14.04.2010 CORTE dei CONTI - (sulla natura del rapporto di lavoro dei medici di medicina generale)

CORTE dei CONTI - Sicilia; Sent. n. 484 del 08.03.2010

FATTO

A seguito di attività investigativa ,il Comando Tenenza di Taormina della Guardia di Finanza ha rappresentato al Procuratore regionale presso questa Corte che la Sig.ra X. X., titolare della farmacia "E. di H. A.", sita in Z. (Me), Via Z. n.X/D, avrebbe conseguito dal S.S.N. indebiti rimborsi per farmaci scaduti o prossimi alla scadenza.

La stessa , mediante la utilizzazione di ricette, viziate da falsità,avrebbe simulato la vendita, verso pazienti inconsapevoli ed in buona fede , di farmaci scaduti , come tali non più commerciabili e quindi assoggettati alle ordinarie procedure di smaltimento.

Per ottenere il rimborso dal S.S.N. , dai farmaci scaduti od in prossimità di scadenza, staccava le fustelle ed i codici a barre che successivamente erano unite a false ricette mediche , poi utilizzate quale prova degli acquisti simulati .

Per tali fatti pendeva procedimento penale.

In particolare ,secondo il PM ,dal contenuto delle sommarie informazioni rese nel procedimento penale dai direttori tecnici della farmacia succedutisi nel tempo , è deducibile la dinamica della gestione tecnica della farmacia "E. di H. A.".

Infatti , la Sìg. ra X. X. avrebbe posto in essere , senza l'autorizzazione del direttore tecnico ed abusando della qualità di proprietaria della farmacia , comportamenti che denotano indebite ingerenze nelle operazioni di cessione a terzi dei medicinali.

In particolare , la Sig.ra X. avrebbe sottratto al controllo del direttore tecnico della farmacia le ricette attestanti la vendita dei farmaci e avrebbe compilato le distinte riepilogative di accompagnamento da presentare all'A.U.S.L. per il rimborso della quota a carico del S.S.N.

Nelle distinte di riepilogo , la Sig.ra X. avrebbe inserito le ricette ideologicamente false emesse dal dott. Y. Y. verso pazienti inconsapevoli , affetti da patologie compatibili con le prescrizioni mediche in esse riportate. Su tali ricette la X. X. avrebbe apposto le fustelle o i codici a barre dei farmaci scaduti o in scadenza.

Le distinte venivano quindi, presentate per il rimborso all' A.U.S.L. n.5 di Messina che ha effettuato i pagamenti la quale non poteva rilevare alcuna irregolarità in quanto nelle fustelle e nel codici a barre non è indica la data di scadenza del farmaco .

Dalla disamina delle ricette presentate negli anni 2000/2001 dalla farmacia "E. di H. A." all'A.U.S.L. 5 di Messina per il rimborso della quota a carico del S.S.N. ed acquisite in copia presso la P.A. ,il PM ha rilevato che il 40% circa di esse è attribuibile al dott. Y. Y. .

La falsità di tali ricette sarebbe desumibile da una pluralità di circostanze fattuali quali :

• l'emissione con sistemi di dattiloscrittura non posseduti dal dott. Y. il quale, tra l'altro, nelle stesse date riportate nel moduli dattiloscritti emetteva ricette manoscritte (utilizzando perciò due diversi blocchettari) ;

• l'emissione di un elevato numero di ricette dattiloscritte in data 27/1/2001, giorno in cui il dott. Y. è stato sostituito nel servizio da altro medico ;
• la prescrizione di farmaci del tipo di quelli sequestrati, privi di fustelle o di codici a barre, presso l'abitazione della sig.ra X. X.;
• le dichiarazioni dei direttori tecnici della farmacia i quali, escussi dalla polizia giudiziaria nel procedimento penale, hanno escluso che siano mai state presentate in farmacia, per il ritiro di farmaci, ricette dattiloscritte o compilate con l'ausilio di stampanti.
Secondo il PM l'illiceità delle condotte orientate verso il conseguimento dell'indebita locupletazione , imputabili alla Sig.ra X. X. in concorso con il dott. Y. Y. , è valutabile non solo per i profili di responsabilità penale (falso ideologico, falso materiale e truffa) , ma anche per i profili di responsabilità amministrativa riconducibili alla violazione -intenzionale e concorsuale- degli obblighi connessi al rapporto convenzionale con la A.U.S.L. 5 di Messina in base al quale il costo dei farmaci scaduti o non più commerciabili, grava sui gestori delle farmacie e non già sul S.S.N.
Il PM ha quindi notificato una contestazione preliminare di responsabilità -nei confronti della Sig.ra X. nella qualità di gestore della farmacia "E. di H. A." , e del dott. Y. Y. ,nella qualità di medico-convenzionato sottoscrittore delle false ricette , per un danno erariale pari ad Euro 17.281,24, equivalente agli importi indebitamente liquidati dalla A.U.S.L. 5 Messina,a titolo di indebiti rimborsi.
Nell'atto di citazione il PM ha preliminarmente affermato la sussistenza della giurisdizione contabile nel confronti dei soggetti privati (medici e farmacisti) titolari di rapporti convenzionali con il Servizio Sanitario Nazionale .
In proposito ha fatto presente che gli orientamenti della giurisprudenza contabile riconoscono la sussistenza del rapporto di servizio non solo per il contenuto della convenzione stipulata con la A.U.S.L. (la quale inserisce il medico ed il farmacista convenzionato nell'organizzazione amministrativa , attribuendogli la posizione di compartecipe fattivo del servizio pubblico) , ma anche per-la natura dell'attività -talvolta certificativa- connessa alle prescrizioni sanitarie , alla dispensa delle specialità medicinali , ed al controllo sulla tutela della salute in conformità ai fini del servizio sanitario nazionale (v. ex plurimis Corte dei Conti Sez. III Centrale 11 novembre 2002 n.3 52/A) .
Nel merito il PM ha affermato che,nella fattispecie,il danno erariale, consistente negli importi liquidati dalla A.U.S.L. 5 di Messina ed indebitamente percepiti è quantificabile in €. 17.281,54 ed è imputabile alle condotte della sig.ra X. X. e del dott. Y. Y. oltre al danno all'immagine della P.A. da stimare con criteri equitativi .
Nel difetto di altri criteri utilizzabili , ha ritenuto la Procura Regionale di proporre la misura equitativa del 10 % da computare sul danno patrimoniale diretto (€. 17.281,54) , in considerazione della rilevanza sociale della spesa sanitaria e della natura dell'attività certificativa che ha agevolato il perseguimento del lucro illecito.
Successivamente ,con ordinanza n. 77/2005 è stata disposta la sospensione del processo innanzi a questa Corte in attesa della definizione del processo penale pendente per i medesimi fatti.
Con sentenza del Tribunale di Messina n. 388 del 02 ottobre – 15 dicembre 2008, divenuta irrevocabile il 02-02-2009, i convenuti sono stati assolti perché i fatti non sussistono.
Il PM ha quindi riassunto il giudizio con atto depositato il 10-04-2009.
I convenuti , con memorie in atti, hanno chiesto di essere prosciolti da ogni addebito.

DIRITTO

Preliminarmente occorre affrontare il problema della giurisdizione.

Al riguardo si osserva che la sussistenza di un vero e proprio "rapporto di servizio, tra tali i medici di medicina generale di base a rapporto convenzionale con il S.S.N." e l'A.S.L. di appartenenza , costituisce ormai "ius receptum".

La Corte di Cassazione ha, infatti, da tempo indicato i seguenti elementi in base ai quali emerge l'esistenza del rapporto di servizio (anche se di fonte convenzionale) dei medici di medicina generale di base con il S.S.N.:

a) identificazione degli assistiti;

b) accertamento del loro diritto alle prestazioni sanitarie;

c) rilascio di certificazioni sanitarie;

d) compilazione di prescrizioni farmaceutiche, con i conseguenti riflessi di natura finanziaria (cfr. Corte di Cassazione, SS.UU., Sent. n. 6442 del 18 dicembre 1985 e Sent. n. 9957 del 13 novembre 1996).

La Corte di Cassazione ha, in particolare, messo in rilievo che i predetti compiti di certificazione sanitaria e di compilazione di prescrizioni farmaceutiche e finanziarie si inseriscono nell'ambito della organizzazione strutturale, operativa e procedimentale della A.S.L. di appartenenza ed hanno natura amministrativa, con la conseguenza:

1) che i rapporti convenzionali tra i medici di medicina generale e le AA.S.L. (disciplinati, ai sensi dell'art. 48 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, da accordi collettivi resi esecutivi con Decreti del Presidente della Repubblica) hanno natura privatistica ad evidenza pubblica di rapporti di prestazione d'opera professionale, svolta con i caratteri della parasubordinazione (cfr. Cass., SS.UU., Sent. n. 813 del 22 novembre 1999);

2) che il medico convenzionato con il S.S.N. - operando in forza di una devoluzione da parte dell'Amministrazione sanitaria pubblica - svolge i compiti sopra indicati in esecuzione di un vero e proprio rapporto di servizio (cfr.. Cass., SS.UU., Sent. n. 922 del 21 dicembre 1999).

La Corte di Cassazione con la predetta Sentenza delle SS.UU. n. 922/1999 ha, anche, precisato che - con riferimento all'attività di prescrizione di medicinali a carico del S.S.N. - appartiene alla giurisdizione della Corte dei Conti la competenza in materia di danno arrecato al S.S.N. dai medici convenzionati a seguito della redazione di prescrizioni sanitarie inusuali, incongrue o incomplete, e di prescrizioni di medicinali agli assistiti in quantità eccessive o, comunque, per finalità non terapeutiche, in dosi maggiori del consentito o con modalità di somministrazione diverse dal lecito (in senso conforme, cfr. Corte dei Conti: Sez. II, Sent. n. 209 del 30 maggio 1991; Sez. Giurisd. Reg. Calabria, Sent. n. 31 del 19 settembre 1996; Sez. II Centrale d'Appello, Sent. n. 158/A del 2 giugno 1998; Sez. III Centrale d'Appello, Sent. n. 379 del 10 settembre 2003, sotto l'ulteriore aspetto della indebita erogazione da parte della A.S.L. a favore dei medici di base, di quote capitarie non dovute perché scaturenti da irregolarità nella scelta e revoca dei medici e, nella specie, dalla mancata tenuta e dall'omesso aggiornamento, da parte del medico convenzionato, degli elenchi degli assistibili).

Per quanto attiene alla figura dei "farmacisti a rapporto convenzionale con il S.S.N.", va subito messo in evidenza che la citata legge di istituzione del Servizio Sanitario Nazionale n. 833/1978 considera l'assistenza farmaceutica alla stregua dell'assistenza medica generica, specialistica, infermieristica ospedaliera tra le prestazioni a carico del Servizio Sanitario Nazionale (art. 25) ed affida alle stesse farmacie il compito di erogare l'assistenza in nome e per conto delle AA.S.L. attribuendo alle stesse farmacie anche una funzione amministrativa pubblica (art. 28), prevedendo (art. 48) che il rapporto tra le

farmacie ed il S.S.N. è regolato (così come quello dei medici di base) da apposite convenzioni, il cui accordo collettivo è reso esecutivo da apposito Decreto del Presidente della Repubblica, al quale fanno seguito accordi a livello regionale (quello relativo alla Regione Umbria, attualmente vigente, è del 12 gennaio 2001).
La Corte di Cassazione ha, al riguardo, precisato che le Convenzioni stipulate tra farmacisti e S.S.N. ai sensi della predetta legge n. 833/1978 si inquadrano nello schema delle concessioni di pubblico servizio (cfr. Cass., Sez. VI penale, Sent. n. 11216 del 24 agosto 1989) e che dalla natura pubblica di tali convenzioni discende la qualificazione del farmacista come "incaricato di pubblico servizio" (cfr. Cass.: Sez. II penale, Sent. n. 7761 del 27 giugno 1987 ; Sez. V penale, Sent. n. 4525 del 24 aprile 1991).
In conclusione quindi, i farmacisti a rapporto convenzionale con il S.S.N. - così come i medici convenzionati (di cui si è detto in precedenza) - partecipano alla erogazione di un pubblico servizio e sono tenuti all'osservanza di procedure amministrative di carattere pubblicistico finalizzate all'espletamento del predetto servizio pubblico, disponendo ed impegnando - con la loro attività e per quanto maggiormente interessa in questa sede - risorse pubbliche del S.S.N., inserendosi, così, in modo continuativo nell'organizzazione strutturale, operativa e procedimentale delle AA.S.L..
I farmacisti a rapporto convenzionale con il S.S.N. sono, infatti, tenuti - come pure ha correttamente messo in evidenza la parte attrice - a svolgere, tra l'altro, i seguenti adempimenti, esplicitamente previsti e disciplinati dalle convenzioni e dalle normative di settore (in precedenza indicate):
a) controllo delle ricette presentate dagli assistiti (verifica, in particolare: 1) che trattasi dell'apposito modello; 2) che tale modello è stato correttamente compilato dal medico prescrittore; 3) che la ricetta è valida in riferimento alla data di emissione; 4) che il farmaco prescritto è nel prontuario terapeutico nazionale; 5) che sono state soddisfatte le condizioni previste dalle norme per la concedibilità di alcuni farmaci, con ulteriori specifici adempimenti, per quanto attiene alla dispensazione di stupefacenti e sostanze psicotrope; 6) che il numero dei "pezzi" richiesti è nel limite previsto dalle norme);
b) "tariffazione" delle ricette per quanto attiene farmaci galenici, nei termini di cui all'apposita Tariffa Nazionale ed applicazione del c.d. bollino per le specialità medicinali (costituendo ciò di per sé tariffazione);
c) esazione per conto delle AAS.L. dei c.d. "tickets" da parte degli assistiti, tenendo conto della fascia di appartenenza del medicinale, delle esenzioni totali o parziali per patologia e per reddito;
d) resa del conto alle AA.S.L., con la presentazione mensile della distinta contabile riepilogativa, con allegate le ricette del mese, avendo presente che sulla base di tale documento contabile le AA.S.L. provvedono, poi, a corrispondere ai farmacisti il dovuto rimborso.
Va anche tenuto presente, infine, che i farmacisti sono sottoposti alla vigilanza delle AA.S.L., che - in caso di inadempimento delle disposizioni della convenzione - possono applicare, con apposite procedure, misure cautelari e sanzioni amministrative, che vanno dal richiamo alla sospensione del servizio farmaceutico convenzionato, fino alla risoluzione del rapporto convenzionale.
Ebbene - come si è anticipato - il descritto contesto normativo e le riferite Sentenze della Corte di Cassazione consentono di ritenere che i farmacisti a rapporto convenzionale con il S.S.N. nell'attività di dispensazione dei farmaci si configurano come professionisti che, per conto delle AA.S.L., provvedono all'erogazione di un pubblico servizio, inserendosi direttamente nell'Organizzazione dell'Amministrazione sanitaria e disponendo, con la loro attività, direttamente o indirettamente di risorse pubbliche, con

la conseguenza che essi sono sottoposti a specifici obblighi e doveri (in precedenza sommariamente indicati) e con la ulteriore conseguenza che essi sono sottoposti alla giurisdizione della Corte dei Conti per i danni causati all'Erario nell'esercizio di detta attività (cfr., in senso conforme, Corte dei Conti: Sez. Giurisd. Reg. Campania, Sent. n. 94 del 30 ottobre 2000; Sez. Giurisd. Reg. Liguria, Sent. n. 82 del 28 gennaio 2002; Sez. III Centrale d'Appello, Sent. n. 352/2002 del 23 ottobre 2002).

Precisato quanto sopra, il Collegio ritiene che la disponibilità ed il maneggio delle prescrizioni mediche ed il correlativo obbligo di rendicontazione mensile alle AA.S.L. costituiscono precisi elementi che portano a considerare che i farmacisti a rapporto convenzionale con il S.S.N., oltre a configurarsi come "agenti pubblici" con "rapporto di servizio" e "rapporto di parasubordinazione" con le AA.S.L. (ed, in quanto tali, soggetti alla giurisdizione di responsabilità amministrativa di competenza della Corte dei Conti), si qualificano anche come "agenti contabili" (ed, in quanto tali, soggetti alla giurisdizione di responsabilità contabile di competenza della Corte dei Conti).

Ciò posto occorre verificare se la citata sentenza assolutoria del Tribunale di Messina possa avere efficacia di giudicato nel presente giudizio.

Sul punto si osserva che l'art. 652 c.p.p., nel testo novellato dell'art. 9 della legge n. 97/2001, recita: "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".

Sull'efficacia di tale norma nel giudizio contabile, il Collegio deve rilevare un orientamento giurisprudenziale non pienamente univoco.

Parte della giurisprudenza, in verità minoritaria, è tesa a negarvi ingresso in virtù della considerazione che il Procuratore regionale della Corte dei Conti, esclusivo titolare della relativa azione di responsabilità, non può essere parte del processo penale e, quindi, nel giudizio contabile può produrre elementi probatori diversi rispetto a quelli sottostanti al giudicato penale, al fine di offrire una lettura divergente degli elementi accertati in quella sede (Corte dei Conti, I Sezione d'Appello, n. 189/2006).

Altro orientamento giurisprudenziale, largamente prevalente (ex plurimis Corte dei Conti, I Sezione Centrale d'Appello, n. 387/2007; III Sezione Centrale d'Appello n. 75/2007; Umbria n. 25/2007; Sicilia n. 980/2006; Campania n. 1759/2004), giunge a conclusioni opposte, richiamando l'emendamento apportato all'art. 652 c.p.p. dalla menzionata novella contenuta nell'art. 9 della legge n. 97/2001 che, proprio per eliminare ogni dubbio, ha puntualizzato che l'efficacia di giudicato della sentenza penale assolutoria irrevocabile opera nel giudizio civile o amministrativo per il risarcimento del danno "anche se promosso" nell'interesse del danneggiato, rendendo così evidente, con quest'ultimo inciso, il riferimento alla figura del Procuratore Regionale della Corte dei Conti; tale interpretazione è, altresì, avvalorata dalla lettura dei lavori parlamentari della citata legge, ove, il relatore ha chiarito che l'emendamento in questione è stato introdotto al fine di superare l'oscillante giurisprudenza contabile ed ha precisato che il procedimento amministrativo di danno, indicato nell'art. 652 c.p.p., "è il procedimento di responsabilità erariale dinanzi alla Corte dei Conti" (cfr. Senato della Repubblica, XIII Legislatura, 1014ª Seduta antimeridiana - Assemblea - Resoconto Stenografico 1 febbraio 2001, pag. 9 - Relatore Pellegrino).

La norma processuale in questione, ovviamente, può trovare ingresso nel processo contabile, purché nel pieno rispetto del principio di cui all'art. 2697 c.c., solo nei limiti ivi indicati e cioè quanto all'accertamento, emesso a seguito del dibattimento, che il fatto dedotto nella causa penale non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che è stato compiuto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima, a condizione che vi sia identità soggettiva ed oggettiva tra il fatto posto a fondamento dell'azione di responsabilità amministrativa e quello oggetto del giudicato penale assolutorio e che quest'ultimo non sia frutto dell'accertamento dell'insussistenza di sufficienti elementi di prova, ai sensi dell'art. 530 co. 2° c.p.p.

L'accertamento contenuto in una sentenza penale irrevocabile di assoluzione pronunciata con la formula perché "il fatto non costituisce reato" non ha, invece, efficacia di giudicato, ai sensi dell'art. 652 c.p.p., nel giudizio civile di danno, nel quale, in tal caso, compete al Giudice il potere di accertare autonomamente, con pienezza di cognizione, i fatti dedotti in giudizio e di pervenire a soluzioni e qualificazioni non vincolate dall'esito del processo penale.

Occorre, però, puntualizzare che la formula assolutoria "perché il fatto non sussiste" non necessariamente deve essere rivelatrice dell'insussistenza del fatto materiale potendo, anche, implicare che - pur essendo incontestato il fatto fenomenico - manchi taluno degli elementi di cui giuridicamente si compone il fatto-reato (ad es. non corrispondenza tra la condotta e la norma incriminatrice).

Ne consegue che la norma processuale in questione non autorizza alcun automatismo tra formula assolutoria adottata dal giudice penale ed efficacia di giudicato extrapenale, la cui valutazione va condotta caso per caso, tenendo conto dell'effettivo accertamento contenuto nella sentenza di assoluzione, dedotto sia dal dispositivo che dalla stessa motivazione.

Incidenter tantum, deve osservarsi che anche nel caso in cui il giudice dovesse procedere ad un autonomo accertamento dei fatti, con pienezza di cognizione, non essendo vincolato alle soluzioni e alle qualificazioni del giudice penale, ciò non gli precluderebbe di utilizzare, come fonte del proprio convincimento, le prove raccolte in un giudizio penale con sentenza passata in cosa giudicata e di fondare la decisione su elementi e circostanze già acquisiti con le garanzie di legge in quella sede, procedendo, a tal fine, a diretto esame del contenuto del materiale probatorio ovvero ricavandoli dalla sentenza, o se necessario, dagli atti del relativo processo in modo da accertare esattamente i fatti materiali sottoponendoli al proprio vaglio critico.

Ciò posto si osserva come ,nella fattispecie , sussista identità soggettiva ed oggettiva tra i fatti oggetto del procedimento innanzi a questa Corte e quelli oggetto del citato processo penale.

Inoltre ,dalla lettura della sentenza penale di assoluzione, si evince chiaramente che gli imputati sono stati assolti perché i fatti non sussistono in quanto manca la prova che gli stessi abbiano commesso i fatti loro contestati.

Ne deriva che tale sentenza penale,ormai passata in giudicato, ha efficacia di giudicato nel presente processo contabile in ordine alla circostanza che manca la prova che gli odierni convenuti (prima imputati nel processo penale pendente per i medesimi fatti) abbiano commesso i fatti loro contestati.

Ne deriva che i convenuti devono essere prosciolti da ogni addebito.

Il proscioglimento nel merito comporta, ai sensi dell'art.10 bis, comma 10, legge n.248/2005, di conversione del D.L. n.203, che si debba procedere alla liquidazione delle spese del giudizio,in favore dei convenuti,ai fini del rimborso delle stesse da parte dell'amministrazione di appartenenza. Alla liquidazione si procede in conformità alle

tabelle A (tavola V^) e B della vigente tariffa approvata con D.M. 8 aprile 2004 n.127. in base al valore della causa ed alla natura delle questioni. Si liquidano, pertanto, per ciascun convenuto, € 1025,00 per onorari e € 283,00 per diritti, oltre IVA e CPA .

P.Q.M.

La Corte dei Conti - Sezione giurisdizionale per la Regione siciliana definitivamente pronunciando dichiara esenti da responsabilità amministrativa i convenuti Y. Y. ed X. X..

Liquida per spese legali, in favore di ciascun convenuto, la somma di € 1025,00 per onorari e € 283,00 per diritti, oltre IVA e CPA.

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del 26-02-2010.

L'Estensore Il Presidente
F.to Vincenzo Lo Presti F.to Luciano Pagliaro

Depositata nei modi di legge
Palermo, 8 marzo 2010
Il Funzionario di Cancelleria
F.to Dr.ssa Rita Casamichele