



FONDAZIONE
CESIFIN
ALBERTO PREDIERI

centro per lo studio delle istituzioni finanziarie
promosso dall'ente cassa di risparmio di firenze

AUTOASSICURAZIONE E GESTIONE DEL RISCHIO

a cura di
SARA LANDINI

scritti di
PIERFRANCESCO COLAIANNI, ENRICO GALANTI, EMILIA GIUSTI
SARA LANDINI, ROBERTO MANZATO, MARCO MARCHI, GIANLUCA ROMAGNOLI
KEIKO TANIMOTO, PAOLO PANARELLI

cesifin on line

www.cesifin.it



9 788898 742035

La pubblicazione prende spunto dal Convegno
promosso dalla Fondazione CESIFIN Alberto Predieri
in collaborazione con AIDA - Sezione Toscana
Autoassicurazione e gestione del rischio
tenutosi a Firenze, Palazzo Incontri, venerdì 30 gennaio 2015.

AUTOASSICURAZIONE E GESTIONE DEL RISCHIO

Indice

“AUTOASSICURAZIONE” E GESTIONE DEL RISCHIO	p. 7
Sara Landini	
AUTOASSICURAZIONE E GESTIONE DEI RISCHI SANITARI	p. 9
Marco Marchi	
ASSICURAZIONE E SISTEMA CONTRO INCIDENTI MEDICI IN GIAPPONE	p. 25
Keiko Tanimoto	
AUTOASSICURAZIONE E ASSICURAZIONE NELLA RESPONSABILITÀ CIVILE MEDICA	p. 33
Pierfrancesco Colaianni	
LIMITI DI “PRATICABILITÀ” DELLA C.D. AUTOASSICURAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ MEDICA DA PARTE DELLE AMMINISTRAZIONI SANITARIE	p. 61
Gianluca Romagnoli	
ASSICURAZIONE OBBLIGATORIA E SELF-INSURANCE POSSONO COESISTERE? ALCUNI SPUNTI DA GIURISPRUDENZA E PRASSI	p. 71
Enrico Galanti	

**ALCUNE CONSIDERAZIONI SULLE COPERTURE
ASSICURATIVE DELLA MALPRACTICE MEDICA** p. 87
Roberto Manzato

**L'INCIDENZA DELLE LINEE GUIDA E DEI PROTOCOLLI
NELL'AREA SANITARIA** p. 99
Emilia Giusti

**TAVOLA ROTONDA
IL DIRITTO DELLE ASSICURAZIONI
NELLA GIURISPRUDENZA.
TENDENZE E NODI IRRISOLTI** p. 105
Paolo Panarelli

GLI AUTORI..... p. 111

“AUTOASSICURAZIONE” E GESTIONE DEL RISCHIO

Sara Landini

Il termine “Autoassicurazione” mutuato dall’inglese “self-insurance” è ormai entrato nel linguaggio comune. Ma a cosa ci si riferisce?

Per rispondere alla domanda dovremmo prima di tutto interrogarci sul significato di “assicurazione”. Col termine assicurazione si indica “Il fatto di assicurare, di assicurarsi, cioè di rendere o rendersi certo, o sicuro, o protetto, e le parole o gli atti con cui si assicura” (v. Dizionario Treccani).

In senso tecnico economico/giuridico “assicurazione” significa “l’operazione consistente nel trasferimento da un soggetto a un altro di un rischio connesso al verificarsi di un evento futuro e aleatorio, potenzialmente dannoso per la propria vita o per il proprio patrimonio”.

Di per sé il termine “Autoassicurazione” parrebbe contraddittorio in quanto indica un trasferimento rivolto verso il trasferente e quindi un non trasferimento.

Quando si parla di “Autoassicurazione” ci si riferisce, a livello internazionale, piuttosto al significato comune del termine per indicare un meccanismo che garantisca un soggetto per la copertura di eventuali perdite o danni.

Si intende fare riferimento alla costituzione di risorse patrimoniali destinate a tale scopo con correlati problemi di determinazione di soluzioni atte a creare forme di segregazione patrimoniale, problemi legati all’applicazione della disciplina degli enti pubblici laddove il soggetto segregante sia tale, problemi di tipo gestionale, modalità che consentano una interazione tra assicurazione e “autoassicurazione”.

Altro è il così detto ART Alternative Risk Transfer ovvero quelle tecniche, diverse dall’assicurazione e dalla riassicurazione, mediante le quali si individua uno strumento per coprire rischi di perdite. La maggior parte di queste tecniche permette agli investitori di avere un ruolo più diretto nella gestione del rischio e portano ad una sostanziale convergenza tra mercato assicurativo e mercato degli strumenti finanziari. Uno dei più comuni strumenti ART sono appunto i CAT Bond ovvero i Catastrophe Bond. Spesso tali titoli sono emessi da imprese di assicurazione per avere una fonte di finanziamento per perdite da eventi dannosi. La caratteristica, in sintesi, è che al verificarsi di certi eventi dannosi i sottoscrittori subiscono una decurtazione delle entrate in misura proporzionale alle perdite, realizzando una operazione di trasferimento del rischio.

La gestione interna del rischio e l’autoassicurazione, per come qui intesa, acquistano un particolare rilievo nell’ambito della responsabilità sanitaria posto che il legislatore con la legge di conversione n. 189/2012 del d.l. n. 159/2012 ha previsto all’art. 3-*bis* l’obbligo per le aziende sanitarie di analizzare e studiare

i rischi relativi alla propria attività adottando le necessarie soluzioni per la gestione dei medesimi, per la prevenzione del contenzioso e la riduzione degli oneri assicurativi.

Una norma che a nostro avviso ha non solo introdotto obblighi gestionali, di prevenzione e di precauzione, ma ha anche inciso sull'ambito della responsabilità dei medici operanti in strutture. Occorrerebbe infatti chiedersi, e forse per porsi tale domanda non era neppure necessaria una riforma legislativa, quale responsabilità in caso di errore medico sia addebitabile alla struttura per aver posto a carico dei propri dipendenti dei turni di lavoro non sostenibili.

Queste le linee del discorso che fanno da sfondo all'ideazione dell'evento organizzato da CESIFIN e svoltosi in Firenze a Palazzo Incontri il 30 gennaio 2015, da cui le relazioni qui riportate prendono spunto.

AUTOASSICURAZIONE E GESTIONE DEI RISCHI SANITARI

Marco Marchi

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. Esempi di dati sbagliati/falsati - 3. Le motivazioni per la disinformazione in sanità - 4. Autoassicurazione sanitaria: definizione - 5. Autoassicurazione sanitaria: le posizioni contrapposte - 6. Punti di forza e di debolezza dell'esperienza toscana - 7. Richieste di settore e conclusioni condivisibili - 8. Considerazioni conclusive specifiche su alcuni aspetti di interazione fra sistema informativo ed eticità.

1. Introduzione

La qualità dell'informazione costituisce la base per una assistenza sanitaria di qualità e rappresenta il più valido strumento per contrastare la malasanzità (*medical malpractice*).

Il ciclo informativo/decisionale prevede 3 fasi:

- Fase conoscitiva (raccolta "mirata" dei dati)
- Fase interpretativa (dal dato all'informazione, mediante il confronto fra quanto "osservato" e quanto "atteso" sulla base di una ipotesi di lavoro, modello di riferimento oppure obiettivo prefissato)
- Fase di intervento (azioni volte a far convergere la situazione attuale verso quella ipotizzata)

Per una informazione finalizzata all'intervento (e non una informazione per l'informazione, fine a sé stessa) è essenziale partire da dati validi ed attendibili perché solo così si può innescare un processo virtuoso, altrimenti, *garbage in-garbage out*:

- Dato sbagliato/falsato
- Informazione distorta (bias)
- Decisione scorretta

Per questo motivo nel seguito si presterà una particolare attenzione al problema della attendibilità/qualità dei dati portando alcuni esempi ripresi da pubblicazioni "ufficiali" (ISTAT, Ministero della Salute, ISS-Istituto Superiore di Sanità) per capire su quali "fondamenta conoscitive" si va ad innestare l'attività di assicurazione in campo sanitario.

Il tema sarà poi ripreso nelle considerazioni finali relative al possibile impatto che potrebbe avere, in negativo, la creazione di un sistema informativo parallelo rispetto all'esistente insieme di rilevazioni sanitarie correnti (Sistema

Informativo Sanitario - SIS), dedicato alla segnalazione degli errori in medicina ed orientato più alla gestione ottimale dei risarcimenti che non alle attività di prevenzione dei rischi.

La scelta infine del tema “nascita” e delle problematiche legate al parto appare giustificato dal fatto che proprio gli ostetrici liberi professionisti sono ormai considerati, di fatto (vedi tabelle ANIA sul costo delle coperture assicurative), come non più assicurabili a fronte di maxi-risarcimenti per milioni di Euro riconosciuti in casi di tetraparesi neonatale da parto.

2. Esempi di dati sbagliati/falsati

Il primo esempio si riferisce alle cause di natimortalità e le lacune e l'inattendibilità dei dati riportati sono talmente macroscopiche per cui ogni commento appare superfluo!

Esempio n° 1

REGIONE	NATI MORTI (N.)	CODIFICA DELLA CAUSA DI NATI-MORTALITÀ (VALORE %)			
		SCHEDE CON CAUSA DI MORTE VALIDA	SCHEDE CON CAUSA DI MORTE ERRATA	SCHEDE CON CAUSA DI MORTE ASSENTE	SCHEDE CON CAUSA DI MORTE INCOMPATIBILE CON ETÀ/GENERE
Piemonte	92	8,7	0,0	88,0	3,3
Valle d'Aosta	3	0,0	0,0	100,0	0,0
Lombardia	318	28,0	1,6	2,5	67,9
PA di Bolzano	5	80,0	20,0	0,0	0,0
PA di Trento	11	45,5	27,3	0,0	27,3
Veneto	139	15,1	3,6	77,0	4,3
Friuli Venezia Giulia	32	68,8	0,0	31,3	0,0
Liguria	36	5,6	2,8	75,0	16,7
Emilia-Romagna	107	29,9	2,8	48,6	18,7
Toscana	90	13,3	0,0	60,0	26,7
Umbria	31	0,0	22,6	74,2	3,2
Marche	38	0,0	0,0	100,0	0,0
Lazio	109	22,9	0,0	53,2	23,9
Abruzzo	38	0,0	18,4	81,6	0,0
Molise	2	0,0	0,0	100,0	0,0
Campania	193	0,0	1,0	99,0	0,0
Puglia	69	47,8	17,4	18,8	15,9
Basilicata	16	18,8	6,3	68,8	6,3
Calabria	56	3,6	1,8	69,6	25,0
Sicilia	149	32,2	2,0	15,4	50,3
Sardegna	44	0,0	0,0	100,0	0,0
Totale	1.578	19,4	3,2	51,6	25,7

Fonte: Ministero della salute^{2/}
Source: Italian Minister of Health²

Nel secondo esempio partendo dalla rilevazione CeDAP (Certificati di Assistenza al Parto) si è cercato, inutilmente, di disaggregare i dati sui Tagli Cesarei (TC) nelle 3 componenti:

- TC in elezione o programmati
- TC d'urgenza (fuori travaglio)
- TC d'urgenza in corso di travaglio

La distinzione permetterebbe di analizzare meglio questo fenomeno di particolare rilevanza per il Sistema Sanitario Nazionale, mentre con i dati disponibili si può solo osservare da un lato l'enorme disomogeneità fra regioni (e poi, in subordine, fra strutture private e pubbliche) e dall'altro le discrepanze fra i dati forniti dalle due fonti ufficiali rappresentate dalla Scheda Nosologica di dimissione ospedaliera (SDO) e dai CeDAP.

Esempio n°2

REGIONE	TOTALE PARTI (FORTE CeDAP) (n.)	PARTI SENZA TC IN ELEZIONE (n.)	TC IN ELEZIONE (n.)	TC IN ELEZIONE SU TOTALE PARTI (%)	TC D'URGENZA SU TOTALE PARTI (%)	TC SU TOTALE PARTI CeDAP (%)	TC SU TOTALE PARTI SDO (%)
Piemonte	35.512	27.973	7.539	21,23	10,17	31,4	31,7
Valle d'Aosta	1.231	1.042	189	15,35	11,75	27,1	35,0
Lombardia	98.871	81.218	17.653	17,85	10,65	28,5	28,7
PA di Bolzano	5.371	4.784	587	10,93	12,87	23,8	23,7
PA di Trento	4.995	4.027	968	19,38	7,12	26,5	24,5
Veneto	46.772	38.748	8.024	17,15	12,35	29,5	28,9
Friuli Venezia Giulia	10.340	9.193	1.147	11,09	13,31	24,4	23,7
Liguria	11.694	8.859	2.835	24,24	11,96	36,2	37,1
Emilia-Romagna	41.752	34.606	7.146	17,11	12,89	30,0	29,9
Toscana	32.228	27.352	4.876	15,13	8,47	23,6	26,6
Umbria	8.407	6.748	1.659	19,73	12,57	32,3	32,5
Marche	14.313	11.170	3.143	21,96	12,04	34,0	33,7
Lazio	54.404	41.599	12.805	23,54	19,76	43,3	42,0
Abruzzo	10.464	7.316	3.148	30,08	12,82	42,9	43,3
Molise	2.185	1.508	677	30,98	13,52	44,5	48,4
Campania	58.758	34.234	24.524	41,74	17,86	59,6	62,0
Puglia	34.744	22.825	11.919	34,30	13,10	47,4	47,0
Basilicata	4.466	2.983	1.483	33,21	13,79	47,0	46,3
Calabria	15.316	9.809	5.507	35,95	9,05	45,0	41,1
Sicilia	44.230	26.650	17.580	39,75	12,85	52,6	53,1
Sardegna	12.517	9.533	2.984	23,84	15,46	39,3	37,8
Totale	548.570	412.177	136.393	24,86	13,14	38,0	38,4

Fonte: rielaborazione dati CeDAP operata dagli autori. / Source: CeDAP data re-elaborated by the authors.

Nel terzo esempio si fa riferimento alle codifiche DRG (Diagnosis-related Groups-Raggruppamenti Omogenei di Diagnosi), utilizzate per la quantificazione economica, ed i relativi rimborsi, delle prestazioni ospedaliere (in questo caso dei ricoveri per parto). Poiché a fronte di circa 1300 euro per un parto vaginale (DRG 373) un parto vaginale “con altro intervento” (DRG 375) comporta un rimborso quasi 3 volte superiore emerge quindi in tutta evidenza l'assurdità che risultino registrati quasi ¾ di tali parti concentrati nella stessa regione (Lazio)!

Esempio n° 3

REGIONE	DRG 370: TC CON CC (n.)	DRG 371: TC NON CC (n.)	TC SUL TOTALE DELLE SDO (n.)	TC CON CC (%)	DRG 372* (n.)	DRG 373* (n.)	DRG 374* (n.)	DRG 375* (n.)	TOTALE VAGINALI (n.)	PARTI TOTALI (n.)	TC SU PARTI TOTALI (%)
Piemonte	982	10.244	11.226	8,75	612	22.976	890	25	24.503	35.729	31,42
Valle d'Aosta	26	310	336	7,74	7	758	4	0	769	1.105	30,41
Lombardia	2.001	24.233	26.234	7,63	2.260	63.102	1.235	53	66.650	92.884	28,24
PA di Bolzano	260	1.028	1.288	20,2	133	3.948	142	1	4.224	5.512	23,37
PA di Trento	114	1.232	1.346	8,47	92	3.451	65	0	3.608	4.954	27,17
Veneto	944	12.212	13.156	7,18	737	30.376	1.219	43	32.375	45.531	28,89
Friuli	251	2.134	2.385	10,5	150	7.254	169	8	7.581	9.966	23,93
Liguria	402	3.653	4.055	9,91	154	7.248	178	11	7.591	11.646	34,82
Emilia-Romagna	1.103	10.576	11.679	9,44	860	25.289	585	23	26.757	38.436	30,39
Toscana	728	7.463	8.191	8,89	459	22.483	232	30	23.204	31.395	26,09
Umbria	285	2.196	2.481	11,5	154	5.374	63	8	5.599	8.080	30,71
Marche	343	4.401	4.744	7,23	153	8.551	159	9	8.872	13.616	34,84
Lazio	1.031	20.056	21.087	4,89	309	28.822	329	784	30.244	51.331	41,08
Abruzzo	693	3.966	4.659	14,9	90	5.804	244	11	6.149	10.808	43,11
Molise	97	1.113	1.210	8,02	17	1.231	15	1	1.264	2.474	48,91
Campania	1.810	35.371	37.181	4,87	417	22.998	1.388	35	24.838	62.019	59,95
Puglia	1.699	16.632	18.331	9,27	250	19.363	426	40	20.079	38.410	47,72
Basilicata	363	1.958	2.321	15,6	21	2.239	27	0	2.287	4.608	50,37
Calabria	602	7.143	7.745	7,77	129	9.943	119	16	10.207	17.952	43,14
Sicilia	2.232	22.799	25.031	8,92	436	21.996	284	61	22.777	47.808	52,36
Sardegna	581	4.411	4.992	11,6	358	7.333	140	21	7.852	12.844	38,87
Italia	16.547	193.131	209.678	7,89	7.798	320.539	7.913	1.180	337.430	547.108	38,32

* Parti vaginali: 372 - con diagnosi complicante; 373 - senza diagnosi complicante; 374 - con sterilizzazione; 375 - con altro intervento / Vaginal delivery: 372 - with complicating diagnosis; 373 - without complicating diagnosis; 374 - with sterilisation; 375 - with other operation

Come ulteriore esempio di “mala informazione” va ricordato che nel 2010 su 482.195 tra parti naturali e “primi parti cesarei” ci sono state 7,67% di diagnosi di “posizione anomala del feto” (le cosiddette “teste ballottanti”) e nel 7,39% è stato eseguito il Taglio Cesareo con questa motivazione, con frequenze che hanno raggiunto il 50% in alcune strutture (private ma anche pubbliche!) di certe regioni del Sud. Poiché tale situazione appariva susseguente ad una Delibera della Regione Campania che imponeva una maggiore “giustificazione” del ricorso al Taglio Cesareo la Direzione generale della Programmazione sanitaria, su segnalazione di Agenas (Agenzia Nazionale per i Servizi Sanitari Regionali), ha deciso di approfondire il problema (facendo intervenire i NAS!) utilizzando i dati SDO (Schede di Dimissione Ospedaliera) del 2010. I primi risultati, sul 34% del campione, sono stati clamorosi poiché nel 43% delle Cartelle Cliniche esaminate è stata rilevata una non corrispondenza con le informazioni riportate nella SDO, configurando così una serie di possibili reati (falso in atto pubblico, truffa ai danni dello Stato, ecc.): si stanno però ancora aspettando gli ulteriori sviluppi!

Come ultimo esempio si farà riferimento alle Modalità del Parto riportate sui CeDAP; solo alcune Regioni permettono di distinguere i TC d’urgenza nelle due quote di fuori travaglio e nel corso di travaglio (la Regione Toscana codifica i TC d’urgenza, non in travaglio, con un codice che poi non viene ripreso e conteggiato nei dati “ufficiali” sui TC riportati anche su pubblicazioni dell’I.S.S.). Il CeDAP della Regione Toscana è peraltro uno dei pochi che permette di registrare come modalità

di assistenza (seppure sconsigliata ed addirittura proibita a livello internazionale!) l'effettuazione della "manovra di Kristeller" (costituita da una spinta manuale del fondo dell'utero della donna in corso di travaglio). Purtroppo però la frequenza registrata in Toscana (elaborazione dati ARS- Agenzia Regionale Sanità) è del 9,6% a fronte di una consuetudine molto più diffusa (e quindi nascosta!) che gli stessi dati dell'Indagine multiscope (ISTAT) registrano con frequenze di quasi 3 volte tanto basandosi sulle risposte date dalle donne che hanno partorito negli ultimi anni in Italia: è evidente come tale processo di selezione privilegerà la registrazione nelle situazioni in cui tale manovra sarà stata effettuata in modo meno traumatico e quindi meno rischioso per successive richieste di risarcimento!

3. Le motivazioni per la disinformazione in sanità

Le cause dei comportamenti sopra descritti sono molteplici e spesso interagenti fra di loro, in particolare:

- Negligenza, per cui le rilevazioni statistiche vengono etichettate come "inutile fardello burocratico"
- Vantaggi economici, per cui dichiarando il falso od alterando parzialmente le motivazioni si giustificano atti/procedure/prestazioni che danno luogo a rimborsi maggiori (vedi DRG "taroccati"!))
- Medicina difensiva, con cui si indicano tutti quei comportamenti non scientificamente sostenibili ma motivati da una sorta di "prevenzione" nei confronti di possibili azioni di rivendicazione/risarcimento da parte dei pazienti; in particolare possiamo distinguere:
 - a. Medicina difensiva cosiddetta "positiva", caratterizzata da uno spreco di risorse per l'esecuzione di esami/accertamenti/visite specialistiche del tutto inutili e/o in quantità eccessiva (vedi ad es. n° di ecografie in gravidanza, in media 7-8 invece delle 3 previste dai protocolli nazionali), per prescrizioni/interventi di dubbia efficacia (se non certamente inefficaci), il tutto secondo una logica sbagliata del "tanto il di più non fa mai male"!
 - b. Medicina difensiva cosiddetta "negativa", caratterizzata da un processo di selezione di atti/interventi a minor rischio (ancorché non rappresentino la scelta ottimale e consigliata) per prevenire possibili rivendicazioni di danni potenziali
 - c. Medicina difensiva "disinformativa", in cui comportamenti medici legati agli aspetti informativi (omissione/distorsione) caratterizzano l'esecuzione di atti medici, che per la loro rischiosità sono proibiti o vivamente sconsigliati, ma che vengono attuati in quanto si sa che possono essere poi "nascosti", non riportandoli nella documentazione "ufficiale" (Cartella Clinica *in primis*)

Quello che va sottolineato è che le conseguenze dell'insieme di questi comportamenti di difesa preventiva rispetto a possibili rivendicazioni/richieste di risarcimento portano la loro stima di spesa annuale (per prescrizioni di farmaci, visite specialistiche, esami di laboratorio, radiologici et al., esami clinici, ricoveri ospedalieri) all'11,8% del costo annuale del Servizio Sanitario Nazionale ovvero a circa 13 miliardi di Euro, a cui si può contrapporre una somma pari, al massimo, a 500 mln annui di Euro (estrapolandola dai dati di pagamento del passato) per premi assicurativi e circa 1-2 miliardi stimati come costi imputabili all'insieme dei possibili/potenziati Eventi Avversi (che comprendono i veri e propri "errori" ma anche altri eventi "negativi" particolarmente frequenti quali la perdita/furto di dentiere, la caduta accidentale per le scale o per il lavaggio dei corridoi ospedalieri, ecc.) .

È evidente quindi come una efficace "battaglia" da attuarsi mediante la promozione dell'EBM (Evidence Based Medicine), l'introduzione di "buone pratiche", l'adozione di linee guida, la prevenzione dei rischi, una maggiore tutela della responsabilità medica, avrebbe un ben maggiore impatto economico su questa posta in gioco che non su quello della semplice contestazione e rescissione dei contratti di assicurazione.

4. Autoassicurazione sanitaria: definizione

Il ricorso alla cosiddetta "autoassicurazione (dal termine anglosassone *self-insurance*) ha caratterizzato le scelte delle Regioni italiane negli ultimi anni quale risposta alla carenza di offerte assicurative con premi divenuti insostenibili per i costi troppo elevati dei risarcimenti.

I punti chiave che dovrebbero caratterizzare questa forma di gestione (qualcuno la definisce di "non assicurazione", e cioè di ritorno al passato precedente all'introduzione proprio a Firenze dei primi contratti assicurativi sul trasporto e fornitura di merci da e per l'estero) sono:

- Risparmio di cassa (in particolare nel periodo iniziale): a fronte del mancato pagamento immediato dei premi c'è una dilazione rappresentata dalle liquidazioni ritardate e dalle denunce tardive (oltre al risparmio delle tasse e delle commissioni di intermediazione)
- Stimolo alle procedure di conciliazione, per la soluzione tempestiva del contenzioso
- Sviluppo del sistema di *risk-management* per la riduzione sostanziale dei rischi
- Corretta valutazione dell'entità degli indennizzi/risarcimenti: esperienza specialistica di *loss-adjuster*
- Adeguato accantonamento delle riserve (problemi di "pricing" del rischio

e di “risk capital”) per l’esposizione in termini monetari in caso di scenari avversi, con analisi del tipo ALM (Asset and Liability) caratterizzate da verifiche esterne di congruità da parte di revisori specializzati.

Alcune prime osservazioni:

- Trattandosi di accantonamento e gestione di risorse senza trasferimento di rischio a soggetti terzi (autoritenzione) non sembra attualmente sussistere la delimitazione (requisito assicurativo questo essenziale!) del “patrimonio aggredibile” degli enti pubblici coinvolti (Aziende ospedaliere, Regione) che ne rimarrebbero quindi responsabili “in toto” (vedi Codice Assicurazioni: art.37-Riserve tecniche ed art. 42-Registro delle attività a copertura delle riserve tecniche)
- Non ci può essere conciliazione senza riconoscimento di responsabilità, per cui il ricorso a questa soluzione può trovare l’opposizione del sanitario (in attesa dell’auspicato Statuto della responsabilità medica!) come controinteressato ad ambedue le parti (paziente ed Azienda) in quanto seppure esclusa (vedi art. 3 del c.d. “Decreto Balduzzi”) la possibilità di rivalsa nei suoi confronti per “colpa lieve” permane un interesse personale al “buon nome”, a fini di carriera, ecc.
- La gestione dei rischi (intesa come riduzione degli stessi previa rimozione in ottica di reale prevenzione degli stessi) appare elemento qualificante principale dell’autoassicurazione, ma questa andava promossa efficacemente anche nel regime assicurativo precedente quando invece (colpa veramente grave, se non addirittura dolo da parte delle imprese assicuratrici) i premi crescevano senza tener conto in modo adeguato delle azioni e dei risultati che alcune Aziende sanitarie cercavano di promuovere (mentre spesso si teneva conto solo di parametri “oggettivi” teorici quali il n° di posti letto, di sanitari, ecc.)
- Mettere in piedi *ex-novo* un valido sistema di valutazione dei risarcimenti richiede investimenti e creazione di professionalità inesistenti nel Servizio Sanitario Nazionale (che giustamente si doveva e si deve occupare di altro e cioè della assistenza e cura dei pazienti!), convertendo/assumendo del personale amministrativo e/o avvalendosi di consulenti esterni
- Il punto finale, più critico di tutti, riguarda la stima di quanto accantonare per i sinistri più rilevanti già rivendicati e quelli per i quali la denuncia avverrà entro i termini di prescrizione (attualmente entro 10 anni dal momento in cui si è avuta cognizione del presunto danno subito!); si tratta qui di professionalità altamente specialistiche (statistico-attuariali) che non possono essere improvvisate se non si vuole andare incontro a spiacevoli, future sorprese (che ANIA, vedi sotto, ha equiparato a quelle derivanti dal ricorso incauto da parte di Enti pubblici alla stipula di “contratti derivati”!)

5. Autoassicurazione sanitaria: le posizioni contrapposte

In un documento della Conferenza Stato-Regioni, illustrato in una audizione parlamentare del gennaio 2014, si prende decisamente posizione affermando che l'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile medica non rappresenta "la panacea di tutti i mali" ed anche se così fosse "i costi sarebbero così elevati, e stante così le cose, pressoché insostenibili per professionisti e strutture, sempre ammesso che vi siano reperibili assicurazioni disponibili a contrarre, delle quali ci si possa fidare (vale a dire solvibili ed affidabili)" da cui la via d'uscita, per le strutture sanitarie, è quella della "gestione diretta dei sinistri, perché ne impone l'analisi sistematica e stimola l'individuazione dei possibili correttivi....., almeno per quanto attiene ai danni non catastrofici".

Come base informativa per la presentazione delle posizioni contrapposte verrà fatto riferimento principale al documento/dossier di ANIA (Associazione Nazionale fra le Imprese Assicuratrici) *Malpractice, il grande caos* ed alla replica che ne è seguita da parte del Centro per la Gestione del Rischio Clinico della Regione Toscana.

L'indicatore principale fornito da ANIA è quello del rapporto "sinistri/premi" (*loss ratio*): "Per l'intero settore della RC medica al 31 dicembre 2012 il rapporto medio dei sinistri a premi per le varie generazioni dal 1994 si attesta al 173%", con un trend in diminuzione, in particolare negli ultimi anni, in concomitanza con il passaggio all'autoassicurazione.

- **Rapporto sinistri/premi (S/P) al 31/12/2012 per anno di protocollo del sinistro:**
- **2000/2001/2002/2003/2004/2005/2006/2007/2008/2009/2010/2011/2012**
- **210% 260% 296% 225% 180% 125% 150% 123% 151% 163% 153% 151% 122%**

Attualmente, secondo ANIA, la spiegazione delle macroscopiche perdite sopra-evidenziate andrebbe ricercata nella "miscela esplosiva costituita da una dilatazione del concetto di malpractice da parte dei tribunali ed un incremento inarrestabile del valore dei risarcimenti, scarsa prevenzione o *risk-management* da parte degli ospedali, incremento esponenziale delle liti e crescente attivismo di strutture di infortunistica e legali".

L'esperienza toscana, che per certi versi ha fatto da "apripista" configura un GRC-Centro Regionale per la Gestione del Rischio Clinico (Delibera Giunta Regionale Toscana 1179 del 10 novembre 2003) quale struttura di governo clinico (legge reg. 40/2005-Disciplina del servizio sanitario regionale) all'interno della Direzione generale Diritto alla salute della Regione Toscana, che si avvale di un Comitato scientifico e coordina il CRVS - Comitato regionale per la valutazione dei sinistri (Delibera GRT n. 1234/2011) per sinistri >500.000 euro.

Al GRC fa capo il Sistema Informativo integrato del rischio clinico (per

la segnalazione e la gestione degli Eventi Avversi) e la rete dei 16 Comitati Aziendali di gestione dei sinistri (uno per ciascuna ASL e per ognuna delle Aziende Ospedaliere autonome).

I due obiettivi principali del GRC toscano sono:

- A) Rimuovere le cause dei rischi per un'azione di reale prevenzione primaria dei danni ai pazienti
- B) Gestire al meglio le pratiche di indennizzo (tempestività, conciliazione, riduzione del contenzioso, risparmio nei rimborsi, ecc.).¹

I primi, pochi, risultati “ufficiali” disponibili sono riportati nella seguente Tabella, presentata in occasione di un Convegno Agenas nell'Ottobre 2013.

**Tabella di confronto tra gestione assicurativa e gestione diretta
(Fonte: GRC - Regione Toscana)**

Anno	2008	2010	2011
N° richieste risarcimento	1538	1598	1631
N° eventi	1546	1359	1239
N° richieste definite entro settembre dell'anno successivo: (liquidate, respinte o s.s.)	99*	848**	884**
tempo medio di definizione (in gg. lavorativi)	433	158	157

* secondo i dati ANIA il 35,6% erano definite entro un anno, mentre entro 3 anni veniva chiuso l'80%

** di cui circa il 40% liquidate

Gli * sono stati qui aggiunti per esplicitare alcuni punti di particolare discrepanza rispetto ad altri dati di fonte ANIA; rimane comunque indubbia una maggiore velocità di definizione delle pratiche (in particolare di quelle meno impegnative dal punto di vista economico e procedurale) mediante il ricorso massiccio agli istituti del risarcimento diretto e della conciliazione. Già dai dati ANIA emergeva l'altissima (70%!) di richieste respinte o s.s. (senza seguito) che sarebbero qui confermate (60%) e la cui spiegazione sta nella componente di “denunce senza danno”, sostanzialmente riconducibili a lamentele/ proteste più da URP (Ufficio Relazioni con il Pubblico) che non da Ufficio Legale.

Ulteriori dati forniti dal GRC toscano per il periodo 2010-2012 indicano costi per 103 milioni di Euro (sinistri liquidati per 50 mln* e 53 mln di stima dei

¹Questo però potrebbe andare a configgere con le legittime aspettative dei pazienti danneggiati!

costi futuri per i sinistri da risarcire) a fronte di una stima triennale di 180 mln di euro per costi assicurativi potenziali (premi + franchigie), basata sull'entità estrapolata dei premi pagati negli anni precedenti.

*In altra sede si riportavano però risarcimenti per 22,5 milioni all'anno per il biennio 2010-2011!

Alcune osservazioni:

- Da dati ANIA si ricava, in una situazione a regime, un grossolano rapporto 1:3 fra PAID e RESERVE (indennizzi pagati annualmente a fronte di quanto messo a riserva) mentre per la Regione Toscana, trattandosi del periodo di avvio in cui si pagano i sinistri meno impegnativi economicamente, dovrebbero andare a riserva risorse ben più consistenti per fronteggiare adeguatamente, negli anni a venire, i casi più "rognosi" (*in cauda venenum*), considerando che, sempre su dati ANIA, dopo 18 anni rimanevano 2,3% di "riservati" con oltre il 7% di importo!
- I 180 mln di euro di premi comprendevano le imposte sui contratti assicurativi (al 22,25%) e l'intermediazione (brokeraggio, di solito fra il 5 ed il 10%) il cui importo andrebbe correttamente sottratto;
- La differenza residua (quindi circa 30 milioni di Euro) andrebbe rapportata alle spese (non valutate, o comunque mai rese note) sostenute, per i 3 anni in questione, per la gestione, in economia e/o con il supporto di consulenze specialistiche esterne, del sistema di valutazione dei sinistri e della loro liquidazione articolato nelle 16 Aziende toscane ed a livello regionale.

6. Punti di forza e di debolezza dell'esperienza toscana

Pur sussistendo una sostanziale scarsità di informazioni per procedere ad una valutazione rigorosa e puntuale si possono evidenziare, in positivo ed in negativo, alcuni elementi.

Punti di forza:

- Creazione di una rete di risk manager nelle 16 aziende toscane con relativa sensibilizzazione sul tema dei rischi sanitari ed implementazione di Buone Pratiche per la sicurezza delle cure;
- Analisi ed approfondimento anche dei *near miss* (i cosiddetti "quasi incidenti") oltre che degli Eventi Avversi;
- Corsi di Alta Formazione "Gestione del Rischio nella pratica clinica e miglioramento continuo della qualità e sicurezza delle cure", con Laboratorio Management e Sanità della Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa (alla 6° edizione);
- Aumento delle conciliazioni e della tempestività dei rimborsi (ed assenza

di sequele penali)².

- Risparmio sugli indennizzi/risarcimenti (come riduzione dell'ammontare medio piuttosto che come aumento del numero dei respinti e/o senza seguito)³.

Punti di debolezza:

- Creazione *ex-novo* di competenze, interne alle aziende sanitarie, in tema di *loss adjuster*, per cui occorrerebbero dati analitici sui costi e sulle reali capacità di svolgere a livello professionale tali compiti (in alternativa al ricorso a specialisti esterni);
- Sistema informativo integrato del rischio clinico (includente il SRGS -Sistema Regionale Gestione Sinistri) che viene, per certi versi, a contrapporsi al SIS (Sistema Informativo Sanitario) ufficiale (Scheda nosologica di dimissione ospedaliera, CeDAP; ecc.) e che dovrebbe confluire/armonizzarsi con il SIMES (Sistema Informativo per il Monitoraggio degli Errori in Sanità, facente capo ad Agenas), tuttora in fase di difficoltoso decollo;
- Sistema un poco "naïf" di valutazione probabilistica dei pagamenti ritardati, per le richieste già presentate, e dell'entità del loro indennizzo: la suddivisione in tre categorie di Probabili (circa il 16%), di Possibili (circa il 40%) e di Remoti (il restante 44%) del grado di realizzazione del pagamento con le relative aliquote di futuro indennizzo (dal 90 al 10%) appare decisamente inadeguato rispetto alla sofisticazione delle più aggiornate tecniche di previsione attuariale, che non risultano essere invece rappresentate in seno al Comitato scientifico del Centro GRC;
- Procedura di messa a riserva delle cifre offerte e rifiutate, prevista esplicitamente dal Decreto G.R.T. 1234/2011 ("Fase III-Definizione Sinistro: Se invece il danneggiato rigetta la liquidazione d'indennizzo formulata, l'U.O. Affari Generali/Legali iscrive la riserva (valutazione interna) per l'eventuale soccombenza nell'azione legale di risarcimento") che ove comportasse una sottostima sistematica delle passività potrebbe configurarsi forse come una fattispecie di falso in bilancio;
- Attuale inadeguata stima delle ritardate denunce IBNR (Incurred But Not Reported), almeno in parte motivata dal fatto che solo una attenta analisi delle serie storiche (che qui non è ancora fattibile, data l'esiguità

² Anche se non si può non rilevare la contraddizione fra l'adozione filosofica della mediazione, "meno Stato meglio è" contestualmente alla decisione di portare nell'ambito pubblico l'attività di assicurazione sanitaria.

³ Tutto questo non risulta però, al momento, adeguatamente documentato.

temporale della serie stessa) permetterebbe di arrivare a delle stime attendibili con i relativi intervalli probabilistici di confidenza: andrebbero comunque esplicitati i criteri di quantificazione economica e le modalità della loro messa a riserva, mentre la Delibera della Giunta Regionale Toscana succitata non prevede niente in proposito.

7. Richieste di settore e conclusioni condivisibili

La XII Commissione Parlamentare-Affari sociali della Camera dei Deputati ha così sintetizzato, recependole da varie proposte di legge, le richieste avanzate dagli operatori:

- Approvazione delle Tabelle ex art.138 (valorizzazione delle c.d. “lesioni macro-permanenti”, quelle superiori al 9% di percentuale di invalidità) con una quantificazione del danno in linea con gli standard europei;
- Riduzione a 5 anni dei termini di prescrizione per i danni da *medical malpractice*;
- Istituzione di unità di *risk-management* a livello regionale (e aziendale);
- Istituzione di sedi di conciliazione obbligatoria;
- Definizione del perimetro della responsabilità civile e della responsabilità penale degli operatori sanitari.

Va sottolineato come alcune siano pienamente condivisibili (ad es. l’istituzione di unità di *risk-management*, il porre dei limiti al caos delle valutazioni di indennizzo/risarcimento per cui ogni Tribunale fa caso a sé stante) mentre altre rappresentano una sorta di “cambiamento delle carte in tavola” che, oltre a favorire la gestione aziendale con notevoli risparmi per il SSN, potrebbero anche far rientrare in gioco le stesse compagnie di assicurazione, specialmente con versioni aggiornate di contratti assicurativi del tipo *bonus-malus*, con franchigia e soprattutto con riferimento alla copertura dei soli sinistri “catastrofali”.

Si riportano qui anche le conclusioni di N. Savelli (vedi *Rischio clinico ed evento avverso: un approccio di risk management*):

- Accentuare il *risk management* nelle strutture sanitarie;
- Potenziare la *Base dati strutturata ed il know how* gestionale e di sviluppo del costo sinistri, con il potenziamento di strutture di *internal audit* ed utilizzo di soggetti specializzati nella stima prospettica del costo sinistri;
- Nel caso di ricorso a coperture assicurative, per intero o limitatamente a sinistri particolarmente gravi, maggiore *trasparenza nelle tariffe* e

- richiesta di *livelli di solvibilità adeguati*⁴ (anche tramite attestazioni da parte di autorità di vigilanza europee ed extra-europee);
- Istituzione di un *Fondo di garanzia* a livello nazionale.

8. Considerazioni conclusive specifiche su alcuni aspetti di interazione fra sistema informativo ed eticità

La *prima* considerazione prende spunto dai dati, veramente impressionanti, sulla numerosità stimata degli Eventi Avversi da un lato e della % di richieste di indennizzo/risarcimento che vengono respinte e/o che rimangono senza seguito, ovvero:

a) stima campionaria di 500.000 Eventi Avversi annuali nel SSN italiano (Fonte: Tartaglia et al., 2011, in cui sono inclusi i prolungamenti indebiti di degenze ospedaliere, le lamentele/proteste senza danni accertati, ecc.) di cui prevenibili il 56,7% ed una occorrenza mediana di decesso del 9,5%; 320.000 come stima analoga del Consorzio Universitario per l'ingegneria nelle assicurazioni del Politecnico di Milano;

b) 31.195 sinistri denunciati nel 2012, di cui 19.436 riferiti alle strutture sanitarie pubbliche (Fonte: ANIA) a fronte dei 12.341 Eventi Sentinella del sistema di segnalazione SIMES gestito da Agenas (ancora in fase "rodaggio!");

c) circa il 70% dei sinistri denunciati rimane senza seguito (Fonte: ANIA) con valori di poco inferiori (60%) in regime di autoassicurazione.

Proposta: l'approfondimento, con appropriati metodi di analisi statistica, sulle variabili esplicative dei Falsi Negativi (rivalse potenziali) e dei Falsi Positivi (respinti e/o senza seguito), da un lato fornirebbe una corretta valutazione dell'intero iceberg e della sua "rilevanza potenziale" (che potrebbe emergere prepotentemente, se opportunamente stimolata, ad esempio da studi legali operanti "all'americana" e cioè senza spese e con proposte di compartecipazione agli indennizzi!) e dall'altro individuerebbe le motivazioni che inducono ad avanzare richieste destinate all'insuccesso economico ma che potrebbero dare utili indicazioni per elevare la qualità del servizio, con un dispendio limitato di risorse.

La *seconda* considerazione riguarda la possibile asimmetria informativa che si è venuta a configurare data la compresenza dei due obiettivi previsti per il Centro GRC dalla Delibera della Giunta Regionale Toscana:

- essendo i Comitati aziendali per la gestione dei sinistri (ed in seconda battuta il Comitato Regionale) controparte diretta del "danneggiato"

⁴ Con tutti gli obblighi e gli oneri che deriveranno della Direttiva U.E. Solvency II.

l'utilizzo a fini di valutazione delle proposte di indennizzo/risarcimento delle informazioni privilegiate (raccolte nell'ambito di specifiche procedure di audit finalizzate al primo obiettivo, e cioè all'individuazione dei fattori di rischio che hanno portato all'Evento Avverso, per la loro rimozione) rispetto alle informazioni riportate su documenti "ufficiali" (Cartella Clinica, CeDAP, ecc.) potrebbe costituire una sorta di "inside trading";

- Inoltre il privilegio (vedi garanzia di anonimato) accordato alla segnalazione degli Eventi Avversi ed alle relative procedure di approfondimento/valutazione potrebbe avere riflessi negativi sulla qualità delle fonti informative «di routine» per cui la rilevazione statistico-sanitaria risentirebbe dell'effetto di "riservare" l'esatta ed approfondita descrizione dell'evento soltanto alla nuova procedura che mette insieme, scorrettamente, elementi di prevenzione con opportunità di difesa di parte.

Proposta: occorrerebbe che la registrazione "ufficiale" degli eventi sanitari nel corso della degenza ospedaliera avvenisse "in tempo reale" mediante una Cartella Clinica digitalizzata (in cui eventuali aggiunte, modifiche, precisazioni, ecc. sarebbero ancora possibili, previa però la loro memorizzazione); sarebbe quindi auspicabile che all'atto della dimissione venisse rilasciata a tutti i dimessi/e copia di tale Cartella e, se del caso, del CeDAP, (non come avviene ora, su richiesta del paziente!) con l'inserimento automatico nella Scheda sanitaria individuale digitalizzata (in fieri!) ed il coinvolgimento del Medico di fiducia (o del pediatra se del caso, con l'attivazione/inizializzazione per ogni neonato della sua Scheda sanitaria pediatrica).

La terza considerazione si riferisce alle classiche indagini epidemiologiche sulla diseguità di accesso dei pazienti ai servizi sanitari e dei risultati di salute ottenuti (*outcome*) (fra cui, in negativo, si potrebbero includere anche gli Eventi Avversi) e che hanno riguardato quasi tutti i possibili settori specialistici (a partire dal Pronto soccorso per finire con le attività cardiocirurgiche di rivascularizzazione) arrivando alla dimostrazione degli evidenti svantaggi sopportati, in certi casi, da coloro che per scolarità, *status* socio-economico, ecc. risultano in condizioni di inferiorità:

- non sono però mai state oggetto di indagine le potenziali diseguità connesse alle azioni di risarcimento ed ai loro esiti: in termini di % di richieste respinte ed entità degli indennizzi ottenuti, a parità di tutte le altre condizioni;
- quale è stato il ruolo esercitato su questo tema dal passaggio all'autoassicurazione: tali diseguità sono aumentate oppure sono diminuite?

Proposta: andrebbe effettuata una indagine conoscitiva *ad hoc!* (con l'auspicabile coinvolgimento del Difensore Civico e di Cittadinanza Attiva).

Riferimenti bibliografici

ANIA, Malpractice, *il grande caos*, Dossier 2 luglio 2014

BELLANDI T.-TARTAGLIA R., *Rapporto Ania. Alcuni chiarimenti sulla gestione dei sinistri in Toscana*, in *Studi e Analisi-Quotidiano Sanità*, 2 agosto 2014.

Decreto “Balduzzi” d.l. n. 158/2012, convertito in legge n. 189, 8 novembre 2012.

GIARDIELLO R.-TARTAGLIA R.-BORSARI G., *Percorsi di risoluzione alternativi al contenzioso giudiziale*, in *Toscana Medica*, n. 2/12, 2012.

MARCHI M.-ACANFORA L., *Le statistiche sanitarie correnti: queste sconosciute!*, in *Epidemiologia & Prevenzione*, 37 (4-5), 308-315, 2013.

MARSH RISK CONSULTING, *Medical Malpractice Claims Analysis*, 5^a ed., dicembre 2013.

OFFICE OF TECHNOLOGY ASSESSMENT, *Defensive Medicine and Medical Malpractice*, OTA-H--602. Washington, DC: U.S. Government Printing Office, July 1994.

REGIONE TOSCANA, D.G.R.T. 1234/2011: *Indicazioni organizzative per la gestione diretta delle richieste di risarcimento per responsabilità civile verso terzi e operatori (RTC/RCO) e per il controllo del rischio clinico*, 2011.

SAVELLI N., *Rischio clinico ed evento avverso. Un approccio di risk management*, introduzione al Corso *La gestione del rischio clinico per la sicurezza del paziente e la sostenibilità del S.S.N.*, Milano, marzo 2014.

TARTAGLIA R. et al., *Eventi avversi e conseguenze prevenibili: studio retrospettivo in cinque grandi ospedali italiani*, in *Epidemiologia & Prevenzione*, 36 (3-4), 2012.

Siti web di riferimento

<http://ww.salute.toscana.it/sst/grc/rischio-clinico.shtml>

<http://www.erroredelmedico.it/news-view.php?i=320>

http://www.quotidianosanita.it/studi-e-analisi/articolo.php?articolo_id=22946Nsis_ssw.msw_progr_simes_mtr

ASSICURAZIONE E SISTEMA CONTRO INCIDENTI MEDICI IN GIAPPONE

Keiko Tanimoto

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Assicurazione della responsabilità professionale. - 2.1. Assicurazione dal JMA. - 2.2. Assicurazione della responsabilità medica generale. - 3. Il sistema d'indennizzo senza colpa. - 3.1. Il quadro del sistema nel 2009. - 3.2. Il quadro nuovo dal 2015. - 3.3. Organizzazione del sistema. - 4. Dei problemi legali. - 4.1. L'incidente dell'assicurazione. - 4.2. La clausola che vieta la riconoscimento senza permesso. - 5. Conclusioni.

1. Premessa

Quando un medico ha arrecato dei danni a un paziente con azioni od omissioni colpose, per premunirsi contro la richiesta di risarcimento dei danni, può adottare alcuni strumenti.

Il medico solitamente si difende tramite la assicurazione della responsabilità medica: un tipo d'assicurazione responsabilità professionale. Dal 1963 in Giappone "Yasuda" Assicurazione S.p.A. ha cominciato a venderla a causa dell'incremento delle azioni per responsabilità medica.

Nel 1973 l' "Associazione medica giapponese (Japan Medical Associazione JMA)" ha fondato "l'Assicurazione della responsabilità medica di risarcimento dal JMA"¹. Grazie a questa un medico è un assicurato.

Oltre l'assicurazione con la JMA, un'altra assicurazione generale si ha per alcuni motivi.

D'altro lato si pensa di fondare un sistema con cui si indennizza qualche danno a un paziente senza giudicare l'esistenza di colpa da parte del medico. In particolare molti incidenti medici durante il parto erano messi sotto processo. A causa di questa situazione il numero degli ostetrici diminuiva. Per risolvere una parte del problema è stato fondato il sistema d'indennizzo senza colpa nel 2009².

¹ <http://www.med.or.jp/doctor/report/003368.html>.

² <http://www.sanka-hp.jcqh.or.jp>.

2. Assicurazione della responsabilità professionale³

2.1. Assicurazione dal JMA

Il contratto è stipulato tra JMA e 5 società d'assicurazione. JMA paga il premio quale componente di una parte di quote di JMA.

Gli assicurati sono i membri di tipo A: i fondatori degli ospedali e cliniche, i medici che lavorano nell'ospedale o nella clinica, i medici tirocinanti. I membri contano 160 mila unità.

Quando a un membro di tipo A è chiesto di risarcire i danni alla persona o le perdite derivate dal trattamento medico e l'importo richiesto supera un milione yen, l'indennità è pagata dalla società. L'importo totale da pagare è limitato per ogni sinistro a 100 mln di yen e durante il periodo d'assicurazione a 300 mln di yen.

Quando alcune persone oltre l'assicurato devono risarcire il danno, l'importo che queste devono si deduce dall'importo totale e si paga il resto come indennità. Ma considerando che l'assicurato si assume la responsabilità solidale e deve pagare tutto l'importo richiesto nella causa con un paziente, questa deduzione può portare svantaggi importanti all'assicurato. Per coprire anche l'importo dovuto, esiste la possibilità del contratto speciale che fa aumentare l'importo totale da pagare (massimale) per un incidente fino a 200 mln di yen e quello durante il periodo assicurativo fino a 600 mln di yen.

2.2. Assicurazione della responsabilità medica generale

- *Assicurazione per somma non coperta dall'assicurazione di JMA.* Come già riferito, i danni fino a un milione non sono coperti dall'assicurazione di JMA. Per coprire questi, tra ogni associazione medica provinciale e le società d'assicurazione è stipulato un contratto. Anche ogni medico può stipulare un contratto di assicurazione individuale.
- *Per fondatore d'ospedale o clinica.* I fondatori devono risarcire i danni che i medici, gli infermieri, i farmacisti, i radiologi o altri impiegati hanno causato. Quindi per rispondere anche a questo risarcimento si stipula un altro contratto.
- *Altre assicurazioni.* Il numero di medici supera 300 mila. Ma soltanto 160

³ Per lo sguardo generale, v. T. HIRANUMA, *Ishi baishou sekinin hoken*, in T. KAWAI-T. SHIOZAKI (a cura di), *Senmonka sekinin soshouhou*, 2004, 165; S. KATOU, *Ishi songai sekinin hoken*, in *Songai baishou hou to sekininhoken no riron to jitsumu*, 2005, 348.

mila sono membri di tipo A di JMA. Gli altri normalmente partecipano a qualche sistema d'assicurazione. Per dei medici impiegati, esistono l'assicurazione per dei medici impiegati e l'assicurazione di ogni associazione.

3. Il sistema d'indennizzo senza colpa

Nel 2009 è stato fondato il “sistema d'indennizzo ostetrico” che indennizza con una quota forfettaria fissa le famiglie dei bambini nati con paralisi cerebrali gravi. Intende evitare cause e trovare una risoluzione veloce del problema. Sullo sfondo della fondazione di questo sistema si può trovare una circostanza speciale: cioè che l'aumento del numero delle cause contro gli ostetrici e quello delle cause in relazione ai bambini nati con paralisi cerebrali gravi ha toccato il massimo nel 2006 (161 e 25)⁴.

3.1. Il quadro del sistema nel 2009

- *Condizioni d'indennizzo.* L'indennizzo si fornisce quando su un neonato appare qualche sintomo di paralisi cerebrale. È richiesta anche un'altra condizione nel momento della nascita: in primo luogo è richiesto che il bambino sia nato dopo più di 33 settimane di gravidanza e con più di 2 kg di peso; in secondo luogo, quando il bambino è nato dopo più di 28 settimane, sono richieste alcune altre condizioni.
- *Importo d'indennizzo.* All'inizio 6 mln di yen si forniscono in una volta per allestire la base delle cure. Inoltre ogni anno 1 milione e 200 mila yen si forniscono come spese per le cure per 20 volte. Non importa se il bambino è vivo o no.
- *Premio.* La clinica ostetrica o l'ospedale paga per ogni parto 30 mila yen. Questo importo è stato calcolato supponendo che il massimo numero di bambini indennizzati fosse 800. L'importo di premio è solitamente aggiunto alla spesa di parto che la donna incinta paga. Ma dopo il parto può ricevere 420 mila yen come il beneficio per parto e 30 mila yen per il premio dalla cassa mutua a cui partecipa⁵.

⁴ Vd. la relazione sui casi medici pubblicata dalla commissione dei processi sui medici nella corte suprema (http://www.mhlw.go.jp/shingi/2008/03/dl/s0312-8c_0042.pdf o <http://sanka-hp.jqhc.or.jp/documents/report/pdf/minaoshinikakaruhokusho.pdf>).

⁵ <https://www.kyoukaikenpo.or.jp/g6/cat620/r310>.

- *Surplus*. Questo sistema usa l'assicurazione privata ma è fondato su interessi pubblici. Perciò è stato deciso nel 2009 che quando un surplus si determina nel fondo, si restituisce all'organizzazione direttiva dalla società d'assicurazione. Per quanto riguarda l'uso del surplus è stato deciso che si deve limitare all'uso giusto e si deve decidere il metodo d'uso per contribuire al rafforzamento di questo sistema discutendo sull'uso giusto nella commissione direttiva⁶.

3.2. Il quadro nuovo dal 2015

Nel novembre 2013 la commissione direttiva ha pubblicato l'ultima relazione sul riesame del sistema d'indennizzo⁷. Seguendo questa relazione il sistema è stato riformato in alcuni elementi.

- *Condizioni d'indennizzo*. La commissione direttiva, la commissione di analisi delle cause e la commissione di esame hanno discusso sull'analisi delle cause di paralisi cerebrali e sulla riforma delle condizioni d'indennizzo. Secondo la relazione ultima suddetta che segue questa discussione, la probabilità che compaiano paralisi cerebrali non è differente tra bambini nati di 33 settimane e quelli nati di 31 o 32 settimane. Sul peso non è indifferente che il bambino pesi 2000 grammi o 1400 grammi. Ma sulla base anche di altre opinioni più prudenti, la prima condizione è stata riformata. Per i bambini nati dopo 1 gennaio 2015 è richiesto che un bambino sia nato dopo più di 32 settimane e con più di 1400 grammi di peso.
- *Importo d'indennizzo*. Non cambia niente.
- *Surplus*. Nel luglio 2013 la commissione specializzata d'inchiesta medica ha pubblicato una relazione⁸. Secondo questa il numero di bambini indennizzati è stimato in 481 all'anno. Da questo risultato si calcola l'importo di surplus per i contratti al 2009 a 12 miliardi e 200 mln di yen e per i contratti dal 2009 al 2014 a 20 miliardi. In conseguenza della discussione è stato deciso che dal surplus, 8 mila yen per ogni parto si destinano per il premio. Infatti il numero di indennizzati dal 2009 al 2013 conta soltanto 1126 casi; nel 2009 ne conta 404, 274 nel 2010, 213 nel

⁶ http://www.sanka-hp.jcqh.or.jp/documents/committee/pdf/obstetrics_meeting4.pdf.

⁷ <http://sanka-hp.jcqh.or.jp/documents/report/pdf/minaoshinikakaruhokokusho.pdf>.

⁸ <http://www.sanka-hp.jcqh.or.jp/documents/committee/pdf/igakutekichousahokokusho.pdf>.

2011, 172 al 2012 e 63 nel 2013⁹.

- *Premio.* Secondo la relazione suddetta della commissione specializzata d'inchiesta medica, l'importo di premio è di nuovo calcolato a 22 mila yen, supponendo che il massimo numero di bambini indennizzati sia 623. Tenendo conto anche la condizione nuova d'indennizzo, è stato deciso di portarla a 24 mila yen. Come sopra detto 8 mila yen del surplus si destinano per il premio, quindi l'importo reale ammonta a 16 mila yen. Dal 1° gennaio 2015 è stato applicato il nuovo premio.

3.3. Organizzazione del sistema

Le istituzioni di ostetricia pagano il premio e sono assicurate. Tra l'organizzazione direttiva e la società d'assicurazione è stipulato il contratto. L'istituzione e la donna incinta fanno l'accordo sull'indennizzo. Quando l'organizzazione valuta un caso d'indennizzo, la società paga l'indennità direttamente alla famiglia del bambino.

4. Dei problemi legali¹⁰

4.1. L'incidente dell'assicurazione

Nelle condizioni contrattuali d'assicurazione di responsabilità è solitamente previsto che è considerato un "incidente d'assicurazione" il verificarsi del sinistro ("indennizzo in base al sinistro" *loss occurrence*).

Ma per quanto riguarda l'incidente medico, alcune cure mediche continuano per lungo tempo in molti casi, quindi è difficile decidere quando l'incidente, cioè il danno alla persona, sia accaduto.

Perciò nelle condizioni contrattuali d'assicurazione di responsabilità medica generale si dispone che "quando l'incidente è rilevato durante il periodo d'assicurazione, i danni possono essere risarciti" (si dice "indennizzo in base al rilevamento"). Invece nell'assicurazione di JMA si dispone che "quando il risarcimento dei danni è richiesto in Giappone durante il periodo assicurativo, i danni possono essere risarciti" (si dice "indennizzo in base alla richiesta" *claims made*).

⁹ Vd. il registro dell'Unione della commissione direttiva al 18 dicembre 2014(http://www.sanka-hp.jcqh.c.or.jp/documents/committee/pdf/obstetric_meeting_32.pdf).

¹⁰ Vd. H. OOTA, *Baishou sekinin hoken*, in *Jurist*, n. 1339, 2007, 82.

- *Il momento quando l'incidente è riscontrato.* In giurisprudenza è stato discusso cosa significa la frase, “quando l'incidente è rilevato”: la società d'assicurazione ha insistito che “non significa quando è individuata qualche difficoltà fisica, ma quando gli istituti medici possono conoscere l'accadimento dell'incidente per cui possono prendersi la responsabilità di risarcire il danno”. Però la Corte d'Appello ha valutato adeguato interpretare il contratto nel senso “quando si è oggettivamente reso chiaro che qualche danno alla persona è accaduto”¹¹.

Dopo questa sentenza la società ha riformato il contenuto dei condizioni contrattuali e ha disposto che “si considera che l'accertamento del sinistro si faccia nel momento che viene prima tra i momenti seguenti: quando l'assicurato l'ha conosciuto (o l'ha potuto conoscere) o quando la richiesta del risarcimento è stata proposta contro di lui”.

- *Il momento in cui il risarcimento è richiesto.* Nel processo in cui è stato discusso cosa significa la frase “quando il risarcimento è richiesto”, il tribunale l'ha interpretata “quando la vittima chiede all'assicurato il risarcimento in denaro superiori alla somma determinata, in altre parole, il risarcimento per cui si giudica necessario proseguire un procedimento”¹².
- *2 tipi di condizioni contrattuali.* Come detto sopra in Giappone esistono le condizioni contrattuali “indennizzo in base all'accertamento del sinistro” e quelle “in base alla richiesta”. In conseguenza di questa situazione, si determina un problema. Cioè se un incidente è accaduto durante il periodo d'assicurazione stipulata nella forma “in base alla richiesta”, ma non è stato richiesto il risarcimento, e dopo l'assicurazione è cambiata ed è stata stipulata nella forma in base di trovamento, entrambe non coprono i danni dall'incidente¹³.

Nel caso succitato¹⁴ un medico che era assicurato con l'assicurazione di JMA ha ritardato il parto, di conseguenza il neonato ha riportato gravi disabilità a causa di paralisi cerebrale.

Il medico ha fatto il colloquio con alcuni membri della famiglia per tre volte. Nel febbraio 2002 i familiari hanno fatto ricorso alla giustizia; nell'agosto 2003 è stata conclusa la conciliazione nel processo e il medico

¹¹ Corte d'Appello di Hiroshima, sentenza di 31 giugno 2002, in *Kinyu shouji hanrei*, n. 1152, 12.

¹² Trib. di Tokyo, sentenza di 8 febbraio 2006, in *Hanrei jihou*, n. 1928, 136.

¹³ Anche il caso di suddetta sentenza 8 febbraio 2006 era un caso simile.

¹⁴ Trib. di Tokyo, sentenza di 8 febbraio 2006.

ha pagato alla famiglia 85 mln di yen. Il medico ha riportato a JMA l'incidente, ma l'indennità non è stata pagata, perché al 30 ottobre 2000 aveva perso il titolo d'assicurato. D'altro lato, era l'assicurato di un'altra assicurazione, ma il pagamento dell'indennità è stata rifiutato, perché non era l'assicurato secondo la formula quando "l'incidente è stato rilevato". Il medico ha agito in giudizio per chiedere alla società di pagare l'indennità, sostenendo che al momento del colloquio nei primi giorni di ottobre 2000 i membri della famiglia hanno espresso l'intenzione di attribuire a lui la responsabilità. Ma la corte ha concluso che in quel momento non era ancora stato richiesto il risarcimento.

- *L'orientamento per risolvere il problema.* Secondo alcuni autori il suddetto problema proviene dall'inadempimento dell'obbligazione di informarsi a carico della società nel momento del cambiamento dell'impresa assicuratrice¹⁵. Però ritengo che l'adempimento non possa prevenire questo problema.

In caso dell'assicurazione con formula "a richiesta" l'attivazione della garanzia dipende dall'azione della vittima, quindi il medico non può premunirsi per evitare questo problema. Si può dire che l'art. 2, 2° comma delle condizioni speciali esiste per superare questo problema¹⁶. Qui si prevede un caso in cui la richiesta del risarcimento dopo il periodo dell'assicurazione è considerata come quella durante il periodo, nonostante non vi sia stata richiesta nel periodo di assicurazione. Una corte ha chiesto all'assicurato di notificare durante il periodo assicurato all'assicuratore o associazione medica provinciale che è accaduto qualche incidente per cui può essere esposto alla richiesta di responsabilità¹⁷.

4.2. La clausola che vieta la riconoscimento senza permesso

L'art.12 dei condizioni contrattuali generali prevede che l'assicurato si obbliga a non riconoscere la responsabilità in tutto o in parte senza un permesso in anticipo dalla società e, se viola questa obbligazione, paga l'indennità deducendo dalla somma dei danni l'importo dei danni legalmente non attribuiti all'assicurato. La condizione ha lo scopo di pervenire che la società sia costretta di pagare l'indennità in misura superiore a quella dovuta.

¹⁵ Y. FUKUDA, Commento sulla sentenza di 8 febbraio 2006, in *Hanrei hyouron*, n. 1947, 2007, 199.

¹⁶ H. HIROSE, Commento sulla sentenza di 8 febbraio 2006, in *Hokenhou hanrei hyakusen*, 2010, 97.

¹⁷ Trib. Tokyo, sentenza di 8 febbraio 2006.

Per quanto riguarda la responsabilità e il suo contenuto, le commissioni di JMA e dell'associazione medica provinciale giudicano e in base a questo giudizio le società pagano l'indennità. In questo processo sia il medico obbligato a risarcire i danni e assicurato sia la società non negoziano direttamente con la vittima raggiungendo una transazione privata.

Nel caso in cui un medico assicurato dall'assicurazione di JMA ha adempiuto una parte dell'obbligazione di risarcire i danni prima di ricevere risposta dalla commissione, JMA e la società hanno insistito perché fosse riconosciuto che il pagamento da parte dell'assicurato senza permesso causa l'esenzione completa dall'obbligazione di pagare l'indennità e hanno rifiutato di pagarla. La corte ha concluso che la clausola suddetta ha lo scopo di valutare la somma dei danni reali, quindi è difficile ritenere che essa significhi che vi è la possibilità di escludere la valutazione dalla corte¹⁸.

JMA e la società intendono che la valutazione della somma dei danni deve passare il processo della commissione. Però dal testo dell'articolo sopraindicato delle condizioni non si può desumere l'esenzione completa come la corte ha concluso.

5. Conclusioni

In Giappone ora non si discute tanto sull'assicurazione della responsabilità medica o altro sistema.

Ma come sopraindicato, il numero dei bambini indennizzati dal 2009 al 2013 conta soltanto 1126 casi. Il surplus sta aumentando e rimane non utilizzato per giusti motivi. Da un altro lato per amministrare questo sistema esistono molte organizzazioni e commissioni, quindi per queste si spende il premio, mi riferisco a quanto pagato alla cassa mutua. Ritengo che il sistema d'indennizzo senza colpa non funzioni bene. Per pazienti e medici si deve riformare questo sistema da applicare ai casi più numerosi e gravi come paralisi cerebrali.

¹⁸ Trib. Tokyo, sentenza di 30 settembre 1994, in *Hanrei jihou*, n.1537, 129. T. YAMASHITA, Commento su questa sentenza, in *Jurist*, n. 1129, 1998, 118, la approva. Vd. Trib. di Tokyo, sentenza 1° novembre 2008, in *Hanrei times*, n. 1284, 296.

AUTOASSICURAZIONE E ASSICURAZIONE NELLA RESPONSABILITÀ CIVILE MEDICA

Pierfrancesco Colaianni

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. La responsabilità civile medica: scenario ed evoluzione giurisprudenziale. - 3. Le conseguenze dell'ampliamento della tutela del paziente in ambito sanitario. - 4. Le forme contrattuali dell'assicurazione della responsabilità civile - 5. franchigie contrattuali e assunzione di parte del rischio a carico dell'assicurato. - 6. Il Passaggio dalla gestione assicurativa all'autoassicurazione e al sistema misto. - 7. Interventi normativi. - 7.1. Legge Balduzzi, 8 novembre 2012, n. 189. - 7.2. La legge Balduzzi e i parametri risarcitori. - 8. Il fenomeno dell'autoassicurazione nella RC medica: motivazioni a favore e punti critici. - 9. Il patto di gestione della lite. - 10. Gestione del sinistro in regime "misto" (parziale autoassicurazione e compresenza dell'assicuratore). - 11. La specializzazione nella gestione del sinistro ed i professionisti fiduciari. - 12. Problematiche dell'autoassicurazione. - 13. Conclusioni e proposte. - 14. Riferimenti bibliografici

1. Introduzione

Negli ultimi anni il tema della responsabilità medica ha assunto – a livello di attenzione non solo degli operatori del settore, ma anche del pubblico e mediatico – una visibilità paragonabile a quella della RC Auto.

In tale settore il legislatore è intervenuto ripetutamente ed in misura assai rilevante, prima con la legge n. 57/2001, poi con l'introduzione del risarcimento diretto e, infine, con lo stesso codice delle assicurazioni.

Solo recentemente il legislatore, come vedremo, è intervenuto con propri provvedimenti in merito, mentre sul versante giurisprudenziale si è registrata una continua evoluzione e consolidamento di taluni orientamenti, nel mentre si sono affacciati sul mercato italiano nuovi operatori, le Compagnie straniere in regime di libertà di stabilimento o prestazione di servizi e, infine, hanno assunto un ruolo "diretto" nella gestione dei rischi le stesse strutture sanitarie operanti in regime di (cosiddetta) auto assicurazione, tema attorno al quale ruota l'odierno Convegno.

Ma come siamo arrivati all'attuale scenario nel quale le Compagnie nazionali si sono di fatto allontanate dall'assicurazione della sanità pubblica?

2. La responsabilità civile medica: scenario ed evoluzione giurisprudenziale

Progresso scientifico in campo medico, mutate aspettative dei pazienti, ridefinizione del rapporto medico- paziente.

Sintetizzerei in questi tre aspetti il punto di partenza della ricognizione giurisprudenziale che mi accingo a effettuare.

L'evoluzione della medicina, i progressi in campo terapeutico e lo stesso elevarsi della vita media assieme al miglioramento della qualità di salute e di vita per le persone più anziane, hanno alimentato forti aspettative in capo ai pazienti, aspettative di successo clinico che hanno generato pretese, rivendicazioni e conflittualità sino a ridefinire profondamente la relazione tra medico e paziente, a tutto pregiudizio di quella che taluni definivano l'alleanza-terapeutica fra il sanitario ed il malato, ovvero la cooperazione tra le due parti volta al raggiungimento dell'obiettivo comune di mantenere o ristabilire lo stato di salute.

Fino agli anni '80 la responsabilità del sanitario era qualificata di natura extra-contrattuale, essendo considerato "contratto" solo quello stipulato tra paziente e struttura ospedaliera, pubblica o privata che fosse.

Questa iniziale impostazione, è stata considerata via via riduttiva, fino a che la Giurisprudenza della Cassazione (di lì in poi unanime) ha affermato che la responsabilità medica si fonda sul "contatto sociale" che si instaura tra medico e paziente.

Da tale impostazione, pur mirante ad una piena ed effettiva tutela del diritto alla salute dei pazienti, è derivato un insieme di regole e principi che hanno fortemente sbilanciato le rispettive posizioni verso le ragioni del paziente, nel momento in cui sorgano controversie sull'esito della prestazione sanitaria.

Si è parlato, in questi casi, appunto, di rapporti contrattuali di fatto, ossia di rapporti contrattuali senza che, però, vi sia un contratto in senso proprio, come ad esempio nel rapporto che si instaura tra paziente e medico che opera presso una struttura ospedaliera (pubblica o privata), con la quale ultima soltanto il paziente ha stipulato un contratto di ospedalità.

Al riguardo, la giurisprudenza si è orientata a favore dell'applicabilità – per i danni sofferti da una delle parti - del modello della responsabilità contrattuale, ritenendo che tra le stesse sorga comunque un rapporto obbligatorio da "contatto sociale".

La Suprema Corte ha, infatti, precisato che il "contatto" che si crea nel momento in cui un soggetto (il medico) esegue una prestazione (la prestazione sanitaria) cui, a rigore, non è contrattualmente tenuto nei confronti del beneficiario (il paziente), fa sorgere a carico del medico veri e propri obblighi giuridici di comportamento (obblighi di protezione), di contenuto del tutto analogo rispetto a quelli che sarebbero sorti se fra le parti fosse intercorso un contratto.

Tra le numerose pronunce richiamerei:

- Cass. civile, sez. III, sentenza 21 luglio 2011, n. 15992 (responsabilità dell'ex datore di lavoro per inesatte informazioni previdenziali)
- Cass. civile, sez. III, sentenza 8 febbraio 2012, n. 1769 (responsabilità dell'insegnante in per lesioni involontariamente provocate a se stesso dall'alunno)
- Cass. civile, sez. III, sentenza 1° febbraio 2011, n. 2334 (responsabilità del ginecologo, contatto sociale ed onere probatorio).
- Cass. civile, sez. III, sentenza 12 dicembre 2013, n. 27855 (responsabilità contrattuale del medico e riparto onere probatorio).

Contatto sociale e suoi riferimenti normativi

Quanto ai riferimenti normativi in materia, ormai pacificamente dottrina e giurisprudenza sono concordi nel fare riferimento all'art. 1173 c.c. che dispone: "Le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico". Con l'espressione "da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità con l'ordinamento giuridico" viene infatti delineato un sistema aperto, che si caratterizza per l'atipicità delle fonti, tra le quali ben potrebbe annoverarsi il contatto sociale.

In definitiva, come dimostra la Giurisprudenza civilistica che ha originato questo peculiare tipo di responsabilità, un rapporto contrattuale può costituirsi fra due soggetti anche in assenza di loro valide o espresse manifestazioni di volontà.

Dal contatto sociale qualificato derivano quindi obblighi di tutela di determinati interessi, tali da giustificare l'affidamento della controparte.

Equiparazione del regime di responsabilità della struttura pubblica e privata

Circa poi il regime della responsabilità della struttura sanitaria privata e di quella pubblica, abbiamo assistito poi alla loro sostanziale equiparazione quanto al regime della responsabilità civile.

È stato infatti valutato come irrilevante trattarsi di una casa di cura privata o di un ospedale pubblico in quanto, a livello normativo, sono sostanzialmente equivalenti gli obblighi dei due tipi di struttura verso il fruitore dei servizi

Tanto avviene anche per il fatto che si tratta di violazioni che incidono sul bene della salute, tutelato quale diritto fondamentale dalla Costituzione, senza possibilità di limitazioni di responsabilità o differenze risarcitorie a seconda della diversa natura, pubblica o privata, della struttura sanitaria.

Qui valga il riferimento a Cassazione Civile, SS. UU. , sentenza 11 gennaio 2008, n. 577.

Inquadramento della responsabilità della struttura sanitaria nella responsabilità contrattuale

L'accettazione del paziente in ospedale, ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale, quindi, comporta la conclusione di un contratto atipico a prestazioni corrispettive tra questi e la casa di cura o l'ente ospedaliero con effetti protettivi nei confronti del paziente terzo.

Responsabilità contrattuale della casa di cura nei confronti del paziente

Ai sensi dell'art. 1218 c.c. la responsabilità della casa di cura o dell'ospedale pubblico nei confronti del paziente ha natura contrattuale e può conseguire:

- sia all'inadempimento delle obbligazioni direttamente a carico dell'ente
- che, *ex art. 1228 c.c.*, all'inadempimento della prestazione medico professionale svolta direttamente dal sanitario quale suo ausiliario necessario, pur in assenza di un rapporto di lavoro subordinato, comunque sussistendo un collegamento tra la prestazione da costui effettuata e la sua organizzazione aziendale.

Questo cambio di indirizzo giurisprudenziale (dalla natura aquiliana a quella contrattuale) ha, evidentemente, avuto riflessi notevoli in termini pratici. L'inquadramento nell'ambito della responsabilità di natura contrattuale, infatti, comporta: a) l'applicazione – nell'ambito della responsabilità medica – del termine di prescrizione del diritto al risarcimento di durata decennale, anziché quinquennale; b) diverso riparto dell'onere probatorio rispetto alla responsabilità aquiliana (“il paziente che agisce in giudizio deducendo il danno patito deve provare il contratto o il contatto sociale, limitandosi unicamente ad allegare l'inadempimento del sanitario, restando a carico del debitore l'onere di provare l'esatto adempimento” - Cass. n. 10297/2004 e Cass. n. 9085/2006 e, infine, Cassazione civile, SS.UU., sentenza 11 gennaio 2008, n. 57); c) la non necessaria allegazione della colpa da parte del paziente.

Il tema del nesso causale

Mi soffermo ora su un altro tema assai rilevante in ambito di RC sanitaria, quello del nesso causale, problematica che ha avuto un forte impatto sulla valutazione e decisione delle controversie da responsabilità civile medica.

Sempre nella già richiamata sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione del gennaio 2008, si afferma che “In tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e di responsabilità professionale da contatto sociale del medico, ai fini del riparto dell'onere probatorio, l'attore, paziente danneggiato, deve limitarsi a provare il contratto o il contatto sociale e l'aggravamento della patologia o l'insorgenza dell'affezione, ed allegare l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato. Comporterà al debitore

dimostrare che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante”.

La prova della non riferibilità causale della condotta sanitaria al danno lamentato incombe sul debitore secondo il principio della “vicinanza della prova”, mentre al creditore è sufficiente allegare l’inadempimento anche solo astrattamente idoneo ad avere provocare il danno. *È pertanto sul piano del nesso di causa che spesso si decide la vertenza di responsabilità medica, proprio perché, come è stato osservato, sulla struttura sanitaria graverebbe il cosiddetto rischio della causa ignota.*

Secondo tale orientamento, pertanto, Il contenuto della diligenza richiesta al medico (ed alla struttura) supera il rispetto dei canoni imposti dalla migliore scienza del momento, posto che allo stesso è richiesta la prova del fatto impeditivo della responsabilità, a prescindere dal livello di diligenza adottato, vale a dire che occorre la prova non vi è stato inadempimento o che, se vi è stato, non fu causalmente rilevante.

In tale linea di interpretazione, pertanto, la prova della propria diligenza fornita attraverso il rispetto dei protocolli scientifici non sarà sufficiente qualora il medico non sia in grado di dimostrare che, comunque, il danno non è causalmente riferibile alla prestazione resa: il rispetto dei protocolli non comporta, di per sé, prova del corretto adempimento.

Una diversa e meno rigorosa (verso il medico) applicazione dell’art. 1218 c.c., un temperamento dell’impostazione fortemente orientata a favore del paziente, si rinviene in talune pronunce di merito secondo le quali una volta fornita la prova del corretto adempimento nulla possa essere più imputato al debitore, non potendosi considerare antiggiuridico il danno conseguenza di un comportamento rivelatosi ineccepibile, e dovendo invece il debitore fornire la prova della causa a sé non imputabile solo se non sia in grado di dimostrare di avere correttamente adempiuto alle proprie obbligazioni.

In questo senso si può richiamare la sentenza del Tribunale di Milano, 22 aprile 2008, Giudice Unico dr Spera (com’è noto ai più, l’ispiratore delle Tabelle di Milano) che, approfondendo il contenuto del rapporto obbligatorio in ambito ospedaliero, alla luce dell’orientamento della Suprema Corte, si è espresso -cito testualmente – nei seguenti termini: “... allorquando il medico (o la struttura ospedaliera) ha provato di avere esattamente adempiuto la propria obbligazione, e cioè di avere rispettato tutte le norme di prudenza, diligenza e perizia, i protocolli e le linee-guida più accreditate nel proprio settore di competenza, il paziente non può invocare l’art.1218 c.c. neppure in presenza di un acclarato peggioramento delle proprie condizioni di salute in rapporto di causalità con la prestazione sanitaria”.

3. Le conseguenze dell'ampliamento della tutela giurisprudenziale del paziente in ambito sanitario

Ma quali effetti ha prodotto il consolidamento dei richiamati orientamenti giurisprudenziali?

Fino alla prima metà degli anni '90, le richieste di risarcitorie avanzate dai pazienti erano numericamente poco rilevanti ed ancora meno rilevante era la quantificazione economica del danno subito.

Nei casi di richiesta di risarcimento per danni non risultava sempre facile dimostrare il nesso di causalità tra danno e prestazione sanitaria, e la lunghezza del processo (sia in ambito penale che civile) rendeva poi ancora più complicata la strada per ottenere un risarcimento che, se riconosciuto, veniva solitamente quantificato in somme non particolarmente elevate.

Il rischio di provocare danni ai terzi veniva quindi trasferito dalle aziende sanitarie all'esterno tramite la stipula di contratti di assicurazione del tipo RCTO (Responsabilità Civile Terzi e Operai/dipendenti), anche perché ai pochi risarcimenti facevano riscontro bassi premi assicurativi.

Dalla seconda metà degli anni '90 è cresciuto significativamente il numero delle richieste e si è avuto un parallelo cambiamento nell'orientamento delle istituzioni giudiziarie nella quantificazione dei danni con un incremento delle pronunce che riconoscono danni subiti dai pazienti per prestazioni erogate anche molti anni prima.

La strategia di gestione del rischio delle aziende sanitarie non è mutata: le imprese hanno continuato a praticare il trasferimento del rischio all'esterno attraverso l'acquisto di polizze di Responsabilità civile, benché con spazi decrescenti di offerta e con sempre più limitati livelli di interesse, e quindi di concorrenza, da parte delle compagnie.

Al crescere della numerosità delle richieste di risarcimento ed al loro riferirsi prestazioni sanitarie erogate anche molti anni addietro, ha fatto seguito l'incremento del valore attribuito ai danni in sede giudiziaria.

Valga, a titolo d'esempio, quanto avvenuto nel 2009 in occasione dell'emanazione delle (allora) nuove Tabelle per il calcolo degli indennizzi effettuata dal Tribunale di Milano:

DANNO da INVALIDITA' PERMANENTE: passaggio da valori fissi a valori a forbice con incrementi del valore medio tra il 25% e il 50%, sino a giungere ad un valore massimo per ulteriore personalizzazione, a concorrenza del limite di aumento complessivo pari al 75%

DANNO TEMPORANEO: anche qui, da un importo fisso si è giunti ad una forbice di valori, con incremento del 15% dei valori massimi.

VITTIME SECONDARIE: aumenti per i vari soggetti nell'ordine del 40% quindi a favore di ciascun genitore per la morte del figlio, a favore del figlio

per la morte del genitore, a favore del coniuge o del convivente sopravvissuto ; valori massimi passati da 212.000 euro a 300.000 euro con eccezione di quanto riconosciuto ai fratelli e sorelle (valori immutati).

Il potenziale valore dei danni ha reso il settore della sanità terreno fertile per lo sviluppo di società di infortunistica e di studi legali specializzati nelle richieste in ambito sanitario.

L'approccio nei confronti del rischio di responsabilità civile si è orientato verso la consapevolezza che – accanto alla prevenzione dei comportamenti colposi - risulta parimenti determinante l'eventuale incapacità della struttura di saper documentare la ragione ispiratrice delle scelte terapeutiche adottate.

Valga citare, a tal proposito, Cassazione civile, sez. III, 26 gennaio 2010, n. 1538, secondo cui “le omissioni imputabili al medico nella redazione della cartella clinica rilevano sia come figura sintomatica di inesatto adempimento, per difetto di diligenza, in relazione alla previsione generale contenuta nell’art. 1176, secondo comma, cod. civ., sia come nesso eziologico presunto, posto che l'imperfetta compilazione della stessa non può, in via di principio, risolversi in danno di colui che vanta un diritto in relazione alla prestazione sanitaria”.

In sintesi, quindi:

- superamento dell'inquadramento della materia nell'ambito aquiliano
- affermazione della responsabilità di natura contrattuale
- oneri probatori a carico del medico anche in tema di nesso causale
- durata della prescrizione sino al termine decennale
- parametri risarcitori via via incrementati , cfr. evoluzione delle tabelle milanesi
- esplosione delle richieste risarcitorie e del contenzioso giudiziale

A riprova della considerazione sull'esplosione della materia della RC sanitaria, si considerino anche i seguenti dati :

Come è stato efficacemente osservato dal dr. Marco Rossetti, nel periodo 2008-2011 (quindi nel corso di 4 anni) la Corte di Cassazione ha deciso un numero di casi di RC Sanitaria, 82 decisioni , pari a tutti quelli decisi nel periodo tra il 1991 ed il 2000 (circa dieci anni) ed addirittura superiore a tutti quelli oggetto di decisione nel periodo intercorso tra il 1942 e il 1990, stiamo parlando di circa sessant'anni.

A ciò si aggiunga un'altra considerazione, che parte da un punto di vista spesso trascurate o lasciato sullo sfondo dell'osservazione del giurista: l'importanza delle dinamiche e degli aspetti relazionali del rapporto che spesso influenzano lo sviluppo di un conflitto medico/paziente.

Talvolta anche la mancanza di ascolto e di riconoscimento dei bisogni del

paziente può alimentare dinamiche conflittuali, e quindi incidere nella genesi dei costi risarcitori.

In un contesto di maggiore spersonalizzazione rispetto al passato (si pensi all'erogazione delle prestazioni sanitarie in strutture ospedaliere molto grandi, alle quali si accede tramite *front office* amministrativi e senza alcuna conoscenza del medico curante ...) si comprende bene come queste dinamiche possano avere una reale influenza nell'innescare il conflitto.

4. Le forme contrattuali dell'assicurazione della responsabilità civile

Ma come ha reagito il mercato assicurativo al progressivo deteriorarsi dell'andamento tecnico del ramo RCG, ed in particolare, del segmento "sanitario?"

Gli interventi si sono incentrati sulla delimitazione temporale della validità della polizza, così da dare certezza di non trovarsi, a distanza di molti anni dall'emissione del contratto e dal relativo incasso di premi, ad affrontare nuove situazioni risarcitorie, slegate dal periodo di osservazione del contratto.

Loss occurrence e claims made

L'adozione della formula "claims made"

Nell'assicurazione di responsabilità civile esistono due diversi schemi contrattuali: il *loss occurrence* (insorgenza del danno) ed il *claims made* (a richiesta fatta).

Il primo (*loss*) corrisponde allo schema tradizionale disciplinato dall'art. 1917, 1° comma c.c., che offre copertura per il "fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione", ossia per la condotta colposa, generatrice di danno, posta in essere durante il periodo di validità della polizza.

Il secondo (*claims*) garantisce invece non il fatto storico fonte di responsabilità, bensì la richiesta di risarcimento presentata per la prima volta dopo la stipula del contratto e fino alla sua scadenza, anche per fatti - non noti all'assicurato - verificatisi in epoca antecedente alla decorrenza della polizza.

Mentre la tradizionale formula *loss* ben si adatta a situazioni in cui l'evento che genera la responsabilità è chiaramente individuabile nel tempo (un incidente stradale o un infortunio sul lavoro, che presentano una precisa data di accadimento), la formula *claims* risponde meglio alle esigenze degli assicurati che si trovino esposti ai c.d. rischi di sinistrosità tardiva (caratterizzati da mancanza di contemporaneità tra fatto, insorgenza del danno e richiesta di risarcimento).

Il fenomeno è tipico del rischio di RC Prodotti e da Inquinamento (dove la formula *claims*, di origine nordamericana, è stata dapprima proposta), ma anche di quello derivante appunto dall'esercizio delle professioni, laddove i

danni - il più delle volte - si manifestano e sono accertati molto tempo dopo l'accadimento del fatto colposo che ha dato origine alla richiesta risarcitoria.

Ma si pensi anche ai danni da trasfusioni o relativi a più interventi chirurgici succedutisi nel tempo ed all'impossibilità per assicuratori della responsabilità civile fra loro avvicendatisi di accertare quale sia la copertura applicabile e quindi a carico di chi debba gravare la prestazione indennitaria contrattualmente pattuita.

In simili ipotesi, con la tradizionale formula *loss* diventa problematico individuare il momento in cui si è verificato il fatto dannoso e determinare così l'efficacia della garanzia.

Il massimale di polizza a suo tempo convenuto, inoltre, può rivelarsi insufficiente in un'epoca successiva a causa dei mutamenti nel frattempo intervenuti nel contesto economico (l'inflazione, ad esempio) e giurisprudenziale (ampliamento delle ipotesi risarcitorie ed evoluzione dei parametri di liquidazione del danno).

Lo stesso contenimento dei sinistri tardivi è un fattore di estrema importanza sia per le Compagnie sia per la collettività degli assicurati, consentendo una maggiore commisurazione del premio al rischio e, quindi, un miglior equilibrio del sinallagma contrattuale.

Sono queste le ragioni che hanno portato al progressivo affermarsi dello schema *claims* nell'intero settore della RC Professionale, che al giorno d'oggi è pressoché esclusivamente assicurato in detta forma.

Le coperture *claims* offrono, quindi, il duplice vantaggio:

- per l'assicuratore, che può *determinare con certezza il momento nel quale considerare cessata l'esposizione al rischio*, vale a dire la data entro la quale la richiesta di risarcimento non sarà più considerata valida ai fini della garanzia.
- per gli assicurati, in quanto *la copertura assicurativa è prestata con riguardo al momento effettivamente rilevante*, vale a dire il ricevimento di una richiesta risarcitoria e non l'accadimento del fatto.

È peraltro evidente come, in ambito di formula *claims made*, assuma rilievo la fase della sottoscrizione della polizza, ovvero le dichiarazioni dell'assicurato in merito alla non conoscenza di richieste risarcitorie pregresse ma anche di fatti antecedenti alla decorrenza del contratto che possano dare origine a future controversie risarcitorie.

Questionari assuntivi e specifiche dichiarazioni degli assicurati, rilevanti ai sensi degli artt. 1892 e 1893 c.c., tendono a diventare parte integrante del contratto così da enfatizzare il momento dell'incontro delle volontà fra Compagnia e assicurato, nella prospettiva dell'assunzione di un rischio effettivamente caratterizzato dall'alea contrattuale, come previsto dal codice.

Recenti conferme della validità della formula claims made

Lo scorso anno si è registrato un ennesimo intervento giurisprudenziale in materia di validità della formula *claims made* da parte della Suprema Corte.

La decisione della Cassazione Civile, sez. III, sentenza 17 febbraio 2014, n. 3622 costituisce un'ulteriore presa d'atto dell'evoluzione della disciplina contrattuale di settore, confermando la validità di tale forma di assicurazione, che garantisce non il fatto storico fonte di responsabilità (secondo lo schema tradizionale disciplinato dall'art. 1917, 1° comma c.c.) bensì la richiesta di risarcimento presentata per la prima volta dopo la stipula della polizza e fino alla sua scadenza, anche per fatti - non noti all'assicurato - verificatisi in epoca antecedente alla decorrenza del contratto.

Nel caso di specie la Cassazione, chiamata ad esprimersi sulla legittimità della clausola *claims* che estenda la copertura assicurativa ai comportamenti anteriori alla stipulazione della polizza, ne ribadisce non solo l'efficacia e la valenza giuridica, ma anche la rispondenza agli interessi di entrambe le parti contrattuali.

La diversa fattispecie, in cui la clausola sia invocata per escludere la copertura assicurativa qualora la domanda risarcitoria sia stata proposta per la prima volta dopo la scadenza della polizza – pur essendosi il sinistro realizzato nel corso della durata del contratto – ha destato perplessità nella Suprema Corte che, tuttavia, sul punto non si è pronunciata in quanto non formava oggetto del giudizio.

5. Franchigie contrattuali e assunzione di parte del rischio a carico dell'assicurato

La previsione di franchigie e scoperti integra, per l'appunto, una prassi abituale in ambito assicurativo.

L'inserimento nei contratti di scoperti e franchigie – talora differenziati anche in funzione della tipologia di sinistri (danni a cose e di frequenza piuttosto che lesioni, lievi o di entità rilevante) - assolve a varie finalità di carattere generale, che possono essere schematizzate come segue:

- in primo luogo, responsabilizza l'assicurato nell'esborso risarcitorio al terzo, rendendolo partecipe, in quota minoritaria, delle conseguenze economiche derivanti da una propria condotta colposa (quindi una funzione di prevenzione dei sinistri)
- sotto altro aspetto, franchigie e scoperti sollevano – in caso di opponibilità al terzo danneggiato - la gestione dell'assicuratore dalla cura di parte dei sinistri di frequenza che potremmo - per talune tipologie di rischio - definire quasi connaturati all'attività svolta dall'assicurato, tanto da

poter connotarsi come rientranti nel rischio d'impresa e come tali visti con riluttanza dall'assicuratore (che vuole garantire i danni realmente "accidentali").

Esistono diverse tipologie di franchigia:

- franchigia assoluta per danno: per ogni danno viene sottratta una somma che rimane a carico dell'assicurato;
- franchigia relativa per danno: viene stabilita una cifra sotto la quale il danno; rimarrà a carico dell'Assicurato. Nel caso in cui il danno fosse superiore l'Assicuratore ne sostiene l'onere integralmente (dal primo euro);
- franchigia aggregata annua: viene fissata una somma globale per tutti i sinistri di ciascun esercizio (per anno di denuncia o di accadimento) che rimarrà a carico dell'Assicurato. Questa formulazione ha trovato una forte applicazione nel corso di questi ultimi anni soprattutto nel segmento della Responsabilità Civile Sanitaria.

La diffusione e l'incremento progressivo dei valori di franchigia ha assunto proporzioni notevoli nell'ambito delle polizze di responsabilità civile medica.

L'adozione di franchigie e scoperti consente alle parti (assicuratore e assicurato) di giungere ad un accordo economico che mantenga in equilibrio tecnico il rischio per la Compagnia, equilibrio senza il quale l'assicurato si troverebbe privo di copertura assicurativa ed esposto al rischio di sinistri di elevato importo certamente meno frequenti ma dagli effetti destabilizzanti nella propria sfera patrimoniale.

La previsione di franchigie di elevato importo impatta in misura significativa anche nella gestione della vertenza, rispetto ai tradizionali parametri operativi in uso.

Si pensi alla situazione che può verificarsi per uno o più sinistri che, inizialmente, rientrano – in apparenza – interamente nell'importo di franchigia previsto in polizza e siano gestiti direttamente dall'assicurato e finiscano, viceversa, con l'essere liquidati con somme superiori all'importo stesso della franchigia o scoperto.

In tal caso si porrebbe il problema dell'accollo di tali somme in capo all'assicuratore che, non avendo gestito la lite, si vedrebbe addebitati importi in presenza di un esito sfavorevole imputabile, in ipotesi, ad una gestione non accorta da parte dell'assicurato. Diverso il caso di una lievitazione delle somme sopraggiunta nel corso della gestione da parte dell'assicurato e a questi in alcun modo imputabile.

6. Il passaggio dalla gestione assicurativa all'autoassicurazione e al sistema misto

A fronte del progressivo allontanamento delle compagnie di assicurazione italiane dal mercato della responsabilità sanitaria, si è verificato l'ingresso di assicuratori stranieri, non presenti in passato nel settore ed operanti in Italia in regime di libertà di stabilimento o di servizi.

Le ragioni di tale fenomeno sono influenzate dalla lettura, in termini di causa-effetto, del mutamento del rischio di responsabilità sanitaria che non ha più consentito, a giudizio degli assicuratori italiani, alcuna redditività nel settore.

La scelta delle compagnie ha infatti inevitabilmente determinato la traslazione del rischio di responsabilità civile dal settore assicurativo privato alla Pubblica Amministrazione, ora limitatamente a parti del rischio (le cosiddette quote di autoritenzione del rischio) ora alla sua interezza, con conseguente esposizione dell'erario alle richieste di pazienti e relativi familiari che si ritengono lesi da prestazioni sanitarie.

Tale trasferimento ha indotto un rilevante cambiamento nel mondo della sanità pubblica, improvvisamente coinvolta in tematiche organizzative, gestionali e giudiziali sino a qualche anno fa integralmente delegate alle compagnie di assicurazione.

Accanto alle già avviate iniziative di gestione del rischio clinico (*clinical risk management*) finalizzate alle inevitabili e doverose attività di prevenzione degli eventi avversi, si sono diffuse iniziative formative in ambito di gestione dei sinistri ponendosi, nel settore pubblico, la necessità di acquisire tecniche e professionalità un tempo patrimonio esclusivo del mondo assicurativo.

Questo cambiamento, mi riferisco al passaggio al sistema dell'autoassicurazione, ha comportato effetti anche in tema di rivalsa della Corte dei Conti per danno erariale indiretto.

Se in presenza di una copertura assicurativa le ipotesi di danno erariale cagionato dal dipendente pubblico in ambito di responsabilità professionale potevano di fatto limitarsi ai casi di pagamenti effettuati dalla compagnia nei limiti della franchigia di polizza, in ambito di autoassicurazione dette ipotesi si espandono potenzialmente – in riferimento ai casi di colpa grave - a tutti i casi di medical malpractice con conseguente sindacabilità da parte del Giudice contabile dell'intero funzionamento della struttura pubblica e di tutte o gran parte delle prestazioni rese.

Il mercato assicurativo: l'insostenibilità degli oneri risarcitori e il disimpegno delle Compagnie

Le regioni italiane hanno intrapreso con decisione la strada

dell'autoassicurazione (o della non assicurazione) per fronteggiare i rischi di responsabilità civile nei casi di malasanità.

Appena due/tre anni fa - segnalava un'indagine parlamentare sugli errori medici conclusa all'inizio del 2013 - il 72,2% delle Asl italiane risultava ancora coperto da una polizza.

Oggi sono davvero pochi i casi di Regioni totalmente assicurate – nelle forme tradizionali – presso Compagnie assicuratrici.

Un così veloce cambiamento è la conseguenza, accanto al continuo aumento nei costi dei risarcimenti, della crescente difficoltà a stimare i rischi, ciò che ha spinto i principali assicuratori italiani ad essere o estremamente selettivi nella copertura dei rischi o a lasciare il settore.

Le difficoltà di reperire una copertura riguardano soprattutto le strutture sanitarie mentre quelle individuali relative ai medici sono normalmente disponibili senza particolari difficoltà. Dal 14 agosto scorso anche i medici debbono essere obbligatoriamente assicurati contro i rischi della responsabilità civile, secondo quanto prevede la legge n.148/2011 in tema di esercizio delle professioni.

È una disposizione dalla quale il recente decreto legge sulla “semplificazione” legge 11 agosto 2014, n. 114 – Conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 24 giugno 2014, n. 90 recante misure urgenti per la semplificazione ha esonerato i dipendenti del servizio sanitario nazionale, sia pure con una norma che lascia aperti diversi dubbi interpretativi.

L'art. 27 della legge, in materia di obblighi assicurativi per i professionisti, precisa che tali obblighi non trovano applicazione nei confronti del professionista sanitario che opera nell'ambito di un rapporto di lavoro dipendente con il Servizio sanitario nazionale.

Gli ultimi dati dell'ANIA sul fenomeno della *medical malpractice*, pubblicati nel 2014, confermano i trend in corso. A fine 2012 (ultimo anno disponibile) la stima dei premi nelle coperture assicurative di ospedali e strutture sanitarie per la prima volta ha mostrato un decremento (-4,3% a 288 mln) nonostante i significativi aumenti tariffari resi necessari per fronteggiare le continue perdite del ramo.

La stima dei sinistri denunciati alle imprese di assicurazione italiane nel 2012 è risultata pari a 31.200 (di cui 19.500 relativi a polizze stipulate dalle strutture sanitarie), con una lieve riduzione (0,7%) rispetto all'anno precedente.

Il rapporto tra sinistri e premi (*loss ratio*) per le tutte le generazioni di sinistri degli anni precedenti si attesta alla media del 173%. Per ogni 100 euro di premi incassati, cioè, le compagnie ne hanno pagati (o stimano di pagarne) 173 sotto forma di risarcimenti.

Tuttavia, mentre fino al 2005 il disavanzo tecnico aveva assunto valori particolarmente elevati, con un rapporto tra sinistri e premi giunto a superare il 310 per cento, negli ultimi anni lo squilibrio è risultato più contenuto. In

particolare per il 2012, secondo le valutazioni preliminari, il *loss ratio* si è attestato al 122%.

7. Interventi normativi

7.1. Legge Balduzzi 8 novembre 2012, n. 189

In tale contesto si inserisce il d.l. 13 settembre 2012, n. 158, poi convertito in legge 8 novembre 2012, n. 189 a seguito di un travagliato iter di conversione.

La risposta legislativa appare incentrata sulla figura dell'operatore medico piuttosto che sulle strutture sanitarie.

Il segnale che si coglie è quello di una diminuita pressione sul versante penale nei confronti del medico.

Da notare che solo all'art. 3-*bis* si rinviene un diretto riferimento all'obbligo per le strutture sanitarie di attivarsi in merito alle problematiche della gestione del rischio e della prevenzione dei sinistri, peraltro senza oneri aggiuntivi a carico della finanza pubblica.

Ma veniamo alla disposizione su cui, come vedremo, si è concentrata l'attenzione degli interpreti che, nel testo definitivamente approvato, prevede, all'art. 3 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".

Data la particolare formulazione normativa adottata, si è posto immediatamente il problema in dottrina circa la possibile interpretazione del richiamo alla colpa civilistica in contesto aquiliano (art. 2043 c.c.), contenuto nel 1° comma dell'art. 3 della legge.

Ci si è chiesti se – in buona sostanza – la locuzione "resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 del codice civile", nel contesto normativo di collocamento, possa essere inteso come adesione del legislatore al modello di responsabilità extracontrattuale, in luogo di quello adottato dalla giurisprudenza che colloca il rapporto medico/paziente anche in un contesto di tipo contrattuale.

Ad oggi, il Tribunale di Torino (Dott. Scovazzo, sentenza 14 febbraio 2013) ha ritenuto che il riferimento all'art. 2043 c.c., lungi dal rappresentare una svista o dimenticanza, esprima al contrario una scelta legislativa - chiara e coerente con la ratio ispiratrice dell'intervento normativo – in favore di un modello di responsabilità diverso da quello sposato dalla giurisprudenza prevalente.

Il giudice torinese afferma infatti che:

- il legislatore ha inteso smentire l'elaborazione giurisprudenziale del contratto da "contatto", operando una scelta chiara (e congruente con la finalità di contenimento degli oneri risarcitori della sanità pubblica) in favore dei criteri della responsabilità aquiliana;
- la previsione che - nei casi di irrilevanza penale della condotta del medico - "resta fermo" l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c. - non può che significare che tale obbligo sia dato per scontato nei casi penalmente rilevanti, in cui la condotta del medico sia qualificabile in termini di colpa grave o dolo;
- l'art. 2043 c.c. è dunque la norma che disciplina ogni ipotesi di responsabilità civile sia del medico pubblico dipendente sia della struttura pubblica in cui questi opera, giacché "a tali soggetti, operatori del Servizio Sanitario Nazionale, è dedicata la novella in esame, non essendo - è da notare - ipotizzabile un diverso regime di responsabilità tra il medico e la struttura".

Tale interpretazione risulta in forte discontinuità e contraddizione rispetto alla giurisprudenza precedente e ricolloca l'azione risarcitoria all'interno della responsabilità aquiliana, con conseguente spostamento dell'onere probatorio tutto a carico della parte attrice e applicazione del regime quinquennale di prescrizione.

Di segno diametralmente opposto è invece la posizione assunta dal Tribunale di Arezzo (Dott. Sestini) con sentenza del 14 febbraio 2013 (pronunciata, per singolare coincidenza, nella stessa data della decisione torinese di cui sopra si è detto).

Qui si sostiene infatti che "l'art. 3, 1° comma l. n. 189/12 non impone alcun ripensamento dell'attuale inquadramento contrattuale della responsabilità sanitaria.

La responsabilità solidale della struttura, nel cui ambito operano i sanitari che verrebbero riassoggettati al regime aquiliano, conserverebbe comunque natura contrattuale, in virtù del contratto di 'spedalità' o 'assistenza sanitaria' che viene tacitamente concluso con l'accettazione del paziente.

L'art. 3, pertanto, si limiterebbe:

- (nel primo periodo) a determinare un'esimente in ambito penale per la colpa lieve,
- a fare salvo (nel secondo periodo) l'obbligo risarcitorio, senza richiamo alla disciplina dell'illecito contrattuale e
- a sottolineare (nel terzo periodo) la rilevanza delle linee guida e delle buone pratiche nel concreto accertamento della responsabilità e quantificazione del danno (con portata sostanzialmente ricognitiva degli attuali orientamenti giurisprudenziali)".

Conclude il giudice aretino osservando che ragionando diversamente (ossia ritenendo che il richiamo all'art. 2043 imponga il ripristino del modello aquiliano) si dovrebbe pervenire – a rigore – alla conseguenza di dover applicare lo schema extracontrattuale anche alle fattispecie, per così dire, pacificamente contrattuali (ovvero quelle del rapporto paziente/ospedale).

Il legislatore si sarebbe insomma limitato a ribadire, sia pure attraverso un'infelice formulazione, che in ambito civile non si introduce alcuna esimente e rimangono ferme le generali regole risarcitorie.

Da ultimo, si segnala la decisione del Tribunale di Milano (Dott. Gattari), con sentenza luglio 2014, n. 9693 che ha così argomentato:

- la norma dell'art. 3 della Legge Balduzzi non si applica alla struttura sanitaria, per la quale resta ferma la disciplina della responsabilità contrattuale
- la disposizione di legge non ha esclusivo contenuto penale in quanto vi sono richiami alla colpa civile ed al risarcimento del danno;
- essa si applica al medico che non abbia stipulato un contratto di prestazione sanitaria
- da quanto sopra si ricava che non trattasi di mera svista o errore ma di una precisa scelta legislativa.

In senso opposto va segnalata la decisione del Tribunale di Brindisi, sentenza 18 luglio 2014 – dott. Natali.

7.1. La legge Balduzzi e i parametri risarcitori

Il decreto Balduzzi ha esteso l'applicazione delle tabelle previste dagli artt. 138 e 139 Codice delle Assicurazioni, utilizzate nella liquidazione del danno biologico nei sinistri derivanti dalla circolazione di veicoli e natanti, per il risarcimento del danno alla persona da RC sanitaria.

La *ratio* della riforma sembrerebbe riconducibile alla necessità di fissare criteri di liquidazione del danno che limitino il ricorso a soggettività valutative; tuttavia, il contesto in cui la riforma si è originata potrebbe rimandare a finalità di contenimento della spesa pubblica.

Esigenze affini avevano indotto il legislatore ad adottare il cd. sistema tabellare per contenere gli aumenti delle spese per l'assicurazione RCA degli automobilisti, sulle quali incidevano significativamente i costi per le imprese di assicurazione.

Ecco, dunque, che il legislatore ha ritenuto di applicare le tabelle della RCA anche al danno biologico maturato per fatto imputabile alla responsabilità del sanitario, sia per le c.d. "micropermanenti" (lesioni con postumi invalidanti compresi tra l'1% ed il 9%), sia per le lesioni all'integrità fisica di valore superiore.

Per le lesioni di non lieve entità (dal 10% al 100% di invalidità), l'art. 138 del codice rinvia all'adozione di una futura tabella ministeriale la determinazione dei criteri di liquidazione.

8. Il fenomeno dell'autoassicurazione nella RC medica: motivazioni a favore e punti critici

Ma come si sono mosse le Regioni che hanno deciso di fare operare in regime di autoassicurazione?

Da un lato si è posto l'accento sull'adozione di

- misure di prevenzione degli eventi potenzialmente dannosi o avversi
- politiche regionali e aziendali di gestione del rischio per la sicurezza delle cure, attraverso specifiche figure di *risk manager*.

Dall'altro, la gestione diretta degli eventi potenzialmente causa di danno:

- sia con la diretta "presa in carico" della richiesta risarcitoria del cittadino e dei suoi familiari,
- sia attraverso misure compensative non monetarie (es. supporto psicologico, riparazione diretta del danno), sia con la gestione diretta dell'evento dannoso e del risarcimento (c.d. autoassicurazione).

Varie aziende ospedaliere operanti in Lombardia, Veneto, Trentino Alto Adige, Friuli Venezia Giulia, Piemonte, Emilia Romagna, e la Toscana, hanno già messo in atto piani di razionalizzazione del trasferimento assicurativo, rinunciando ad indire nuove gare per la copertura assicurativa di RCT.

Secondo l'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici (ora Autorità Nazionale Anticorruzione, a seguito della soppressione dell'autorità per la vigilanza sui contratti pubblici avvenuta con d.l. n. 90/2014), gli scopi dell'autoassicurazione sarebbero i seguenti:

- Risparmiare la quota di costo corrispondente all'utile di impresa; nella scelta dell'autoassicurazione influiscono anche altre partite. Evitando di sottoscrivere una polizza, le Regioni risparmiano l'imposta sui contratti assicurativi (22,25% del premio pagato) che rappresenta una partita di giro per lo Stato ma non è indifferente per un bilancio regionale.

Inoltre occorre considerare anche il taglio dei costi di distribuzione dei contratti assicurativi (5- 10%), sostanzialmente riconducibile alla commissione per il *broker*, che ovviamente sono azzerati coprendo in proprio i rischi della *malpractice*.

- posticipare la rilevazione a Bilancio Regionale (per cassa) delle uscite per indennizzi e franchigie assicurative, altrimenti rilevate *per competenza*

dalle aziende sanitarie ed ospedaliere;

- favorire un processo di sviluppo delle competenze tecniche specifiche del settore, prima prerogativa delle Compagnie assicuratrici;
- acquisire diretta gestione/definizione delle politiche di liquidazione sinistri;

Un diverso approccio si manifesta anche su un altro tema che periodicamente alimenta le polemiche tra enti locali e compagnie. Gli ospedali considerano sempre più il ricorso allo strumento assicurativo una sorta di delega in bianco che fa perdere loro il controllo dei rischi. In qualche misura la scelta dell'autoassicurazione è anche interpretata come una sorta di riappropriazione verso pratiche più corrette di gestione”.

- Sopperire all'assenza di offerte assicurative riscontrate in taluni casi;
- favorire, attraverso il confronto fra diverse aziende sanitarie, una maggior consapevolezza riguardo la correlazione tra la gestione del rischio clinico, le *best practice* in tema di qualità e standardizzazione dei processi e le ricadute economico finanziarie sui bilanci di aziende e Regioni.

Non è peraltro noto, in quanto misurabile solo nel lungo periodo, se il processo di auto-assicurazione possa condurre ad un effettivo risparmio sui costi complessivi sostenuti, anche in considerazione delle dinamiche espansive generalmente riscontrate:

- per incremento dei costi medi per indennizzo;
- l'incremento della percentuale di eventi denunciati;
- l'effetto derivante dal possibile allungamento dei tempi di liquidazione in auto-assicurazione.

A tal proposito è utile però evidenziare come le tempistiche di accertamento, quantificazione e liquidazione di queste tipologie di danno hanno comportato spesso difficoltà anzitutto nell'acquisizione di tutti gli elementi di valutazione del danno (dalla denuncia dell'assicurato spesso carente delle informazioni indispensabili all'inquadramento della fattispecie, alla disponibilità della cartella clinica, alla tempestiva redazione di relazioni esplicative da parte dei sanitari coinvolti a fronte di specifiche contestazioni del loro operato, alla disponibilità della persona danneggiata a sottoporsi a visita medica legale presso il fiduciario della Compagnia, al rilascio, addirittura, del consenso al trattamento dei dati sensibili, ecc.)

In particolare non è di semplice valutazione il saldo presunto tra il sicuro risparmio di breve periodo e l'aumento dell'esposizione ai rischi da parte dei sistemi regionali nel lungo periodo.

Il successo dell'operazione di auto-assicurazione dipenderà certamente

anche dal grado di efficacia nella gestione dei sinistri che gli organi regionali sapranno dimostrare nel tempo.

9. Gestione del sinistro in regime “misto” (parziale autoassicurazione e presenza dell’assicuratore)

Non sempre, però, la gestione in autoassicurazione ha visto la totale esclusione delle Compagnie, come in caso di franchigie più o meno elevate che comunque comportano una stretta collaborazione nella gestione dei sinistri.

Prendendo ad esempio lo schema di *self retention* sino a 250.000 euro, con intervento dell’assicuratore per i sinistri oltre tale soglia, si può osservare come:

- il contraente gestisce in sostanziale autonomia i sinistri valutati nell’ambito della soglia richiamata; la struttura ospedaliera si limita a dare notizia del pervenimento di una richiesta valutabile entro tale fascia; l’assicuratore non entra nel merito della gestione;
- qualora il sinistro si appalesi da subito superiore alla soglia indicata, ad esempio in casi di esito mortale con uno o più aventi diritto, la gestione viene assegnata immediatamente (non appena tale importo sopra soglia sia stimabile) all’assicuratore che, però, non dispone più di piena autonomia, in quanto per la liquidazione occorre un interessamento benestare del contraente, in quanto vi è il comune interesse delle parti (ospedale e assicuratore) a contribuire all’esborso (l’ospedale tiene a proprio carico l’importo di 250.000 euro, mentre l’assicuratore sostiene l’esborso eccedente). Lo stesso flusso di cassa del pagamento del sinistro è suddiviso in due tranche, ciascuna a carico del rispettivo condebitore.

Questo schema, volutamente espresso in termini semplificati, può comportare problematiche operative e gestionali 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.

Giocherà 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.

Un efficace strumento di comunicazione tra assicuratore e strutture sanitarie è rappresentato dai tavoli tecnici o comitati di valutazione sinistri, come dirò appresso.

a) *Strutture sanitarie private*

Le principali strutture sanitarie a regime privatistico del nord Italia hanno istituito al proprio interno un *risk manager*, con il compito non solo di controllare la stretta osservanza dei protocolli e delle linee guida gestionali emanate, ma anche e soprattutto di convocare i c.d. tavoli tecnici.

Vi fanno parte, per conto della struttura sanitaria, un medico legale, un rappresentante dell'amministrazione del nosocomio e dell'ufficio legale e, ove sia previsto un Assicuratore, agli addetti della liquidazione sinistri ed il fiduciario medico legale della Compagnia.

Compito primario dei precitati tavoli è quello di analizzare periodicamente l'andamento del rischio clinico e dei casi di med mal verificatisi.

In occasione delle periodiche riunioni di revisione e analisi vengono adottate e condivise decisioni sulla gestione di singoli casi, al fine di individuare la miglior strategia difensiva della fattispecie che contemperino le esigenze tecniche di ciascun campo specialistico e di settore interessato, individuando per il futuro i fattori di rischio da eliminare (ad es. infezioni nosocomiali: attuazione di una profilassi più efficace).

b) *Strutture pubbliche*

Discorso leggermente diverso deve essere fatto per le amministrazioni di stampo pubblicistico, non fosse altro per i poteri di vigilanza e controllo della Corte dei Conti a cui sono sottoposte. La principale variante che si osserva è quella della rigorosa ufficialità nell'istituzione dei precitati tavoli tecnici, o meglio definiti come Comitato di Valutazione Sinistri.

Le competenze riunite al tavolo sono pressoché le medesime, ma viene data ampia rilevanza all'osservanza della procedura di adozione della decisione e alla redazione del verbale con cui viene raggiunta la decisione finale, anche ad evitare al *management* possibili eventuali rilievi da parte dei preposti organi di vigilanza.

Quindi, i tavoli tecnici ed i comitati valutativi focalizzano la propria attenzione su alcune attività fondamentali del processo di gestione:

- la raccolta di informazioni indispensabili alla fondatezza della richiesta di risarcimento ed alla gestione dei sinistri;
- la valutazione tecnica delle eventuali responsabilità al fine di coinvolgere tempestivamente anche altri soggetti coinvolti (altri corresponsabili all'esterno della struttura sanitaria) e i loro eventuali assicuratori;
- la quantificazione dell'entità del danno (postumi permanenti residuati, danno differenziale, perdita di *chanche* ...);
- l'esame dei dati disponibili in chiave di assunzione del rischio da parte

degli assicuratori o di rinegoziazione del premio, delle franchigie e/o delle garanzie di polizza;

- l'agevolazione dei rapporti tra struttura sanitaria, i legali del personale sanitario coinvolto nel sinistro, medici-legali e personale di Compagnia anche in chiave di allineamento informativo e delle linee difensive;
- il *feedback* alla struttura deputata alla gestione del rischio clinico, per le iniziative conseguenti, mirate al contenimento dei rischi futuri.

10. Il patto di gestione della lite

La formulazione del “patto di gestione della lite” maggiormente proposta è la seguente: “La società assume fino a quando ne ha interesse la gestione delle vertenze tanto in sede stragiudiziale che giudiziale, sia civile che penale, a nome dell'Assicurato, designando, ove occorra, legali e tecnici ed avvalendosi di tutti i diritti ed azioni spettanti all'Assicurato stesso.

La società non riconosce, peraltro, spese incontrate dall'assicurato per spese legali o tecnici che non siano da essa designati e non risponde di multe o ammende né delle spese della giustizia penale”.

In merito alla natura giuridica del clausola in argomento, alcuni autori hanno affermato che si tratti di figura riconducibile al mandato.

Se vogliamo, si può affermare che la previsione del “patto” di gestione sia la naturale conseguenza dell'assunzione del rischio da parte dell'assicuratore che, dovendo sostenere l'onere economico della obbligazione risarcitoria del responsabile, deve poter subentrare, a nome del danneggiante, nelle spesso articolate e complesse operazioni di gestione della vertenza.

Perché sussista mandato, come previsto dall'art. 1703 c.c. è sufficiente il compimento di uno più atti giuridici, atti contenuti nella gestione della vertenza.

Non vi è dubbio peraltro che l'assicuratore agisca non solo con l'intento di salvaguardare il patrimonio dell'assicurato ma anche con quello di realizzare per se stesso un'utile e conveniente gestione della controversia.

Tali considerazioni hanno portato più di un commentatore ad affermare che la posizione dell'assicuratore possa essere inquadrata nella figura del mandatario in rem propriam (art. 1723, 2° comma, c.c.), fattispecie che contempla la coesistenza dell'interesse del mandante (assicurato) con quello del mandatario (assicuratore).

È evidente come il tradizionale patto di gestione della lite, previsto nelle usuali condizioni generali di assicurazione, subisca, nel caso della parziale autoassicurazione, se non un completo stravolgimento, un vero e proprio rimodellamento a favore della procedura concordata di gestione del sinistro e relativi meccanismi procedurali.

A fronte peraltro, di una puntuale scansione gestionale e decisionale del

processo di liquidazione, una precisa descrizione delle varie fasi operative, con reciproci obblighi di consultazione, informazione e discussione dei casi, porta indubbi benefici alla chiarezza dei rapporti ed alla prevenzione di conflitti e controversie che, in passato, non sono mancate in fase di rinegoziazione delle polizze e relativi premi.

Inoltre, nei casi in cui si supera il limite di soglia (*self insurance retention*), la gestione della lite è formalmente mantenuta in capo all'assicuratore, evitando così la chiamata in causa da parte della struttura sanitaria ed i relativi oneri economici.

11. La specializzazione nella gestione del sinistro ed i professionisti fiduciari

Le peculiarità e specificità della materia e del settore hanno reso assolutamente necessaria, tanto più in presenza di un contesto articolato e complesso come quello descritto, la specializzazione delle strutture liquidative di Compagnia preposte alla gestione dei sinistri di *malpractice* medica.

È evidente che la trattazione di sinistri di RC sanitaria impone un approccio organizzativo dedicato, destinando uffici e risorse alla gestione continuativa di queste tipologie di sinistro, con particolare attenzione alla formazione tecnica ed allo sviluppo e diffusione delle conoscenze tecniche.

La stessa esigenza di garantire un costante ed efficace dialogo operativo tra gli uffici liquidativi i comitati valutazione sinistri delle strutture ospedaliere e gli stessi uffici assuntivi della Compagnia, ha rafforzato nelle imprese ancora coinvolte nel settore ad investire nella specializzazione.

Altro tema assai rilevante è quello della scelta dei liberi professionisti (medici legali e avvocati) coinvolti, assieme alle strutture dell'ospedale e agli uffici di liquidazione, nella gestione del sinistro.

12. Problematiche dell'autoassicurazione

Qualche riflessione va svolta in tema di compatibilità dell' autoassicurazione con i doveri che derivano alle P.A. dalla contrattazione collettiva con gli esercenti le professioni sanitarie.

Allo stesso tempo è lecito chiedersi se le misure organizzative adottate e la gestione in senso complessivo dei sinistri possano o meno dirsi corrette, anche in una prospettiva erariale.

Da ultimo, mi pare opportuno un richiamo alle indicazioni normative dell'Unione europea ed, in specie, alla direttiva europea n. 24 del 2011 "concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza

sanitaria transfrontaliera”.

Le amministrazioni sanitarie erano vincolate dal 1998, dalla contrattazione collettiva (art. 24 C.C.N.L. 1998-2001 – area dirigenza medica, confermato dai successivi rinnovi), a predisporre “(...) un’adeguata copertura assicurativa della responsabilità civile di tutti i dirigenti dell’area, comprese le spese di giudizio (...) per eventuali conseguenze derivanti da azioni giudiziarie dei terzi relativamente alla loro attività compresa la libera prestazione intramuraria senza diritto di rivalsa, salvo le ipotesi di dolo o colpa grave”.

Per quanto riguarda invece la copertura del rischio da colpa grave, la contrattazione collettiva prevedeva la contribuzione del sanitario beneficiario da attuarsi tramite trattenuta predeterminata sulla sua retribuzione (art. 21, 2° comma, C.C.N.L. 2005-2006).

Il contratto integrativo dell’area medica del 2010 (6 maggio) prevede all’art. 17, 5° comma, che “Le Aziende assicurano una uniforme applicazione della disciplina contrattuale vigente in materia di copertura assicurativa della responsabilità civile, anche in coerenza con le risultanze della Commissione paritetica per la copertura assicurativa di cui all’art. 18 del CCNL del 17 ottobre 2008”.

Nella contrattazione collettiva, quindi, si riveniva la previsione dell’obbligo delle aziende di garantire ai dipendenti una copertura assicurativa per responsabilità civile e di darne costante informazione alle rappresentanze sindacali.

L’art. 3, comma 1-bis, d.l. n. 158/2012, introdotto nel corso della Legge Balduzzi dall’art. 27 del d.l. n. 90/2014, prevede la possibilità di adottare “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”.

Dunque, il legislatore non sopprime l’obbligo di assicurarsi ma conferisce facoltà alle aziende di adempierlo anche tramite una prestazione alternativa, e cioè per tramite strumenti in grado di garantire una situazione equivalente a quella offerta dall’assicuratore.

Gli organi gestori dovranno effettuare scelte, nell’esercizio della loro autonomia decisionale, in base - alle caratteristiche delle strutture da loro amministrate,

- alla complessità e al tipo di prestazioni che erogano,
- dandone adeguata ragione nella motivazione dei loro atti.

Saranno pertanto tenuti a individuare la possibile soluzione assicurativa e, poi, sulla base delle caratteristiche di quella e della struttura da assicurare - a verificare l’esistenza di strumenti alternativi in grado di offrire un beneficio “operativo funzionale” analogo in termini di capacità di soddisfazione dei bisogni.

In grado, quindi, di porre il sanitario al riparo da qualunque pretesa

patrimoniale di terzi e, rispetto ai terzi, di garantire al paziente la certezza del pagamento delle somme che eventualmente gli saranno liquidate a titolo di risarcimento del danno.

L'art 3, comma 1-bis, d.l. 1° settembre 2012, n. 158 ma anche l'art. 4, par. 2, lett. d), direttiva 2011/24/UE, pone sullo stesso piano la protezione offerta dalle polizze e quella attesa dalle analoghe misure per la responsabilità civile.

Secondo la direttiva citata, infatti, ai pazienti deve essere garantito che per le cure prestate esistano sistemi di assicurazione professionale o garanzie o analoghi meccanismi commisurati alla natura e alla portata del rischio;

Riterrei utile richiamare la normativa che regola i comportamenti delle imprese di assicurazione.

Tali disposizioni sono dettate espressamente per garantire l'adempimento degli obblighi da loro assunti verso assicurati e terzi danneggiati.

Si ricava che la misura alternativa all'assicurazione della RC può essere reputata equivalente solo se risponde, simultaneamente ad un duplice requisito:

- l'esistenza di prescrizioni – e misure a garanzia della loro effettività – che impongono un accantonamento di somme adeguato a far fronte al complessivo costo delle domande risarcitorie conseguenti ai sinistri;
- la realizzazione d'una forma di insensibilità delle risorse accantonate per il pagamento dei sinistri rispetto alle pretese di terzi che vantano crediti nei confronti dell'amministrazione per ragioni diverse.

Il riferimento è a quanto previsto dagli artt. 37 e 43, 2° comma, Codice delle Assicurazioni (d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209).

La prima norma prevede che "l'impresa che esercita i rami danni ha l'obbligo di costituire, per i contratti del portafoglio italiano, riserve tecniche che siano sempre sufficienti a far fronte, per quanto ragionevolmente prevedibile, agli impegni derivanti dai contratti di assicurazione".

Dunque l'assicuratore è tenuto ad effettuare degli accantonamenti destinati a coprire i rischi in corso, predisponendo una riserva sinistri (commi 1 e 5).

Al fine della determinazione quantitativa della riserva, poi, il codice precisa che la sua entità deve comprendere "l'ammontare complessivo delle somme che, da una prudente valutazione effettuata in base ad elementi obiettivi, risultino necessarie per far fronte al pagamento dei sinistri avvenuti nell'esercizio stesso o in quelli precedenti, e non ancora pagati, nonché alle relative spese di liquidazione".

Il secondo periodo del 5° comma dispone che "la riserva sinistri è valutata in misura pari al costo ultimo, per tener conto di tutti i futuri oneri prevedibili, sulla base di dati storici e prospettici affidabili e comunque delle caratteristiche specifiche dell'impresa".

Ulteriore elemento di garanzia in ambito assicurativo è rappresentato dalla

circostanza, come da previsione dell'art. 42, 2° comma, Codice delle Assicurazioni, che dispone la separazione patrimoniale assoluta tra le vicende dell'impresa e quelle del fondo; infatti, al fine di garantirne l'esclusiva destinazione alla soddisfazione degli interessi degli assicurati, si prevede che "le attività poste a copertura delle riserve tecniche ed iscritte nel registro sono riservate in modo esclusivo all'adempimento delle obbligazioni assunte dall'impresa con i contratti ai quali le riserve stesse si riferiscono" elevandole a "patrimonio separato rispetto alle altre attività detenute dall'impresa e non iscritte nel registro".

13. Conclusioni e proposte

In conclusione, vorrei porre l'accento e l'attenzione sulle criticità che - a mio parere - debbono essere risolte per riportare il contesto in condizioni di maggiore equilibrio e rendere possibile l'assunzione da parte degli assicuratori dei rischi delle strutture sanitarie, oltre che, come più diffusamente praticato, a fronte dell'obbligo per i medici professionisti di fornirsi di una copertura di RC sanitaria.

Necessaria riflessione sull'approccio giurisprudenziale nel definire i casi di malasanità, in prospettiva di raffronto con le altre realtà europee. Nella gran parte dei paesi europei vengono indennizzati soltanto i danni causati dagli errori medici, che il paziente deve provare di aver subito. *Normalmente ad un medico che si attiene alle linee guida professionali, ed in assenza di chiare responsabilità colpose in nesso di causa con l'evento, non è imputabile alcunché.*

Adozione di linee guida mediche validate a livello nazionale e riconosciute dai giudici. Nella stessa legge Balduzzi (2012) vi è una specifica previsione di linee guida mediche validate a livello nazionale; ma *la norma non è stata seguita da norme interpretative in grado di fare ordine tra i differenti protocolli e codici professionali in vigore per i sanitari*, al fine di escludere la loro responsabilità.

Predisposizione di una *normativa* che, tenendo conto delle specificità dell'attività sanitaria e dei rischi non prevenibili dei processi di cura, *ridefinisca l'onere probatorio* (che per l'evoluzione giurisprudenziale grava oggi interamente sul prestatore d'opera).

Previsione di un tetto alla risarcibilità dei danni non patrimoniali. Il decreto Balduzzi imponeva l'adozione - per le invalidità permanenti superiori al 9% - delle medesime tabelle previste per i sinistri nella RC auto (per il danno biologico) ma il relativo decreto, in discussione da anni e già passato al vaglio di numerosi dicasteri, deve ancora essere approvato dal Consiglio dei Ministri.

In tema di accertamento e quantificazione del danno, necessità di affidare gli incarichi di consulenza in ambito giudiziario sempre ad un uno specialista in medicina legale, affiancato, e ove necessario, da uno specialista nella disciplina

oggetto della controversia.

Attuazione di procedure di *risk management* omogenee a livello nazionale per prevenire i sinistri. Gli studi condotti sul campo mostrano che oltre il 50% degli “eventi avversi” sono evitabili utilizzando lo strumento della prevenzione;

L'assicuratore avrebbe tutto l'interesse a poter disporre di strumenti di classificazione e valutazione del soggetto il cui rischio che sta assumendo in carico, ai fini di un'equa determinazione del premio assicurativo: disponibilità, quindi di un rating relativo alla struttura (aziendale) ovvero alla tipologia di professionista (associativo). Che cosa fa realmente il sanitario, ruolo – compito e funzioni del medico ... Ad esempio, nel caso del primario che non opera più direttamente, rilevano i profili di rischio di “congruenza organizzativa” (è mancata la reperibilità in orari e giorni particolari ... i turni di sala operatoria non hanno consentito di far fronte alle concrete urgenze, le prestazioni del chirurgo sono state condizionate dal numero di interventi programmati ...).

Creazione di basi statistiche sui sinistri. L'agenzia pubblica Agenas (AGENZIA NAZIONALE PER I SERVIZI SANITARI REGIONALI) ha il compito dal 2010 di raccogliere e classificare le richieste di risarcimento; dal sito dell'ente si apprende che i risultati dell'indagine relativa al 2012 e 2013 sono molto parziali, anche a motivo della limitata alimentazione dei data base da parte di talune delle Regioni coinvolte.

Necessità di chiare regole impartite alle Regioni che decidono di coprire per proprio conto il rischio di malasanita. Manca, in particolare, un *obbligo a costituire fondi appropriati*, sul modello delle riserve assicurative. Tutto ciò espone gli enti locali, a causa del lungo *iter* dei sinistri prima di venire risarciti, al rischio di accumulare nel tempo impegni di ammontare ingente;

Regole e procedure in tema di mediazione e conciliazione nel settore della RC Medica. La particolarità del settore impone regole e strutture di mediazione specializzate a motivo della complessità tecnica della materia.

L'adozione, in tutto o in parte delle richiamate iniziative può consentire di ipotizzare, in futuro, un rinnovato coinvolgimento delle Compagnie, a fronte:

- di maggiore impegno nella prevenzione degli errori
- di maggiore disponibilità di basi informative adeguate
- e, soprattutto, di certezza e prevedibilità degli elementi di rischio e dei relativi oneri risarcitori.

Una diversa regolamentazione della materia, limitativa dei rischi legali connessi alle richieste di risarcimento ed il loro contenimento entro margini

sostenibili, consentirebbe anche di ridimensionare la spesa per medicina difensiva che pesa per circa l'11,8% della spesa sanitaria complessiva.

Un onere stimato in circa 13 mld di euro annui che potrebbe essere in larga misura contenuto e destinato a reali priorità in campo sanitario, dopo avere affrontato - senza considerarle ineluttabili o immodificabili - le ragioni e le cause che hanno contribuito al diffondersi del fenomeno della malpractice medica.

Riferimenti bibliografici

ROMAGNOLI G., *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 *Giust. Amm.*, 2015.

CINEAS, *Ospedali e assicurazioni, come tutelare il paziente, il personale ospedaliero e lo Stato*, Milano, settembre 2014.

ANIA, *L'assicurazione italiana 2012 e 2013*, 2013.

Rossetti M., *Responsabilità sanitaria e tutela della salute*, in *Corte suprema di Cassazione. Quaderni del Massimario*, 2011.

Responsabilità sanitaria: diritto e assicurazione, Atti del Convegno di Verona del 12 aprile 2014, Milano, Giuffrè, 2014.

Monitor, Elementi di analisi e osservazione del sistema salute, 2013, n. 34.

MARTINI, F. *Una diversificazione di colpa fra sanitari e struttura*, in *Guida al diritto*, n. 44, 1° novembre 2014.

Malpractice, il grande caos, Dossier, 2014, n. 2, in *www.ania.it*.

Consultazioni on line

Questioni interpretative concernenti l'affidamento dei servizi assicurativi e di intermediazione assicurativa. Audizione del 19 settembre 2012, Anac FIASO – Federazione italiana aziende sanitarie e ospedaliere.

LIMITI DI “PRATICABILITÀ” DELLA C.D. AUTOASSICURAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ MEDICA DA PARTE DELLE AMMINISTRAZIONI SANITARIE^(*)

Gianluca Romagnoli

SOMMARIO: 1. L’affermazione delle alternative all’assicurazione della responsabilità medica. - 2. Persistenza dell’obbligo assicurativo anche nei confronti dei sanitari dipendenti. - 3. La responsabilizzazione dei vertici delle aziende sanitarie. - 4. Termini di valutazione delle scelte alternative alle polizze assicurative. - 5. Conclusioni.

1. L’affermazione delle alternative all’assicurazione della responsabilità medica

Le molte difficoltà ed i sensibili costi delle polizze per la copertura del rischio sanitario hanno portato molte regioni italiane e le loro strutture curative ad orientarsi per un “gestione in proprio” delle conseguenze della responsabilità medica. Di qui la scelta di assicurarsi solo per quei danni d’importo elevato, almeno superiore ai 250.000 od ai 500.000 euro¹. Sulla base dell’assioma di una tendenziale fungibilità della copertura assicurativa con “altre misure organizzative pubbliche ampiamente intese”, si è ritenuto di poter sostituire l’assunzione del rischio da parte di imprese specializzate con una “gestione in proprio” dei sinistri. Le seconde, dunque, darebbero, in tesi, una risposta parimenti efficiente, efficace e più economica ai diversi insiemi di soggetti che in vario modo sono interessati al ciclo dell’attività curativa ed in specie alle istanze di medici e dei pazienti; gli uni, sarebbero parimenti garantiti da un’azione *in house*, pronta ed altamente specializzata, che eviterebbe sul nascere il contenzioso; gli altri, si vedrebbero garantita una risposta immediata e “disintermediata” – cioè depurata dall’intervento dell’assicuratore – che permetterebbe un accertamento quanto più snello delle eventuali responsabilità e una – conseguentemente – veloce quantificazione e liquidazione del risarcimento².

^(*) Per un approfondimento del tema mi sia consentito rinviare al mio *Riflessioni critiche sull’autoassicurazione della responsabilità medica: compatibilità delle scelte delle regioni e delle aziende sanitarie con i principi di diritto interno ed europeo*, 2015, disponibile sul sito www.giustamm.it.

¹ Cfr. ANIA, *Malpractice, il grande caos*, Dossier n. 2/2014, disponibile sul sito www.ania.it.

² Cfr. Relazione conclusiva della Commissione d’inchiesta della Camera dei deputati *Sugli errori in campo sanitario*, svolta nella XVI Legislatura, terminata nel 2013, disponibile sul sito www.parlamento.it.

La diffusione di quella tendenza impone però d’interrogarsi in merito ai suoi limiti ed alle condizioni in presenza delle quali è possibile surrogare l’assicurazione con altri strumenti aventi un capacità funzionale equivalente alla prestazione offerta dall’impresa.

2. Persistenza dell’obbligo assicurativo anche nei confronti dei sanitari dipendenti

Un primo interrogativo si pone con riguardo all’entità delle franchigie, conseguente all’assicurazione dei soli c.d. sinistri catastrofali ed alla loro compatibilità rispetto agli obblighi che le amministrazioni hanno nei confronti dei propri medici dipendenti. Verosimilmente la previsione di franchigie assolutamente elevate dubbiamente si concilia con le previsioni della contrattazione collettiva e della normativa vigente.

Il legislatore non ha dato “carta bianca” alle aziende sanitarie poiché conserva la previsione di un obbligo assicurativo; infatti, pur incentivandosi l’adozione di misure organizzative di prevenzione del rischio (art. 3-*bis*, d. l. 13 settembre 2012, n. 189) – dichiaratamente finalizzate alla limitazione dei costi delle polizze – non si giunge all’eliminazione della previsione del ricorso a quei contratti.

La legislazione di settore continua a ribadire come nell’interesse dei medici dipendenti – e non solo dei pazienti - le strutture pubbliche e private si devono dotare di “copertura assicurativa o di altre analoghe misure di responsabilità civile verso terzi (RCT) e per la responsabilità civile verso i prestatori d’opera (RCO) a tutela dei pazienti e del personale” (art. 3, comma 1-*bis*, d.l. 13 settembre 2012, n. 158)³.

La sensibilità per il contenimento dei costi non conduce, quindi, ad espungere un obbligo che da tempo risalente trova riconoscimento nella contrattazione collettiva. È, infatti, a tutti noto che l’art. 24 C.C.N.L. 1998-2001 imponeva alle

³ L’art. 3-*bis*, d.l. n. 158/2012 nel prevedere la predisposizione da parte delle aziende sanitarie di misure organizzative dirette alla prevenzione dei rischi connessi all’attività terapeutica, ampiamente intesa, nonché del relativo contenzioso, assegna a tale prescrizione la finalità di riduzione dei “costi assicurativi”. L’art. 3, 4° comma, d.l. n. 158/2012, poi, presuppone un persistente dovere di stipula di polizze da parte delle P.A. disponendo che “resta comunque esclusa a carico degli enti del servizio sanitario nazionale ogni copertura della responsabilità civile ulteriore rispetto a quella prevista, per il relativo personale dalla normativa contrattuale vigente”, obbligando, sostanzialmente, le aziende a perfezionare quelle coperture assicurative che - per la tutela del paziente – altrimenti dovrebbero essere concluse direttamente dal professionista che assume uno specifico incarico, peraltro, tenuto a comunicarne gli estremi a chi gli si rivolge per ottenere una prestazione intellettuale (art. 3, 5° comma, lett. e), d.l. 13 agosto 2011, n. 138).

aziende di garantire ai dipendenti una adeguata copertura assicurativa per responsabilità civile e spese di giudizio⁴. È parimenti noto che la successiva integrazione contrattuale del 2010 – pur meno ampia ed escludendo la copertura per assistenza legale - comunque, conferma l'esistenza di quel dovere negoziale a carico delle amministrazioni ed a favore dei lavoratori medici⁵.

Dalla combinazione delle indicazioni di legge e contratto collettivo, dunque, si ricava non la soppressione dell'obbligo assicurativo ma l'attribuzione alle aziende della possibilità d'adempiervi con un prestazione alternativa e cioè approntando strumenti in grado di garantire una situazione equivalente a quella offerta dall'assicuratore.

Quel bisogno di protezione di cui è latrice la dirigenza medica, quindi, può essere soddisfatto non solo attraverso le polizze ma anche con altri mezzi individuati dai vertici delle amministrazioni sanitarie. Tramite quest'ultimi, alternativi alle prime, tra l'altro si svolgerà una necessaria opera di compensazione degli effetti della discutibilissima giurisprudenza della c.d.

⁴ L'art. 24, C.C.N.L. 1998-2001 – area dirigenza medica, confermato dai successivi rinnovi - imponeva di predisporre “(...) un'adeguata copertura assicurativa della responsabilità civile di tutti i dirigenti dell'area, comprese le spese di giudizio (...) per eventuali conseguenze derivanti da azioni giudiziarie dei terzi relativamente alla loro attività compresa la libera prestazione intramuraria senza diritto di rivalsa, salvo le ipotesi di dolo o colpa grave”. Per quanto riguarda, invece, la copertura del rischio da colpa grave, la contrattazione collettiva prevedeva la contribuzione del sanitario beneficiario da attuarsi tramite trattenuta predeterminata sulla sua retribuzione (art. 21, 2° comma, C.C.N.L. 2005-2006).

⁵ L'art. 17, 5° comma, del contratto integrativo dell'area medica, 6 maggio 2010, disponibile sul sito www.aran.it, prevede, infatti, che “Le Aziende assicurano una uniforme applicazione della disciplina contrattuale vigente in materia di copertura assicurativa della responsabilità civile (...), anche in coerenza con le risultanze della Commissione paritetica per la copertura assicurativa di cui all'art. 18 del CCNL del 17 ottobre 2008.

6. Per le finalità di cui al comma 5, le polizze assicurative contengono i seguenti elementi:

- a. l'oggetto della copertura assicurativa,
- b. la validità temporale della medesima,
- c. la definizione di massimali adeguati,
- d. la definizione di clausole per il recesso dal contratto,
- e. l'individuazione di obblighi reciproci tra compagnia e contraente /assicurato in merito alla gestione dei sinistri.

7. Resta fermo che le risorse disponibili sono quelle già destinate dalle Aziende alla copertura assicurativa.

8. Ai fini di cui al comma precedente, le Regioni forniscono le necessarie linee di indirizzo sulle materie di cui al presente articolo e ne verificano l'effettiva e conforme attuazione da parte delle Aziende.

9. Nell'ambito del sistema delle relazioni sindacali, le Aziende forniscono periodicamente una adeguata, tempestiva e completa informazione alle OO.SS. circa le eventuali iniziative in materia di garanzie assicurative nonché di prevenzione e gestione del rischio, anche per quanto riguarda il monitoraggio degli eventi potenzialmente produttivi di danno”.

responsabilità contrattuale da contratto sociale⁶ che assoggetta i medici pubblici ad un regime deteriore rispetto a quello ricavabile dalla normativa sul pubblico impiego⁷. Infatti, oggi, i dipendenti delle amministrazioni sanitarie sono esposti al rischio di una chiamata in responsabilità diretta – in solido con le loro aziende – anche per casi di responsabilità da colpa lieve quando i documenti normativi prevedono quell’eventualità solo in ipotesi di prospettazione di dolo o colpa grave di chi agisce per l’amministrazione⁸.

⁶ Tra le prime pronunzie del giudice di legittimità si veda, Cass., 22 gennaio 1999, n. 489, disponibile sul sito www.giustizia.it.

⁷ È, infatti, risalente e pacifica l’affermazione secondo cui il dipendente pubblico non deve essere indiscriminatamente esposto a tutte le azioni di chi si afferma danneggiato dall’attività imputabile alla P.A. ma materialmente a lui riferibile. In tal senso si veda anche, Corte cost., 11 novembre 1998, n. 371, in *Giornale dir. amm.*, 1998, 769. Per la Consulta l’efficienza dell’azione amministrativa consente la definizione di un ragionevole equilibrio tra responsabilità diretta del dipendente e quella esclusiva della amministrazione precedente. Tanto, dunque, sarebbe stato realizzato con la limitazione alla colpa grave della responsabilità amministrativa, conseguente alla modifica introdotta con la modifica dell’art. 1, legge 20/1994, ad opera dell’art. 3, 1° comma, lett. a), d.l. 23 ottobre 1996, n. 543, convertito con legge 20 dicembre 1996, n. 639. Per la Corte tale rimodulazione del documento normativo può essere considerata espressione di un legittimo intervento di adattamento del generale criterio della responsabilità ispirato dallo scopo “(...) di predisporre nei confronti degli amministratori e dei dipendenti pubblici, un assetto normativo in cui il timore della responsabilità non esponga all’eventualità di rallentamenti od inerzie nello svolgimento dell’attività amministrativa.

Nella combinazione di elementi restitutori e di deterrenza, che connotano l’istituto in esame, la disposizione risponde perciò alla finalità di determinare quanto del rischio della 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”.

⁸ La tendenza della giurisprudenza che afferma una responsabilità diretta – e parallela a quella dell’amministrazione sanitaria – anche per colpa lieve del medico dipendente, risulta particolarmente discutibile se si considera la sua collisione con il piano dettato normativo che dispone in senso contrario. Infatti, l’art. 28 d.p.r. n. 761/79 rinvia, per quanto concerne la responsabilità del dipendente delle amministrazioni sanitarie, alla disciplina del d.p.r. n. 3/1957 ed alle sue successive modificazioni ed integrazioni. Il testo unico degli impiegati civili dello stato prevede che il dipendente “nell’esercizio delle sue attribuzioni ad esso attribuite dalle leggi o dai regolamenti cagioni ad altri un danno ingiusto ai sensi dell’art. 23” dello stesso decreto “è personalmente obbligato a risarcirlo”. Nel definire il danno ingiusto, per cui scatta la responsabilità diretta, l’ultima disposizione precisa che si considera tale quello derivante da “ogni violazione che l’impiegato abbia commesso con dolo o colpa grave”.

3. La responsabilizzazione dei vertici delle aziende sanitarie

L'apertura a strumenti alternativi alle polizze – od a combinazioni di primi e seconde – per la soddisfazione degli interessi dei medici e dei pazienti – comporta una sensibile responsabilizzazione dei vertici delle strutture sanitarie cui è rimessa la competenza ad effettuare le scelte più appropriate.

Come accade per l'attribuzione di un qualunque altro ambito di discrezionalità, i direttori generali delle aziende – cui spetta ogni potere decisionale (art. 3, 6° comma, d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502) – si trovano esposti al rischio di dover tenere indenne la loro amministrazione da quei danni diretti od indiretti ad esse causati da una ponderazione gravemente colposa (art. 1, 1° comma, legge 14 gennaio 1994, n. 20)⁹. È pacifico, infatti, che anche la più ampia libertà di manovra non implica impunità per ogni scelta compiuta quando questa appaia non conforme ai principi di legalità, economicità e razionalità che ordinano l'agire dei soggetti legati all'amministrazione da un rapporto di servizio¹⁰.

Poiché l'omissione totale o parziale di una copertura assicurativa – o di analoghe misure in grado di proteggere gli interessi di medici e pazienti – costituisce piana violazione di un dovere posto dalla contrattazione collettiva e dalla legge, sembra indubitabile che i direttori generali debbano rispondere delle relative conseguenze.

Dunque, i vertici aziendali – per andare esenti da censure – dovranno valutare attentamente le caratteristiche specifiche delle loro strutture operative, i profili di rischio e le potenziali responsabilità optando, motivatamente, per quegli strumenti che al meglio sono in grado di contemperare gli interessi di medici

⁹ È da segnalare, peraltro, come i rapporti di dare ed avere tra la P.A. e l'agente sono regolati per la prima volta innanzi alla Corte dei conti, chiamata ad applicare clausole generali, quali diligenza, prudenza e perizia, intese in accezioni in parte diverse da quelle proprie della tradizione civilistica e da quest'ultima autonomamente elaborate. Lo stesso concetto di colpa grave subisce una semplificazione o, se si vuole, risente d'un'interpretazione che porta a confonderlo, se non renderlo fungibile, con quello di colpa lieve che manda esente da responsabilità. Al di là delle affermazioni di principio per cui lo stato soggettivo rilevante si sostanzia “nella macroscopica ed inescusabile negligenza ed imprudenza nell'espletamento materiale delle mansioni e/o nel adempimento dei propri doveri professionali, inferiore allo standard minimo professionale tale da rendere prevedibile e probabile il concreto verificarsi dell'evento dannoso” – Corte conti, sez. III, appello, 10 settembre 2010, n. 523/A - si assiste ad un loro appiattimento; appiattimento, poi, tanto più evidente quando si discuta di una censura mossa a persone che ricoprono ruoli per cui si richiede altissima professionalità quali quelli di direttore generale ed amministrativo di una ASL - Cort. conti, sez. giur. Campania, 28 dicembre 2012, n. 2061, disponibile sul sito www.corteconti.it.

¹⁰ Tra le tante, si veda, Cass. civ., sez. un., 10 marzo 2014, n. 5490, disponibile sul sito www.giustizia.it.

e pazienti¹¹. Ma se è vera la premessa ne dovrebbe discendere una valutazione negativa della soluzione dell'assicurazione con franchigie elevatissime se non accompagnata da efficienti misure organizzative “compensative” del danno non coperto.

La delicatezza della posizione dei vertici aziendali – per le loro competenze e funzione di attuazione degli impegni dell'amministrazione – non si presta, peraltro, ad essere attenuata da eventuali iniziative esterne, magari assunte dalla regione di loro riferimento od opponendo che il loro operato deve scontare quelle molteplici incertezze insite nella necessità di soddisfare l'imperativo di contenimento dei costi.

Le soluzioni inadeguate, poi, non possono essere giustificate sulla base di eventuali direttive regionali di indirizzo. Il generale principio di separazione tra politica ed amministrazione¹², in uno con la assoluta autonomia decisionale che caratterizza l'attuale assetto normativo, escludono che da prese di posizione dell'ente territoriale possano derivare vincoli rilevanti per i direttori generali¹³.

Ancora, la conclusione da parte delle singole regioni di polizze per responsabilità medica a copertura di tutte le strutture operanti nel loro ambito

¹¹ Per il giudice speciale, infatti, risponde per colpa grave il dirigente che, adotta una certa determinazione senza il compimento d'un'adeguata istruttoria - Corte conti, sez. giur. Lazio, 8 giugno 2011, n. 833 – come quello che emette un provvedimento di cui non sia data compiuta ragione dell'esistenza dei presupposti di fatto e di diritto che lo giustificano – Corte conti, sez. giur. Lazio, 6 ottobre 2009, n. 1868.

¹² Il principio di separazione, infatti, implica, anche in caso di relazione diretta tra vertice politico e dirigenza amministrativa, ferma la riserva al primo di un potere d'indirizzo, che al secondo sia garantita un'effettiva ed ampia autonomia incompatibile anche con la predeterminazione parziale dei contenuti dell'atto da assumere in concreto. La responsabilità esclusiva posta a carico di chi è investito del potere decisionale, infatti, collide con l'ammissibilità di forme di condizionamento puntuale anche quando, ci si trovi innanzi a rapporti ad alta connotazione fiduciaria quali quelli che legano il segretario comunale al vertice dell'amministrazione in cui è incardinato. Cfr. Tar Lecce, 14 luglio 2003, 4747 e Cons. Stato, sez. V, 20 agosto 2013, n. 4192, entrambe disponibile sul sito www.giustizia-amministrativa.it.

¹³ L'art. 3, 6° comma, d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, assegna, infatti, ai direttori generali delle Asl ogni potere di gestione e rappresentanza delle amministrazioni sanitarie. Come ha avuto, peraltro, occasione di rilevare la Consulta – Corte Cost., 23 luglio 2007, n. 104, disponibile sul sito www.cortecostituzionale.it – i vertici delle aziende operano in regime di autonomia e, pur essendo collegati in vario modo all'amministrazione regionale, non sono legati al vertice politico dell'ente territoriale da un rapporto istituzionale diretto. Ulteriormente, l'art. 3-bis, comma 5, dopo aver prescritto che le regioni fissano all'atto della nomina dei rappresentanti delle aziende – e poi aggiornano periodicamente – “gli obiettivi di salute e di funzionamento dei servizi, con riferimento alle relative risorse” subito precisa che tale potere d'indirizzo non li vincola rigorosamente, “ferma restando la piena autonomia gestionale dei direttori stessi”.

non esime i direttori generali da una puntuale verifica dell'adeguatezza della polizza "omnicomprensiva". Ciò si impone, se non altro, perché il contratto "ad ampio raggio" per necessità non potrà prendere in considerazione gli specifici profili di rischio dei singoli centri di diagnosi e cura, dalle cui caratteristiche non può prescindere una scelta che possa dirsi adeguata.

4. Termini di valutazione delle scelte alternative alle polizze assicurative

La persistenza dell'obbligo assicurativo, accompagnato dall'apertura all'adempimento con prestazione alternativa a carattere generico¹⁴, ulteriormente, impone di individuare i parametri attraverso cui verificare la correttezza dell'operato del debitore che si avvale dell'opzione concessagli.

Atteso che si deve svolgere un verifica astratta dell'idoneità della alternativa a far fronte agli impegni futuri ed incerti, sembra ragionevole immaginare un confronto tra i tratti dell'organizzazione dell'impresa assicurativa tesi a garantire l'adempimento e quelli propri del "surrogato" individuato dall'amministrazione. Pertanto, avendo come termine di riferimento i primi, sarà dato giungere all'emissione di un giudizio positivo solo quando i secondi risultano in grado di rendere ragionevolmente certa la soddisfazione del duplice bisogno di medico e paziente.

Ora se si ha come termine di paragone la disciplina prudenziale delle imprese di assicurazione - concepita espressamente per garantire l'adempimento degli obblighi da loro assunti - si deve concludere che la misura può essere reputata equivalente solo se risponde, simultaneamente, ad un duplice requisito: un primo, dato dalla esistenza di prescrizioni - e presidi di loro effettività - che impongono un accantonamento di somme adeguato a far fronte al complessivo costo delle domande risarcitorie conseguenti ai sinistri; un secondo, costituito dalla realizzazione d'una forma di insensibilità delle risorse accantonate per il pagamento dei sinistri rispetto alle pretese di terzi che vantano crediti nei confronti dell'amministrazione per ragioni diverse.

Tanto si trae pianamente dalla lettura dell'art. 37 e dell'art. 43, 2° comma, del codice delle assicurazioni (d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209), come completato dai

¹⁴ In termini analoghi alla disciplina italiana si esprime l'art. 4, par. 2, lett. d), dir./2011/24/UE, che prevede che ogni stato membro garantisca che "per le cure prestate nel proprio territorio esistano sistemi di assicurazione di responsabilità professionale o garanzie o analoghi meccanismi che siano equivalenti o essenzialmente comparabili quanto a finalità e che siano commisurati alla natura e portata del rischio".

regolamenti dell'autorità di vigilanza¹⁵. Per la prima disposizione l'assicuratore è obbligato ad effettuare accantonamenti ragionevolmente adeguati per far fronte alla effettiva copertura degli impegni conseguenti alla stipulazione delle polizze¹⁶. Con la seconda, prevedendo la separazione patrimoniale assoluta tra le vicende dell'impresa e quella delle risorse accantonate per il pagamento dei sinistri¹⁷, si garantisce la destinazione di quelle alla soddisfazione effettiva degli interessi degli assicurati ed, ulteriormente, anche dei danneggiati¹⁸.

¹⁵ Regolamento Ivass, n. 16 del 4 marzo 2008 “concernente le disposizioni ed i metodi di valutazione delle riserve tecniche dei rami danni di cui all'art. 37, comma 1 del decreto legislativo 7 ottobre 2005, n. 209”, disponibile sul sito www.ivas.it. Con tale atto subprimario l'autorità di vigilanza, in esecuzione della delega conferitale, individua i vari parametri cui devono adeguarsi le imprese per mantenere costante nel tempo la propria ragionevole capacità di far fronte ai rischi assunti ed indica alcune caratteristiche organizzative funzionali minime cui deve rispondere la struttura interna della vigilata.

¹⁶ L'art. 37, 1° e 5° comma, d.lgs. n. 209/2005, prevede che “l'impresa che esercita i rami danni ha l'obbligo di costituire, per i contratti del portafoglio italiano, riserve tecniche che siano sempre sufficienti a far fronte, per quanto ragionevolmente prevedibile, agli impegni derivanti dai contratti di assicurazione”. Dunque l'assicuratore è tenuto ad effettuare degli accantonamenti destinati a coprire i rischi in corso, predisponendo una riserva sinistri. Al fine della determinazione quantitativa della riserva, poi, il codice precisa che la sua entità deve comprendere “l'ammontare complessivo delle somme che, da una prudente valutazione effettuata in base ad elementi obiettivi, risultino necessarie per far fronte al pagamento dei sinistri avvenuti nell'esercizio stesso o in quelli precedenti, e non ancora pagati, nonché alle relative spese di liquidazione”. Quindi la disposizione sottolinea, vigorosamente, l'indefettibilità d'una prudente valutazione degli accantonamenti che deve portare all'individuazione di risorse d'entità tali da poter far fronte effettivamente alle conseguenze del rischio assunto, avendo riguardo non solo alle caratteristiche di questo ed alla probabilità della sua verifica ma anche alle “modalità di lavoro” dell'assicuratore. Infatti, il secondo periodo del quinto comma prevede che “la riserva sinistri è valutata in misura pari al costo ultimo, per tener conto di tutti i futuri oneri prevedibili, sulla base di dati storici e prospettici affidabili e comunque delle caratteristiche specifiche dell'impresa”.

¹⁷ L'art. 43, 2° comma, d.lgs. n. 209/2005, prevede che “le attività poste a copertura delle riserve tecniche ed iscritte nel registro sono riservate in modo esclusivo all'adempimento delle obbligazioni assunte dall'impresa con i contratti ai quali le riserve stesse si riferiscono” elevandole a “patrimonio separato rispetto alle altre attività detenute dall'impresa e non iscritte nel registro”. L'insensibilità dei cespiti o – se si vuole – il loro vincolo di destinazione è subordinato, peraltro, al compimento di una formalità – di natura costitutiva – rappresentata dall'iscrizione in un apposito registro obbligatorio previsto dall'art. 42, 1° comma, d.lgs. n. 209/2005.

¹⁸ Interesse quest'ultimo che ha pari rilevanza per quanto concerne la responsabilità medica; si deve ribadire, infatti, che l'art. 3, comma 1-bis, d.l. n. 158/2012, prevede che la conclusione di polizze o la predisposizione di analoghe misure di responsabilità civile verso terzi è diretta a garantire non solo la tutela del personale, e cioè dei soggetti assicurati, ma anche a “tutela dei pazienti”.

5. Conclusioni

Se quelli ripercorsi sono i termini di riferimento del corretto agire amministrativo le aziende sanitarie e le regioni dovranno effettuare degli accantonamenti per ogni sinistro, avendo riguardo alla probabilità statistica del suo accadimento. In particolare, l'entità della riserva destinata a farvi fronte dovrà essere ragionevolmente tale da soddisfare la singola pretesa del danneggiato anche in considerazione delle peculiarità specifiche della struttura tenuta al pagamento. Non solo l'accantonamento dovrà essere adeguato rispetto al momento dell'insorgere del dovere di pagamento¹⁹, ma sarà pure necessario garantirne la destinazione²⁰, attraverso una qualche forma di autonomia patrimoniale – od altro accorgimento – capace di evitare che la soddisfazione della pretesa venga frustrata anche parzialmente dall'azione di chi è creditore per altro titolo²¹.

Se si confrontano le scelte delle aziende sanitarie con quei parametri sembra, però, dubbio che quelle possano meritare un giudizio positivo. Gli accantonamenti a copertura dei rischi in “regime di autoassicurazione”, corrispondenti in molti casi al costo delle polizze degli anni precedenti, si possono considerare, per definizione, tendenzialmente inadeguati. Non risulta, poi, che le amministrazioni sanitarie adottino criteri di verifica nel tempo della sufficienza delle risorse accantonate per il pagamento dei sinistri già

¹⁹ Che sorge, in principio, con il deposito della sentenza di primo grado che decide la controversia.

²⁰ A differenza di quanto può affermarsi per gli accantonamenti destinati al pagamento dei premi – riconducibili nell'ambito delle prestazioni stipendiali - in quanto oggetto di considerazione da parte della contrattazione collettiva – le somme destinate a far fronte alla soccombenza in controversie di responsabilità sanitaria non possono beneficiare dell'impignorabilità prevista dall'art. 1, 5° comma, d.l. n. 18 giugno 1993, n. 9. Tale prescrizione, infatti, sottrae all'azione esecutiva solo quelle somme destinate alla soddisfazione di competenze del personale od al pagamento di altre spese necessarie ai fini dell'erogazione dei servizi sanitari ed oggetto di preventiva ed esatta individuazione da parte di apposita delibera trimestrale dei direttori generali delle Asl, fissante anche l'ordine di pagamento, il cui rispetto è anche condizione della persistenza del beneficio, cfr. Cort. cost., 15 – 29 giugno 1995, n. 285, in *Foro it.*, 1995, I, c. 2323.

²¹ Il meccanismo, dunque, dovrebbe contemplare misure specifiche idonee ad evitare il pignoramento da parte dei terzi delle somme riservate al pagamento dei singoli sinistri attesa la generale soggezione delle P.A. ai principi di diritto comune e dell'eccezionalità delle previsioni derogatorie. La giurisprudenza – Cass. 27 agosto 2014, n. 18339, disponibile sul sito www.giustizia.it – anche recentemente, ad esempio, ha avuto occasione di negare che l'art. 159, d.lgs. 27 agosto 2000, n. 267, concernente taluni limiti alla pignorabilità di somme di pertinenza degli enti locali, possa essere esteso alle aziende sanitarie, per la loro estraneità all'insieme degli enti locali individuati dall'art. 2 dello stesso testo unico.

verificatisi. In fine, né le aziende né le regioni sono in grado di predisporre regimi di autonomia patrimoniale delle somme all’uopo destinate e come idonei a sottrarle alla generale applicazione del 2740 c.c., che consente – salva diversa previsione di legge – l’aggressione da parte di un qualunque creditore di ogni bene idoneo alla soddisfazione della propria pretesa.

Pur a fronte di tale carenza di potestà normativa – in attesa di un improbabile intervento del legislatore nazionale – non è però da escludere che il risultato possa essere conseguito. A tal fine ci si potrebbe interrogare in merito alla praticabilità di una soluzione articolata che prevede l’istituzione di un fondo “sinistri regionale” di scopo, “amministrato” da un organo tecnico terzo, cui le aziende soccombenti possono avanzare richiesta di un intervento di sostegno per far fronte a quella parte di danno non coperta dall’assicuratore per l’operare delle franchigie.

ASSICURAZIONE OBBLIGATORIA E SELF-INSURANCE POSSONO COESISTERE? ALCUNI SPUNTI DA GIURISPRUDENZA E PRASSI^(*)

Enrico Galanti

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. La franchigia nella RCA: un sistema di autoassicurazione parziale. - 3. RCA e franchigia aggregata. - 4. *Medical malpractice*, responsabilità civile e autoassicurazione.

1. Introduzione

Devo confessare che, all’inizio, quando ho visto il titolo del Convegno al quale sono stato gentilmente invitato – *Autoassicurazione e gestione del rischio* – sono rimasto leggermente perplesso ritenendo il tema di interesse più economico che non giuridico. Se, come fa il Dizionario di economia e Finanza della Treccani, è corretto definire l’autoassicurazione come “metodo di gestione del rischio alternativo alla stipulazione di contratti di copertura del medesimo con imprese di assicurazione” mi è sembrato infatti che la valutazione fra assicurazione e autoassicurazione fosse tutta interna a parametri di convenienza economica.

E, in effetti, digitando il sintagma *self-insurance* su *google-scholar*, i risultati sono tutti relativi a studi di economisti che sono tuttavia molto utili per iniziare a farsi un’idea della problematica. Così vediamo che, in campo economico, la *self-insurance* ha dato luogo ad alcuni interessanti filoni di studio. Da un lato è stata, infatti, indagata la “domanda di assicurazione” analizzando gli effetti che le modifiche dei prezzi e del reddito hanno sull’alternativa fra “assicurazione di mercato” e *self-insurance*¹. E questo è un approccio che, in materia di assicurazione danni o responsabilità civile, rileva, ad esempio, nel dibattito attuale sulla *medical malpractice* in Italia, dove un alto livello dei premi assicurativi ed un’offerta assai rarefatta stanno spingendo sempre più le ASL e le Regioni proprio verso l’autoassicurazione². Ma su questo tema, molto

^(*) Le opinioni espresse non impegnano l’Istituto di appartenenza. Ringrazio Massimiliano Scalise per il materiale e gli spunti fornitimi e una rilettura critica del testo.

¹ Cfr. ad es. I. EHRLICH - RICH ECKER, *Market Insurance, Self-Insurance, and Self-Protection*, in *Journal of Political Economy*, 1972, n. 4, 623; L. HIEBERT, *Self-Insurance, Self-Protection and the Theory of Competitive Firm*, *Southern economic Journal*, 1983, 160; Y. CHANGE-M. and I. EHRLICH, *Insurance, Protection from Risk, and Risk-Bearing*, in *Canadian Journal of Economics*, 1985, 18, 574.

² È quanto emerge chiaramente dal dossier ANIA *Malpractice, il grande caos*, presentato a luglio 2014.

attuale, sono previsti interventi specifici e una tavola rotonda finale. Altri studi, di approccio più sperimentale e comportamentale, si concentrano invece sulla risposta individuale al rischio e sulla stima degli eventi a bassa probabilità di realizzazione³. Altri ancora si sono soffermati sull'analisi empirica degli effetti delle assicurazioni sanitarie sulle decisioni individuali di pensionamento⁴.

E già questo emergere di vari filoni di studio sul versante economico stimola una prima riflessione. Una cosa è, infatti, parlare di *self-insurance* nel campo dell'assicurazione danni o responsabilità civile e un'altra analizzare il tema in rapporto all'assicurazione sulla vita. Vi sono delle problematiche di fondo simili ma con diverse sfumature. Mentre nel primo campo, infatti, le scelte individuali sono condizionate dalla variabile prezzi (intesi come premi) e dalla probabilità che un dato avvenimento accada, nel secondo la decisione se sottoscrivere una polizza vita o assolvere lo stesso bisogno con un prodotto finanziario succedaneo (che – in senso ampio e in una prospettiva di analisi economica del diritto – ben potrebbe esser considerata una forma di auto-assicurazione) attiene più alla comparazione fra vari tipi di prodotti ed, ancora una volta, alla stima dei loro costi. Tuttavia, mentre per quanto riguarda l'assicurazione sulla vita l'alternativa è fra una polizza ed un prodotto finanziario puro (quindi un'altra forma di investimento), verosimilmente meno costosa ma con meno garanzie⁵, nel settore dell'assicurazione contro i danni e la responsabilità civile la scelta individuale è fra coprire un rischio sborsando subito un premio, oppure correrlo, facendo fronte all'evento dannoso col proprio patrimonio. Siamo quindi sempre di fronte a scelte di allocazione del reddito e del risparmio che presentano tuttavia profili differenti.

Ritengo che, parlando di decisioni di *self-insurance* un altro interessante profilo di indagine sia la differenza fra la prospettiva del consumatore individuale e quella dell'impresa o dell'ente. Per quanto riguarda il singolo individuo, infatti, la decisione se assicurarsi ovvero correre l'alea ricorrendo all'auto-assicurazione è condizionata essenzialmente dai livelli di reddito⁶ e,

³ Cfr. ad es. J.F. SHOGREN, *The Impact of Self-Protection and Self-Insurance On Individual Response to Risk*, in *Journal of Risk and Uncertainty*, 1990, vol. 3, 191;

⁴ Cfr. E. FRENCH-J.B. JONES, *The Effects of Health Insurance and Self-Insurance on Retirement Behavior*, in *Econometrica*, 2011, n. 79, 693.

⁵ Nella scelta fra i due prodotti sarà, ovviamente, rilevante anche la variabile relativa al regime tributario.

⁶ Al di sotto di determinati livelli di reddito, l'auto-assicurazione può considerarsi una scelta forzata nel senso che, se non si hanno disponibilità, la scelta di "correre il rischio" diventa obbligata. Con l'aumentare del reddito aumentano anche i beni della vita che si può sentire il bisogno di proteggere tramite assicurazione (immobili, capacità di guadagno, integrazione previdenziale) e la scelta se affidare queste esigenze a un assicuratore o viceversa autoassicurarsi ("correre il rischio", far fronte a determinati eventi col proprio

soprattutto, dalla propensione al rischio, quindi da un elemento essenzialmente psicologico⁷. Queste variabili sono rilevanti anche per le imprese e gli enti collettivi in generale. Anche in questi casi, infatti, disponibilità finanziaria e profilo psicologico dell'imprenditore (o del responsabile della funzione di *risk-management*) svolgono un ruolo fondamentale nelle decisioni di assicurazione. Una differenza fondamentale è, però, nel fattore dimensionale, nel senso che, specialmente per quanto riguarda l'assicurazione danni a beni fisici (i luoghi e gli strumenti di produzione) al crescere dei volumi di prodotto (sia esso fisico o immateriale, come nel caso dei servizi) la possibilità di spalmare il premio su un numero maggiore di prodotti dovrebbe rendere più economica l'assicurazione e quindi disincentivare le scelte di autoassicurazione. Il fattore dimensionale e delle economie di scala è meno sensibile per l'assicurazione contro la responsabilità civile dato che all'aumento dei "prodotti" circolanti aumenta anche la probabilità che essi rechino un danno ma non sembra essere del tutto assente attesa la rilevanza anche in questo campo delle economie di scala. Per altro verso l'impresa, o l'ente pubblico collettivo che eroga servizi, può anche pianificare meglio scelte di autoassicurazione tramite tecniche di gestione di bilancio e la previsione in bilancio di fondi *ad hoc*.

Non solo, l'impresa o l'ente associa alla dimensione anche un maggior potere contrattuale che deriva non solo dalla "potenza di fuoco" (i volumi) ma anche dal padroneggiare strategia e tattica, dal potere avere cioè – tramite persone a ciò dedicate – un approccio professionale alla gestione del rischio che può giovare di conoscenze specifiche, incluse quelle statistiche ed attuariali. L'esistenza di una funzione a ciò dedicata rileva in un duplice senso. Su fronte prettamente contrattuale, tramite l'analisi delle serie storiche di mercato e di impresa, dà maggior consapevolezza del proprio profilo di rischio riducendo le asimmetrie informative⁸. Sul versante interno e prettamente aziendale

patrimonio o con altre forme di risparmio) dipende essenzialmente da elementi psicologici e culturali.

⁷ Si può, infatti, assumere che il consumatore connotato da una maggior propensione al rischio possa essere incline sia a investire in prodotti finanziari più rischiosi che a soddisfare le proprie esigenze di assicurazione "caso vita", direttamente con investimenti di tipo finanziario. Egli tenderà probabilmente a non delegare (o al non farlo integralmente) all'assicurazione le proprie esigenze di sicurezza finanziaria futura, cercando di massimizzare i propri "ritorni" finanziari di lungo periodo. Meno sostituibile con prodotti succedanei appare invece l'assicurazione "caso morte". Quanto all'assicurazione danni, l'individuo con maggior propensione al rischio, a parità di reddito e di patrimonio, sarà più propenso a ricorrere all'auto-assicurazione e quindi a correre l'alea della verifica di un evento.

⁸ Sul fronte - che potremmo definire "micro", del proprio profilo di rischio – le asimmetrie informative sono a favore dell'impresa o ente assicurandi mentre su quello – dell'intero mercato, che si potrebbe definire "macro" – esse sono piuttosto a vantaggio dell'assicuratore.

lavora, in interazione con le altre funzioni aziendali, per ridurre, con opportuni accorgimenti organizzativi, i fattori di rischio, avvalendosi anche delle informazioni e dell'esperienza che gli derivano dalla gestione del contratto di assicurazione e dai contatti con intermediari e impresa di assicurazione. Questa funzione mostra la sua importanza non solo nelle decisioni che potremmo definire di autoassicurazione integrale (quando si decide cioè di non far per nulla ricorso a un contratto di assicurazione) ma anche (e forse di più) quando la decisione di autoassicurazione è parziale e viene attuata tramite clausole come quelle di franchigia aggregata, sulle quali avremo modo di soffermarci.

E non è un caso che alcune delle fattispecie che esamineremo fra poco che hanno dato luogo a problematiche di compatibilità fra forme di autoassicurazione e assicurazione obbligatoria abbiano riguardato proprio delle imprese.

Ritengo che, dal punto di vista giuridico, alcuni spunti di riflessione interessanti possano venire dal coniugare prassi ascrivibili in senso ampio alla *self-insurance* con l'assicurazione obbligatoria.

2. La franchigia nella RCA: un sistema di autoassicurazione parziale

A prima vista i due concetti sembrerebbero escludersi reciprocamente ma non è sempre così. Vi sono alcuni casi, infatti, in cui obbligo di assicurarsi e forme di condivisione del rischio possono convivere.

Uno degli istituti che consente di far permanere un interesse dell'assicurato al non verificarsi del sinistro evitando che la sua deresponsabilizzazione produca effetti di *moral hazard* e porti quindi a uno snaturamento della funzione indennitaria dell'assicurazione danni è, com'è noto, la franchigia la quale può essere considerata anche uno strumento di "parziale" autoassicurazione.

Nel campo della RCA, essa è stata prevista dall'art. 133 d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (di seguito semplicemente "CAP"), accanto alle clausole "bonus-malus" come forma obbligatoria di personalizzazione dell'assicurazione RCA, nel senso che tali polizze debbano per forza contenere l'una o l'altra di tali clausole ovvero una combinazione delle due tipologie⁹.

La funzione "aziendale" di *risk management* dovrebbe contribuire a ridurre, a vantaggio dell'impresa o ente assicurandi, le asimmetrie informative del secondo tipo. Il contratto di assicurazione permette comunque un "livellamento" di queste asimmetrie. Tramite di esso, infatti, l'assicuratore ha accesso alle informazioni riguardanti l'organizzazione e il profilo di rischio dell'assicurato mentre quest'ultimo, tramite il premio applicato, può avere un *feedback* utile proprio sul proprio collocamento all'interno di un più vasto mercato.

⁹ L'art. 133 CAP, 1° comma prevede infatti che: "Per i ciclomotori, i motocicli, le autovetture e per altre categorie di veicoli a motore che possono essere individuate dall'ISVAP, con regolamento, i contratti di assicurazione debbono essere stipulati in base a condizioni di

Entrambe queste formule tariffarie hanno la funzione di favorire una responsabilizzazione dell'assicurato e, quindi, una guida corretta e a basso rischio cosa che non si verificherebbe se l'assicurato stesso non avesse la consapevolezza di dover (in parte) rispondere degli effetti dannosi della propria condotta di guida.

La norma riproduce, con alcune varianti, l'art. 12, legge 24 dicembre 1969, n. 990 in materia di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti ed è destinata però ad operare in regime di libertà tariffaria ormai introdotta nel nostro paese dalla metà del 1994, per effetto della legislazione comunitaria¹⁰.

E' interessante notare come, nel settore dell'assicurazione RCA, sia quindi lo stesso legislatore a imporre modalità di responsabilizzazione dell'assicurato lasciandolo poi libero di scegliere se collegare l'evoluzione del premio nel tempo alla propria "sinistrosità" (formula *bonus-malus*), pagare un premio più basso di quello della sua classe di ingresso e partecipare al rischio dell'assicuratore per ogni singolo sinistro col sistema delle franchigie¹¹ ovvero scegliere una combinazione fra i due sistemi.

Ebbene, se, come sembra possibile, consideriamo il sistema delle franchigie come una forma di auto-assicurazione parziale, questo è un caso in cui assicurazione obbligatoria e auto-assicurazione possono convivere per una precisa scelta del legislatore che considera questa forma di compartecipazione al rischio, questa modalità di sopportare in proprio (parzialmente) le conseguenze di un evento dannoso, mutuata dalla prassi contrattuale delle assicurazioni danni, come un'efficace tecnica di corresponsabilizzazione dell'assicurato e quindi di limitazione del *moral hazard*.

Le franchigie – che nel sistema dell'assicurazione RCA operano solo nei rapporti fra assicurato ed assicuratore e non sono opponibili da quest'ultimo al danneggiato – appaiono, infatti, un sistema di autoassicurazione parziale sia

polizza che prevedano ad ogni scadenza annuale la variazione in aumento od in diminuzione del premio applicato all'atto della stipulazione o del rinnovo, in relazione al verificarsi o meno di sinistri nel corso di un certo periodo di tempo, oppure in base a clausole di franchigia che prevedano un contributo dell'assicurato al risarcimento del danno o in base a formule miste fra le due tipologie”.

¹⁰ Va ricordato come la Corte di Giustizia Europea abbia ritenuto il regime di *bonus-malus* non possa essere assimilato ad un sistema di approvazione delle tariffe in contrasto con il principio della libertà tariffaria (sentenza 7 settembre 2004, in causa C-347/02, Commissione c. Francia).

¹¹ Sulle franchigie nel sistema RC auto, cfr., per tutti, M. ROSSETTI, in Volpe Putzolu (a cura di) *Commentario breve al diritto delle assicurazioni*, Padova, 2013, 526 s.; F. MARTINI, in A. CANDIAN-G.L. CARRIERO (a cura di) *Codice delle assicurazioni private*, Napoli, 2014, 563 ss.

nella formula semplice, dove la *self-insurance* riguarda tutti i sinistri al di sotto di un certo valore mentre quelli che lo eccedono sono integralmente coperti, che in quella assoluta, ove l'assicurato non solo sopporterà l'onere dei sinistri che non eccedono una data cifra ma parteciperà, per questo importo, anche ai sinistri che la eccedono.

In questa seconda modalità, come si vede, la partecipazione dell'assicurato al rischio è più ampia ed opera in due direzioni: esclusione dall'area del risarcimento dei sinistri minori e partecipazione all'onere del risarcimento per quelli maggiori (sempre dell'importo stabilito in franchigia). Non è un caso che questo secondo tipo di clausola, sia considerata, in quanto limitazione di responsabilità, vessatoria e quindi soggetta ad approvazione specifica ex art. 1341.2 c.c.

In dottrina è stata espressa l'opinione che le clausole di franchigia assoluta relative a contratti con consumatori ex art. 1469-*bis* c.c. siano anche "abusive" (*rectius* "vessatorie"), salvo prova contraria¹². Pur non essendo questa la sede per una trattazione approfondita di questa problematica, non sembra tuttavia che esse, nella disciplina del codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206) possano essere considerate vessatorie sino a prova contraria ai sensi dell'art. 33.2, non rientrando esse in alcuna delle ipotesi del lungo elenco che figura in tale comma. Non solo, essendo, in linea di principio, l'ammontare della franchigia soggetto a contrattazione (la scelta del relativo livello spetta, in ultima analisi all'assicurato) sembrerebbe che tali clausole si possano ritenere non vessatorie in quanto "oggetto di trattativa individuale", ai sensi dell'art. 34.4 Cod. cons. Inoltre, sembrerebbe in qualche modo contraddittorio ritenere che una delle formule tariffarie la cui scelta da parte dell'assicurato è obbligatoria per legge - in quanto strumento di responsabilizzazione e limitazione del *moral hazard* - possa esser ritenuta "vessatoria sino a prova contraria". Rimane tuttavia ferma la possibilità di considerare tali clausole vessatorie ai sensi dell'art. 33.1 cod. cons. e cioè qualora "malgrado la buona fede" determinino "a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto". Sembra quindi un'indagine da condurre "caso per caso" in relazione al livello stabilito per la franchigia.

Il punto nodale appare quindi essere proprio quello del livello della franchigia e ciò sia dal punto di vista economico che giuridico.

Quanto al primo aspetto, già la nota *Indagine conoscitiva sul settore assicurazione autoveicoli* condotta dall'AGCM nel 2003, notava che: "In generale, l'efficacia della franchigia come strumento di selezione del rischio *ex post* dipende sensibilmente dal livello scelto: valori poco significativi rendono il meccanismo non idoneo a perseguire entrambe le finalità di separazione degli

¹² M. ROSSETTI, *op. loc. cit.*

assicurati in base alla loro rischiosità effettiva e di incentivo ad una condotta di guida prudente, laddove livelli eccessivamente elevati vanificano in parte l'obbiettivo primario di una copertura assicurativa, in quanto trasferiscono sull'assicurato una parte troppo ampia del costo del sinistro e incentivano l'utente a non denunciare sinistri il cui ammontare dei risarcimenti sia inferiore alla franchigia¹³.

Va in proposito ricordato come già nel 1995 l'ISVAP avesse invitato le imprese a fissare le franchigie a livelli coerenti da un lato con la finalità preventiva dell'istituto (quindi non troppo bassi) e, che non comportassero, dall'altro, uno stravolgimento del contratto di assicurazione¹⁴.

Sul punto, come si ricorderà, era intervenuto anche il legislatore stabilendo che: "Le imprese ... sono obbligate, su richiesta del contraente, a stipulare contratti anche nella formula tariffaria bonus-malus con franchigia assoluta,

¹³ Cfr. *Indagine*, 83, con ampi riferimenti a studi in materia i quali dimostrano che la franchigia sarebbe più efficace del *bonus-malus* (sistema di gran lunga preferito in Italia) nell'indurre un maggior livello di attenzione da parte degli assicurati mentre un livello di franchigia ottimale sarebbe sensibilmente più alto di quelli effettivamente praticati. L'indagine da conto di uno studio condotto per il mercato belga nel 1995 secondo il quale il livello ottimale di franchigia sarebbe stato di 12 volte superiore a quello effettivamente praticato. La stessa indagine riporta come, per il mercato italiano, nel 1998, la generalità delle compagnie non prevedesse livelli di franchigia superiori a Lit. 500.000.

¹⁴ Circ. ISVAP 30 novembre 1995, n. 260/D. Sul punto è il caso di evidenziare che il passaggio della citata circolare - non contenendo disposizioni normative, come tali non direttamente coinvolte dal fenomeno abrogativo dopo l'avvento della disciplina codicistica e delle relative norme di attuazione ma limitandosi a esprimere orientamenti generali dell'Istituto in materia - continui ad essere ricomprensibile nell'ambito di quelle "raccomandazioni" o "interpretazioni", che l'art. 5, 2° comma, cod. ass. configura quale possibile strumento a disposizione dell'Autorità per il perseguimento delle finalità di vigilanza. Si tratta di una categoria di attività collocabile nell'area, di matrice anglosassone, della c.d. "soft law", costituita da atti privi di natura normativa o provvedimentale e - di conseguenza - di immediata lesività, con i quali l'Autorità, in virtù delle sue attribuzioni di regolazione del settore, nelle materie deferite ai suoi poteri di intervento, fornisce indicazioni o orientamenti con efficacia formalmente non vincolante, ma sostanzialmente diretti a conformare la propria azione di vigilanza e il comportamento dei vigilati. Si ritiene che, mentre i predetti atti, siccome privi di immediata valenza lesiva non possano essere oggetto di specifica impugnativa, tale evenienza possa concretizzarsi nei casi di impugnativa congiunta di questi ultimi e dei provvedimenti di vigilanza "applicativi", cioè adottati sulla scorta degli stessi. (Cfr. in tal senso con riferimento a lettere al mercato dell'Istituto Tar Lazio, II sez., 8 aprile 2013, n. 3530 e Tar Lazio, I sez., 16 febbraio 2012, n. 1617, entrambe inedite). L'istituto della franchigia risulta menzionato nella disciplina di vigilanza - oltre che nella già citata circolare n. 260: a) sotto il profilo tecnico-tariffario, nella Circolare ISVAP n. 555/D del 2005, nel Regolamento ISVAP 9 agosto 2006, n. 4, abrogativo di quest'ultima circolare; b) sotto il profilo della trasparenza, ai punti nn. 3 all. 6 e 9, all. 9 del Regolamento ISVAP del 26 maggio 2010, n. 35.

non opponibile al terzo danneggiato, per un importo non inferiore a lire cinquecentomila e non superiore a lire un milione. La scelta tra la formula tariffaria bonus-malus e la formula tariffaria bonus-malus con franchigia, nonché la scelta degli importi della franchigia stessa, spetta unicamente all'assicurato¹⁵.

Essendo stata tale disposizione abrogata, la fissazione del livello della franchigia è ormai del tutto liberalizzata. Ciò nonostante ci si deve comunque porre il problema del se una franchigia troppo elevata, finendo per svuotare del tutto l'oggetto del contratto, possa essere considerata valida.

Nella prassi sono state esaminate delle ipotesi (risalenti al 2003) di polizze di assicurazione RCA che prevedevano una franchigia relativa di importo molto elevato. In un caso, ad esempio, una grande azienda municipalizzata di trasporto aveva stipulato un contratto con un meccanismo di franchigia relativa che poneva a carico dell'assicurata il risarcimento del danno per importi minori o uguali a venti milioni di lire¹⁶. I sinistri di importo inferiore venivano direttamente gestiti dall'assicurata e non dovevano essere nemmeno denunciati all'assicurazione. Nel caso di specie, inoltre, non si osservava una riduzione del premio pagato dall'assicurata proporzionale all'alto importo della franchigia.

In questa ipotesi si è ritenuto che una clausola di franchigia di importo così elevato, comportando il permanere del rischio quasi integralmente sull'assicurato, portasse uno snaturamento del contratto di assicurazione ed, in pratica, una surrettizia violazione dell'obbligo di assicurazione RCA. Una franchigia di tale importo andava quindi ben oltre una delle tradizionali funzioni di questo tipo di clausola: quella di evitare che l'assicuratore debba risarcire sinistri di importo non elevato e quindi sproporzionato ai costi delle procedure di liquidazione. In questo caso essa finiva, invece, per riversare integralmente sull'assicurata l'obbligazione di risarcimento del danno subito dal terzo la quale nell'assicurazione RCA deve essere per legge posta a carico dell'assicuratore. Essa, di conseguenza, è stata ritenuta non valida e, in via di *moral suasion*, si è scoraggiato l'utilizzo di polizze con franchigie così elevate.

È interessante notare come, all'epoca, si giungesse a tale conclusione nonostante l'assicurata fosse una grande impresa municipalizzata di trasporto e non una persona fisica da considerare consumatore e, pertanto, destinataria di

¹⁵ Cfr. d.l. 28 marzo 2000, n. 70 *Disposizioni urgenti per il contenimento delle spinte inflazionistiche* convertito in legge 26 maggio 2000, n. 137 e successivamente abrogato dall'art. 354 del CAP. La norma sembrava peraltro imporre un minimo e massimo solo per la franchigia assoluta abbinata al *bonus-malus*, lasciando del tutto libere le altre formule di franchigia.

¹⁶ Tali polizze erano state stipulate prima del 1° gennaio 2002, data di passaggio alla circolazione fisica dell'euro.

una più intensa forma di tutela. È stato quindi ritenuto che anche per imprese di grandi dimensioni e perciò, in teoria, maggiormente in grado di assumere degli oneri di autoassicurazione, l'obbligo di sottoscrivere un'assicurazione RC auto non possa essere di fatto eluso spostando l'onere del risarcimento in capo all'assicurato tramite clausole di franchigia di importo talmente elevato da ricomprendere quasi tutti i sinistri.

Per la persona fisica consumatore, per la quale una franchigia di importo così elevato comporterebbe un'autoassicurazione pressoché integrale, si porrebbe inoltre, come si è visto, il problema della vessatorietà della clausola ai sensi dell'art. 33.1 Codice del consumo in quanto determinante, a suo svantaggio, "un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto".

In quest'occasione si notò, inoltre, come la previsione di una franchigia per importi così elevati fosse rischiosa anche per la compagnia di assicurazione in quanto poneva a suo carico un forte rischio di inadempimento dell'assicurato.

Su questo punto si può quindi concludere nel senso che 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.

3. RCA e franchigia aggregata

A considerazioni particolari dà luogo la franchigia aggregata che riguarda una serie indeterminata di sinistri che rientrano in un tetto stabilito fra le parti¹⁷.

In una prima modalità l'assicuratore non paga i sinistri fino a quando il loro importo complessivo non raggiunge il limite della franchigia mentre, superato tale limite, il risarcimento è integrale. In un'altra modalità le parti possono stabilire che il contraente anticipi all'assicuratore l'importo della franchigia fornendogli, in pratica, la provvista corrispondente alla sua autoassicurazione. I sinistri vengono poi integralmente risarciti dall'assicuratore dato che la franchigia è stata già "scontata". Questo tipo di anticipazione – che sembra nasca dalla prassi delle assicurazioni marittime e chiameremo convenzionalmente "con anticipo" – è abbastanza utilizzata nelle polizze in convenzione o "a libro matricola" (quando si assicura l'intero parco auto di una determinata azienda) perché consente all'assicuratore (che non può opporre la franchigia al terzo danneggiato) di non anticiparla e rende più semplice la gestione dei

¹⁷ Su di essa cfr. C. RUSSO, *Osservazioni in tema di franchigia aggregata*, in *Assicurazioni*, 2003, I, 17.

sinistri e di contratti complessi eliminando la possibilità di contestazioni sul superamento del limite. Di solito la franchigia aggregata viene riferita ad un periodo assicurativo annuo.

Nella franchigia aggregata alla funzione di limitazione del *moral hazard* e di incentivo per l'assicurato ad una prudente gestione del rischio (che pur opera sino a quando non sia stato raggiunto il limite dedotto in franchigia) sfuma rispetto a quella di consentire all'assicurato un *mix* equilibrato fra autoassicurazione e copertura assicurativa da stabilire in base ad un'accurata analisi statistica. Da questo punto di vista si può dire che la franchigia aggregata consenta un bilanciamento delle proprie esigenze di copertura del rischio permettendo all'assicurato di sostenere un onere complessivo minore e all'assicuratore di applicare un premio corretto sul piano tecnico¹⁸.

Le clausole di franchigia aggregata – nella forma semplice, senza anticipo – sono attualmente molto utilizzate anche nel campo dell'assicurazione della RC sanitaria per i contratti che stipulano ASL e strutture ospedaliere, tema sul quale torneremo brevemente in seguito.

Se, quindi, in generale si può dire che le clausole di franchigia aggregata rispondano a interessi meritevoli di tutela, nel campo dell'assicurazione RCA sono stati rilevati degli utilizzi distorti di un simile congegno contrattuale che conviene analizzare proprio per verificare i limiti entro i quali esso può essere utilizzato.

In particolare, in un interessante caso che ha dato luogo a una sanzione amministrativa per violazione delle regole di determinazione della tariffa¹⁹, irrogata dall'autorità di controllo e confermata in sede di giurisdizione amministrativa²⁰, in una polizza "a libro matricola" relativa al parco auto di una società di *leasing* veniva prevista, accanto ad una franchigia fissa e assoluta per singolo sinistro una aggregata per l'intera flotta²¹, che veniva corrisposta anticipatamente, secondo il riparto previsto per le rate di premio, salvi, per entrambi, eventuali conguagli di fine anno.

Nella fattispecie venivano peraltro rilevate una serie di anomalie quali: a) il *rilevante ammontare della franchigia aggregata* e la sua sproporzione rispetto al premio (la prima era pari al 130% del secondo); b) il pagamento della franchigia in via anticipata e frazionata, congiuntamente alle rate di premio, non con riferimento ad un singolo sinistro ma alla copertura unitariamente considerata; c) la *manca di un rendiconto annuale idoneo* a documentare i rapporti fra assicurato e assicuratore con riferimento all'utilizzo delle ingenti

¹⁸ Così C. RUSSO, *op. cit.*, 26.

¹⁹ All'epoca contenute nel d.lgs. n. 175/1995.

²⁰ Tar Friuli V.G. 13 ottobre 2011, n. 422, inedita.

²¹ Per la possibilità che i due tipi di franchigie coesistano, cfr. C. RUSSO, *op. loc. cit.*

somme versate a titolo di franchigia aggregata e a consentire il calcolo e la restituzione di eventuali eccedenze; d) la non riconducibilità ad alcuna base di calcolo attuariale delle modalità con le quali le somme versate dall'assicurato alla compagnia sono state ripartite fra premio e franchigia aggregata; e) la ricomprensione delle somme versate a titolo di franchigia aggregata nella base per il calcolo della provvigione del broker.

In questo caso, la sostanziale assimilazione della franchigia al premio (pagamento insieme al premio e, soprattutto, inclusione della franchigia nella base di calcolo per il pagamento della commissione al *broker*) evidenziava anche problemi di possibile elusione fiscale e contributiva, data la sottrazione dei relativi importi all'imposizione fiscale e alla contribuzione ai fondi con finalità sociale, quali il Fondo garanzia vittime della strada e il Servizio Sanitario Nazionale.

Il caso del quale si è riferito è interessante perché alcuni degli indici di anomalia rilevati individuano, specularmente, una serie di elementi che devono esser presenti affinché la franchigia aggregata possa svolgere la sua funzione che, anche in un contesto di serialità (quindi di copertura di più veicoli con unico contratto o comunque di un alto numero di eventi potenzialmente produttivi di rischio), è la stessa della franchigia "singola": quello di consentire una parziale sopportazione del rischio da parte dell'assicurato (una parziale autoassicurazione) che, stimolando una sua maggior attenzione abbia anche la funzione (sociale) di ridurre il livello complessivo di rischio.

Come nella franchigia singola per giudicare della validità e della non distorsività della franchigia aggregata è quindi importante il suo l'ammontare rispetto al premio. Anche in questo caso è una questione di valori e di rapporti. Se è infatti fisiologico che ad una franchigia più alta corrisponda un premio più basso, la franchigia stessa può esser considerata ancora tale quando, come nel caso esaminato, essa addirittura eccede il premio? Probabilmente no, o per lo meno non più se si opera nel campo dell'assicurazione RCA. Se, infatti, si ritiene che quest'ultima debba comportare il trasferimento obbligatorio del rischio sull'assicuratore questo ne dovrebbe comunque sopportare la quota maggiore e meccanismi di compartecipazione dell'assicurato all'onere del risarcimento non dovrebbero poter portare al fatto che tale onere ricada soprattutto su di lui che, altrimenti, lo stesso concetto di assicurazione obbligatoria sarebbe privo di senso. Si potrebbe tuttavia obiettare che: "il fine primario della legge è quello di garantire il terzo danneggiato il risarcimento dei danni, non di garantire la responsabilità del soggetto assicurato nella sua interezza"²². E dato che nell'assicurazione RCA la posizione del danneggiato è tutelata dalla non opponibilità nei suoi confronti della franchigia, un importo

²² C. RUSSO, *op. cit.*, 28.

elevato di quest'ultima non necessariamente dovrebbe essere in contraddizione con l'assicurazione obbligatoria. E' ovvio tuttavia che importi di franchigia aggregata sproporzionati rispetto al premio (che ad esso si avvicinano, lo uguagliano o addirittura lo eccedono) possono dar luogo a quelle obiezioni di sostanziale elusione degli obblighi tributari e contributivi che possono portare, anche per tali motivi, a considerare una franchigia di tale ammontare "non ammissibile".

È interessante notare come, in dottrina, sia stato proposto un indicatore quantitativo della natura sostanziale di premio della franchigia aggregata che si avrebbe quando essa sia prevista: "per un importo tale che, sommato al premio, dia – al lordo delle tasse e delle imposte – una somma sostanzialmente corrispondente al premio che, in base alle statistiche dell'anno precedente, sarebbe stato applicato. In questo caso, risulterebbe infatti evidente che la franchigia null'altro è che la parte di premio risultante dalla condivisione fra le parti del beneficio derivante dalla mancata applicazione delle imposte sulle assicurazioni e del contributo al SSN e al Fondo di garanzia per le vittime della strada"²³. Tale criterio porterebbe, grosso modo e, se non andiamo errati, a stabilire che la franchigia aggregata non possa eccedere la metà del premio applicabile per l'anno precedente.

Il sistema della franchigia aggregata, con anticipo, pone, per intuibili motivi, problemi particolari e diversi rispetto a quello in cui la franchigia aggregata opera come semplice *floor* cumulativo (qualcosa di speculare al massimale, insomma). Nel sistema "con anticipo", infatti, si ha il passaggio di denaro da assicurato ad assicuratore che sottolinea la delega di gestione tecnica della propria autoassicurazione nel senso che la liquidazione del danno è effettuata dall'assicuratore ma con la provvista messa a disposizione dall'assicurato. Nel campo dell'assicurazione RCA, ove la franchigia non sarebbe comunque opponibile al danneggiato, esso comporta un evidente beneficio per l'assicuratore che non solo non dovrà rivalersi sull'assicurato per i sinistri in franchigia ma li indennizzerà direttamente con risorse da esso anticipatamente messegli a disposizione. Nello stesso tempo gli incentivi da parte dell'assicuratore a una corretta e oculata liquidazione del sinistro non vengono meno, atteso che egli sa che, esaurita la franchigia anticipata, dovrà far fronte ai risarcimenti col proprio bilancio²⁴. Con questo sistema l'assicuratore diventa (in parte) anche un gestore professionale di risorse, incamerando da subito un beneficio finanziario.

²³ C. RUSSO, *op. cit.*, 29.

²⁴ Il che, specularmente, significa tuttavia che il sistema non dovrebbe comportare significativi benefici in termini di rapidità di liquidazione del danneggiato la cui posizione è tutelata dalla legge tramite l'azione diretta e la previsione di tempi massimi di liquidazione, assistiti da sanzioni amministrative pecuniarie.

È quindi evidente che l'impresa assicurata che stipula un simile contratto pretenda e ottenga un beneficio in termini di premio.

È ovvio d'altronde che, in virtù della nota fungibilità del denaro, franchigia anticipata e premio tendano a confondersi con evidenti rischi e controindicazioni. Nel caso rilevato, uno degli elementi di confusione era proprio la mancanza di un sistema contrattuale e amministrativo di rendicontazione degli anticipi idoneo a consentire la restituzione di eventuali eccedenze. È invece ovvio che, proprio perché di anticipi si tratta, essi devono poter dar luogo a ristorni con previsione contrattuale ed effettiva implementazione dei relativi meccanismi di calcolo e di corresponsione²⁵. Ferma restando, a nostro personale avviso, la legittimità dell'opzione relativa all'utilizzo del ristorno per il pagamento del premio dell'annualità successiva, qualora si decida di rinnovare il contratto con lo stesso assicuratore²⁶.

Sull'altro elemento di anomalia e di confusione fra franchigia aggregata e premio rilevato nel caso che si è illustrato, la ricomprensione delle somme versate a titolo di franchigia aggregata nella base per il calcolo della provvigione del *broker*, si è soffermata anche la dottrina la quale ha evidenziato come eventuali stratagemmi contabili quali l'imputazione della percentuale riconosciuta al *broker* sulla franchigia anticipata non a provvigione ma a "*compenso gestione sinistri*" evidenzia un'altra possibile e più grave forma di anomalia, dato che il mediatore è mandatario dell'assicurato e potrebbe svolgere l'eventuale gestione dei sinistri solo nel suo interesse e non in quello dell'assicuratore²⁷. Vi è quindi il rischio che un contratto a franchigia aggregata anticipata alta e a premio basso segnali un'inversione dei ruoli: l'impresa percepisce un premio basso mentre il mediatore, avendo l'incarico di gestire il sinistro da parte dell'impresa, svolge di fatto (ed inammissibilmente) il ruolo dell'impresa stessa all'insaputa dell'assicurato attingendo alla provvista messa a disposizione da quest'ultimo.

La circostanza che sull'anticipo della franchigia non possa essere applicata la provvigione del mediatore, potrebbe poi portare quest'ultimo a esser meno incentivato a proporre tali contratti e le imprese a trattare direttamente con le assicurazioni. Si avrebbe quindi un restringimento dell'area dell'intermediazione coerente con la natura imprenditoriale dell'assicurato che, tramite la propria organizzazione, è più in grado di dialogare direttamente con le assicurazioni ed ha forse meno bisogno dell'intermediario per colmare

²⁵ Il che pone anche un problema di costo di tali meccanismi di trasparenza.

²⁶ Una simile opzione non sembra infatti incompatibile con il divieto di rinnovo automatico, dato che essa rimane nella libera disponibilità dell'assicurato e potrebbe rientrare quindi in una politica del tutto lecita di fidelizzazione.

²⁷ C. RUSSO, *op. loc. ult. cit.*

le proprie asimmetrie informative.

Un altro rischio, segnalato dalla medesima dottrina, riguarda l'operatività della franchigia aggregata con anticipo nelle polizze in convenzione per conto altrui. In questa ipotesi - diversamente dalle polizze a libro matricola (ove contraente e assicurato col suo parco macchine coincidono) - vi è un unico contratto, un solo contraente e tanti rapporti di assicurazione quanti sono i soggetti che via via aderiscono alla convenzione²⁸. In presenza di una franchigia aggregata di importo elevato costituita con le somme versate dagli assicurati al contraente all'atto dell'adesione alla convenzione, vi è il rischio che il contraente stesso, invece di girare tali somme all'assicurazione, le gestisca sostituendosi in qualche modo all'assicuratore. Ciò non sarebbe, ovviamente, conforme agli obblighi di trasparenza in fase contrattuale nonché a quelli di correttezza in fase di esecuzione del contratto e di gestione del sinistro.

4. *Medical malpractice*, responsabilità civile e autoassicurazione

Per finire vorrei fare qualche breve considerazione relativa alla c.d. "malpractice" e alla relativa assicurazione, tema sul quale sono previsti interventi specifici ed una tavola rotonda. La situazione di caos nel quale versa attualmente in settore in Italia ha varie cause, ben fotografate da un recente dossier dell'ANIA²⁹ sulle quali non intendo quindi soffermarsi.

Questo studio evidenzia una situazione di parziale "fallimento del mercato" nel senso che sempre di più, di fronte ad una rarefazione dell'offerta e un innalzamento dei premi, le ASL si sono orientate verso una soluzione di autoassicurazione, oppure verso un sistema misto.

Una prima annotazione è che nel sistema misto un ruolo importante ha proprio lo strumento della franchigia la quale spesso si affianca a un sistema di *Self Insurance Retention* (SIR) che comporta, per la struttura assicurata, anche l'onere di gestire e liquidare in autonomia il sinistro che non va quindi denunciato all'assicurazione. Essendo l'assicurazione contro la responsabilità civile da *malpractice* non obbligatoria per le strutture sanitarie, è ovvio che la franchigia non incontra quei limiti che abbiamo invece visto esser propri di un sistema quale l'assicurazione RCA. In questo settore le parti saranno quindi libere di fissare i relativi importi³⁰. Ed, infatti, il predetto *dossier* segnala

²⁸ C. RUSSO, *op. cit.*, 30 ss.

²⁹ ANIA, *Malpractice, il grande caos*, cit.

³⁰ Per l'assicurazione dei singoli medici liberi professionisti, obbligatoria in base al c.d. "decreto Balduzzi" (d.l. 13 settembre 2012, n. 158, con v. in legge 8 novembre 2012, n. 189), la franchigia sembrerebbe invece problemi simili a quelli che si sono analizzati per quanto

l'operare di franchigie alte (250.000 o anche 500.000 euro), spesso abbinate ad un sistema di SIR.

Un altro fatto importante che emerge da questo *dossier*, mi sembra sia la circostanza che l'autoassicurazione viene percepita dalle strutture sanitarie come una scelta non solo più efficiente dal punto di vista economico (dato che consente, se non altro, di risparmiare oneri fiscali e di mediazione) ma anche più efficace nell'ottica di una migliore prevenzione del rischio, dato che la delega totale all'assicuratore può far perdere elementi conoscitivi utili ad intervenire sul fenomeno degli errori sanitari al fine di diminuire i livelli di rischio complessivi.

Da questo punto di vista può forse dirsi che un sistema misto, opportunamente congegnato, sia quello che realizza le soluzioni più efficienti dal punto di vista economico e meglio consente di avere elementi per ridurre il livello complessivo del rischio.

Volendo essere ottimisti si può quindi dire che quello attuale è un caos creativo. È vero, infatti, che le Regioni si stanno muovendo in ordine sparso ma è altrettanto vero che, dal raffronto fra le varie situazioni, stanno emergendo anche quelli che probabilmente sono i sistemi migliori che, a mio avviso, sono caratterizzati dai seguenti elementi: a) l'esistenza di un sistema regionale uniforme che si imponga alla singole ASL e strutture ospedaliere rendendo così possibile ridurre la frammentazione, avere una visione complessiva del fenomeno al fine di operare efficacemente per la riduzione dei rischi, ottenere economie di scala e maggior potere contrattuale nel rapporto con le imprese di assicurazione³¹; b) la previsione di appositi fondi ed accantonamenti per i sinistri gestiti in autoassicurazione.

riguarda l'assicurazione RCA.

³¹ Tali schemi regionali sono presenti sia in Regioni che adottano il sistema misto (Lombardia, Piemonte, Emilia Romagna) che in Regioni che si basano esclusivamente sull'autoassicurazione (Toscana).

ALCUNE CONSIDERAZIONI SULLE COPERTURE ASSICURATIVE DELLA MALPRACTICE MEDICA

Roberto Manzato

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Alcuni aspetti quantitativi sull'assicurazione della responsabilità civile sanitaria. - 3. Altre statistiche sul settore della responsabilità civile delle strutture sanitarie. - 4. Alcune misure per facilitare l'assicurazione e mitigare il rischio di *malpractice* medica.

Il presente contributo, dopo una sintetica premessa di inquadramento del fenomeno della cosiddetta *medical malpractice*, fornisce un approfondimento su alcuni aspetti quantitativi dell'assicurazione della responsabilità civile sanitaria in Italia e un'analisi delle criticità che rendono complesso assicurare questo settore e di alcuni approcci utili per mitigare il rischio di *malpractice* rendendolo più facilmente assicurabile.

1. Premessa

La problematica della cosiddetta *malpractice* medica, a volte e da qualcuno, viene identificata con quella dell'elevato costo e carenza di soluzioni assicurative per alcune strutture sanitarie e specializzazioni mediche a elevato rischio. Così facendo, però, si rischia di focalizzare l'attenzione sugli effetti e non sulle cause della problematica rendendo più difficile l'adozione di un approccio razionale alla soluzione delle criticità riscontrate.

L'assicurazione, infatti, oltre ad essere uno strumento di trasferimento del rischio rappresenta, attraverso il suo prezzo e la sua disponibilità, una misura utile dell'entità del rischio e, quando i prezzi salgono e l'offerta diventa più rarefatta, bisogna cogliere il segnale che c'è qualcosa nella gestione del fenomeno sottostante che deve essere gestito e forse riconsiderato.

Va detto preliminarmente che la *medical malpractice* non è un fenomeno esclusivamente italiano, anzi, in Italia esso si è manifestato temporalmente dopo rispetto ad altri Paesi sviluppati. Naturalmente, la medicina attuale, dal punto di vista della rischiosità, non è peggio di quella passata anzi, è presumibile che sia vero esattamente il contrario, quindi le cause risiedono in aspetti socioeconomici e giurisprudenziali: escalation degli importi stabiliti dai tribunali a favore dei danneggiati, creazione di nuovi diritti e maggior consapevolezza dei pazienti sugli stessi e, infine, maggiore interesse da parte di alcune categorie di fornitori di servizi legali che incentrano la propria attività

economica sulle richieste di risarcimento danni da errori medici.

Per il sistema sanitario le conseguenze economiche sono i maggiori costi diretti che possono essere assicurativi o afferenti ai risarcimenti in caso di autoassicurazione, e i costi indiretti relativi alla cosiddetta medicina difensiva la cui entità si aggirerebbe secondo alcune fonti a percentuali consistenti, attorno al 10%, della spesa sanitaria complessiva.

2. Alcuni aspetti quantitativi sull'assicurazione della responsabilità civile sanitaria

Le statistiche dell'ANIA (Associazione Nazionale fra le Imprese Assicuratrici)

ANIA da diversi anni rileva i dati relativi all'assicurazione della responsabilità civile professionale dei medici e delle strutture sanitarie attraverso una statistica associativa, che ha l'obiettivo di monitorare un settore caratterizzato da andamenti tecnici problematici. La statistica offre un quadro sintetico del volume premi e della sinistrosità a partire dal 1994, attraverso la costruzione di alcuni indicatori tecnici. Tale analisi è condotta separatamente per le due seguenti categorie che presentano caratteristiche diverse:

- RC strutture sanitarie: rientrano in questa categoria tutte le polizze che coprono la responsabilità civile medica della struttura sanitaria, sia essa pubblica che privata (ad esclusione di alcune strutture quali case di riposo, laboratori di analisi, centri diagnostici, università);
- RC professionale medici: rientrano in questa categoria tutte le polizze che assicurano la responsabilità dei medici e degli altri esercenti le professioni sanitarie a prescindere dalla loro appartenenza a una struttura sanitaria.

Nel tempo, tuttavia, la rilevazione è stata influenzata dalla progressiva uscita dal mercato di numerose imprese italiane, e dall'ingresso di imprese europee che operano in Italia in regime di libertà di stabilimento o di libera prestazione di servizi. Questa dinamica ha influito negativamente sulla rappresentatività del campione statistico in quanto le rappresentanze di imprese UE non forniscono informazioni all'Associazione se non, in parte, quelle relative ai premi. Quindi mentre risulta agevole la stima del volume della raccolta premi per il mercato, gli indicatori tecnici potrebbero essere non pienamente rappresentativi.

Inoltre va considerato che negli ultimi anni la diffusione delle coperture in esame si è ridotta in quanto molte strutture sanitarie, anche attraverso le Regioni di appartenenza, hanno deciso di formulare dei programmi autoassicurati o con particolari contratti che prevedono la copertura dei sinistri oltre determinate soglie, in quanto non hanno più ritenuto convenienti le condizioni tariffarie aggiornate.

La stima dei premi del lavoro diretto italiano per il settore dell'RC medica per il 2012, ultimo anno disponibile, come illustrato in Figura 1 è pari a 543 milioni di euro (il 53%, ossia circa 288 milioni, è relativo a polizze stipulate dalle strutture sanitarie mentre il restante 47%, ossia circa 256 milioni, si riferisce alla raccolta premi relativa a polizze stipulate dagli esercenti la professione sanitaria).

Figura 1. - Raccolta premi del lavoro diretto italiano per il settore del RC medica (1994-2012)

(000) euro						
Anno	RC Strutture Sanitarie	Δ%	RC Professionale Medici	Δ%	RC Medica TOTALE	Δ%
(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)	(7)
1994	17.260		18.145		35.406	
1995	29.249	69,5%	26.100	43,8%	55.349	56,3%
1996	36.428	24,5%	26.199	0,4%	62.628	13,2%
1997	41.673	14,4%	30.105	14,9%	71.777	14,6%
1998	54.687	31,2%	38.455	27,7%	93.141	29,8%
1999	84.036	53,7%	63.934	66,3%	147.970	58,9%
2000	159.325	89,6%	75.908	18,7%	235.232	59,0%
2001	176.486	10,8%	83.689	10,3%	260.175	10,6%
2002	180.269	2,1%	90.765	8,5%	271.033	4,2%
2003	214.691	19,1%	101.745	12,1%	316.436	16,8%
2004	261.897	22,0%	121.756	19,7%	383.653	21,2%
2005	239.634	-8,5%	138.652	13,9%	378.286	-1,4%
2006	262.880	9,7%	165.858	19,6%	428.738	13,3%
2007	276.671	5,2%	176.356	6,3%	453.027	5,7%
2008	304.491	10,1%	180.412	2,3%	484.903	7,0%
2009	285.873	-6,1%	196.466	8,9%	482.339	-0,5%
2010	290.215	1,5%	206.948	5,3%	497.163	3,1%
2011	300.666	3,6%	223.832	8,2%	524.498	5,5%
2012	287.798	-4,3%	255.690	14,2%	543.489	3,6%

(*) Si tratta di una stima ANIA del volume dei premi per l'intero mercato basata su un campione di imprese partecipanti alla rilevazione con una raccolta premi (nel 2012) pari al 41% del ramo R.C.Generale

Nella Figura 2 si riporta la stima del numero di sinistri denunciati alle imprese di assicurazione italiane relativi alle strutture sanitarie e agli esercenti le professioni mediche che nel 2012 si sono attestati a 31.195. Circa i due terzi di tali sinistri riguardano le strutture sanitarie. Il numero è sostanzialmente in linea con l'anno precedente (-0,7%). Tuttavia, se si guarda all'andamento degli ultimi anni, si può osservare che, dopo il decremento registrato nel periodo dal 2000 al 2003 (quasi il 20% in meno), il numero dei sinistri è rimasto costante fino al 2006 (circa 28.400), mentre dal 2007 è tornato a incrementarsi per attestarsi sui livelli toccati nei primi anni del 2000. Suscita pertanto, una certa preoccupazione questo recente trend di crescita, considerando che anche il numero delle aziende assicurate è andato progressivamente riducendosi nel tempo per i motivi descritti in precedenza.

Figura 2. - Stima dei numeri di sinistri denunciati nel settore del R.C. medica (1994-2012)

Anno	RC Strutture Sanitarie	Δ%	RC Professionale Medici	Δ%	Totale RC Medica	Δ%
(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)	(7)
1994	6.345		3.222		9.567	
1995	11.411	79,9%	5.892	82,9%	17.303	80,9%
1996	13.028	14,2%	4.028	-31,6%	17.057	-1,4%
1997	18.672	43,3%	4.829	19,9%	23.501	37,8%
1998	21.678	16,1%	6.036	25,0%	27.714	17,9%
1999	23.261	7,3%	9.073	50,3%	32.334	16,7%
2000	23.249	0,0%	10.078	11,1%	33.327	3,1%
2001	21.911	-5,8%	11.238	11,5%	33.149	-0,5%
2002	19.028	-13,2%	11.443	1,8%	30.471	-8,1%
2003	16.566	-12,9%	10.874	-5,0%	27.440	-9,9%
2004	16.356	-1,3%	11.988	10,2%	28.344	3,3%
2005	16.343	-0,1%	12.290	2,5%	28.633	1,0%
2006	16.424	0,5%	11.959	-2,7%	28.383	-0,9%
2007	16.128	-1,8%	13.415	12,2%	29.543	4,1%
2008	17.746	10,0%	11.851	-11,7%	29.597	0,2%
2009	21.476	21,0%	12.559	6,0%	34.035	15,0%
2010	21.353	-0,6%	12.329	-1,8%	33.682	-1,0%
2011	19.627	-8,1%	11.782	-4,4%	31.409	-6,7%
2012	19.436	-1,0%	11.759	-0,2%	31.195	-0,7%

(nel 2012) pari al 41% del ramo R.C. Generale

Le Figure 3 e 4 mostrano, invece, la percentuale dei numeri e degli importi liquidati e riservati rispetto al valore complessivo dei sinistri per anno di protocollazione, ossia per anno di presa in carico della denuncia da parte dell'assicuratore. Le percentuali relative ai sinistri liquidati (numeri e importi) sono relativamente basse per le generazioni più recenti di sinistri per i quali è, in genere, incerta sia l'effettiva responsabilità dell'assicurato (sia esso azienda sanitaria che professionista) sia l'entità del danno. Ad esempio, alla fine del primo anno di presa in carico da parte della compagnia (2012), per il settore delle strutture sanitarie (cfr. Figura 3), appena il 10% dei sinistri risulta essere liquidato, per un importo pari a circa il 7%. Le percentuali crescono poi al crescere dell'anzianità della generazione dei sinistri, attestandosi a valori superiori al 90% per quelle con oltre dieci anni di sviluppo. Vale la pena evidenziare come per i sinistri della generazione 1994, alla fine del 2012, ossia dopo 18 anni, risultano ancora pendenti il 3% dei sinistri per un importo a riserva pari a circa il 7% del totale costo sinistri.

Figura 3. - Percentuale dei numeri e degli importi dei sinistri liquidati e riservati rispetto al valore complessivo dei sinistri per anno di protocollazione RC delle strutture sanitarie (1994-2012)

(1)	(2)	(3)	(4)	(5)
1994	97,2%	2,8%	93,4%	6,6%
1995	97,7%	2,3%	97,4%	2,6%
1996	97,6%	2,4%	96,1%	3,9%
1997	96,8%	3,2%	93,9%	6,1%
1998	96,5%	3,5%	94,3%	5,7%
1999	96,0%	4,0%	91,8%	8,2%
2000	94,2%	5,8%	91,4%	8,6%
2001	92,1%	7,9%	86,4%	13,6%
2002	89,9%	10,1%	83,2%	16,8%
2003	87,8%	12,2%	83,4%	16,6%
2004	85,2%	14,8%	74,4%	25,6%
2005	83,3%	16,7%	74,0%	26,0%
2006	79,4%	20,6%	65,4%	34,6%
2007	71,5%	28,5%	57,2%	42,8%
2008	67,7%	32,3%	56,7%	43,3%
2009	56,8%	43,2%	50,2%	49,8%
2010	41,8%	58,2%	30,7%	69,3%
2011	27,2%	72,8%	16,3%	83,7%
2012	10,5%	89,5%	7,1%	92,9%

Figura 4. - Percentuale dei numeri e degli importi dei sinistri liquidati e riservati rispetto al valore complessivo dei sinistri per anno di protocollazione R.C. professionale medici (1994-2012)

Anno	% Numero dei sinistri Liquidati	% Numero dei sinistri Riservati	% Importo dei sinistri Liquidati	% Importo dei sinistri Riservati
(1)	(2)	(3)	(4)	(5)
1994	99,4%	0,6%	98,2%	1,8%
1995	98,5%	1,5%	90,6%	9,4%
1996	97,0%	3,0%	93,1%	6,9%
1997	97,2%	2,8%	88,5%	11,5%
1998	96,1%	3,9%	92,3%	7,7%
1999	94,3%	5,7%	90,2%	9,8%
2000	89,3%	10,7%	83,9%	16,1%
2001	90,6%	9,4%	76,5%	23,5%
2002	86,5%	13,5%	70,8%	29,2%
2003	83,4%	16,6%	66,8%	33,2%
2004	79,9%	20,1%	63,2%	36,8%
2005	73,1%	26,9%	57,5%	42,5%
2006	70,4%	29,6%	45,5%	54,5%
2007	60,9%	39,1%	38,6%	61,4%
2008	51,0%	49,0%	27,5%	72,5%
2009	40,9%	59,1%	22,8%	77,2%
2010	33,6%	66,4%	19,4%	80,6%
2011	22,1%	77,9%	13,0%	87,0%
2012	7,6%	92,4%	2,6%	97,4%

La Figura 5 riporta il numero e la percentuale dei sinistri che vengono chiusi senza effettuare nessun pagamento da parte delle compagnie (c.d. “sinistri senza seguito”). Per le generazioni di sinistri più mature (e quindi più sviluppate, ossia quelle dal 1994 al 2003), si osserva che oltre il 60% dei sinistri vengono chiusi senza alcun pagamento. Questo valore, molto elevato e apparentemente anomalo, in realtà non deve sorprendere dal momento che in caso di sinistro accade spesso che lo stesso venga denunciato più volte sia chiamando in causa, ad esempio, la struttura ospedaliera dove si è verificato il danno sia il personale medico (e, in questo caso, anche coinvolgendo più di un professionista). Ciò ingenera un effetto di duplicazione di denunce che solo nel momento in cui si accertano le diverse responsabilità possono portare alla chiusura (senza pagamento) di alcune denunce, provvedendo alla liquidazione solo per quei casi dove effettivamente è stata accertata una responsabilità diretta.

Figura 5. - Numero e incidenza dei sinistri senza seguito (1994-2012)

Anno di protocollazione	Numero dei sinistri senza seguito r.c. strutture sanitarie	Incidenza % dei sinistri senza seguito sul totale sinistri r.c. strutture sanitarie	Numero dei sinistri senza seguito r.c. professionale medici	Incidenza % dei sinistri senza seguito sul totale sinistri r.c. professionale medici	Numero dei sinistri senza seguito totale r.c. medica	Incidenza % dei sinistri senza seguito sul totale sinistri r.c. medica
(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)	(7)
1994	4.244	66,9%	1.854	57,5%	6.098	63,7%
1995	9.044	79,3%	4.053	68,8%	13.097	75,7%
1996	9.993	76,7%	2.252	55,9%	12.246	71,8%
1997	13.972	74,8%	2.851	59,1%	16.823	71,6%
1998	15.332	70,7%	3.674	60,9%	19.006	68,6%
1999	15.749	67,7%	5.585	61,6%	21.334	66,0%
2000	15.571	67,0%	6.442	63,9%	22.013	66,1%
2001	15.591	71,2%	6.538	58,2%	22.129	66,8%
2002	12.383	65,1%	6.838	59,8%	19.221	63,1%
2003	10.389	62,7%	6.294	57,9%	16.684	60,8%
2004	10.139	62,0%	6.798	56,7%	16.937	59,8%
2005	10.129	62,0%	7.021	57,1%	17.150	59,9%
2006	9.492	57,8%	6.695	56,0%	16.187	57,0%
2007	9.419	58,4%	7.372	55,0%	16.790	56,8%
2008	9.782	55,1%	5.921	50,0%	15.703	53,1%
2009	10.555	49,1%	5.827	46,4%	16.382	48,1%
2010	9.166	42,9%	4.536	36,8%	13.702	40,7%
2011	6.052	30,8%	3.042	25,8%	9.094	29,0%
2012	3.721	19,1%	1.649	14,0%	5.370	17,2%

Le successive Figure 6 e 7 riportano per ciascuna generazione di sinistri (anno di protocollazione), l'evoluzione dei loro costi medi. Come risulta evidente, il costo medio aumenta con il passare del tempo. Accade infatti che, a causa della complessità della valutazione delle menomazioni fisiche e della frequente insufficienza di informazioni disponibili subito dopo la presentazione della denuncia, la valutazione del sinistro da parte delle compagnie sia in molti casi sottostimata. A ciò si deve aggiungere l'incertezza nella quantificazione del danno legata alla frequente evoluzione degli orientamenti giurisprudenziali in materia di entità del danno da risarcire.

**Figura 6. - Evoluzione del costo medio dei sinistri valutato a fine anno
- R.C. strutture sanitarie (2002-2012)**

Anno di protocollazione	2002	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)	(7)	(8)	(9)	(10)	(11)
1994	18.207	38.458	36.815	37.632	35.947	36.694	37.030	36.132	36.189	35.910
1995	13.807	23.869	23.760	27.223	26.382	26.478	26.681	25.911	25.557	25.528
1996	17.501	24.315	22.778	23.501	22.914	25.133	24.513	24.352	24.448	24.454
1997	31.282	33.934	31.770	31.663	31.009	35.072	34.388	34.342	34.163	33.776
1998	16.785	24.135	22.282	32.719	32.378	36.689	36.763	36.311	36.434	35.819
1999	24.303	29.525	29.525	34.381	34.623	37.724	37.335	37.252	36.955	36.955
2000	24.409	35.843	36.575	41.766	41.692	42.602	44.936	44.355	42.769	43.508
2001	26.409	35.833	36.448	40.835	39.955	44.129	45.807	42.944	52.869	54.459
2002	27.085	36.801	38.809	45.152	44.339	47.073	47.585	46.759	52.432	53.064
2003		32.808	37.395	43.868	44.055	49.126	50.567	49.266	55.765	53.728
2004		24.536	32.106	39.723	42.654	49.425	48.100	49.197	55.797	56.101
2005			27.924	35.769	38.727	45.956	45.287	44.638	50.412	49.327
2006				31.173	33.214	42.409	42.753	43.025	53.819	56.714
2007					25.475	36.165	38.463	39.458	51.032	55.048
2008						28.265	35.639	42.292	53.332	56.019
2009							24.660	34.852	46.573	47.293
2010								27.554	39.726	41.864
2011									28.082	34.135
2012										27.510

Ad esempio, per i sinistri protocollati nel 1994, nel caso del R.C. delle strutture sanitarie (cfr. Figura 6), dopo 8 anni di sviluppo, ossia nel 2002, le imprese di assicurazione avevano stimato mediamente di pagare circa 18.200 euro, mentre nel 2008 la valutazione si era circa raddoppiata e aveva raggiunto quello che sembra essere oggi il costo medio “ultimo” dei sinistri della generazione (circa 36.000 euro). Tale andamento si osserva, talvolta con tempistiche anche più rapide, per tutte le generazioni di sinistri: ad esempio per l’anno di protocollazione 2004 il costo medio dei sinistri si è raddoppiato in soli 4 anni, passando da 24.500 euro nell’anno di denuncia a oltre 49.000 euro alla fine del 2008¹. I dati della Figura 7 dimostrano la peculiarità dell’evoluzione dei sinistri in questo settore: nonostante le imprese di assicurazione applichino

¹ Secondo uno studio condotto da MARSH&MCLENNAN, *Medical Malpractice Claims Analysis*, 6th ed., 2014 risulta che l’importo pagato medio dei sinistri denunciati dal 2004 al 2013 è pari a circa 58.000 euro che si confronta con i circa 19.000 euro rilevato dall’ANIA e un importo riservato medio degli stessi sinistri pari a 29.000 euro (che coincide pressoché con quanto rilevato dall’ANIA). Si precisa, inoltre, che i dati associativi, ancorché stimati, si riferiscono alla totalità delle coperture per tutte le strutture sanitarie (sia pubbliche che private) mentre il dato rilevato dallo studio Marsh fa riferimento a un campione dei soli ospedali pubblici.

tutti i rigorosi principi normativi e regolamentari per la stima delle riserve sinistri, negli anni vi è quasi sempre stata la necessità di rivedere al rialzo le stime degli importi riservati con un conseguente deterioramento dei conti tecnici per i sinistri già accaduti in anni precedenti.

Figura 7. - Evoluzione del costo medio dei sinistri valutato a fine anno - RC professionale medici (2002-2012)

Anno di protocollazione	2002	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)	(7)	(8)	(9)	(10)	(11)
1994	13.857	17.451	17.250	17.595	16.752	16.773	16.448	15.811	15.661	15.614
1995	15.192	18.203	18.332	17.522	17.495	17.801	17.493	17.498	17.256	17.146
1996	16.465	21.386	20.656	18.844	19.330	21.177	21.523	20.439	20.475	20.326
1997	21.214	24.533	24.510	23.494	23.946	26.876	25.327	25.436	25.311	24.782
1998	19.347	25.489	22.974	23.883	23.788	26.632	25.286	23.589	22.735	22.365
1999	20.714	25.625	26.877	27.646	28.130	35.936	34.084	34.606	33.784	33.564
2000	19.596	25.817	28.880	28.436	28.240	31.364	28.487	28.451	28.337	28.991
2001	17.530	25.400	28.035	29.724	28.884	30.374	29.777	27.287	30.192	30.850
2002	14.719	27.760	30.254	31.533	28.731	32.969	33.700	32.928	34.008	33.357
2003		27.029	30.514	32.793	31.605	35.564	40.620	40.053	39.582	40.351
2004		20.346	26.895	31.996	32.409	33.892	34.927	33.889	38.574	39.382
2005			25.129	29.766	31.339	36.011	37.342	35.717	38.516	40.865
2006				29.920	33.673	39.227	40.652	39.425	43.457	46.321
2007					28.224	43.708	39.366	39.658	42.250	45.072
2008						34.214	31.243	33.965	41.971	44.923
2009							26.017	29.085	36.989	37.739
2010								27.976	36.419	40.497
2011									33.609	36.961
2012										30.644

Questo aspetto si presenta, peraltro, anche nell'ambito della copertura RC professionale dei medici, e non deve essere considerato un'anomalia del mercato italiano; in tutti i principali paesi risulta che le stime iniziali dei danni che implicano delle lesioni fisiche registrino necessariamente degli aumenti nel tempo proprio perché la giurisprudenza e i vari tribunali riconoscono importi via via più elevati, con un tasso di crescita che supera di molto il normale indice di inflazione generale del costo della vita. Le stime attuariali, pur considerando tutti i possibili aspetti legati sia all'emergere di sinistri accaduti ma non ancora denunciati, sia all'eliminazione di sinistri che vengono poi chiusi senza pagamento non sono stati efficaci nel prevedere come può evolvere la giurisprudenza in periodi temporali estesi anche oltre 15 anni. Anche l'inclusione di elementi cautelativi e conservativi nel processo di stima del costo ultimo dei sinistri si è di fatto dimostrato costantemente insufficiente a coprire la reale evoluzione del costo dei sinistri.

Sono gli andamenti in forte crescita del costo dei risarcimenti, congiuntamente

con il numero elevato delle denunce che le imprese registrano ogni anno, a determinare risultati molto negativi per i conti tecnici del settore e, quindi, valori particolarmente elevati del rapporto sinistri a premi. Anche in questo caso, per una corretta valutazione dell'andamento del settore assicurativo oggetto di questa analisi, occorre osservare lo sviluppo del rapporto sinistri a premi nei diversi anni. Nella Figura 7 sono riportati i rapporti sinistri a premi (e la loro evoluzione nel tempo) per le varie generazioni di sinistri analizzate per il settore del RC medica nel suo complesso (strutture sanitarie e esercenti le professioni mediche).

Figura 8. - Rapporto “Sinistri/Premi” del settore RC medica valutato a fine anno (2002-2012)

Anno di protocollazione	2002	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)	(7)	(8)	(9)	(10)	(11)
1994	199%	251%	241%	251%	238%	240%	241%	237%	236%	235%
1995	182%	212%	216%	206%	202%	201%	201%	203%	200%	200%
1996	187%	198%	195%	191%	187%	199%	198%	195%	189%	194%
1997	223%	320%	300%	293%	286%	336%	323%	323%	311%	315%
1998	168%	340%	313%	288%	284%	341%	331%	323%	312%	316%
1999	179%	262%	266%	249%	246%	330%	321%	321%	308%	314%
2000	151%	216%	219%	208%	206%	233%	217%	214%	203%	210%
2001	154%	218%	218%	200%	192%	215%	204%	187%	251%	260%
2002	149%	232%	229%	199%	192%	207%	199%	275%	287%	296%
2003		196%	199%	171%	162%	173%	177%	215%	223%	225%
2004		145%	170%	154%	150%	144%	140%	162%	174%	180%
2005			173%	162%	155%	133%	131%	118%	123%	125%
2006				158%	157%	150%	141%	128%	142%	150%
2007					140%	130%	123%	109%	117%	123%
2008						111%	147%	138%	148%	151%
2009							153%	155%	169%	163%
2010								153%	177%	153%
2011									147%	151%
2012										122%

Nel 2012 il rapporto medio dei sinistri a premi per le varie generazioni è pari a circa il 173%. Relativamente alla generazione più recente si nota che il rapporto si attesta al 122%. Ciò significa che solo per il pagamento dei sinistri (e quindi escludendo tutte le altre spese che le compagnie debbono sostenere per l'assunzione e la liquidazione dei danni, nonché le spese generali) per ogni 100 euro di premi incassato, il settore assicurativo registra quasi 122 euro di risarcimenti. Via via che la percentuale di sinistri liquidati aumenta e che le informazioni sui sinistri diventano più consolidate, si notano due distinti fenomeni:

- per le generazioni di sinistri protocollati dal 1994 al 2003, il rapporto sinistri a premi valutato al 31 dicembre 2012 ha assunto valori molto elevati: dal 235% della generazione 1994 al 316% della generazione 1998;
- dalla generazione 2004 in poi il rapporto è risultato più contenuto, pur restando su livelli insostenibili. In particolare, i valori variano in un intervallo compreso tra il 123% relativo all'anno di protocollazione 2007, e il 163% dell'anno di protocollazione 2009.

Questa differenza tra generazioni di sinistri potrebbe essere determinata dal progressivo miglioramento da parte delle imprese nella capacità di stima e di previsione dei trend in atto nel settore.

3. Altre statistiche sul settore della responsabilità civile delle strutture sanitarie

Un'altra analisi² pubblicata sui sinistri afferenti alla responsabilità civile delle strutture sanitarie è quella condotta da Marsh, primario *broker* assicurativo, relativa al proprio portafoglio clienti, costituito essenzialmente da strutture sanitarie pubbliche in Italia. Di seguito viene riportato il costo sinistri complessivo per le strutture sanitarie rapportato ad alcuni indicatori, tratto dallo studio e riportato da alcune notizie stampa:

- 107 euro per ricovero (circa 200 euro per le cliniche ortopediche, sopra i 70 euro per gli ospedali universitari);
- 4,074 euro per posto letto;
- 6,990 euro per medico;
- 2,907 euro per infermiere.

4. Alcune misure per facilitare l'assicurazione e mitigare il rischio di malpractice medica

Anche se sono disponibili coperture assicurative per gli eventi più disparati e di oggettiva difficile quantificazione, esistono delle caratteristiche generali dei rischi che li rendono più facilmente assicurabili. Tra queste si possono citare: la bassa correlazione dei rischi da sottoscrivere che rende applicabile la legge

² MARSH&MCLENNAN, *Medical Malpractice Claims Analysis*, cit. Resta inteso che i dati e la loro proprietà appartiene esclusivamente a Marsh S.p.A. e il loro utilizzo è subordinato all'autorizzazione della società stessa. Per qualsiasi approfondimento va quindi contattata la società.

dei grandi numeri, in altre parole quello che è molto aleatorio per il singolo assicurato diventa relativamente molto meno aleatorio per un portafoglio di rischi e quindi per l'assicuratore; l'importo del danno di una certa entità rispetto al patrimonio dell'assicurato e di una certa aleatorietà nel suo accadimento per rendere l'assicurazione, il cui prezzo deve nel lungo periodo essere superiore alla media dei risarcimenti per poter remunerare i fattori produttivi, appetibile agli occhi di quest'ultimo; buona affidabilità statistica dei parametri quantitativi del fenomeno per poterne prevedere il prezzo.

Nel caso della *medical malpractice* è chiaro che questa ultima caratteristica non è del tutto rispettata. Infatti, gli orientamenti giurisprudenziali sul fenomeno hanno subito modifiche anche rilevanti, negli ultimi anni, sia riguardo l'attribuzione della responsabilità sia riguardo l'entità del danno.

È naturale quindi chiedersi quali possano essere le soluzioni di *policy* per stabilizzare il fenomeno e comprimerne i relativi costi. Dal punto di vista assicurativo, va semplicemente, considerato che il premio complessivo che si va a pagare serve a finanziare il costo dei risarcimenti e a remunerare i fattori produttivi del servizio. La tassazione applicata al premio assicurativo, dal momento che è pari al 22,25%, ha un certo peso sull'importo finale pagato dall'assicurato. Dal momento che in un mercato competitivo i costi dei fattori produttivi tendono a essere minimizzati dalla competizione fra operatori le vere aree di intervento risiedono nel cercare di ridurre il costo sinistri, che peraltro rappresenta normalmente circa i quattro quinti del premio assicurativo di equilibrio, e abbassare la tassazione se la finanza pubblica lo consentisse.

Guardando alle esperienze internazionali si nota che esistono misure utili per mitigare il rischio di errore, come, per esempio, la creazione di organismi indipendenti, con il compito di raccogliere e analizzare gli errori o i cosiddetti "quasi errori" medici (cioè, gli eventi riportati dai medici che avrebbero potuto causare un danno) al fine di formulare procedure e prassi utili a prevenirli. L'implementazione di rigorosi processi di *risk manage*.

Oment anche sfruttando la tecnologia è efficace nel ridurre la frequenza e il costo dei sinistri. In altri Paesi, inoltre, ove si sono verificate delle carenze di coperture assicurative da parte del settore privato sono stati costituiti dei fondi pubblici o misti con la partecipazione anche dei privati per assicurare i cosiddetti *bad risks*, cioè rischi che per la loro natura o dimensione non trovano adeguata copertura sul mercato privato. Si pensi ai rischi seriali come quelli derivanti da eventuali danni cagionati da trasfusioni oppure a specializzazioni mediche altamente a rischio o che fanno uso di tecniche sperimentali.

Restando in un sistema, come il nostro, basato sulla responsabilità – non considerando quindi l'opzione di passaggio ad un sistema *no-fault* – le misure più utili ad affrontare gli effetti indesiderati del fenomeno sono sostanzialmente quelli di rivedere il concetto di responsabilità della struttura e dell'esercente la professione sanitaria in modo chiaro e fissare dei criteri di valutazione

del danno rendendoli certi e omogenei su tutto il territorio nazionale e non lasciarli a una eccessiva discrezionalità dell'organo giudicante. Le tecniche per raggiungere l'obiettivo di delimitare chiaramente la responsabilità possono essere diverse, dalla riconduzione a un concetto di responsabilità Aquiliana alla formalizzazione di protocolli o buone pratiche che se seguite correttamente fungano da esimente della responsabilità salvo prova contraria. L'importante in questo caso è fornire regole certe e ragionevoli nella consapevolezza che nelle attività umane molte regole sono convenzionali ed è velleitario cercare la regola "giusta".

Per quanto riguarda la valutazione del danno è naturale pensare a una sua standardizzazione. Infatti, per gli infortuni sul lavoro esiste una tabella che standardizza i risarcimenti, anche per l'assicurazione RC Auto, che è obbligatoria, si è deciso di formulare una tabella standard per il danno biologico, anche se i cittadini e gli assicuratori stanno aspettando l'emanazione della tabella relativa alle lesioni superiori al 10% già da svariati anni. Anche nei danni da responsabilità medica si è deciso, giustamente, di adottare la tabella prevista per la RC Auto. Si spera pertanto che venga finalmente emanata". Infine, anche l'introduzione dei limiti ai danni non patrimoniali sarebbe utile.

L'INCIDENZA DELLE LINEE GUIDA E DEI PROTOCOLLI NELL'AREA SANITARIA

Emilia Giusti

Prima di entrare nel vivo del problema è indispensabile fornire una definizione di cosa siano le linee guida ed i protocolli in ambito sanitario e quindi la loro funzione.

Partendo dalle linee guida, esse, secondo una nota definizione scientifica, costituiscono “raccomandazioni di comportamento clinico, elaborate mediante un processo di revisione sistematica della letteratura e delle opinioni scientifiche, al fine di aiutare i medici e pazienti a decidere le modalità assistenziali più appropriate in specifiche situazioni cliniche”¹

La loro funzione si sostanzia nella capacità di sintesi dell’esperienza diffusa in ambito sanitario e delle migliori evidenze scientifiche disponibili per assicurare il massimo grado di appropriatezza dell’intervento e ridurre al minimo quella parte di variabilità delle scelte cliniche legate alla carenza di conoscenza.²

Si tratta di indici valutativi tendenzialmente oggettivi e soprattutto idonei a guidare il compito di periti e giudici, i primi incaricati dell’apprezzamento tecnico-scientifico riguardante la fattispecie concreta, i secondi chiamati ad effettuare, sulla scorta degli stessi elaborati peritali, il delicato procedimento di individuazione e di ricognizione della regola cautelare alla base della fattispecie tipica colposa.³

Le linee guida si contraddistinguono per il loro carattere di scientificità⁴, generalità e predeterminatezza che catalizza l’attenzione della scienza medica e giuridica nonostante comunque si debbano considerare alcuni loro limiti intrinsecamente connaturati quali:

¹ M.J. FIELD-K.N. LOHR, *Guideline for Clinical Practice: From Development to Use*, Washington, Institute of Medicine, National Academy Press, 1992, 35.

² D.L. SACKETT-W.M. ROSEMBERG-J.A. GRAY, *Evidence-Based Medicine. What is and What Isn't*, in *BMJ*, 1996, 312; A.M. BONANNO, *Protocolli, linee guida e colpa specifica*, in *Ind. Pen.*, 2006, 441 ss.; P. PIRAS-A. CARBONI, *Linee guida e colpa specifica del medico*, in S. CANESTRARI-F. GIUNTA-R. GUERRINI-T. PADOVANI (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Pisa, ETS, 2009, 286.

³ F. GIUNTA, *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2008, 150 ss.; D. MICHELETTI, *La colpa del medico. Prima lettura di una recente ricerca “sul campo”*, in *Criminalia*, 2008, 192.

⁴ A. ROIATI, *Linee guida, buone pratiche e colpa grave: vera riforma o meno placebo?* In *Dir. pen. e processo*, 2013, 26 ss.

- Nel possibile contrasto tra evidenze scientifiche generalizzanti ed esigenze *peculiari* del singolo caso concreto che richiama l'attenzione a dover curare la persona e non la patologia
- Nel conflitto di interessi che legano i ricercatori, editori ed industrie e che può dar luogo a raccomandazioni incentrate prevalentemente sui criteri di economicità e convenienza piuttosto che di effettiva soddisfazione delle esigenze diagnostiche
- Nella molteplicità/eterogeneità delle linee guida, di frequente elaborate da enti, istituzioni, società scientifiche che non sono riconosciute da alcuna autorità pubblica.⁵

Passando, invece, a trattare del protocollo, questo è stato indicato e tutt'ora continua ad essere indicato come uno schema di comportamento predefinito nell'attività clinico diagnostica, la sua funzione risulta essere quella di descrivere una rigida sequenza di comportamenti, come avviene nel caso della sperimentazione di farmaci o nel campo della ricerca, un documento dove viene formalizzata la sequenza delle azioni che debbono essere fatte per conseguire l'obiettivo dato.

Schemi rigidi e predefiniti di comportamento diagnostico-terapeutico atti a descrivere le procedure alle quali l'operatore sanitario deve strettamente attenersi in una situazione specifica.

Non a caso attenta dottrina ha fatto riferimento, al riguardo, al concetto di colpa protocollare o procedurale, legato sempre più alla invalsa tendenza alla procedimentalizzazione della prevenzione dell'esito avverso che, da una parte ha infatti il pregio di consentire una limitazione predeterminata di rischi qualificati e sperimentati nell'ambito di un'affidabile cornice nomologica e esperienziale, dall'altra sconta però il pericolo di facili automatismi improntati alla logica del *versari in re illicita*.⁶

I protocolli, modellandosi su specifiche realtà ospedaliere, mantengono

⁵ P. PIRAS-A. CARBONI, *Linee guida e colpa specifica del medico*, cit., 286. Inoltre cfr. ancora M. CAPUTO, *Filo d'Arianna o flauto magico? Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in *Riv. it. dir. e proc.*, 2012, 883 ss., che rileva l'esistenza di due distinte questioni, "da un lato l'opportunità o meno di individuare un'autorità sovraordinata alle altre – quale potrebbe essere il Ministero della Salute – cui riconoscere un superiore potere di convalida istituzionale, onde mettere al profluvio di raccomandazioni e segnalare in via ufficiale quelle cui prestare maggiore attenzione; dall'altro la metodologia di formazione delle linee guida". Da ultimo favorevole al recepimento delle linee guida più qualificate in decreti del Ministero della Salute, per conferire alle stesse un riconoscimento espresso, P. PIRAS, *In culpa sine culpa*.

⁶ D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, Giuffrè, 2009, 305 ss.; nello specifico settore medico D. CASTRONUOVO-L. RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico sanitario*, in *Trattato di biodiritto. Le responsabilità in medicina*, Milano, Giuffrè, 2011, 977.

una impronta deontica e prescrittiva che deriva dall'osservazione e dalla sperimentazione di cautele doverose non necessariamente consolidate o stabilmente acquisite e dunque differente rispetto a quello che si auto-determina negli usi terapeutici già diffusi e ritenuti doverosi nella specifica cerchia professionale dell'agente.

Uno schema di condotta professionale predefinito nell'ambito dell'attività clinico-diagnostica, attraverso l'indicazione di una successione ben definita di interventi che devono essere posti in essere per raggiungere un determinato obiettivo.

Più precisamente secondo la definizione di Cantadore⁷, il protocollo dovrebbe costituire “un insieme logico e consequenziale di atti, manovre ed indagini, finalizzato a raggiungere un determinato obiettivo” mentre per Fiori esso potrebbe essere identificato in un pre-definito e rigido schema di comportamento diagnostico e terapeutico tipico di un programma di ricerca clinica sperimentale elaborato e preteso per assicurarne la riproducibilità e quindi l'attendibilità scientifica⁸.

I protocolli clinici hanno la funzione di costituire il naturale sviluppo delle linee guida, contribuendo al meglio definire il grado di determinatezza delle indicazioni terapeutiche fornite.

L'agire per protocolli ha costituito infatti la cifra della modernità e della post modernità. Per affrontare, dominare, scongiurare e frammentare i rischi insiti nella maggior parte delle attività umane si sono adottati protocolli, i quali hanno costituito e costituiscono il precipitato modale di un razionale scientifico⁹.

Un approccio procedimentalizzato alle attività umane, qualunque esse siano, ha consentito all'operatore di contestualizzare la propria attività all'interno di un sistema collaudato, fondato su assunti condivisi dalla comunità scientifica di riferimento. L'osservanza delle prescrizioni modali ha permesso non solo di validare il risultato finale di questo processo, ma altresì di frammentare e condividere il peso delle responsabilità che vi insistono¹⁰.

Ed ecco come l'agire per protocolli ha manifestato, già ad un primo sguardo,

⁷ R. CANTADORE *I protocolli del soccorso nel politraumatizzato* in Regione Emilia Romagna-ISS, traumi, Atti del convegno nazionale, Bologna 24-26 gennaio 1990, 83, citato in G. BOCCARDELLI *La responsabilità professionale del medico per l'impiego delle linee guida o dei protocolli di uso interno* in www.dentalmarketsrl.org/responsabilità_professionale_del_medico_per_limpi.html.

⁸ A. FIORI, *Medicina legale della responsabilità medica*, Milano, Giuffrè, 1999.

⁹ Per i profili positivi e negativi che caratterizzano linee guida e protocolli si veda F. GIUNTA, *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, in *Giust. pen.*, dicembre 2012.

¹⁰ F. GIUNTA, *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, cit.

la sua duplice e contrastata natura. Da un lato, infatti, il protocollo risulta suscettibile di compendiare i migliori approdi scientifici che garantiscono il perseguimento di un risultato efficace, ripetibile e controllabile¹¹. Non solo, ma la scansione dell'attività in fasi consequenziali ha dato la possibilità di conseguire una miglior allocazione delle eventuali responsabilità in capo ai titolari dei singoli stadi della sequenza protocollare.

Dall'altro, invece, l'agire per protocolli ha finito per nascondere delle insidie di non poco momento, prima fra tutte quella legata ad un *vuoto di fini* che avrebbero potuto caratterizzare questo *modus operandi*. In altre parole, la previsione di una doverosa osservanza pedissequa del protocollo, quale unico parametro di liceità dell'attività che vi si accompagna, avrebbe potuto denunciare la mancanza di quel dialogo fra prassi medica ed esigenze del paziente che, solo, può garantire l'adeguatezza delle prescrizioni. Protocolli e linee guida sono nati, infatti, per far fronte ad esigenze cogenti e predeterminate, rispetto alle quali debbono potersi conformare, lasciando altresì al medico la facoltà di disapplicarli ogni qual volta questa scelta risulti necessaria alla luce del caso concreto.

Fatta questa brevissima introduzione sull'argomento, la domanda da porsi è: quale è la loro incidenza nell'ambito sanitario.

In giurisprudenza¹² i giudizi oscillano nelle valutazioni in ordine all'incidenza più o meno della linea guida e quindi del protocollo in relazione all'operato del medico e si possono dividere in quattro scenari: esonero per adesione, colpa per adesione, colpa per inosservanza ed esonero per inosservanza.

È indispensabile soffermare l'attenzione in ordine a questi ultimi due casi: colpa per inosservanza ed esonero per inosservanza, in cui rileva il principio sanitario della libertà di cura,¹³ per cui il medico è libero di scegliere, nel caso

¹¹ Ne sottolinea la grande importanza anche la letteratura medica statunitense, D.F. RANSOHOFF-M. PIGNONE-H. C. SOX, *How to Decide Whether a Clinical Practice Guideline is Trustworthy*, in *Jama*, January 9, 2013, vol. 309, n. 2, 139.

¹² Cass. pen., sez. IV, sentenza 14 giugno 2006 n. 24400; Cass. pen., sez. IV, sentenza 9 aprile 2013 n. 263; Cass. pen., sez. IV, sentenza 29 settembre 2009, n. 38154; Cass. pen., sez. IV, 18 febbraio 2010, n. 10454. In questo ultimo caso la Corte ha sancito la condanna per omicidio colposo nei confronti di un medico anestesista, il quale si era attenuto alle linee guida e protocolli vista la difficoltà della prestazione, nonostante invece poteva essere utilizzata una pratica alternativa.

¹³ E. RONCHI-O. CAMPARI, *Il ruolo delle linee guida e protocolli nella valutazione della colpa medica in Problemi di responsabilità sanitaria*, Milano, Giuffrè, 2007, 123 ss.; “il medico, dunque, non può e non deve rinunciare alla propria autonomia, discrezionalità e soprattutto al suo senso critico nelle scelte diagnostiche-terapeutiche. Come bene ricordato da alcuni autori, i sistemi operativi offrendo una medicina preconfezionata hanno lo svantaggio di annullare l'irrinunciabile valore del giudizio clinico, comportando una perdita di flessibilità, di autonomia, e di iniziativa, quindi di professionalità. Essi sono concepiti

concreto, la cura da attribuire al paziente.

Il medico, infatti, in base alle circostanze del caso concreto, decide se scegliere di applicare la linea guida recepita nel protocollo ospedaliero¹⁴ o se seguire le proprie conoscenze e quindi operare in deroga alla linea guida stessa.

Ecco, che allora è da analizzare la deroga effettuata dal sanitario.

È indispensabile capire se la stessa sia stata effettuata avanti ad un caso di rischio standard dal carattere della peculiarità, quindi quel rischio ben disciplinato dalla linea guida al quale si aggiungono però delle caratteristiche del tutto soggettive legate al paziente, che richiedono la necessità anche di discostarsi dalla linea guida stessa, o se quella deroga è stata effettuata per gestire un rischio “standard” senza il carattere della peculiarità, ma che, per l’evoluzione dei tempi, non può più essere affrontato secondo quanto disposto dalla linea guida adottata nel protocollo ospedaliero, in quanto superato da una nuova evidenza scientifica, che aggiorna o comunque fornisce una miglior soluzione e cura non ancora recepita dall’ospedale stesso.

Se si incorresse in tale seconda ipotesi, il medico si troverebbe quindi a dover decidere, se seguire quanto già previsto dal protocollo non aggiornato o se superare tale conoscenza applicando le novità scientifiche sul tema.

Alla luce di tali considerazioni, è discutibile, la responsabilità del sanitario se dalla sua decisione in ordine al trattamento del paziente, conseguisse un esito negativo, in quanto, ben potrebbe, invece, ravvisarsi in capo alla struttura ospedaliera, per non aver la stessa messo il medico ad operare nella miglior condizione.

La conclusione è sostenuta attraverso la lettura delle Linee guida Nazionali che nelle *Raccomandazioni per l’analisi dell’evento avverso*¹⁵ dispongono come

per un paziente medio, senza tener conto del fatto che ogni singolo ammalato rappresenta un caso” cit. pag. 131-132. Gli autori citati sono R. NARDI-C. CIPOLLA-D’ABRUZZO, *La responsabilità del medico in medicina di urgenza e pronto soccorso* Torino, Centro Scientifico Editore, 1996, 114.

¹⁴ Sul valore del protocollo ancora E. RONCHI-O. CAMPARI, *Il ruolo delle linee guida e protocolli nella valutazione della colpa medica*, cit., che a tal proposito affermano che “i protocolli possono derivare anche da organi interni alla stessa struttura ospedaliera, come per la gestione di attività di urgenza ed emergenza. In tali fattispecie, i protocolli elaborati e concordati da comitati tecnici intra-ospedalieri possono assumere il valore di atti normativi interni, ovvero regolamenti di servizio con autentico potere di indirizzo, soprattutto se validati dagli organi funzionali dell’azienda. Una conferma del significato di atti normativi attribuibile a tali protocolli è desumibile da precise fonti normative. Il d.p.r. 27 marzo 1992 stabilisce che all’interno dei Dipartimenti di Emergenza (DEA) deve essere prevista la funzione triage per consentire le priorità d’intervento e che viene svolta dal personale infermieristico secondo i protocolli prestabiliti dal dirigente del servizio”, cit., 127-128.

¹⁵ Ministero della Salute, dipartimento della qualità, Direzione generale della programmazione sanitaria, dei livelli di assistenza e dei principi etici di sistema “raccomandazione per l’analisi

necessaria una procedura aziendale per l'analisi dell'evento avverso, che preveda le modalità di segnalazione degli eventi avversi, per ogni operatore coinvolto o chi ne venga a conoscenza. La scelta, infatti di raccogliere ed analizzare gli eventi avversi ricopre un ruolo determinante per il sistema di governo della qualità e della sicurezza delle cure.

Il sanitario, quindi, dovrebbe, preventivamente al verificarsi della situazione di rischio, denunciare alla struttura ospedaliera il modificarsi della condizione di rischio stesso, segnalando le eventuali nuove evidenze scientifiche da applicare al fine di vedersi esonerare da eventuali giudizi di responsabilità¹⁶ che, invece ben potrebbero costruirsi in capo in capo all'azienda ospedaliera per non aver, nonostante le dovute segnalazioni, aggiornato il protocollo.

Una responsabilità, quella della struttura¹⁷, per carenze organizzative intesa come l'inadeguata organizzazione dell'ente dovuta alla mancanza di controlli interni o di un'inefficiente circolazione delle risorse e dei flussi informativi. In tal caso, il quesito sta sul se l'azienda ospedaliera, avanti ad un mutamento della situazione di fatto del rischio, sia assicurata anche nel caso di mancato adeguamento dei protocolli adottati in ospedale.

dell'evento avverso", maggio 2011. È necessario disporre di una procedura aziendale per l'analisi dell'evento avverso, l'individuazione dei fattori causali e/o contribuenti e la messa a punto di un piano di miglioramento, cit., 8.

¹⁶ E. RONCHI-O. CAMPARI, *Il ruolo di linee guida e protocolli nella valutazione della colpa medica*, cit.; L. CAJAZZO-M. MARZANO, *La rilevanza delle linee guida nella valutazione della responsabilità professionale del medico e le novità della legge Balduzzi*, in *Corriere giur.*, 2013, 4, 479 (nota a sentenza Cass. pen., sez. IV, sentenza, 11 luglio 2012, n. 35922). Nell'articolo gli autori fanno riferimento ad un articolo di dottrina del 2007 sull'incidenza delle linee guida ove venivano citati due casi americani in cui le corti avevano ritenuto responsabile sia il medico curante che non si era opposto alle prescrizioni contenute nella linea guida (pur avendone riconosciute le incongruenze) sia addirittura gli estensori della medesima raccomandazione per l'erronea procedura diagnostica-terapeutica.

¹⁷ U. GENOVESE *La responsabilità della struttura ospedaliera pubblica e privata: considerazioni medico-legali*, in A. FARNETI-M. CUCCI-S. SCARPATI (a cura di), *Problemi di responsabilità sanitaria*, Milano, Giuffrè, 2007; E. RONCHI-O. CAMPARI, *Il ruolo di linee guida e protocolli nella valutazione della colpa medica*, cit.; gli autori soffermandosi sui protocolli affermano che "Differenti considerazioni si impongono relativamente ai protocolli quando siano espressione della volontà di organi direzionali dell'azienda ospedaliera... precise responsabilità potrebbero ricadere sulle commissioni preposte alla loro elaborazione, qualora si rivelassero non aggiornati e comunque non rispondenti alle acquisizioni delle più accreditate comunità scientifiche nazionali ed internazionali", 133.

TAVOLA ROTONDA IL DIRITTO DELLE ASSICURAZIONI NELLA GIURISPRUDENZA. TENDENZE E NODI IRRISOLTI

INTERVENTO*

Paolo Panarelli

Mi preme ringraziare la Fondazione CESIFIN per avermi coinvolto ad intervenire alla tavola rotonda dedicata all'uscita del Trattato "Il diritto delle assicurazioni" di Marco Rossetti. Il Trattato costituisce un'opera unica nel suo genere, che colma un vuoto esistente da molti anni nella bibliografia del diritto delle assicurazioni. Il testo, suddiviso in 3 volumi, affronta in modo esauriente – e con la competenza di un esperto della materia, quale è Marco Rossetti – i molteplici aspetti delle assicurazioni private: la storia, l'impresa, il contratto, il processo. Particolare attenzione è dedicata ai vari orientamenti giurisprudenziali e anche le questioni più complesse sono esposte in modo piano e scorrevole.

Ovviamente, non poteva mancare il riferimento alla normativa relativa all'obbligo assicurativo per la responsabilità civile per gli esercenti le professioni sanitarie, argomento trattato diffusamente negli interventi che mi hanno preceduto e sul quale ritengo utile esporre un quadro sintetico in cui, tra l'altro, evidenzierò i profili di criticità ed il ruolo di Consap.

Il tema della malasanita suscita da anni in Italia una sempre maggiore attenzione, anche da parte dei mezzi di comunicazione, visto anche il numero in aumento di vertenze riferibili a tali vicende che oramai si riscontrano tra i cittadini e gli esercenti sanitari. Anche il numero dei sinistri denunciati negli ultimi anni mostra un andamento sempre crescente.

Vi sono varie ragioni che hanno condotto all'affermazione di una sempre maggiore sensibilità in materia, tra le quali va sicuramente annoverata quella del raggiungimento di una sempre più matura e consapevole cultura in materia di diritti costituzionalmente garantiti. Tra questi, rientra a pieno titolo il diritto alla salute con tutte le conseguenti implicazioni di natura pratica, gestionale e relazionale legate alla gestione del comparto della sanità.

L'affermarsi di una coscienza c.d. del malato e della necessità della tutela del paziente è andata di pari passo con la consapevolezza delle istituzioni che manifestavano sempre di più l'esigenza di un impianto normativo che tenesse

* Pubblichiamo postumo il saggio licenziato dal dottor Paolo Panarelli, fine oratore che in più occasioni ha arricchito i convegni AIDA Toscana - CESIFIN con le sue brillanti relazioni.

conto delle necessità dei cittadini/pazienti, delle obbligazioni dei medici e delle strutture sanitarie; principi questi che hanno bisogno di norme idonee, tecnicamente valide ed in grado di assicurare tutti i livelli di protezione, nel rispetto dei limiti di competenza ed autonomia di tutte le figure coinvolte.

Nelle more della messa a punto di tale complesso sistema normativo, i professionisti e le aziende sanitarie hanno confermato, in un primo tempo, il loro interesse per le forme di tutela garantite dal mercato assicurativo, soprattutto da parte di quelle compagnie specializzate nella responsabilità medica che da molti anni avevano implementato forme di copertura ad hoc per professionisti del settore e per le stesse aziende sanitarie.

Negli anni si è peraltro assistito ad una progressiva perdita di economicità e quindi di interesse da parte delle compagnie di assicurazione per il comparto sanitario che ha conseguentemente determinato anche aumenti consistenti dei premi (spesso ritenuti insostenibili per professionisti e aziende sanitarie): questa situazione è stata determinata anche e soprattutto dal costante aumento delle cause di risarcimento per casi di malasanità.

È pertanto comprensibile il diffuso ricorso alla c.d. “medicina difensiva”, attraverso la prescrizione di medicine/visite/ricoveri/esami di laboratorio al fine di ridurre i possibili contenziosi legali. Secondo diversi studi, l'esborso per il sistema sanitario nazionale è considerevole (10-13 miliardi di euro all'anno!), con importanti ripercussioni sul comparto assicurativo e con il conseguente aumento dei premi delle polizze.

A tale proposito va osservato che - sebbene il legislatore abbia inteso prevedere istituti giuridici volti a tentare di risolvere l'annoso problema della giustizia civile con l'introduzione nel nostro ordinamento di strumenti per la risoluzione alternativa delle controversie quali la mediazione obbligatoria e da ultimo la negoziazione assistita - tali istituti si sono rivelati non essere totalmente idonei per la risoluzione concreta delle controversie in materia di responsabilità civile sanitaria, con il conseguente aumento del contenzioso civile.

Quello che forse potrebbe essere preso a modello per la risoluzione alternativa di tali tipi di controversie è l'Arbitro Bancario e Finanziario (ABF), ovviamente apportando all'istituto i necessari correttivi per adattarlo al caso di specie. In estrema sintesi, è un sistema di risoluzione delle controversie che possono sorgere tra i clienti e le banche e gli altri intermediari in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari. È un organismo alternativo, più semplice, rapido ed economico rispetto al ricorso al giudice, anche perché non prevede la necessità di assistenza legale da parte di un avvocato. Inoltre, è un sistema “stragiudiziale” perché la risoluzione delle controversie avviene al di fuori del processo ordinario. L'ABF è un organismo indipendente e imparziale nei compiti e nelle decisioni, sostenuto nel suo funzionamento dalla Banca d'Italia. Le decisioni non sono vincolanti come quelle del giudice ma se l'intermediario non le rispetta il suo inadempimento è reso pubblico. Il cliente può ricorrere

all'ABF solo dopo aver cercato di risolvere la controversia inviando un reclamo scritto all'intermediario e se la decisione dell'ABF è ritenuta non soddisfacente, il cliente, l'intermediario o entrambi possono rivolgersi al giudice.

Ricorrere ad un istituto simile per la risoluzione alternativa delle controversie in materia di responsabilità civile sanitaria potrebbe essere utile soprattutto in considerazione del successo che tale strumento ha registrato dalla sua istituzione ad oggi, consentendo di portare a soluzione un sempre crescente numero di controversie senza dover necessariamente adire l'autorità giudiziaria.

Altro elemento di aggravio di costi per il sistema assicurativo in materia di responsabilità civile sanitaria è senza dubbio l'aumento delle somme riconosciute in sede di contenzioso civile agli aventi diritto a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale.

La normativa applicabile in materia di risarcimento del danno per la responsabilità professionale medica richiama - quale sistema di calcolo per il risarcimento del danno non patrimoniale - quello previsto dall'art. 138 del codice delle assicurazioni in materia di responsabilità civile auto.

L'articolo in argomento prevede l'emanazione di un regolamento attuativo, da adottarsi con decreto del Presidente della Repubblica, purtroppo ancora in fase di studio e di approfondimento nonostante siano trascorsi oramai 10 anni dall'entrata in vigore del Codice delle Assicurazioni. L'emanando decreto dovrà prevedere l'istituzione di una tabella unica per stabilire le percentuali di invalidità da riconoscere per ogni tipo di lesione ed i relativi valori pecuniari da attribuire a titolo di risarcimento del danno in sede di civile.

Il fatto che a tutt'oggi non sia ancora stata emanata la tabella in questione, e che quindi ancora non esista un riferimento normativo cui attenersi per la quantificazione del danno non patrimoniale, determina inevitabilmente modalità differenti nella liquidazione del danno da parte degli organi giudicanti ai quali è essenzialmente rimesso il compito della quantificazione dello stesso, basandosi su criteri puramente discrezionali.

Per tutte le motivazioni sopra delineate, abbiamo quindi assistito al crescente allontanamento delle compagnie di assicurazione dal settore della responsabilità civile sanitaria, ad un aumento dei premi per tali tipi di polizze, all'impossibilità spesso opposta dalle compagnie di assicurare alcuni esercenti la professione sanitaria considerati ad altissima rischiosità (per il tipo di specializzazione o per la tipologia di interventi chirurgici effettuati).

Per tali ragioni molte aziende sanitarie hanno conseguentemente deciso di fare ricorso ad una gestione del rischio in autoassicurazione. Si tratta in sostanza di operazioni di costituzione e gestione di fondi ad hoc per la copertura di eventi dannosi. Spesso si affianca a tale sistema una copertura assicurativa che - prevedendo in contratto una franchigia molto elevata - consenta di gestire in autonomia i sinistri al di sotto di un certo importo.

Il ricorso all'autoassicurazione da parte delle aziende sanitarie può presentare nel tempo profili di elevata criticità, unendosi ai molteplici problemi che già affliggono la Sanità Pubblica e che ricadono sulla collettività. Il pericolo principale risiede nel fatto che possano essere costituiti degli accantonamenti non adeguati e, comunque, non gestiti secondo i necessari principi di tecnica attuariale. Purtroppo, molto spesso la scelta di ricorrere all'autoassicurazione non appare supportata da analisi tecnico-finanziarie di lungo periodo, bensì dettata da esigenze di bilancio contingenti.

Come detto in precedenza, la non appetibilità delle polizze assicurative e la difficoltà per le compagnie del settore di prevedere modelli di riservazione economicamente stabili hanno determinato, nel tempo, la fuoriuscita delle compagnie dal mercato in esame, lasciando un vuoto operativo che ha reso evidente l'urgenza di giungere il prima possibile ad un assetto normativamente valido.

Il principio che i medici liberi professionisti garantissero i propri pazienti contro eventuali errori ha trovato affermazione piena già da tempo nel nostro sistema legislativo.

Il Codice Deontologico di medici e odontoiatri, nella sua ultima versione, contiene i principi e le regole che detti professionisti devono osservare nell'esercizio delle attività sanitarie svolte. In particolare, l'art. 14 prevede che tutti i medici partecipino alla gestione del rischio clinico, con ciò riconoscendo a questo una posizione di centralità e importanza nello svolgimento della professione e nel rapporto medico paziente.

Il citato principio è stato ripreso anche nella legge n. 148/2011 in cui viene considerata di particolare rilevanza la convergenza tra il diritto del paziente a veder risarcito un eventuale danno determinato da errore medico con l'opposta sostenibilità di tale risarcimento da parte dei medici. Il legislatore ha quindi previsto all'art. 3, 5° comma, lett. e) della predetta legge che "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".

Tale articolo è sicuramente il frutto di un lungo lavoro svolto in un contesto sociale in cui era oramai evidente la necessità di considerare improcrastinabile garantire la tutela del malato, prevedendo un obbligo assicurativo volto a garantire tale tutela.

L'obbligo assicurativo è stato altresì ribadito con l'emanazione della legge n. 27/2012 (c.d. "legge sulle liberalizzazioni") che ha mantenuto la previsione secondo la quale "il professionista deve rendere noto al cliente il grado di complessità dell'incarico....e deve altresì indicare i dati della polizza

assicurativa per i danni provocati nell'esercizio dell'attività professionale”.

Pur statuendo l'obbligo assicurativo, il citato decreto sulle liberalizzazioni ha comunque evitato di assumere una posizione di rigore sulla vicenda, in quanto non ha ritenuto opportuno prevedere la polizza assicurativa quale condizione di accesso alla professione e non ha inteso stabilire specifiche sanzioni per il caso di mancata stipula della polizza da parte del medico.

Va inoltre sottolineato che all'obbligo per il professionista di contrarre una polizza sanitaria per il rischio da responsabilità civile non è, tuttavia, stato fatto corrispondere a carico delle compagnie di assicurazione un obbligo corrispondente a contrarre.

Di qui la previsione - contenuta all'art. 3, 2° comma, legge n. 189/2012 e s.m.i. (c.d. “Legge Balduzzi”) - di un decreto del Presidente della Repubblica (da emanare su proposta del Ministro della salute, di concerto con il Mise e il Mef, sentita l'ANIA e le categorie maggiormente rappresentative coinvolte) che, anche in attuazione dell'art. 3, 5° comma, lett. e) della legge n. 148/2011, ed al fine di agevolare l'accesso alla copertura assicurativa agli esercenti le professioni sanitarie, disciplini le procedure e i requisiti minimi e uniformi per l'idoneità dei contratti di assicurazione stipulati dagli esercenti le professioni sanitarie contro i rischi derivanti dall'esercizio dell'attività professionale .

Il legislatore, consapevole delle difficoltà riscontrate da molti esercenti le professioni sanitarie di trovare sul mercato assicurativo un'adeguata polizza contro i rischi derivanti dall'esercizio dell'attività professionale, ha dettato specifici criteri per l'emanazione del d.p.r. stesso.

In particolare il d.p.r. prevederà: a) la costituzione di un apposito Fondo che garantisca, nei limiti delle disponibilità del Fondo stesso, un'idonea copertura assicurativa ai professionisti nei casi determinati dal medesimo decreto; b) il soggetto gestore del Fondo e le sue competenze; c) la revisione in aumento o in diminuzione del premio in relazione al verificarsi o meno di sinistri subordinando la disdetta della polizza alla reiterazione di una condotta colposa da parte del sanitario accertata con sentenza definitiva.

Il d.p.r. in questione - che ha già superato il vaglio della Conferenza Stato Regioni - si trova attualmente all'esame del Consiglio di Stato ed è quindi in attesa di essere approvato ed emanato.

In estrema sintesi, l'emanando d.p.r. chiarisce preliminarmente all'art. 1 che, fermo restando l'obbligo assicurativo esclusivamente in capo ai liberi professionisti - ai sensi dell'art. 3, 5° comma, lett. e), legge n. 148/2011 - il regolamento si applica agli esercenti le professioni sanitarie sia nell'esercizio dell'attività svolta in ambito libero professionale, ivi compreso l'esercizio dell'attività resa in rapporto di convenzione con il Servizio sanitario nazionale, nonché nell'esercizio dell'attività svolta come dipendente, ivi compresa l'attività libero-professionale intramuraria.

L'art. 3 definisce i requisiti di accesso al Fondo rischi sanitari, prevedendo

due ipotesi: una, per gli esercenti le professioni sanitarie che in base al proprio reddito non sono in grado di sostenere i costi per stipulare idoneo contratto di assicurazione, l'altra, per gli esercenti le professioni sanitarie che sono stati rifiutati dal mercato assicurativo.

In particolare, a parità di condizioni, ai fini dell'accesso al Fondo, viene data priorità ai professionisti più giovani di età per agevolare il loro ingresso nel mercato del lavoro.

L'art. 4 disciplina i requisiti minimi ed uniformi dei contratti di assicurazione che dovranno prevedere un massimale minimo di un milione di euro per ciascun sinistro e per ciascun anno.

Il ruolo di Consap è previsto nell'ambito dell'art. 5: il Fondo è costituito presso la Concessionaria ed è da questa gestito e amministrato, attraverso un apposito Comitato, sotto la vigilanza del Ministero dello sviluppo economico e del Ministero della salute. Anche la rappresentanza legale del Fondo è attribuita a Consap.

Il Fondo è soggetto patrimoniale autonomo e separato dal gestore che tiene quindi contabilità e scritture separate per le operazioni attinenti alla gestione autonoma del Fondo nonché una amministrazione separata dei beni ad essa pertinenti.

Il Comitato - che deve essere istituito presso Consap entro 60 giorni dall'entrata in vigore del decreto - è presieduto da un rappresentante designato da Consap e ne fanno altresì parte: un rappresentante dell'ANIA, un rappresentante dei mediatori di assicurazione e riassicurazione, un rappresentante del Ministero della salute, un rappresentante del Ministero dello Sviluppo Economico, un rappresentante del Ministero dell'economia e delle finanze, un rappresentante delle Regioni, quattro rappresentanti delle federazioni nazionali degli ordini e collegi delle professioni sanitarie.

Per definire i parametri di congruità del premio richiesto agli esercenti, ai fini dell'accesso al Fondo, il Comitato è assistito da tre professionisti, iscritti all'Ordine nazionale degli attuari, nominati da Consap.

Le modalità di intervento del Fondo sono disciplinate dall'art. 7. In particolare, nel caso in cui il professionista dimostri di avere corrisposto un premio assicurativo il cui importo sia superiore ai parametri definiti dal Comitato, il Fondo provvede a rimborsare all'assicurato il surplus rispetto al premio definito "congruo"; qualora il professionista dimostri di avere ricevuto tre rifiuti sul mercato assicurativo, il Fondo provvede alla ricerca di idonea polizza assicurativa il cui premio sarà corrisposto dall'esercente le professioni sanitarie con l'eventuale contributo del Fondo.

Per ciò che riguarda le fonti di alimentazione del Fondo, il decreto in questione stabilisce che il Fondo è alimentato da un contributo posto a carico del professionista che faccia richiesta di accesso e da un contributo di solidarietà posto a carico di tutte le imprese di assicurazione autorizzate all'esercizio dell'assicurazione per danni derivanti dall'attività medico professionale.

GLI AUTORI

SARA LANDINI, Professore Associato di Diritto privato nell'Università degli Studi di Firenze.

MARCO MARCHI, Professore Ordinario di Statistica sanitaria nell'Università degli Studi di Firenze; Presidente Commissione rischi sanitari del CISA.

KEIKO TANIMOTO, Professore Ordinario di Diritto civile nell'Università Ritsumeikan, Kyoto.

PIERFRANCESCO COLAIANNI, Responsabile Sinistri Complessi e Sviluppo Tecnico di Generali Italia S.p.a.

GIANLUCA ROMAGNOLI, Docente di Diritto dell'economia nell'Università di Padova.

ENRICO GALANTI, Responsabile Ufficio Consulenza Legale IVASS.

ROBERTO MANZATO, ANIA.

EMILIA GIUSTI, Cultrice della materia Diritto civile, Università degli Studi di Firenze.

PAOLO PANARELLI, Direttore Generale di Consap S.p.A.