

La colpa grave del personale sanitario dipendente pubblico: profili assicurativi

di Attilio Steffano, Lavinia Vercesi
Broker assicurativo
Avvocato – Foro Milano

"John, lo sai dove stiamo andando?"

"Ad aiutare una donna?"

"Sì. Come fai a saperlo?"

"Non lo so, a dire la verità, capo: io non so quasi niente!"

(BRUTAL E JOHN COFFEY IN "IL MIGLIO VERDE")

Oramai i titoli dei giornali non si esimono dal ricordarci ogni giorno "la colpa" del medico, quasi ad esser tale. Le assicurazioni hanno la tentazione di scappare dal mercato sanitario (1). Il Governo e le Regioni cercano nuovi meccanismi per poter ovviare, da una parte, ai costi delle polizze sempre più care, dall'altra al sistema di giudizio (universale) che si abbatte sui professionisti (2), incentivando sistemi di gestione dei rischi unitamente a iniziative legislative che propongono

la depenalizzazione dei presunti o reali errori medici, senza tuttavia dimenticare di suddividere i costi assicurativi tra struttura sanitaria e pubblico dipendente a seconda che ci si trovi di fronte alla colpa lieve ovvero alla colpa grave.

Definito il medico dipendente pubblico, per la sua peculiarità, non quale semplice "impiegato", bensì giustamente quale "professionista" (3), le graduazioni della colpa sono da ponderarsi sulla scorta degli artt. 2236 e 1176 c.c.,

(1) Dal 1996 al 2006 il numero dei sinistri denunciati alle compagnie di assicurazioni ha subito un incremento del 66%. Più nello specifico l'incremento, nello stesso lasso temporale, è pari al 197% sulle polizze del singolo professionista e del 26% su quelle delle strutture sanitarie – Il Giornale, Dossier, p. 240, 1 gennaio 2009. Sullo stesso tema, una recente ricerca condotta dal Centro studi Federico Stella, i cui risultati in parte sono stati resi noti dagli organi di stampa (Il Giornale ed. Milano – 25 giugno 2009), mostra come 8 medici su 10 teme un possibile contenzioso medico-legale.

(2) Tant'è vero che è stato di recente reso noto che "dal 2007 al 2008 i candidati alle scuole di specializzazione sono calati del 30%" – La Stampa, p. 20, 18 giugno 2009.

(3) Cass. civ., sez. III, 1 marzo 1988, n. 2144: "Nel servizio pubblico sanitario, l'attività svolta dall'ente pubblico gestore del servizio a mezzo dei suoi dipendenti, nell'adempimento del dovere verso il privato richiedente (titolare del corrispondente diritto soggettivo), è di tipo professionale medico; similare all'attività svolta, nell'esecuzione dell'obbligazione (privatistica) di prestazione, dal medico che abbia concluso con il paziente un contratto d'opera professionale".

cui spesso si sono ispirate non solo le pronunce in sede penale (⁴), ma anche in sede di giudizio amministrativo-contabile. In questi ultimi casi viene rilevato come "la colpa grave in campo professionale comprende, infatti, sia gli errori inescusabili per la loro grossolanità, sia l'assenza delle cognizioni fondamentali attinenti alla professione ed il difetto di quel minimo di perizia tecnica, di esperienza e di capacità professionale che non devono mancare in chi esercita l'attività sanitaria. Pertanto, il parametro più congruo per valutare il comportamento del medico deve incentrarsi sul livello di diligenza da lui impiegato nello scegliere discrezionalmente mezzi e modi suggeriti dalla scienza medica in relazione alla gravità della patologia riscontrata al paziente. Occorre, in buona sostanza, verificare se il medico abbia usato il metodo operativo più adatto al caso concreto ed alle circostanze contingenti" (⁵).

Un tipico esempio di responsabilità amministrativa per colpa grave, individuata nella condotta superficiale, è la c.d. conta delle garze: il conteggio di garze, strumenti o altri materiali impiegati durante una procedura chirurgica è considerata un'attività routinaria e pertanto, salvi casi di emergenza, per i quali tuttavia non è da escludersi *fout cour* la colpa, ove cioè non venga eseguito o venga eseguito

superficialmente, costituisce il mancato rispetto di una regola basilare di condotta che espone a censure gravi dell'organo giudicante, tali da porre a carico del personale sanitario coinvolto i costi che l'amministrazione ha dovuto sopportare per il secondo intervento di rimozione del corpo estraneo ed ogni altra spesa aggiuntiva per riparare il danno subito dal paziente (⁶).

Una volta accertata la colpa professionale in sede giurisdizionale e dunque sorto l'obbligo giuridico di risarcire il terzo, si concretizza quel danno erariale indiretto (tale in quanto non causato direttamente dall'amministratore o dal dipendente all'ente pubblico, ma derivante proprio dal risarcimento ottenuto dal danneggiato per attività tuttavia imputabili alla stessa amministrazione), che molto preoccupa amministratori, operatori e mondo assicurativo.

Occorre rilevare che in vigenza del precedente CCNL della dirigenza medica (periodo contrattuale 2002/2005) era prevista una "adeguata copertura assicurativa ... senza diritto di rivalsa, salvo le ipotesi di dolo o colpa grave" (art. 21): spesso, quindi, capitava di trovare polizze assicurative

Una volta accertata la colpa professionale in sede giurisdizionale e dunque sorto l'obbligo giuridico di risarcire il terzo, si concretizza quel danno erariale indiretto che molto preoccupa

(⁴) Corte Cost., 28 novembre 1973, n. 166: "La particolare disciplina in tema di responsabilità penale, desumibile dagli artt. 389 e 42 c.p., in relazione all'art. 2236 c.c., per l'esercente una professione intellettuale quando la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, è il riflesso di una normativa dettata da due opposte esigenze, quella di non maritare l'iniziativa del professionista col timore di ingiuste rappresaglie da parte del cliente in caso di insuccesso e quella inversa di non indulgere verso non ponderate decisioni o rinnovabili inerzie del professionista stesso. Ne consegue che solo la colpa grave e cioè quella derivante da errore inexcusabile, dall'ignoranza dei principi elementari attinenti all'esercizio di una determinata attività professionale o propri di una data specializzazione, possa nella indicata ipotesi rilevare ai fini della responsabilità penale".

(⁵) C. Conti, sez. giurisdiz. per la Sicilia, 16 maggio 2007, n. 1287.

(⁶) C. Conti, sez. giurisdiz. per la Basilicata, 14 settembre 2006, n. 204: "Con riferimento alla colpa, questo giudice osserva che nel caso di specie, essa è sicuramente grave, restandosi non già in un caso di errore diagnostico, bensì in una fattispecie di grave negligenza colpevolmente serbata in occasione della ordinaria esecuzione delle procedure e delle tecniche chirurgiche; trattasi ... dell'omesso espletamento della c.d. conta delle garze, che serve a verificare che all'esito dell'intervento chirurgico residua un numero di garze pari alla differenza tra quelle a disposizione prima di cominciare l'intervento e quelle in concreto utilizzate ... Non è, in altre parole, ammissibile, che medici chirurghi preposti all'ordinario espletamento di pratiche operatorie consuete e "routinarie", pongano in essere omissioni ed errori di siffatto genere. Tali omissioni, al contrario, evidenziano superficialità di condotta e leggerezza operatoria meritevoli di adeguata sanzione risarcitoria. E ciò anche in assenza di particolari condizioni di

che espressamente rinunciavano ex *contracto* al diritto di rivalersi nei confronti dei prestatori di lavoro della struttura sanitaria assicurata, salvo il caso in cui il danno avesse avuto origine per fatto doloso o gravemente colposo accertato con provvedimento definitivo dall'autorità competente, prevedendo inoltre la copertura di "ulteriori rischi non coperti dalla polizza generale" (?) con oneri a carico di ciascun dirigente. Di tal che, nella parte speciale del contratto, veniva data la facoltà al personale sanitario, dirigente e non, di contrarre una copertura assicurativa ad adesione volontaria che derogasse alla previsione generale anzidetta, nel senso della rinuncia alla rivalsa anche in caso di colpa grave, a fronte della corresponsione di un sovrappremio a carico del singolo dipendente che volesse aderire.

Lo stato di fatto sin qui delineato ha di recente visto alcune innovazioni normative: da una parte il nuovo contratto collettivo nazionale del lavoro per il periodo 2006/2009, dall'altra la legge n. 244/2007.

Per quanto riguarda la contrattazione collettiva, infatti, all'art. 18 non si dice più che le aziende "garantiscono una adeguata copertura assicurativa della responsabilità civile di tutti i dirigenti", come nel precedente contratto, bensì qualcosa di ben diverso: esse "si impegnano a dare ai dirigenti, con completezza e tempestività, tutti gli elementi

conoscitivi relativi alle condizioni e modalità delle coperture assicurative e della tutela legale, assicurando la massima informazione e trasparenza, anche mediante comunicazioni periodiche idonee a fornire il costante aggiornamento dei dirigenti sulle garanzie assicurative in atto", prendendo poi atto che, relativamente alla copertura assicurativa e al patrocinio legale, vista la "rilevanza e criticità della materia in ambito sanitario e delle previsioni di legge nel frattempo intervenute", è costituita presso l'Aran una commissione ad hoc.

È noto, infatti, che la legge finanziaria 2008 (8) ha apportato una sostanziale novità nella copertura di responsabilità civile-patrimoniale per amministratori e dipendenti in caso di colpa grave, introducendo la previsione della nullità delle polizze stipulate dall'ente pubblico a favore dei propri amministratori per la copertura della responsabilità amministrativa e contabile. Ciò comporta, in buona sostanza, che i costi per i contratti di assicurazione relativi alla colpa lieve dei propri dipendenti possono continuare ad essere sostenuti dall'amministrazione pubblica, in virtù della sussistenza di un "rapporto di im-

La legge finanziaria 2008 introduce la previsione della nullità delle polizze stipulate dall'ente pubblico a favore dei propri amministratori per la copertura della responsabilità amministrativa e contabile

urgenza o di confusione che oggettivamente possano qualificare come scusabile l'errore professionale in cui gli stessi incorsero". Si osserva, inoltre, che il Ministero della salute ha emanato, nel marzo 2008, la Raccomandazione n. 2 (Raccomandazione per prevenire la ritenzione di garza, strumenti o altro materiale all'interno del sito chirurgico), definendosi un evento siffatto come "evento sentinella".

(?) Nella nota esplicativa dell'art. 21 del CCNL in esame, veniva chiarito, a titolo di interpretazione autentica, che l'espressione "ulteriori rischi" "può significare tanto la copertura da parte del dirigente - mediante gli oneri a suo carico - di ulteriori rischi professionali derivanti dalla specifica attività svolta quanto la copertura dal rischio dell'azione di rivalsa da parte dell'azienda o ente in caso di accertamento di responsabilità per colpa grave", su www.aranagenzia.it.

(8) Art. 3, comma 59, legge n. 244/2007: "È nullo il contratto di assicurazione con il quale un ente pubblico assicura i propri amministratori per i rischi derivanti dall'espletamento dei compiti istituzionali connessi con la carica e riguardanti la responsabilità per danni cagionati allo Stato o ad enti pubblici e la responsabilità contabile. I contratti di assicurazione in corso alla data di entrata in vigore della presente legge cessano di avere efficacia alla data del 30 giugno 2008. In caso di violazione della presente disposizione, l'amministratore che pone in essere o che proroga il contratto di assicurazione e il beneficiario della copertura assicurativa sono tenuti al rimborso, a titolo di danno erariale, di una somma pari a dieci volte l'ammontare dei premi complessivamente stabiliti nel contratto medesimo".

medesimazione organica, cosicché il fatto illecito commesso dal funzionario è immediatamente e direttamente riferibile all'ente pubblico" (9) (ex art. 28 Cost.; art. 23, comma 1, d.P.R. n. 3/1957; e art. 55, comma 1, d.lgs. n. 165/2001): il soggetto garantito dall'assicurazione, in questo caso, è l'amministrazione direttamente e legittimamente è posto a suo carico il pagamento del relativo premio (10).

Non è più ammissibile un'estensione del contratto assicurativo alla copertura della colpa grave con oneri a carico dell'Ente

Al contrario, non è più ammissibile un'estensione del contratto assicurativo alla copertura della colpa grave con oneri a carico dell'ente: in termini di assunzione dei rischi da illecito e conseguente assunzione dei costi assicurativi, infatti, bisogna tenere presente che l'orientamento della magistratura contabile sottolinea

che "il recente processo di riforma volto a valorizzare l'efficienza e l'efficacia dell'azione amministrativa" rileva "nel senso che la spesa per la copertura assicurativa dei rischi da responsabilità amministrativa contabile (...) diventerebbe anche una spesa dannosa per l'ente poiché creerebbe un'immunità che si riverbererebbe negativamente sull'obbligo di buona amministrazione ed efficienza ricadente su amministratori e funzionari dell'ente" (11). Viene quindi dato maggior rigore alla funzione sanzionatoria di deterrenza della responsabilità amministrativa (12), che non consente la deroga del principio per via negoziale (13).

La questione, ora, è comprendere cosa debba intendersi per oneri che l'ente pubblico non deve porre a proprio carico per la copertura assicurativa della colpa grave del proprio dipendente: mentre, infatti, è pacifico che in tale definizione debba farsi rientrare il valore dei premi che devono essere sostenuti dal dipendente direttamente, recentemente la Corte dei Conti (14) ha precisato che "con il divieto in discorso, l'art. 3, comma 59 della legge finanziaria per il 2008 ha escluso radicalmente ogni possi-

La questione è comprendere cosa debba intendersi per oneri che l'ente pubblico non deve porre a proprio carico per la copertura assicurativa della colpa grave del proprio dipendente

(9) Cass. civ., sez. III, n. 20986/2007.

(10) Conformemente, Corte dei Conti, sez. regionale di controllo per il Molise, Parere n. 34/2008, nel quale si legge che "la giurisprudenza contabile è, inoltre, orientata nel senso di riconoscere all'ente pubblico la possibilità di assicurare esclusivamente i rischi che rientrano nella sfera della propria responsabilità patrimoniale come le conseguenze di fatti causativi di danno posti in essere da amministratori e dipendenti pubblici senza dolo o colpa grave. Per siffatta tipologia di danni l'ente può ricorrere ad una copertura assicurativa stipulando una polizza in cui l'ente sia al tempo l'assicurato ed il beneficiario. L'ente, infatti, assicurandosi per fatti dannosi commessi da amministratori e dipendenti con "colpa lieve" si tutela da danni che, altrimenti, rimarrebbero a suo carico giacché in assenza di un elemento soggettivo connotato da dolo o colpa grave non sarebbe possibile un'azione di rivalsa".

(11) C. Conti, sez. Sicilia, n. 3471/2005. L'innovazione normativa apportata dalla finanziaria 2008 altro non è che il recepimento di un orientamento dei pronunciamenti giuscontabili che si è andato via via consolidando nel tempo: v. C. Conti, sez. Sicilia, n. 734/2008, dove si afferma che "alla norma va riconosciuta, per un verso una valenza ricognitiva di un divieto già insito nel sistema e consacrato dalla costante ed uniforme giurisprudenza, e per altro verso una valenza innovativa e sanzionatoria (e come tale valevole solo per le fattispecie poste in essere dopo la sua entrata in vigore) che colpisce non solo gli autori dell'illecito ma anche i beneficiari, con una sanzione pecuniaria che può arrivare sino a dieci volte il costo della polizza, disposizione che rafforza la connotazione non soltanto risarcitoria ma anche (e forse soprattutto) sanzionatoria che il legislatore a partire dal 1994 ha inteso attribuire alla giurisdizione di questa Corte"; idem C. Conti, sez. Veneto, n. 756/2008.

(12) Corte Cost., n. 371/1998.

(13) C. Conti, sezione giurisdizionale Friuli Venezia Giulia, 5 febbraio 2003, n. 60; C. Conti, 19 ottobre 2000, n. 489; C. Conti, 23 maggio 2001, n. 200.

(14) Sezione regionale di controllo per la Lombardia, Parere n. 57/2008.

bile commistione nel medesimo contratto dei diversi soggetti (amministrazione da un lato, amministratori e dipendenti, dall'altro) e dei diversi rischi assicurati, scongiurando, in conseguenza, anche ogni eventuale riflesso indiretto tra i premi a carico dell'Erario ed i premi pagati dai singoli amministratori e dipendenti".

L'impostazione della Corte, come si può osservare, è assai restrittiva anche se non totalmente chiara: la *ratio iuris* che rileva non è solo quella di non aggravare il bilancio pubblico facendo corrispondere i premi assicurativi della colpa grave direttamente ai dipendenti, ma sembra considerare lesivo della buona amministrazione anche "ogni eventuale riflesso indiretto" tra il pagamento del premio di polizza per l'ente e quello dei singoli dipendenti. A parere di chi scrive, gli oneri indiretti cui la Corte potrebbe far riferimento sarebbero individuabili in tutta quell'attività strettamente amministrativa che competerebbe ai dipendenti dell'azienda deputati, a titolo esemplificativo, alla redazione di note informative, all'attività contabile di "trattenuta" sullo stipendio del valore del premio per l'adesione alla copertura della colpa grave e/o al versamento alla Compagnia dei relativi importi.

Non può non essere preso in esame, tuttavia, il parere espresso dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della funzione pubblica ⁽¹⁵⁾, ad un quesito posto dalla ASL della Provincia di Alessandria circa la legittimità della copertura assicurativa con paga-

mento del premio a carico dei singoli dipendenti, nel quale "si osserva che la soluzione appare essere in linea con la normativa in materia, poiché ciò che viene censurato dal legislatore e dalla giurisprudenza è l'onere a carico del bilancio pubblico dei costi derivanti dalla stipula del contratto di assicurazione ... Ed infatti scopo del legislatore sembra essere proprio quello di salvaguardare i bilanci pubblici e far sì che il danno, causato dal comportamento del dipendente con dolo o colpa grave, vada ad incidere nella sfera patrimoniale del dipendente che lo ha cagionato", concludendo poi che non vengono rilevati "motivi ostativi a che sia stipulato un contratto di assicurazione per danni causati dal dipendente o dall'amministratore senza oneri per l'amministrazione ovvero con oneri ricadenti a carico del dipendente".

Appare evidente che una cosa è parlare di "oneri", come sopra delineati, altro è fare riferimento ad "ogni eventuale riflesso indiretto", come indicato dalla Corte dei Conti.

Resta, tuttavia, non trascurabile l'interpretazione assai restrittiva che, considerando del tutto secondaria la finezza interpretativa sulle differenze tra "oneri" o "riflessi indiretti", pone l'accento sul fatto che, comunque, "accollare ad amministratori e funzionari la quota di costi che li riguarda risulterebbe, per tale parte, del tutto estranea all'interesse pubblico perseguito dall'ente e sarebbe pertanto priva di giustificazione" ⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁵⁾ DPF-0046549-16 ottobre 2008, n. 50.

⁽¹⁶⁾ C. Conti, sezione regionale di controllo per l'Emilia-Romagna, Parere n. 3/2009. Mirabile confronto di posizioni pro o contro, CARTA M. e SACCHI A., *Sulla legittimità - o forse no - di polizze a copertura della responsabilità amministrativa*, in *Appalti&Contratti*, 2008, 12.