

Irretroattività della legge 24 dell'8/3/2017 e risarcimento per perdita erariale

INTRODUZIONE

Portiamo questo mese all'attenzione dei Soci SIEOG alcune sentenze della Corte dei Conti di interesse perché centrate sulla responsabilità medica. Le problematiche che vengono affrontate dai commentatori, Avv. Noccesi (Civilista, Firenze) e Riccardo Cornaghi (Broker MARSH, Milano) sono relative alla **irretroattività della legge 24 dell'8/3/2017** (legge "Gelli") e al **complesso meccanismo che regola, nel procedimento contabile, il risarcimento per una perdita erariale**. Non si può che avere qualche perplessità nel leggere queste sentenze. Infatti, a parere di chi scrive, la legge "Gelli" ha di fatto imposto un obbligo di contrarre una copertura assicurativa per la colpa grave a tutti i Medici per cui è difficile comprendere come mai la obbligatorietà di disporre di tale copertura non viene considerata all'interno del giudizio per colpa grave. Mi si potrà rispondere (e così in effetti spiegano chiaramente i due commentatori) che la procedura del giudizio contabile non lo prevede. Nasce spontanea l'osservazione che bisognerebbe fare in modo che lo preveda cambiando la norma. A questo proposito si ricorda che la legge "Gelli" sarebbe nata anche per una maggior tutela dell'operatore sanitario, per fare in modo che anche questa figura tanto importante per il nostro Paese goda di maggior tutela in caso di contenzioso.

Le sentenze prese in considerazione evidenziano invece:

1) una non retroattività della legge stessa, che quindi porta ad una sostanziale impossibilità di disporre di eventuali benefici contenuti nella legge stessa per tutti i contenziosi avvenuti prima della promulgazione. E forse non inutile ricordare che il fallimento di una compagnia assicurativa avvenuto alcuni anni addietro ha finito per lasciare scoperti molti contenziosi. La scelta di una compagnia assicurativa piuttosto che un'altra per una polizza per responsabilità civile come copertura per Azienda Sanitaria e Operatori, le indagini preliminari relative alla sua solidità finanziaria e la pattuizione del contratto sono responsabilità dell'Azienda Sanitaria stessa e non degli Operatori che presso di essa prestano servizio (a questi ultimi spetta invece la scelta di una polizza per la copertura della Colpa grave). Sarebbe forse stato necessario allora tenere presente questa situazione prima di non introdurre nella legge una norma correttiva a tutela almeno dei contenziosi di cui sopra in caso di condanna del Medico per colpa grave. La stessa Corte dei Conti considera questa possibilità quando afferma che "*Detta inapplicabilità è dettata da ragioni formali, in assenza di una espressa previsione di efficacia retroattiva della norma*" (Corte dei Conti Regione Lombardia, sentenza 35/2018), efficacia retroattiva che quindi poteva essere prevista.

2) che non può essere applicata la regola del "triplo" dello stipendio annuale per tutti i fatti che hanno generato un contenzioso e che sono avvenuti prima della promulgazione della legge; appare evidente che prima che un contenzioso arrivi al livello della Corte dei Conti passeranno diversi anni e quindi attualmente tale beneficio sarà operativo forse solo

fra circa un decennio a partire dalla promulgazione della legge. Questo perché le sentenze analizzate chiariscono che, in caso contrario, si priverebbe ingiustificatamente l'azienda del diritto al recupero del danno per intero, aspettativa questa considerata legittima nelle sentenze analizzate come al momento dei fatti oggetto della controversia.

3) a tutto questo poi deve essere aggiunto il fardello di curare i rapporti con l'assicuratore. In pratica quando la sentenza di condanna per colpa grave diventasse operativa, il medico dovrebbe chiedere all'assicuratore di farsi carico del risarcimento; ma per qualunque motivo per cui l'assicuratore faccia resistenza al medico non resterà che intentare una causa civile all'assicuratore.

4) si sottolinea inoltre che l'ingresso nel giudizio per colpa grave dell'Assicurazione renderebbe inutili i provvedimenti di sequestro cautelativo, blocco dei conti correnti, ecc..., strumenti già messi in atto in alcuni contenziosi dalla Corte dei Conti (in sostanza se polizza assicurativa è stata stipulata e pagherà che necessità c'è di imporre un sequestro cautelativo al Medico?). Proprio la legge stessa riporta infatti che *“Al fine di garantire efficacia alle azioni di cui all'articolo 9 e all'articolo 12, comma 3, ciascun esercente la professione sanitaria operante a qualunque titolo in strutture sanitarie o sociosanitarie pubbliche o private provvede alla stipula, con oneri a proprio carico, di un'adeguata polizza di assicurazione per colpa grave”*. E invece alla Corte dei Conti attualmente non compete accertare e valorizzare il fatto che il medico abbia la copertura assicurativa che invece, secondo la stessa legge “Gelli”, è diventata obbligatoria per legge. Ma allora quali sono i vantaggi per il medico di questa nell'ambito di un contenzioso per danno erariale, a parte di disporre di una copertura in caso di condanna? Sembra infatti che tale obbligatorietà finisca per essere solo a vantaggio dell'Ente creditore (che può così essere certo di recuperare le somme pagate al paziente) e non del Medico, che invece, non solo ne sopporta il premio annuale e le incertezze causate dal fatto che ha dovuto scegliere una polizza prendendosi la responsabilità di questa scelta, ma non può esserne garantito direttamente nel corso del giudizio.

A sommo parere di chi scrive la legge 24 dell'8/3/2017 presenta importanti lacune. Siamo da mesi in attesa del decreto attuativo relativo alle Assicurazioni e vogliamo sperare che esso risolva i problemi sottolineati ai lettori in questi commenti. Nell'attesa la classe Medica dovrebbe forse iniziare a reclamare soluzioni efficaci e maggiormente tutelanti e non accontentarsi di un prodotto legislativo con un buon impianto ma che forse richiede ulteriori e importanti aggiustamenti per rispondere effettivamente ed efficacemente agli scopi con i quali è stato ideato.

Andrea Sciarrone (Comitato Medico Legale SIEOG)

Corte dei Conti – Sezione Giurisdizionale per la Lombardia (sentenze nn. 196/2017 e 35/2018): inapplicabilità retroattiva dell’art. 13 L. 24/2017 (c.d. “Legge Gelli”).

Corte dei Conti – Sezione Giurisdizionale per l’Emilia Romagna (sentenza n. 100/2017): inammissibilità della chiamata in causa dell’assicurazione nel giudizio di responsabilità amministrativa.

Le prime due sentenze di cui sopra rivestono particolare importanza in quanto, nel decidere azioni di responsabilità amministrativa nei confronti di medici dipendenti da strutture sanitarie pubbliche in relazione a fattispecie occorse e risarcimenti corrisposti ai danneggiati in epoca anteriore all’entrata in vigore della Legge Gelli (01.04.2017), affermano a chiare note l’inapplicabilità retroattiva dell’art. 13 della suddetta legge.

La terza pronuncia invece ribadisce il principio di autonomia della giurisdizione “contabile” rispetto all’ordinario giudizio civile, negando ingresso nel giudizio per responsabilità amministrativa alla chiamata in causa del proprio assicuratore da parte del pubblico dipendente.

Di seguito esaminiamo il quadro normativo attuale.

1) Art. 13 L. 24/2017 “Obbligo di comunicazione all’esercente la professione sanitaria del giudizio basato sulla sua responsabilità”.

L’ultimo periodo dell’articolo in questione testualmente dispone che: *“L’omissione, la tardività o l’incompletezza delle comunicazioni di cui al presente comma preclude l’ammissibilità delle azioni di rivalsa o di responsabilità amministrativa di cui all’articolo 9”*.

La norma originaria prevedeva un termine di 10 giorni per la comunicazione al medico, portato poi a 45 giorni dalla L. n. 3718 in vigore dal 15.02.2018.

Nei giudizi di cui sopra il medico aveva eccepito il mancato esperimento da parte della struttura sanitaria e della sua assicurazione dell’obbligo di comunicazione nei suoi confronti (obbligo da riferirsi tanto all’avvio dell’azione risarcitoria che delle trattative stragiudiziali che abbiano condotto al riconoscimento di un risarcimento).

In entrambi i casi la Corte dei Conti ha ritenuto non invocabile la norma in questione a fatti e risarcimenti avvenuti in epoca anteriore alla sua entrata in vigore tanto per ragioni formali (la mancata espressa previsione di retroattività della norma) che sostanziali (pena la “sterilizzazione” di tutte le azioni risarcitorie in cui le strutture pubbliche non avessero eseguito una comunicazione all’epoca non imposta da alcuna disposizione normativa).

2) Altre norme della Legge Gelli relative alle azioni di rivalsa e di responsabilità amministrativa.

La legge Gelli si preoccupa di stabilire anche che l’azione di rivalsa o per responsabilità amministrativa possano essere esercitate nei confronti del sanitario solo in caso di dolo e colpa

grave (**art. 9 commi 2 e 5**), che *“la decisione pronunciata nel giudizio promosso contro la struttura sanitaria o sociosanitaria o contro l’impresa di assicurazione non fa stato nel giudizio di rivalsa (ma nulla dice per quanto attiene quello di responsabilità amministrativa n.d.r.) se l’esercente la professione sanitaria non è stato parte del giudizio” (art. 9 comma 3)*, che *“In nessun caso la transazione è opponibile all’esercente la professione sanitaria nel giudizio di rivalsa (ma nulla dice per quanto attiene quello di responsabilità amministrativa n.d.r.)” (art. 9 comma 4)*, salvo poi precisare che *“nel giudizio di rivalsa e in quello di responsabilità amministrativa il giudice può desumere argomenti di prova dalle prove assunte nel giudizio instaurato dal danneggiato nei confronti della struttura sanitaria o sociosanitaria o dell’impresa di assicurazione se l’esercente la professione sanitaria ne è stato parte” (art. 9 comma 7)*.

La norma citata prevede poi i limiti quantitativi della richiesta di rivalsa o di responsabilità amministrativa (**art. 9 commi 5 e 6 con decorrenza 01.04.17**).

3) Obbligo di assicurazione per la struttura sanitaria e per l’esercente la professione sanitaria.

L’**art. 10 comma 1** della legge Gelli prevede l’obbligo per la struttura sanitaria pubblica o privata di stipulare polizze assicurative (o altre non meglio precisate *“analoghe misure”*) per il risarcimento (anche) di danni a terzi.

Analogo obbligo prevede l’**art. 10 comma 3** per l’esercente la professione sanitaria.

Purtroppo ad oggi non sono stati emessi i decreti attuativi previsti dai commi successivi dell’**articolo 10** e in particolare quello di cui al **comma 6** che dovrebbe stabilire i requisiti minimi di siffatte polizze.

L’**art.11** della legge Gelli prescrive comunque con forza di legge la retroattività decennale delle polizze, operative a condizione che la denuncia di sinistro avvenga nel periodo di vigenza delle stesse (c.d. *“claim maid”*) e l’ultrattività decennale (estesa agli eredi).

4) Azione diretta del soggetto danneggiato.

L’**art. 12** della legge Gelli prevede che il soggetto danneggiato ha diritto di agire direttamente contro l’assicurazione della struttura sanitaria o dell’esercente la professione sanitaria, ma prevede, in caso di azione diretta nei confronti dell’assicurazione della struttura sanitaria, che solo quest’ultima sia litisconsorte necessario e non il sanitario.

A breve commento di quanto sopra esposto, è possibile affermare che se, a decorrere dal 01.04.2017 non è sicuramente ammissibile l’azione di rivalsa o di responsabilità amministrativa nei confronti dell’esercente la professione sanitaria che non sia stato tempestivamente e esaustivamente notiziato dell’avvio di una causa (si deve presumere che non lo veda già convenuto) o di trattative stragiudiziali pendenti fra danneggiato, struttura sanitaria e/o impresa assicurativa di quest’ultima, ciò (per i motivi posti dalla Corte dei

Conti a fondamento delle decisioni in commento) non è sostenibile relativamente ad azioni di responsabilità relative a fattispecie definite ante tale data.

Le commentate sentenze non precisano se l'inapplicabilità dell'art. 13 legge citata sia relativa ai soli fatti avvenuti prima dell'entrata in vigore della legge Gelli o se per i suddetti fatti la struttura sanitaria debba già aver ricevuto una richiesta risarcitoria.

Si potrebbe ritenere che la seconda ipotesi sia sistematicamente preferibile in accordo alla tipologia di polizze (cd. "*claims made*") che la struttura sanitaria e il sanitario devono stipulare, oltre che preferibile per il sanitario (in tal modo l'art. 13 potrebbe applicarsi anche a fatti avvenuti anteriormente alla legge Gelli, ma per i quali il danneggiato non abbia avanzato richiesta risarcitoria oppure, ancora, l'abbia avanzata ma siano ancora pendenti i termini – 45 giorni – per la comunicazione della stessa da parte della struttura al sanitario).

Neppure pare applicabile a tali fattispecie (e in tal senso, implicitamente ha sentenziato la Corte dei Conti nelle pronunce in commento) l'art. 12 comma 7 della legge Gelli, a tenore del quale non sono utilizzabili nel giudizio "*contabile*" argomenti di prova tratti dalle prove assunte nel giudizio al quale non abbia partecipato il sanitario, né convenuto né litisconsorte necessario, né (si deve presumere?) avvertito ex art. 13 l. Gelli.

Quindi, *rebus sic stantibus*, il sanitario pubblico dipendente può essere passivo di giudizio per responsabilità amministrativa scaturente da procedimento giudiziario o definizione stragiudiziale di una questione di *malpractice* sanitaria definita prima del 15.02.2018, data dell'entrata in vigore della legge Gelli alla quale non abbia partecipato in quanto non notiziato dello stesso.

In tale giudizio amministrativo potranno essere posti a fondamento della decisione inerente la sussistenza di colpa grave a carico del sanitario anche argomenti di prova tratti da prove assunte nel giudizio risarcitorio al quale lo stesso non abbia partecipato e il sanitario, non potendo chiamare in garanzia la propria assicurazione nel giudizio "*contabile*", potrebbe subire in prima persona gli effetti di una condanna (neppure delimitata – *ratione temporis* – ex art. 9 legge Gelli).

Allo stato delle cose pare arduo sostenere l'applicazione retroattiva dell'art. 13 legge Gelli in difetto di una modifica legislativa o di una norma di interpretazione autentica che espressamente stabilisca (quanto meno) l'applicabilità dell'obbligo di comunicazione per tutte le questioni risarcitorie comunque non ancora definite alla data del 01.04.2017.

E in ogni caso, stante la giurisprudenza della Corte dei Conti, non pare possibile per il sanitario pubblico dipendente effettuare la chiamata in garanzia (anche a legge Gelli operante) del proprio assicuratore.

Il decreto attuativo previsto dall'art. 10 comma 6 della legge Gelli dovrebbe sul punto disporre espressamente la garanzia assicurativa in caso di responsabilità amministrativa del sanitario pubblico dipendente e configurare un obbligo dell'assicuratore, in presenza almeno di chiari e inequivoci segnali di colpa grave del sanitario (quali un giudicato) e in

assenza di ipotesi di inammissibilità palesi del giudizio amministrativo (art. 13 legge Gelli), di mettere a disposizione dello Stato il massimale di polizza una volta ricevuta notizia dell'avvio dell'azione amministrativa.

In assenza di disposizioni normative quanto sopra sarebbe invece rimesso alla libera pattuizione fra le parti (assicurazione e assicurato) in sede di stipula del contratto, con presumibili ripercussioni (in ipotesi di accordata copertura) sul premio.

In alternativa a siffatte previsioni normative o contrattuali (e per tutti i casi nei quali non fosse possibile farvi riferimento) non resterebbe al sanitario pubblico dipendente destinatario di un atto (anche propedeutico) di avvio di procedimento per responsabilità amministrativa, che convenire in giudizio civile il proprio assicuratore per sentirlo condannare al pagamento di quanto, a tenore di polizza fosse tenuto a pagare per sollevare indenne l'assicurato dall'eventuale esito infausto del giudizio amministrativo.

Avv. Andrea Noccesi, Firenze

Il regime giuridico relativo alla complessa architettura della responsabilità amministrativa/amministrativa-contabile e quindi al danno erariale è disciplinato esattamente come indicato nelle sentenze in esame: Dipendente/Amministratore ed Ente Pubblico sono due soggetti legati dal rapporto di dipendenza/servizio pubblico il cui unico organo autorizzato a valutarne l'operato è un giudice "contabile" ossia la Corte dei Conti. La compagnia di assicurazione è sempre terza rispetto a questo rapporto e non può in alcun modo essere chiamata in garanzia in un procedimento contabile (cosa ovviamente diversa sarebbe in un procedimento civile) pertanto, nei confronti della Pubblica Amministrazione (in senso lato), attualmente, non è in alcun modo possibile coinvolgere direttamente un soggetto privato e terzo qual è una compagnia di assicurazioni privata.

D'altro canto deve essere ben distinto il procedimento amministrativo (all'interno del quale, lo ribadiamo, non è mai possibile coinvolgere direttamente la compagnia con azione di "chiamata in garanzia" per i motivi di cui sopra), dalla operatività di una polizza che assicura la "colpa grave" e quindi possibilità di trasferire alla stessa le conseguenze patrimoniali un eventuale sentenza di condanna per colpa grave. Pur non potendo essere parte del procedimento contabile la compagnia resta infatti impegnata ad onorare il risarcimento nei confronti della P.A. nei limiti di quanto previsto dal contratto (Massimale, ecc...).

Se da un lato, quindi, il tentativo del Medico convenuto di coinvolgere la compagnia assicurativa e quindi, di fatto, di trasferire all'assicuratore il procedimento, o quanto meno le conseguenze economiche di una condanna, non è, correttamente, possibile, questo non implica che la compagnia, in caso di condanna per colpa grave, non sia obbligata a risarcire il danno. Ed è in questa seconda fase, ove la compagnia, pur in presenza di un sinistro che rientrasse in garanzia (non insistendo eccezioni o esclusioni particolari...ad es. fatto noto, massimale non capiente, ecc..) non ottemperasse a tale obbligo contrattuale, che il singolo contraente/assicurato potrà agire civilisticamente nei confronti di essa per ottenere quanto di spettanza.

Al di là della formulazione particolare di uno dei casi di specie (non polizza individuale per colpa grave ma adesione ad appendice "rinuncia alla rivalsa" su polizza aziendale come era in uso fino a prima della finanziaria del 2008 che ha sancito divieto di simile prassi con tanto di nullità del contratto assicurativo) ritengo che, ancora una volta, da quanto in esame emerge semmai un potenziale ambito di interesse connesso alle spese legali. Infatti, se non si può coinvolgere la compagnia assicurativa direttamente nel procedimento contabile e la stessa optasse di non concedermi neppure il legale (discorso più volte fatto sul dettato ex art. 1917 cc e formulazione articolo "tutela legale" presente in più o meno tutte le polizze di colpa grave) limitandosi a risarcire il danno erariale in caso di condanna, la possibilità di nominare legale e perito di parte in autonomia per il dipendente diventa elemento di valore aggiunto. Questa opzione si può ottenere con una valida copertura di spese legali che, come noto, si può costruire su misura del dipendente (con costi contenuti) o con operatività completa.

Riccardo Cornaghi
(Broker MARSH)