

A v v . E n r i c o P e n n a s i l i c o
Patrocinante in Cassazione
20122 Milano - Via Fontana 25
Tel. 02 55182005 – 02 5450190 - Fax 02 55180431
e-mail: studio.pennasilico@tiscali.it

Milano, 28 gennaio 2010
EP/fp

Spett.le
OMCeOMI
Via Lanzone 31
20123 Milano

Oggetto: D.Lgs. 26/10/2009 n. 150 in particolare l'art. 69 e le disposizioni riguardanti il medico di medicina generale e l'art. 55 quinquies.

La radiazione del medico in caso di condanna definitiva per false attestazioni o certificazioni rilasciati a pubblici dipendenti ex art. 55 quinquies D.Lgs 27/10/2009 n. 150.

Il Ministro per la Pubblica Amministrazione e l'Innovazione, Renato Brunetta, nella prefazione ad una pubblicazione contenente anche il testo del decreto 27/10/2009 n. 150 che porta il suo nome, sottolinea che "i pilastri su cui poggia la riforma sono la trasparenza, la valutazione e il merito".

Ribadisce che la riforma è fatta per "premiare le persone serie e oneste e per eliminare il fenomeno dei fannulloni o dei nullafacenti", come li definisce il prof. Pietro Ichino.

Con ogni evidenza, all'interno di questa ottica, si pone l'art. 55 quinquies intitolato "False attestazioni o certificazioni" che qui di seguito si trascrive:

1. "fermo quanto previsto dal codice penale il lavoratore dipendente di una pubblica amministrazione, che attesta falsamente la propria presenza in servizio mediante l'alterazione dei sistemi di rilevamento della presenza o con altre modalità fraudolente, ovvero giustifica l'assenza dal servizio mediante una certificazione medica falsa o falsamente attestante uno stato di malattia, è punito con la reclusione da 1 a 5 anni e con la multa da € 400,00 ad € 1.600,00. La medesima pena si applica al medico e a chiunque altro concorre nella commissione del delitto;
2. nei casi di cui al comma 1, il lavoratore, ferme la responsabilità penale e disciplinare e le relative sanzioni è obbligato a risarcire il danno patrimoniale pari al compenso corrisposto a titolo di retribuzione nei periodi per i quali sia accertata la mancata prestazione nonché il danno all'immagine subito dall'amministrazione;
3. la sentenza definitiva di condanna o di applicazione della pena per il delitto di cui al comma 1) comporta per il medico la sanzione disciplinare della radiazione dall'albo ed altresì, se dipendente di una struttura sanitaria pubblica o se convenzionato con il Servizio Sanitario Nazionale, il licenziamento per giusta causa o la decadenza dalla convenzione.

Le medesime sanzioni disciplinari si applicano se il medico, in relazione all'assenza dal servizio, rilascia certificazioni che attestano dati clinici non direttamente constatati né oggettivamente documentati".

Confermate le perplessità di natura tecnico giuridica sul nuovo delitto introdotto, osservo che il terzo comma della norma fa derivare dalla sentenza definitiva di condanna o di applicazione della pena per il delitto previsto dal primo comma della norma stessa, per il medico la sanzione disciplinare della radiazione dall'albo nonché il licenziamento per giusta causa del medico se dipendente, o la decadenza della convenzione se convenzionato

E' previsto infine che le medesime sanzioni disciplinari si applicano se il medico in relazione all'assenza dal servizio, rilascia certificazioni che attestano dati clinici non direttamente constatati, né oggettivamente documentati.

Illegittimità costituzionale delle norme che prevedono sanzioni disciplinari automatiche in conseguenza di pronuncia penale di condanna.

Se la norma sopra esaminata si interpreta come determinante la sanzione disciplinare della radiazione o la decadenza dalla convenzione o il licenziamento per giusta causa, come conseguenza automatica e indefettibile della pronuncia definitiva di condanna, e addirittura le medesime sanzioni in caso di rilascio di certificazioni attestanti dati clinici non direttamente constatati né oggettivamente documentati, è lecito dubitare della costituzionalità di siffatta norma.

E valga il vero.

L'art. 42 del DPR 5/4/50 n.221.

Tale norma introdusse l'istituto della radiazione di diritto dall'albo a seguito di condanna per determinati reati gravi . Tale radiazione di diritto era di competenza del Consiglio e veniva dichiarata senza la celebrazione di alcun procedimento disciplinare come atto dovuto in conseguenza della definitiva sentenza di condanna o in conseguenza di altri fatti quali l'interdizione da pubblici uffici perpetua o di durata superiore a tre anni, o l'interdizione dalla professione per una uguale durata.

Tale norma di contenuto regolamentare e quindi non di fonte primaria, è stata riconosciuta illegittima dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione e, come tale, disapplicata sulla base del principio generale dell'ordinamento che vieta l'irrogazione automatica di siffatte sanzioni senza l'apertura e lo svolgimento del preventivo procedimento disciplinare (Cass. Sezioni Unite n. 9228 del 7 settembre 1999).

Ma v'ha di più.

La sentenza n. 40/1990 della Corte Costituzionale ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 139 n. 2 della Legge 1672/13 n. 89 - Ordinamento del notariato e degli archivi notarili " nella parte in cui prevede che il giudice penale inabiliti *de iure*, anziché sulla base di valutazioni discrezionali, il notaio che sia stato condannato per alcuno dei reati indicati nell'art. 5 n. 3 della legge stessa con sentenza non ancora passata in cosa giudicata, e ha altresì dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 142 ultimo comma, della legge notarile predetta, nella parte in cui prevede che è destituito di diritto il notaio che ha riportato condanna per uno dei reati indicati nell'art. 5 n. 3 della stessa legge, anziché riservare ogni provvedimento al procedimento disciplinare camerale del Tribunale civile come per le altre cause enunciate nello stesso art. 52.

Ha inoltre dichiarato l'illegittimità costituzionale dei primi tre commi dell'art. 158 della legge notarile ed infine ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 146 della stessa legge nella parte in cui non prevede che l'azione disciplinare rimanga sospesa fino al passaggio in giudicato della sentenza quando per il fatto illecito sia promosso processo penale.

Come può vedersi il Giudice delle leggi ha cassato dall'ordinamento giuridico una norma della legge del notariato che prevedeva l'automatismo della radiazione, senza preventivo esperimento del procedimento disciplinare, riaffermando così il principio della illegittimità della radiazione automatica di diritto.

E' assolutamente pacifico quindi che le norme che prevedevano o che dovessero prevedere, come quella che stiamo esaminando, una radiazione di diritto, pena capitale sanzionatorio applicata automaticamente senza un preventivo procedimento disciplinare, sono in conflitto con i principi costituzionali ed in particolare con l'art. 3 della Costituzione.

Ma v'ha di più.

La sentenza 18 - 21 gennaio 1999 della Corte Costituzionale ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 38 del D.P.R. 27/10/1953 n. 1068 - Ordinamento della professione di ragioniere e perito commerciale - nella parte in cui prevede la radiazione di diritto dall'albo dei ragionieri e periti commerciali che abbiano riportato condanne penali per i reati indicati nel secondo comma dello stesso articolo.

In tale pronuncia il Giudice delle leggi richiamava sia la sentenza n. 40 del 1990 che la sentenza n. 158 del 1990 relativa alla radiazione di diritto per i dottori commercialisti, sia la sentenza n. 971 del 1978, sempre della Corte Costituzionale, che aveva dichiarato la illegittimità costituzionale delle norme che disponevano la destituzione di diritto per i pubblici dipendenti.

Richiamava inoltre la legge n. 19 del 1999 che aveva eliminato l'istituto della destituzione di diritto nel campo del pubblico impiego.

Alla luce di tutto quanto sopra esposto pertanto confermo che non solo è lecito dubitare della costituzionalità della norma che stiamo esaminando, ma è lecito essere convinti della incostituzionalità della norma esaminata ove dovesse essere interpretata quale introducente una sanzione automatica che deve essere solo dichiarata senza preventivo svolgimento di un procedimento disciplinare.

Ermeneutica della norma.

Effettivamente la norma sembra introdurre un assoluto automatismo tra la sentenza di condanna e la sanzione disciplinare.

Il legislatore utilizza il verbo "comportare": dice infatti che la sentenza definitiva comporta la sanzione disciplinare della radiazione.

Poiché è pacifico che tale verbo significa "avere, provocare come conseguenza, implicare" il criterio ermeneutico letterale legittima la interpretazione della norma come introducente una ipotesi di radiazione automatica di diritto scaturente dalla sentenza di condanna senza necessità di un procedimento disciplinare, radiazione quindi che deve essere dichiarata dal Consiglio dell'Ordine come atto dichiarativo dovuto.

Se ciò è vero, come è vero, quindi è legittimo sostenere la illegittimità costituzionale di tale norma che sostanzialmente reintroduce la radiazione di diritto che era prevista

dall'art. 42 del D.P.R. n. 574/50 n. 221, norma regolamentare riconosciuta illegittima, come sopra abbiamo visto, dalle Sezioni Unite della Cassazione.

La norma potrebbe resistere al dubbio di incostituzionalità se dovesse essere interpretata nel senso che quel comportamento delittuoso potrebbe essere considerato come giusta causa di licenziamento o giusta causa per applicare la decadenza, sempre però che fosse possibile l'applicazione di tale sanzione capitale a seguito di un procedimento disciplinare che potrebbe concludersi anche con una diversa e minore sanzione.

In altri termini ciò che la Corte Costituzionale ha insegnato è che non vi può essere un automatismo sanzionatorio come conseguenza di una sentenza penale di condanna per un determinato reato.

L'Ordine, il datore di lavoro del sanitario pubblico dipendente o la struttura pubblica con il quale il medico è convenzionato, devono poter applicare discrezionalmente la sanzione senza essere obbligati da un automatismo riconosciuto illegittimo dal Giudice delle leggi.

Non posso non sottolineare come tale norma desti anche vivissime perplessità per i seguenti motivi.

Poiché la sentenza definitiva comporta la radiazione, il medico radiato automaticamente non può più essere dipendente di una struttura sanitaria pubblica perché non può più esercitare la professione medica in quanto l'iscrizione all'albo è condizione necessaria per poter esercitare la professione medica, e ugualmente il medico radiato non può più essere convenzionato perché non può più esercitare la professione medica. Se ciò è vero, come è vero, quindi è certamente lecito dubitare della costituzionalità e della ragionevolezza di tale norma perché la sentenza definitiva di condanna comporta la radiazione dall'albo e la radiazione dall'albo comporta la impossibilità della prosecuzione del rapporto sia di pubblico dipendente che di medico convenzionato venendo meno la possibilità di continuare ad esercitare la professione medica una volta dichiarata la radiazione come conseguenza della sentenza di condanna, determinando così un devastante automatismo a cascata costituzionalmente illegittimo.

Tanto premesso e ritenuto conclusivamente così rispondo al quesito sottoposto al mio esame.

E' lecito dubitare, se non con forza ritenere, che il terzo comma dell'art. 55 quinquies del D.Lgs 30/3/2001 n. 165 Testo Unico del pubblico impiego, siccome introdotto dal D.Lgs 27/10/2009 n. 150, sia costituzionalmente illegittimo nella parte in cui prevede che la sentenza definitiva di condanna o di applicazione pena per il delitto previsto al comma 1 della stessa norma comporta per il medico la sanzione disciplinare della radiazione dall'albo e se dipendente di una struttura sanitaria pubblica il licenziamento per giusta causa e se convenzionato con il Servizio Sanitario Nazionale la decadenza dalla convenzione, giusto il consolidato insegnamento del Giudice delle leggi e delle Sezioni Unite della Cassazione.

A maggior ragione è lecito dubitare, se non con forza ritenere, che l'ultimo comma dell'art. 55 quinquies sia costituzionalmente illegittimo laddove prevede l'applicazione automatica delle stesse sanzioni previste dal comma terzo, come sopra precisato, per il sanitario che abbia rilasciato certificazioni che attestano dati clinici non direttamente constatati, né oggettivamente documentati.

Essendo evidente la eccezionale delicatezza della questione è positivo l'intervento della FNOMCeO che ha chiesto la costituzione di un tavolo tecnico con i Ministeri competenti, le organizzazioni sindacali mediche e le società scientifiche di riferimento, per

cercare di evitare un immenso possibile contenzioso e per dare una tranquillità operativa a tutti i medici interessati, oggi soggetti a rischio di morte professionale per un certificato ritenuto falso o attestante dati clinici non direttamente constatati, né oggettivamente documentati.

Rimanendo a Vostra disposizione per quant'altro dovesse occorrerVi ben cordialmente Vi saluto.

(avv. Enrico Pennasilico)