l'effettiva riferibilità all'ente dei comportamenti dei funzionari". A tal proposito cfr. anche Cass. Sez. Un. sent. n. 4591 del 2006 e Cass. civ. sentt. nn. 5123 del 1994 e 16276 del 2015.

69 Sent. n. 3981 del 2006 secondo cui ragioni sistematiche impongono di individuare un unico giudice per fattispecie di responsabilità solidale "e non su esigenze sussistenti solo in caso di connessione tra le due domande, dovendosi aderire all'orientamento delle Sezioni Unite della Cassazione, secondo cui la giurisdizione non può essere condizionata da ragioni di connessione". In particolare secondo il giudice amministrativo "sia l'art. 35, comma 1, del D. Lgs. n. 80/1998, sia l'art. 7, comma 3 della legge n. 1034/1971 prevedono che il giudice amministrativo, nell'ambito della giurisdizione sia esclusiva che di legittimità, disponga il (o conosca delle controversie relative al) risarcimento del danno ingiusto, senza limitare tale giurisdizione alle domande proposte nei confronti della sola amministrazione. Deve, quindi, ritenersi che quando il danno richiesto sia diretta conseguenza di una illegittimità provvedimentoale, e non derivi da meri comportamenti dei pubblici dipendenti, la giurisdizione del giudice amministrativo in ordine alle domande risarcitorie proposte nei confronti dell'amministrazione, si estenda anche alle domande proposte nei confronti dei dipendenti".

70 Si segnala un precedente isolato delle Sezioni Unite che con l'ord. n. 10180 del 2004, benché non abbiano affrontato in modo diretto la questione, hanno riconosciuto la giurisdizione del giudice amministrativo sull'intera domanda proposta anche nei confronti del dipendente, evidenziando che la "concentrazione presso il giudice amministrativo - anche nell'ambito della sua giurisdizione di legittimità - del potere di procedere al risarcimento del danno consente di risolvere in un unico giudizio non solo le questioni relative all'annullamento degli atti illegittimi ma anche quelle attinenti al ristoro del pregiudizio da questi determinato, eliminando in tal modo il pericolo di contrasto fra giudicati ed eliminando quegli inconvenienti propri della doppia giurisdizione (...)".

71 Ord. n. 19677 del 2016.

72 Sent. n. 3981 del 2006.

73 *Contra* F. GARRI, *La cit.*, p. 10, secondo l'Autore "quando della responsabilità della pubblica amministrazione conosca il giudice amministrativo non è ipotizzabile che possa essere convenuto innanzi ad esso il dipendente", ipotizzando così o la possibilità di convenire il

dipendente dinnanzi al giudice ordinario, ovvero ammettendo soltanto l'azione nei confronti della pubblica amministrazione e poi l'azione di rivalsa nei confronti del dipendente dinnanzi alla Corte dei conti.

74 F. GIGLIOTTI, *op. cit.*, p. 1125.

75 Ai sensi del quale "La domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi è proposta entro il termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo. Nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti", precisando al successivo comma che "Per il risarcimento dell'eventuale danno che il ricorrente comprovi di aver subito in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, il termine di cui al comma 3 non decorre fintanto che perdura l'inadempimento. Il termine di cui al comma 3 inizia comunque a decorrere dopo un anno dalla scadenza del termine per provvedere".

76 Cfr. F. GIGLIOTTI, *op. cit.*, p. 1126, in nota, che evidenzia come "un eventuale consolidamento della ritenuta riferibilità del termine decadenziale di cui all'art. 30, comma 3, c.p.a. solo alla P.A., i casi di "persecuzione" personale del dipendente risulteranno inevitabilmente destinati - in modo anche considerevole - ad aumentare".

77 Il Tar Sicilia (ord. n. 1628 del 2011) sul presupposto dell'irragionevolezza del termine decadenziale per l'esercizio dell'azione risarcitoria, ritenendo più congrua la previsione di un termine prescrizione ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'articolo 30, c. 5, c.p.a. Epperò, la Corte costituzionale con la sent. n. 280 del 2012 ne ha dichiarato l'inammissibilità. Con la successiva ord. n. 57 del 2015 la Consulta ha poi chiarito che alle azioni risarcitorie proposte anteriormente all'entrata in vigore del codice del processo amministrativo trova applicazione il regime di prescrizione quinquennale di diritto comune e non il termine decadenziale di cui al sopravvenuto art. 30, c. 5, c.p.a.

78 La possibilità che il giudizio amministrativo sia promosso da un soggetto privato contro un altro privato è rilevata da A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2014, p. 180. Secondo l'Autore, infatti, ciò sarebbe conseguenza dell'ampiezza raggiunta dalla giurisdizione esclusiva, precisando che l'assegnazione al giudice amministrativo di vertenze promosse da soggetti privati va valutata con criteri rigorosi di coerenza e ragionevolezza, ammettendosi in casi particolari ove sia tendenzialmente indifferente che il rapporto controverso intercorra con amministrazioni o con privati.

79 Sulla natura della responsabilità civile del medico si segnalano, tra i tanti studi: R. BREDA, *La responsabilità civile dell'esercente la professione sanitaria alla luce della c.d. legge Balduzzi: ipotesi ricostruttive a confronto*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2013, f. 2, p. 751 ss.; P. GATTARI, *Profili civilistici della legge Balduzzi: il «senso» del richiamo all'art. 2043 c.c.*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2014, f. 3, p. 1039 ss.; V. CARBONE, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, in *Danno e responsabilità*, 2013, 378 ss.; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, p.

475 ss.; F. CARINGELLA, L. BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, Roma, 2016, p. 707 ss.; S. BAGGIO, *La responsabilità della struttura sanitaria*, Milano, 2008, p. 460 ss.

80 Cfr. V. TENORE, *La responsabilità civile cit.*, p. 12 ss. e 74 ss. ed anche F. FRACCHIA, *op. cit., passim*, l'Autore sebbene qualifichi la responsabilità del dipendente verso terzi in termini extracontrattuali e limitata ai casi in cui la condotta illecita sia espressione di dolo o colpa grave, ritiene, invece, che la responsabilità della Pubblica amministrazione sia indiretta e da ricondurre allo schema dell'art. 2049 c.c. in quanto altrimenti una responsabilità diretta risulterebbe inconciliabile con la matrice psicologica della colpa dell'autore dell'illecito.

81 F. GIGLIOTTI, *op. cit., passim*.

82 Il concetto di danno ingiusto è ripreso anche dall'art. 30 c.p.a.

83 Così F. GIGLIOTTI, *op. cit., passim*, secondo l'Autore tale disciplina andrebbe applicata anche per il caso di lesioni di interessi legittimi ove la responsabilità del dipendente presenterebbe affinità con la responsabilità aquiliana per lesione del credito.

84 C. cost. sentt. nn. 18 del 1989 e 24 del 1993.

85 Cfr. R. PUCELLA, *Prestazione medica negligente - Responsabilità dell'ente ospedaliero*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, I, 604 ss.

86 Cass. civ. sentt. nn. 2144 del 1988, 5939 del 1993, 4152 del 1995 e 4058 del 2005.

87 C. CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 475 ss.

88 Sent. n. 589 del 1999.

89 Cfr. Cass. civ. sent. n. 2750 del 1998 che ha ritenuto di non dover affrontare la questione dell'applicabilità delle disposizioni del d.P.R. n. 3 del 1957, avendo considerato che ogni problema restava superato dall'accertamento condotto sul grado della colpa in termini di gravità.

90 Cfr. C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 637, in nota, secondo l'Autore la limitazione ai casi di dolo e colpa grave di cui all'art. 23, d.P.R. n. 3 del 1957 deve ritenersi generalizzata. Cfr. Cons. St. sent. n. 3981 del 2006. Si pensi anche all'art. 58, l. 142 del 1990 che espressamente sancisce che in materia di responsabilità degli amministratori e del personale degli enti locali debbano osservarsi le disposizioni vigenti in materia di responsabilità degli impiegati civili dello Stato.

91 Ai sensi del quale " In materia di responsabilità, ai dipendenti delle unità sanitarie locali si applicano le norme vigenti per i dipendenti civili dello Stato di cui al decreto del Presidente della Repubblica 10 gennaio 1957, n. 3, e successive integrazioni e modificazioni. Le unità sanitarie locali possono garantire anche il personale dipendente, mediante adeguata polizza di assicurazione per la responsabilità civile, dalle eventuali conseguenze derivanti da azioni giudiziarie promosse da terzi, ivi comprese le spese di giudizio, relativamente alla loro attività, senza diritto di rivalsa, salvo i casi di colpa grave o di dolo".

92 G. MARZO, *Appunti sulla responsabilità civile in campo medico*, in *Giur. it.*, 1986, I, 2, p. 681 ss., secondo l'Autore l'applicazione dell'art. 28, d.P.R. n. 761 del 1979 creerebbe una disparità tra medico pubblico dipendente e medico libero professionista o dipendente da struttura privata lesiva dell'art. 3 Cost. ed impoverirebbe la funzione sanzionatoria della responsabilità.

93 P. G. MONATERI, *La responsabilità civile*, Torino, 1998, p. 768

94 M. CLARICH, *La responsabilità del medico nelle strutture sanitarie pubbliche*, in AA. VV., *La responsabilità medica*, Milano, 1982, p. 178 ss.

95 M. CLARICH, *op. ult. cit.*, p. 179, l'Autore rilevando che tale interpretazione possa comportare una situazione di privilegio per i medici ospedalieri rispetto ai professionisti privati, per fugare una tale disparità ritiene doversi operare un'interpretazione necessitata dell'art. 2236 c.c. nei confronti dei medici privati che ne stemperi la portata rinviando a quanto proposto da G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, 73 ss., ovvero considerando la colpa grave una colpa lieve valutata tenendo conto della speciale difficoltà della prestazione.

96 A tal proposito cfr. la nota critica di A. PRINCIGALLI, *Medici pubblici dipendenti responsabili come liberi professionisti?*, in *Foro it.*, 1988, I, p. 2296 ss. ed anche F. GARRI, *La cit.*, p. 380 ss.

97 L. n. 189 del 2012 che ha convertito con modificazioni il d.l. n. 158 del 2012 ed è intervenuta nel settore sanitario con rilevanti disposizioni in tema di responsabilità sia penale sia civile dell'esercente la professione sanitaria. Segnatamente, l'art. 3, c. 1, d. l. 158 del 2012 come convertito 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. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo".

98 Cfr. Cass. civ. sentt. nn. 4030 del 2013 e 14188 del 2016 ed ord. n. 8940 del 2014.

99 Si deve però rilevare che l'applicazione analogica dell'art. 2236 c.c. alla responsabilità extracontrattuale sebbene risulti essere l'interpretazione dominante nella giurisprudenza civile come evidenziato da S. BAGGIO, *op. cit.*, p. 805 e condivisa da una parte della dottrina ed in particolare da C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 582, è criticata da C. CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 486. Secondo l'Autore, infatti, l'applicazione fatta dalla giurisprudenza dell'art. 2236 c.c. alla responsabilità extracontrattuale non collima con la natura della disposizione in quanto norma disciplinante una responsabilità contrattuale. Sull'applicabilità per analogia all'illecito civile della Pubblica amministrazione dell'art. 2236 c.c. da parte del giudice amministrativo si veda S. CIMINI, *op. cit.*, p. 695.

100 *Ex multis* Cass. civ. sentt. nn. 11440 del 1997 e 583 del 2005.

101 Sent. n. 64 del 1992.

102 Sent. n. 166 del 1973. Si tratta di un concetto che il giudice costituzionale ha ribadito con la recente ord. n. 295 del 2013 con cui ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 del c.d. decreto Balduzzi.

103 L'art. 1, c. 1, l. 20 del 1994, infatti, dispone che *"La responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica è personale e limitata ai fatti e alle omissioni commessi con dolo o colpa grave, ferma restando l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali"*.

104 Sent. n. 371 del 1998.

105 Cfr. Cons. St. sent. n. 3981 del 2006. Cfr. anche C. cost. sent. n. 2 del 1968.

106 La versione originaria di tale articolo disponeva infatti *"Fermo restando il disposto dell'articolo 2236 del codice civile, nell'accertamento della colpa lieve nell'attività dell'esercente le professioni sanitarie il giudice, ai sensi dell'articolo 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"*.

107 Cfr. R. BREDA, *op. cit.*, p. 756.

108 Sent. n. 64 del 1992.

109 Cfr. art. 61, l. n. 312 del 1980 in forza del quale *"La responsabilità patrimoniale di personale direttivo, docente, educativo e non docente della scuola materna, elementare, secondaria ed artistica dello Stato e delle istituzioni educative statali per danni arrecati direttamente all'Amministrazione in connessione a comportamenti degli alunni è limitata ai soli casi di dolo o colpa grave nell'esercizio della vigilanza sugli alunni stessi. La limitazione di cui al comma precedente si applica anche alla responsabilità del predetto personale verso l'Amministrazione che risarcisca il terzo dei danni subiti per comportamenti degli alunni sottoposti alla vigilanza. Salvo rivalsa nei casi di dolo o colpa grave, la Amministrazione si surroga al personale medesimo nelle responsabilità civili derivanti da azioni giudiziarie promosse da terzi"*. Tale secondo comma è stato ritenuto dalla Corte costituzionale (sent. n. 64 del 1992) conforme all'art. 28 Cost. Cfr. anche art. 574, d. lgs. n. 297 del 1994.

110 Cfr. V. RAELI, *La responsabilità sanitaria*, in www.lexitalia.it, l'Autore dubita della legittimità costituzionale dell'art. 1, c. 1, l. 20 del 1994 per violazione del principio di uguaglianza poiché *"rimane inspiegabile perché ci si debba contentare di un minor grado di diligenza quando ci siano da affrontare problemi tecnici di particolare difficoltà, giacché in questo si traduce la regola della colpa grave, quando il medico sia citato in giudizio dalla Procura Regionale della Corte dei conti e si esige una diligenza maggiore, ossia un più alto livello di prudenza, di attenzione e quindi di intensità proporzionale alla gravità del caso, quando il medico è citato in giudizio davanti al giudice civile, a titolo di colpa lieve, pur essendo lo stesso comportamento ad essere preso in considerazione in sede giudiziaria"*.

111 Ai sensi dell'art. 52, c. 2, r.d. n. 1214 del 1934 *"la Corte, valutate le singole responsabilità, può porre a carico dei responsabili tutto o parte del danno accertato o del valore perduto"*,

nonché in virtù dell'art. 19, c. 2, d.P.R. n. 3 del 1957 "la Corte, valutate le singole responsabilità, può porre a carico dei responsabili tutto il danno accertato o parte di esso".

112 Cfr. art. 35, d.P.R. n. 761 del 1979 sull'attività libero-professionale all'interno delle strutture e dei servizi della unità sanitaria locale.

113 Cfr. P. GATTARI, *op. cit.*, p. 1044.

114 Cfr. S. BAGGIO, *op. cit.*, p. 500 ss.

115 Cfr. artt. 2 e 3, c. 2, l. a, d.l. n. 158 del 2012, convertito con modificazioni dalla l. n. 189 del 2012.

116 C. CHIARENZA, P. EVANGELISTA, *Il giudizio di responsabilità innanzi alla Corte dei conti*, in V. TENORE (a cura di), *La nuova cit.*, p. 578 ss.

117 P. EVANGELISTA, *I rapporti tra giudizi risarcitori: i riflessi del giudicato amministrativo e civile di danno, anche in sede penale, nel connesso giudizio contabile per responsabilità amministrativa*, in *www.rivistacorteconti.it*. Cfr. anche C. conti, III App., n. 623 del 2005.

118 Cfr. F. GARRI, G. DAMMICCO, A. LUPI, P. DELLA VENTURA, L. VENTURINI, *op. cit.*, p. 263.

119 Salvo il caso che si sia opposta la parte civile che non abbia accettato il rito abbreviato ex art. 442 c.p.p.

120 Così C. CHIARENZA, P. EVANGELISTA, *op. cit.*, p. 564.

121 Ai sensi del quale *"la sentenza penale irrevocabile di assoluzione pronunciata in seguito a dibattimento ha efficacia di giudicato, 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 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'articolo 75, comma 2. La stessa efficacia ha la sentenza irrevocabile di assoluzione pronunciata a norma dell'articolo 442, se la parte civile ha accettato il rito abbreviato"*.

122 Si pensi al caso in cui giudice penale abbia escluso la sussistenza dell'elemento psicologico del dolo e dunque la configurabilità del reato, non punibile a titolo di colpa, ciò non assume un ruolo preclusivo ai fini dell'accertamento della responsabilità amministrativo-contabile, poiché in tale ipotesi i giudici contabili sono tenuti a valutare la condotta anche sotto il profilo della colpa grave.

123 Cfr. C. CHIARENZA, P. EVANGELISTA, *op. cit.*, p. 565 ss.

124 Sent. n. 1768 del 2011 con note P. SANDULLI, *In tema di giudicato penale nel processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2011, 4, p. 991 ss. e A. DI MAJO, *Il danno e il reato (tornando a Carnelutti!)*, in *Corr.*

giur., 2011, 5, p. 650 ss.

125 Cfr. A. VETRO, *La responsabilità penale del medico, secondo l'art. 3 del d.l. n. 158/2012, convertito in legge n. 189/2012: riflessi sui giudizi di responsabilità amministrativa dinanzi alla Corte dei conti*, in *www.lexitalia.it*.

126 Sent. n. 35953 del 2014.

127 Sulla causalità civile e penale in campo medico si rinvia a F. CARINGELLA, L. BUFFONI, *op. cit.*, p. 703 ss.

128 Cfr. D. CHINDEMI, *Il danno cit.*, p. 1168.

129 Cfr. C. conti, sez. Emilia-Romagna, n. 49 del 2016 secondo cui nell'ipotesi di responsabilità per danno erariale indiretto spetta alla Corte dei conti giudicare autonomamente il comportamento dei pubblici dipendenti convenuti con una valutazione sull'effettiva sussistenza degli elementi della responsabilità amministrativa sia sotto il profilo soggettivo sia sotto il profilo oggettivo.

130 Sent. n. 581 del 2008.

131 Cfr. C. conti, sez. Emilia-Romagna, n. 106 del 2015; C. conti, sez. Sicilia, n. 382 del 2014. Cfr. anche A. VETRO, *La responsabilità amministrativo-contabile cit.*

132 Per uno studio specifico sulla responsabilità amministrativo-contabile del medico ginecologo ospedaliero si rinvia a L. GRECO, *La rilevanza civile ed amministrativo-contabile del danno da parto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, 55 ss.

133 Sulla colpa grave in campo medico nella giurisprudenza contabile si rinvia a V. RAELI, *op. cit.*

134 Cfr. A. VETRO, *La responsabilità penale cit.* e D. CHINDEMI, *Il danno cit.*, p. 1168 ss.

135 Sent. n. 49 del 2016.

136 Cfr. Cass. pen. sentt. nn. 8254 del 2010, 43786 del 2010, 35922 del 2012, 11493 del 2013 e 16237 del 2013.

137 Cass. pen. sent. n. 35922 del 2012.

138 Cass. pen. sent. n. 16237 del 2013.

139 Cass. pen. sent. n. 35922 del 2012.

140 Cass. pen. sent. n. 8254 del 2010.

141 Cass. pen. sent. n. 16237 del 2013.

142 E. CASTORINA, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, in www.rivistaaic.it, l'Autore evidenzia "il rischio della possibile coesistenza di «più» normative tecniche territoriali, non coordinate tra loro e in potenziale conflitto col principio di uguaglianza in ordine all'accesso al servizio sanitario", concludendo poi che "le acquisizioni della scienza e della tecnica, per il diritto costituzionale, dunque, rimangono un «fatto» che solo l'ordinamento giuridico – realtà sempre meno ristretta nei confini nazionali – può qualificare in base a «giudizi» che gettano un «ponte» tra «essere» e «dover essere», tra la natura, come viene decifrata dalle scienze, e la prescrittività della regola di diritto, i cui pilastri sono i principi e i valori sui quali progredisce lo scenario costituzionale globale".

143 Cfr. Cass. Sez. Un. sent. n. 577 del 2008 secondo cui "si può avere una responsabilità contrattuale della struttura verso il paziente danneggiato non solo per il fatto del personale medico dipendente, ma anche del personale ausiliario, nonché della struttura stessa (insufficiente o inadeguata organizzazione)".

144 Cfr. S. CIMINI, *op. cit.*, p. 702, sebbene l'Autore evidenzi che la tendenza della giurisprudenza a parametrare l'elemento soggettivo della responsabilità della Pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi sul requisito soggettivo della colpa grave è destinata a produrre un cospicuo aumento della responsabilità per danno erariale indiretto in quanto piuttosto che riconoscere un'autonoma responsabilità alla Pubblica amministrazione si cercherà di identificare sempre il responsabile del malfunzionamento dell'azione amministrativa, risultando pertanto più frequente l'ipotesi di condanna per fatto del proprio dipendente.

145 Ai sensi dell'art. 3, c. 2-*bis*, d.l. n. 543 del 1996, convertito con modificazioni dalla l. n. 639 del 1996, "In caso di definitivo proscioglimento ai sensi di quanto previsto dal comma 1 dell'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, come modificato dal comma 1 del presente articolo, le spese legali sostenute dai soggetti sottoposti al giudizio della Corte dei conti sono rimborsate dall'amministrazione di appartenenza". Sulla disciplina del rimborso delle spese defensionali sostenute da soggetti sottoposti a giudizio di responsabilità dinanzi alla Corte dei conti e risultati prosciolti nel merito e sul problema della relativa competenza giurisdizionale si rinvia a L. D'ANGELO, *Proscioglimento nel merito del convenuto nei giudizi innanzi alla Corte dei Conti e condanna alle spese dell'amministrazione: un nuovo orientamento giurisprudenziale?*, in www.respamm.it e A. VETRO, *La disciplina relativa alla liquidazione delle spese legali nei giudizi di responsabilità amministrativo-contabile, alla luce della recente sentenza del T.A.R. del Lazio 9 dicembre 2015 n. 13753*, in www.giuristidiamministrazione.com.

146 Art. 3, c. 5, l. e, d.l. n. 138 del 2011, convertito con modificazioni dalla l. 148 del 2011, in virtù del quale "a tutela del cliente, il professionista è tenuto a stipulare idonea assicurazione per i rischi derivanti dall'esercizio dell'attività professionale. Il professionista deve rendere noti al cliente, al momento dell'assunzione dell'incarico, gli estremi della polizza stipulata per la responsabilità professionale e il relativo massimale. Le condizioni generali delle polizze assicurative di cui al presente comma possono essere negoziate, in convenzione con i propri iscritti, dai Consigli Nazionali e dagli enti previdenziali dei professionisti".

147 Cfr. A. TITA, *Assicurare la responsabilità medica/sanitaria e certificare i bilanci regionali. Spunti per attuare la "Balduzzi" nel 2014: alcune pronunce 2013 di Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici (AVCP) e di Corte dei Conti*, in www.lexitalia.it.

- 148 M. GAGLIARDI, *Profili di rilevanza assicurativa nella riforma "Balduzzi": poca coerenza e scarsa attenzione al sistema*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2013, f. 2, p. 771 ss.
- 149 R. BREDA, *op. cit.*, p. 753.
- 150 D. lgs. n. 209 del 2005.
- 151 M. GAGLIARDI, *op. cit.*, *passim*.
- 152 Così M. GAGLIARDI, *op. cit.*, p. 774 ss.
- 153 A. TITA, *op. ult. cit.*
- 154 M. GAGLIARDI, *op. cit.*, p. 773.
- 155 Così M. GAGLIARDI, *op. cit.*, p. 774.
- 156 Convertito con modificazioni dalla l. n. 114 del 2014.
- 157 Cfr. M. GAGLIARDI, *Salute e assicurazione: il diritto delle assicurazioni in campo sanitario*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2015, p. 1323.
- 158 Cfr. P. COLAIANNI, *Autoassicurazione e assicurazione nella responsabilità civile medica*, in S. LANDINI (a cura di), *Autoassicurazione e gestione del rischio*, Cesifin online, p. 55 e G. ROMAGNOLI, *Limiti di "praticabilità" della c.d. autoassicurazione della responsabilità medica da parte delle amministrazioni sanitarie*, in S. LANDINI (a cura di), *op. cit.*, p. 62 ss.
- 159 G. ROMAGNOLI, *Riflessioni critiche sull'autoassicurazione della responsabilità medica: compatibilità della scelta delle Regioni e delle aziende sanitarie con i principi di diritto interno ed europeo*, in www.giustamm.it.
- 160 P. COLAIANNI, *op. cit.*, *passim*.
- 161 G. ROMAGNOLI, *Riflessioni cit.*
- 162 Cfr. E. GALANTI, *Assicurazione obbligatoria e self-insurance possono coesistere? Alcuni spunti da giurisprudenza e prassi*, in S. LANDINI (a cura di), *op. cit.*, p. 71 ss.
- 163 P. COLAIANNI, *op. cit.*, *passim*, l'Autore evidenzia come l'autoassicurazione parziale possa comportare problematiche non banali "in tutte quelle ipotesi in cui il sinistro, inizialmente valutabile o stimato – anche sulla scorta di una prima rappresentazione parziale da parte del danneggiato o suo patrocinatore – entro la soglia dell'autoassicurazione, finisca nel prosieguo per superare il suddetto limite, nel mentre l'iniziale gestione è rimasta in capo alla struttura sanitaria", giocando "un ruolo fondamentale, in tali casi, la sollecita informazione all'assicuratore di elementi sopravvenuti e l'evoluzione peggiorativa di situazioni anche note che determinino

tali passaggi gestionali, ad evitare possibili reciproche contestazioni di cattiva gestione, mancato raggiungimento di possibili soluzioni transattive economicamente convenienti”.

164 Così P. COLAIANNI, *op. cit.*, p. 43.

165 P. COLAIANNI, *op. cit.*, p. 43.

166 E. GALANTI, *op. cit.*, p.79 ss., l'Autore rileva poi come nel sistema misto alla franchigia possa affiancarsi un sistema di *Self Insurance Retention* che “comporta, per la struttura assicurata, anche l'onere di gestire e liquidare in autonomia il sinistro che non va quindi denunciato all'assicurazione”.

167 G. ROMAGNOLI, *Riflessioni cit.*

168 Così G. ROMAGNOLI, *Limiti cit.*, p. 62.

169 E. GALANTI, *op. cit.*, p. 84, secondo l'Autore, infatti, “nel settore RC auto la franchigia può comportare solo una partecipazione (responsabilizzante) dell'assicurato all'onere di risarcimento dei sinistri ma non può essere fissata ad un livello così alto da addossare a quest'ultimo una serie indeterminata o, comunque, la grande maggioranza dei sinistri”.

170 In tali ipotesi, ricorrendone i presupposti, si potrebbe anche profilare una responsabilità dirigenziale. A tal proposito si rinvia a V. TENORE, *La responsabilità dirigenziale*, in V. TENORE, L. PALAMARA, B. MARZOCCHI BURATTI, *op. cit.*, p. 469 ss.

171 Cfr. G. ROMAGNOLI, *Riflessioni cit.* e P. COLAIANNI, *op. cit.*, p. 54.

172 Per alcune statistiche sul settore della responsabilità civile delle strutture sanitarie si rinvia a R. MANZATO, *Alcune considerazioni sulle coperture assicurative della malpractice medica*, in S. LANDINI (a cura di), *op. cit.*, p. 87 ss.

173 Cfr. A. TITA, *Assicurare cit.*

174 Così, A. TITA, *Assicurare cit.*

175 Sui controlli della Corte dei conti nei confronti delle Regioni e degli Enti locali si rinvia a A. BALDANZA, *Le funzioni di controllo della Corte dei conti*, in V. TENORE (a cura di), *La nuova cit.*, p. 1117 ss.

176 Su tale questione è recentemente intervenuta la Corte di Cassazione con la sent. n. 13233 del 2014, che ha affermato il divieto di cumulo in quanto l'indennizzo dovuto dall'assicuratore ed il risarcimento dovuto dal responsabile assolvono ad una identica funzione risarcitoria e pertanto non possano essere cumulati.

177 Cfr. P. COLAIANNI, *op. cit.*, p. 53, l'Autore rileva il diverso atteggiarsi del patto di gestione della lite nel caso di autoassicurazione parziale.

178 Sull'annosa questione della validità delle clausole *claims made* sono recentemente intervenute le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sent. n. 9140 del 2016 che, accedendo ad un concetto di incertezza relativa e soggettiva che deve caratterizzare il contratto di assicurazione, ne hanno riconosciuto la validità. Per un commento a tale importante arresto della Cassazione e per un'analisi delle clausole soventi inserite nei contratti di assicurazione per la responsabilità civile si rinvia a A. ROMEO, *Vessatorietà, atipicità e dubbia meritevolezza delle clausole claims made*, in www.dirittocivilecontemporaneo.com.

179 Cfr. A. ROMEO, *op. cit.*

180 Cfr. P. COLAIANNI, *op. cit.*, p. 42.

181 Cfr. P. COLAIANNI, *op. cit.*, p. 44.

182 Cfr. Cons. St. parere n. 486 del 2015 secondo cui "deve ritenersi che l'obbligo di assicurazione per gli esercenti le professioni sanitarie non possa ritenersi operante fino a quando non sarà avvenuta la pubblicazione ed esaurita la vacatio legis del D.P.R. previsto dalla Legge Balduzzi, che «disciplinerà le procedure e i requisiti minimi ed uniformi per l'idoneità dei contratti assicurativi. Conseguentemente, sino ad allora, non potrà essere considerata quale illecito disciplinare la mancata stipula di una polizza assicurativa, da parte degli esercenti le professioni sanitarie» Questo è ciò che riporta il parere del Consiglio di Stato in risposta ad un quesito formulato dal Ministero della Salute".

183 Sulle polizze assicurative a garanzia della responsabilità amministrativo-contabile e sull'incidenza dell'art. 3, c. 59, l. n. 244 del 2007, legge finanziaria del 2008, si rinvia a V. TENORE, *La responsabilità amministrativo-contabile cit.*, p. 275 ss.

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

185 C. CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 428.

186 Cfr. art. 1917, c. 1, c.c. il quale dispone che "*Nell'assicurazione della responsabilità civile l'assicuratore è obbligato a tenere indenne l'assicurato di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, deve pagare a un terzo, in dipendenza della responsabilità dedotta nel contratto. Sono esclusi i danni derivanti da fatti dolosi*". Cfr. anche Cass. civ. sent. n. 5273 del 2008.

187 La Corte costituzionale con la sent. n. 2 del 1968 ha, infatti, chiarito che l'art. 28 Cost. sancisce un principio generale che da una parte rende personalmente responsabili i dipendenti, ma che "dall'altra non esclude, poiché la norma rinvia alle leggi ordinarie, che codesta responsabilità sia disciplinata variamente per categorie o per situazioni", con l'esclusione però di "una negazione totale, che violerebbe apertamente quel principio o peccherebbe di irragionevolezza".

188 Sulle diverse interpretazioni e sui dubbi di costituzionalità dell'art. 28, c.2, d.P.R. n. 761 del 1979 si rinvia a A. PRINCIGALLI, *op. cit.*, p. 2299; M. CLARICH, *La cit.*, p. 178 e G. MOR, G. PALEOLOGO, N. SPERANZA, *Il personale dipendente delle unità sanitarie locali nel D.P.R. 761/1979*, Milano, 1983, p. 281.

189 L'art. 28, c.1, d.P.R. n. 761 del 1979, infatti, disponendo che in materia di responsabilità ai dipendenti delle unità sanitarie si applicano le norme vigenti sancite dal d.P.R. n. 3 del 1957, rinvia anche all'art. 22 che nell'ipotesi di danno cagionato al terzo dal dipendente e risarcito dalla Pubblica amministrazione fa salva la rivalsa ai sensi degli artt. 18 e 19 che demandano la relativa competenza giurisdizionale alla Corte dei conti.

190 Così la sentenza *"Ed invero, se per circostanze meramente casuali-temporali un sinistro si verificasse sotto la vigenza temporale della parte iniziale di una polizza, ergo in un periodo in cui la franchigia aggregata è totalmente ancora aperta e quindi a carico dell'Azienda, quest'ultima si accollerebbe l'intero costo dell'esborso risarcitorio e, a catena, il medico (o l'infermiere) verrebbe convenuto in sede di rivalsa giuscontabile per il totum di tale importo. Se invece, per parimenti casuali circostanze temporali, il medesimo medico (o infermiere) commettesse un errore sanitario risarcibile sotto la vigenza temporale della fase finale di una polizza, ergo in un periodo in cui la franchigia aggregata si è totalmente erosa, l'Assicurazione pagherebbe in via esclusiva il sinistro al terzo danneggiato, senza oneri sulla Azienda sanitaria e, a catena, senza possibili rivalse giuscontabili sul medico (o infermiere)"*.

191 Cfr. C. CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 421.

192 Il testo è consultabile sul sito *web* del Senato (www.senato.it).

193 Cfr. art. 10, d.d.l. Gelli.

194 A. CARIOLA, *Schema cit.*, p. 124, l'Autore evidenzia in particolare che nell'esperienza giuridica "quasi si rincorrono fatti, diritti e tutele giurisdizionali in un incessante moto".

195 Così G. A. FERRO, *Nuove frontiere della tutela del turista-consumatore nello spazio giuridico europeo e antiche diatribe domestiche: riflettendo sul c.d. "danno da vacanza rovinata"*, in www.forumcostituzionale.it, l'Autore osserva che "aprire il catalogo dei diritti fondamentali non può, per ciò solo, tradursi nella creazione di una tavola di cera su cui incidere, di volta in volta, le più disparate *forme degli umani desideri*, quasi ad attribuire alla Costituzione un volto ludico-edonistico, che sembra francamente non possedere".

196 E. CASTORINA, *op. cit.*

197 Sulla quantificazione del danno erariale e sul potere riduttivo dell'addebito si rinvia a V. TENORE, *La responsabilità amministrativo-contabile cit.*, p. 207 ss.

198 Sent. n. 371 del 1988.

199 Sent. n. 166 del 1973.

200 Cfr. art. 6, d.d.l. Gelli.

201 Cfr. art. 7, d.d.l. Gelli.

202 Cfr. art. 5, d.d.l. Gelli.

203 Cfr. art. 10, d.d.l. Gelli.

204 Cfr. art. 11, d.d.l. Gelli.

205 Cfr. art. 12, d.d.l. Gelli.

206 Cfr. art. 13, d.d.l. Gelli.

207 Cfr. art. 9, d.d.l. Gelli.

208 C. CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 486.

209 Cfr. C. cost. sent. n. 64 del 1992. Sulla limitazione della responsabilità civile ai soli casi di dolo o colpa grave quale regola generale applicabile tendenzialmente a tutti i pubblici dipendenti salvo diverse disposizioni speciali cfr. anche S. TROILO, *Ancora in tema di responsabilità civile dei magistrati: gli sviluppi più recenti*, in www.giurcost.org.

210 Tali previsioni sembrerebbero legittimare un intervento *ex art.* 105 c.p.c. dell'esercente la professione sanitaria nel giudizio promosso contro la struttura sanitaria o contro l'impresa di assicurazione.

211 Cfr. C. cost. sentt. nn. 641 del 1987, 773 del 1988, 24 del 1993 e 385 del 1996.

212 Sent. n. 64 del 1992.

213 Sulle principali differenze tra azione civile e azione contabile si rinvia a V. TENORE, *La responsabilità amministrativo-contabile: profili cit.*, p. 41, in nota.

214 Cfr. art. 11, d.d.l. Gelli.

215 Sulla responsabilità civile del magistrato ed in particolare sull'azione di rivalsa si rinvia a P. D'OVIDIO, *La responsabilità civile del magistrato*, in V. TENORE (a cura di), *Il magistrato e le sue quattro responsabilità*, Milano, 2016, p. 144 ss.

216 Cfr. art. 13, c. 1, l. n. 117 del 1988, come modificato dalla l. n. 18 del 2015.

217 Cfr. art. 4, c. 2, l. n. 117 del 1988.

218 Cfr. P. D'OVIDIO, *op. cit.*, p. 144 ss.

219 Sui rapporti tra azione civile ed azione contabile, sulla tipologia dei danni vagliabili dalla Corte dei conti e sugli obblighi di rivalsa nel caso di responsabilità del magistrato si rinvia a V. TENORE, *La responsabilità amministrativo-contabile del magistrato*, in V. TENORE (a cura di), *Il magistrato cit.*, p. 659 ss.

220 Cfr. P. D'OVIDIO, *op. cit.*, p. 151.

221 Cfr. E. CASTORINA, *op. cit.*

222 Dopo soli due mesi dall'entrata in vigore della l. n. 18 del 2015 che ha modificato la l. n. 117 del 1988 sono, infatti, intervenute due distinte ordinanze di remissione alla Corte costituzionale. Per un'analisi di tali ordinanze si rinvia a P. D'OVIDIO, *op. cit.*, p. 10 ss. Sui problemi di compatibilità costituzionale della disciplina della responsabilità civile dei magistrati cfr. anche A. VETRO, *La nuova disciplina sulla responsabilità civile dei magistrati, ai sensi della legge 27 febbraio 2015 n. 18: profili di incostituzionalità e presumibili effetti sul funzionamento dell'ordinamento giudiziario*, in www.respamm.it, J. DE VIVO, *La responsabilità civile dei magistrati: alla ricerca del "giusto" equilibrio*, in www.federalismi.it e A. BONOMI, *Profili di costituzionalità della responsabilità civile del magistrato con particolare riferimento ad un'ipotesi di riforma e alcuni cenni sui profili di costituzionalità della responsabilità disciplinare*, in www.forumcostituzionale.it.