



Assicurazione obbligatoria in ambito sanitario. A che punto siamo?

Marco Capecchi



Wolters Kluwer

Assicurazione obbligatoria in ambito sanitario. A che punto siamo?

di Marco Capecchi¹

I. I principi contenuti nella legge Gelli	3
II. Le risposte che ci si attende dai decreti delegati	5
III. Il contenuto della bozza di decreto delegato	5
A. Il contenuto minimo delle polizze claims made	5
a.1. La definizione di sinistro	6
a.2. Retroattività e ultrattività	7
B. L'azione diretta nei confronti della compagnia assicuratrice	7
C. Le misure alternative e la concorrenza con il settore assicurativo	9

Il presente contributo costituisce un commento alla bozza di decreto attuativo dei principi contenuti nella c.d. Legge Gelli in materia di polizze assicurative di cui si è data precedente notizia su Altalex.com.

Una delle innovazioni principali della legge 24/2017 detta Legge Gelli – Bianco è stata l'introduzione dell'obbligo assicurativo per le strutture sanitarie con la possibilità di assolverlo anche mediante adozione di "misure alternative".

Si tratta di un intervento assai opportuno tenuto conto del fatto che, in ambito sanitario, l'ottenimento di adeguata copertura assicurativa per i danni causati a terzi dalle strutture e/o dal personale sanitario è diventato tutt'altro che agevole: da tempo, larga parte delle compagnie assicuratrici hanno cessato di operare nel settore cosicché reperire adeguate coperture è talvolta impossibile oppure richiede esborsi molto elevati. Di tale situazione è chiaro indice il fatto che il mercato dell'assicurazione in ambito sanitario ha continuato a ridursi e, dai 740 milioni di premi del 2010, si è passati ai 604 milioni del 2020.

A fronte di tale difficoltà di gestione del rischio mediante l'assicurazione, nell'ambito sanitario si è diffusa la ritenzione del rischio, operata perlopiù con misure aventi efficacia poco più che scaramantica perché solo un numero relativamente ridotto di strutture ha adottato accorgimenti effettivamente in grado di aumentare la propria solvibilità a fronte di potenziali risarcimenti. L'esempio più virtuoso è quello di talune regioni (ad esempio, la Liguria) che si sono dotate di un vero e proprio sistema alternativo all'assicurazione,

¹¹ Professore Associato di diritto privato- Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Genova
marco.capecchi@unige.it. Partner studio legale Ferraro Giove e associati

rappresentato da un fondo, gestito con modalità analoghe a quelle in uso nel settore assicurativo, mediante il quale fare fronte alle domande risarcitorie.

Inoltre, l'esigua offerta assicurativa nel settore sanitario è integralmente basata sul modello atipico *claims made* del quale la Cassazione a sezioni unite ha finora sentenziato l'astratta ammissibilità ma che continua ad essere carente di disciplina legislativa, con la conseguenza che permane grande incertezza in ordine ai limiti che l'autonomia privata può incontrare nella formulazione delle polizze, oltre al fatto che la logica di funzionamento di tale modello presenta un elevato rischio di "vuoti di copertura" che possono essere neutralizzati solo mediante accorgimenti redazionali spesso non alla portata del singolo assicurato. La conseguenza di tale situazione è che le polizze spesso offrono una copertura piuttosto parziale del rischio.

Inutile dire che tale situazione, in cui parte delle strutture operano in regime di ritenzione senza adeguate misure di gestione patrimoniale e le strutture assicurate hanno dalle compagnie una copertura solo parziale del rischio per via di polizze di difficile gestione e spesso contenenti esclusioni discutibili, franchigie elevatissime, retroattività limitata, obblighi informativi a carico dell'assicurato pressoché impossibili da rispettare, etc. etc., può comportare problemi di solvibilità da parte del danneggiante ma anche pesanti ricadute sul servizio erogato al paziente per via dell'ampio ricorso alla c.d. medicina difensiva.

La legge Gelli Bianco si è quindi opportunamente proposta di porre rimedio a tale situazione introducendo l'obbligo di assicurazione delle strutture sanitarie e, prendendo atto della crescente diffusione di misure alternative all'assicurazione, ha legittimato tale soluzione proponendosi di meglio disciplinarla.

La legge prevedeva opportunamente che la disciplina di dettaglio avrebbe dovuto essere dettata da alcuni decreti attuativi che, tuttavia, a distanza di cinque anni dall'emanazione della legge ancora tardano ad essere approvati perché l'elevata complessità delle problematiche sottese all'assicurazione in ambito sanitario da un lato e la scelta di far coesistere quest'ultima con le misure alternative alla stessa richiedono un intervento assai attentamente meditato.

Poiché nel febbraio 2022 è stata approvata dalla conferenza Stato-Regioni la bozza di tale decreto, con il presente contributo ci si propone di esaminare le problematiche di cui si attende soluzione da parte dei decreti attuativi e le soluzioni contenute in tale bozza.

I. I PRINCIPI CONTENUTI NELLA LEGGE GELLI

È opportuno innanzitutto esaminare sinteticamente i principi generali contenuti nella legge Gelli che dovranno essere rispettati in sede regolamentare:

- Obbligo di assicurazione delle strutture sanitarie per la responsabilità civile verso terzi e per la responsabilità civile verso prestatori d'opera, anche per danni cagionati dal personale a qualunque titolo operante presso le strutture sanitarie o sociosanitarie pubbliche e private, compresi coloro che svolgono attività di formazione, aggiornamento nonché di sperimentazione e di ricerca clinica, nonché alle prestazioni sanitarie svolte in regime di libera professione intramuraria ovvero in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale nonché attraverso la telemedicina. La copertura assicurativa deve inoltre coprire la responsabilità civile verso terzi degli esercenti le professioni sanitarie (art. 10).
- Possibilità di adottare, in luogo della copertura assicurativa, misure alternative alla stessa (art. 10)
- Necessaria retroattività della polizza (di cui si presuppone la natura *claims made*) di almeno dieci anni e ultrattività in caso di cessazione dell'attività di dieci anni (art. 11).
- Obbligo di assicurazione del personale a qualsiasi titolo operante nelle strutture per sinistri causati con colpa grave (art. 10 c. 3) e obbligo di assicurazione professionale ordinaria per l'esercente la professione sanitaria che svolga la propria attività al di fuori di una delle strutture sanitarie o che

- presti la sua opera all'interno della stessa in regime libero-professionale ovvero che si avvalga della stessa nell'adempimento della propria obbligazione contrattuale assunta con il paziente (art. 10 c. 2).
- Azione diretta del danneggiato nei confronti della compagnia assicuratrice (art. 12) e previsione di obblighi di informazione al pubblico dei dati della polizza assicurativa (art. 10 c. 4).

I principi contenuti nella legge Gelli disegnano un sistema che riecheggia taluni istituti previsti per l'assicurazione obbligatoria per i veicoli a motore e i natanti (obbligo di assicurazione, azione diretta), differenziandosene profondamente perché si prevede un'alternativa all'assicurazione rappresentata dall'adozione di analoghe misure.

Tale alternativa rende l'obbligo di assicurazione in ambito sanitario del tutto peculiare, al punto che sarebbe forse più corretto parlare dell'imposizione di un obbligo non di assicurazione ma di adozione di adeguati strumenti di gestione del rischio, essendo prevista l'alternativa tra l'assicurazione e le analoghe misure.

La presenza di tale alternativa comporta una profonda differenza rispetto al settore della RC auto perché il legislatore non è giunto al punto da imporre il trasferimento pressochè integrale al mercato assicurativo del rischio derivante dallo svolgimento dell'attività sanitaria, essendo ammesso che una parte anche consistente di tale rischio rimanga in capo alle strutture e ciò può giustificare le asimmetrie che si riscontrano rispetto al settore della RC auto.

In particolare va evidenziato che il legislatore ha previsto solo un obbligo di assicurazione a carico delle strutture e del personale sanitario ma (a differenza di quanto avviene in ambito RC auto) non ha posto a carico delle compagnie un simmetrico obbligo a contrarre (art. 132 comma 1 bis cod. ass.) né l'obbligo di trasparenza (art. 131 cod. ass.), cosicchè è ben possibile che la struttura sanitaria si ritrovi impossibilitata ad osservare l'obbligo di stipulare una polizza assicurativa per l'impossibilità di individuare una compagnia disponibile a offrire la copertura trovandosi obbligato all'adozione di analoghe misure.

Inoltre il legislatore non si è spinto fino a prevedere l'introduzione di un fondo di garanzia alimentato dalle compagnie operanti nel settore analogo a quello previsto dall'art. 285 cod. ass.: ciò comporta il rischio (già verificatosi più volte) che la struttura sanitaria che abbia deciso di stipulare una polizza assicurativa, si ritrovi a dover sostenere i costi di un sinistro a causa dell'insolvenza della propria compagnia assicuratrice, senza contare che la presenza di tale fondo equilibra i limiti all'azione diretta nei confronti della compagnia (che pure è stata mantenuta).

E' possibile che tali obblighi a carico del sistema assicurativo non siano stati imposti per non disincentivare ulteriormente l'offerta assicurativa in ambito sanitario, ma la mancanza di tali istituti comporta la perdita di quell'equilibrio tra pesi e contrappesi che ha finora garantito il funzionamento del principale sistema di assicurazione obbligatoria nel nostro Paese.

La sfida cui sono chiamati gli estensori del regolamento è quindi quella di disciplinare i due sotto-sistemi (assicurazione e misure alternative), in modo da garantire il perseguimento delle finalità cui tende la legge (assicurare il pagamento del risarcimento al danneggiato con oneri a carico della struttura sanitaria) e, dall'altro la sostenibilità di entrambi e il loro equilibrio così da favorire una "sana concorrenza" tra le due soluzioni che dovrebbe garantire ricadute positive per tutto il sistema sanitario.

In attesa dell'attuazione demandata ai decreti, i principi contenuti nella Legge Gelli si sono rivelati poco più di una petizione di principio, perché la mancanza della disciplina di dettaglio ne ha reso agevole l'elusione. Infatti, la mancata definizione delle caratteristiche minime delle polizze assicurative ha favorito la diffusione di prodotti che, hanno spesso offerto una copertura soltanto parziale del rischio perché, nell'ottica del massimo contenimento del premio, frequente è stata la previsione di franchigie molto alte, o di esclusioni della copertura per eventi frequenti (ad esempio l'esclusione dei danni conseguenti a difetto di consenso

informato), o ancora obblighi informativi scarsamente definiti il cui frequente inadempimento da parte dell'assicurato potrebbe costituire agevole argomento per il diniego della copertura.

Similmente, la mancanza di idonee indicazioni sulle modalità con cui porre in essere le misure alternative all'assicurazione ha favorito l'adozione di comportamenti opportunistici da parte di imprenditori ai quali è stato permesso, da un lato, di risparmiare sui costi assicurativi e, dall'altro, una enorme discrezionalità nello stabilire quali somme appostare per fare fronte a possibili sinistri cosicchè molti bilanci nel settore sanitario si sono potuti chiudere sulla base di scelte guidate più da ragioni di opportunità che non dall'attenta ponderazione dei rischi.

II. LE RISPOSTE CHE CI SI ATTENDE DAI DECRETI DELEGATI

Grande è quindi l'attesa per l'emanazione dei decreti delegati che sono chiamati a sciogliere i numerosi nodi operativi che l'applicazione dei principi contenuti nella legge Gelli comporta e che si possono così sintetizzare:

1. disciplina dell'assicurazione *claims made*: trattandosi del primo intervento legislativo che regola questo tipo di polizze, ci si attendono alcune risposte ai numerosi problemi sollevati in dottrina e in giurisprudenza;
2. azione diretta nei confronti della compagnia assicurativa: stante la problematicità delle polizze *claims made* e la diffusione della SIR e delle franchigia, il novero di eccezioni proponibili dalle compagnie assicuratrici nei confronti del terzo è potenzialmente molto ampio e, quindi, la selezione di quelle opponibili anche al danneggiato richiederà grande attenzione;
3. disciplina delle misure alternative all'assicurazione: anche in questo caso, trattandosi di una soluzione innovativa, che non può fare rinvio a prassi operative precedenti, ci sono diversi aspetti che necessitano di essere regolamentati con particolare attenzione al fine di garantire effettiva solvibilità delle strutture sanitarie in caso di sinistro senza gravare queste ultime di eccessive formalità burocratiche e costi;
4. gestione della concorrenza tra polizze assicurative e misure alternative all'assicurazione: il regime disegnato dalla legge Gelli prevede l'alternativa tra polizze assicurative e misure alternative alle stesse e, dunque, una potenziale concorrenza tra le due soluzioni che dovranno essere disciplinate in modo che nessuna di esse prenda il monopolio del settore e, anzi, si avvii una sorta di concorrenza tra i due istituti che possa avere ricadute positive per l'intero comparto sanitario.

III. IL CONTENUTO DELLA BOZZA DI DECRETO DELEGATO

Fatte tali premesse, si può ora passare ad esaminare il contenuto della bozza di decreto delegato approvata dalla Conferenza Stato – Regioni per valutare la risposta data alle quattro questioni sopra evidenziate.

A. IL CONTENUTO MINIMO DELLE POLIZZE CLAIMS MADE

Non è certo possibile in questa sede esaminare compiutamente i numerosi profili di problematicità che scaturiscono dal passaggio dalle polizze c.d. *loss occurrence* alle c.d. polizze *claims made*.

E' però quantomeno opportuno ricordare come le più recenti sentenze della Corte di Cassazione in tema di polizze *claims made* (Cass., 9140/2016 e Cass., Sez.Un. 22437/2018) se, da un lato, ne hanno decretato l'astratta ammissibilità, dall'altro ne hanno indicato alcune possibili criticità, tanto che con sentenza 8894/2020 è stata successivamente riconosciuta la nullità di una di tali polizze per violazione dell'art. 1965 c.c. nella parte in cui veniva limitata la possibilità per la struttura sanitaria di denunciare il sinistro al solo anno successivo alla scadenza della polizza.

E' quindi opportuno ricordare almeno in modo sintetico le principali questioni che rischiano di dare luogo ai c.d. "vuoti di copertura" per poi esaminarle più nel dettaglio:

- La definizione di sinistro
- La retroattività e la ultrattività
- La definizione delle circostanze e del fatto noto.

A.1. LA DEFINIZIONE DI SINISTRO

La definizione di sinistro è centrale nell'ambito delle polizze *claims made* perché si tratta dell'aspetto che maggiormente le caratterizza rispetto a quelle *loss occurrence*. Infatti, se nell'assicurazione tipica il sinistro è rappresentato dal momento in cui si verifica il danno (essendo poi indifferente il momento in cui dello stesso verrà chiesto il risarcimento), nella polizza *claims made* il sinistro viene a identificarsi con la richiesta di risarcimento (ben potendo il danno subito dal terzo essersi verificato in epoca anteriore all'inizio di copertura).

La definizione di sinistro è poi destinata a riverberarsi sugli squilibri informativi tra le parti relativi alle c.d. circostanze o fatti noti e, più in generale, rispetto al delicatissimo tema degli obblighi di informazione. Nelle polizze *claims made* è infatti normale che la compagnia si trovi a dover prestare copertura per richieste risarcitorie relative ad eventi dannosi che si siano verificati prima dell'inizio della decorrenza della copertura ed in relazione ai quali l'assicurato potrebbe conoscere circostanze di fatto la cui conoscenza da parte dell'assicuratore avrebbe condotto a stimare con maggiore precisione il rischio del verificarsi del sinistro rappresentato dalla ricezione di una domanda risarcitoria e quindi il premio: da ciò consegue la fondamentale rilevanza che assumono in questo tipo di polizza gli obblighi informativi da parte dell'assicurato verso l'assicuratore. Il mercato assicurativo tende a neutralizzare tale asimmetria informativa mediante un attento *wording* delle polizze così da escludere la copertura per i c.d. "fatti noti" e imporre all'assicurato la comunicazione di qualsiasi circostanza che possa far ragionevolmente presumere la ricezione di una domanda risarcitoria, escludendo la copertura tanto per i primi quanto per le seconde non tempestivamente comunicate. Di fatto, tale formulazione delle polizze finisce per limitare moltissimo l'estensione della copertura e, comunque, rende critica la gestione della successione delle polizze perché l'assicurato è sempre in dubbio su quali eventi denunciare all'assicuratore per non incorrere in contestazioni da parte di quest'ultimo in caso di sinistro.

In attesa che tali questioni ricevano soluzione a livello di legislazione primaria o, quantomeno, trovino un'adeguata soluzione nel diritto vivente, ci si attendeva che i decreti attuativi della legge Gelli potessero contribuire a fare chiarezza su tali aspetti quantomeno per il settore sanitario.

In tale prospettiva, la bozza di decreto delegato è sicuramente apprezzabile perché si è sforzata di tracciare il perimetro dei fatti costituenti sinistro, spingendosi anche ad escludere la rilevanza di taluni fatti che spesso generano dubbi negli operatori.

Sono quindi da valutare senz'altro positivamente:

- la previsione della forma scritta per la richiesta di risarcimento (così da escludere tutte le incerte richieste magari orali fatte dal paziente o dai suoi parenti in momento di particolare dolore, sconforto o rabbia conseguente ad un ritenuto errore sanitario);
- l'inclusione nella nozione di sinistro, per le polizze del personale sanitario, della comunicazione della surroga prevista dagli art. 9 comma 5 e 6 (che va a colmare il dubbio che si poneva per i casi in cui la domanda risarcitoria non sia direttamente rivolta al personale ma solo alla struttura);
- l'esclusione dalla nozione di sinistro di eventi comuni (ma non univocamente indicativi della responsabilità del personale o della struttura) quali la richiesta di cartella clinica, l'esecuzione del riscontro autoptico, la querela e l'avviso di garanzia;
- la previsione che, in caso di richieste risarcitorie derivanti dalla medesima condotta, ciascuna richiesta costituisca autonomo sinistro.

Nella bozza di decreto mancano però alcune previsioni che sarebbero state opportune al fine di prevenire l'insorgenza di contenzioso in ordine all'operatività della copertura assicurativa prestata in regime di *claims made* e in particolare, si segnalano:

- l'assenza di previsioni riconducibili alla c.d. *deeming clause*. Si tratta di una clausola che consente all'assicurato di denunciare alla compagnia (e ottenere copertura) i fatti verificatisi nel periodo di copertura che potrebbero costituire oggetto di richiesta di sinistro che ancora non è stata ricevuta, svincolando così l'assicurato dalla ricezione della domanda risarcitoria da parte del terzo, così da sopperire alla causa di nullità (già rilevata dalla Suprema Corte con la ricordata sentenza 8894/2020). Inoltre, tale previsione è di grande utilità per evitare che compagnie con le quali dovesse essere stipulata assicurazione in epoca successiva contestino l'operatività della copertura rispetto a fatti che potrebbero considerare ormai noti;
- una definizione univoca di circostanza e di fatto noto e delle relative conseguenze: come detto in precedenza, in assenza di specifiche disposizioni di legge, rimettere integralmente la disciplina degli obblighi di informazione al testo di polizza (generalmente predisposte dagli assicuratori) può determinare non soltanto incoerenze tra i diversi contratti rendendo difficile la successione degli assicuratori nel tempo (ad esempio, l'assicurato potrebbe non dover denunciare un fatto ad una compagnia ma vedersi opporre la mancata denuncia dello stesso fatto da altra compagnia con la quale abbia stipulato un contratto successivamente), ma soprattutto incertezze in ordine alla conseguenza della mancata comunicazione, o alla comunicazione non dovuta (l'assicurato potrebbe comunicare ad una compagnia un fatto e la stessa potrebbe ritenerlo irrilevante agli effetti di polizza in quanto non rientrante nella nozione di sinistro. Al contrario, una successiva compagnia, sulla base di un diverso testo di polizza, potrebbe considerarlo fatto noto e, come tale, escluso dalla copertura).

A.2. RETROATTIVITÀ E ULTRATTIVITÀ

Su questo aspetto, la legge Gelli, fin dalla sua formulazione contiene già previsioni adeguate imponendo retroattività decennale e ultrattività di pari durata per il caso di cessazione dell'attività.

E' vero che la natura contrattuale della responsabilità, con conseguente termine decennale di prescrizione e la incerta individuazione del dies a quo di quest'ultima potrebbero rendere insufficiente la retroattività e/o l'ultrattività decennale, ma si tratta di una previsione comunque valutabile in termini positivi che potrebbe essere migliorata solo mediante la previsione di una polizza *claims made* "pura" in cui l'assicurazione venga prestata per le richieste di sinistro ricevute nel periodo di copertura a prescindere dal momento in cui il danno sia stato arrecato (il che equivale a dire che la retroattività è illimitata).

Tuttavia siffatta previsione verrebbe mal tollerata dal mercato assicurativo e potrebbe portare ad un'eccessiva contrazione dell'offerta sul mercato.

B. L'AZIONE DIRETTA NEI CONFRONTI DELLA COMPAGNIA ASSICURATRICE

La legge Gelli ha introdotto nel settore della responsabilità sanitaria l'azione diretta del danneggiato nei confronti della compagnia, mutuando un istituto che ha trovato finora applicazione nell'ambito della responsabilità obbligatoria per la circolazione dei veicoli (art. 144 cod. ass. prov.) e l'altrettanto obbligatoria assicurazione per gli incidenti venatori (art. 12, comma 10, Legge 157/92).

Come già si è accennato, l'analogia tra i tre settori è limitata alla sola obbligatorietà dell'assicurazione (peraltro, nel settore sanitario neppure assoluta, attesa la possibilità di adottare misure analoghe), mentre le notevoli differenze tra gli stessi richiederebbero un'attenta calibrazione dell'azione diretta in ambito di responsabilità sanitaria.

In particolare, i settori della Rc auto e della responsabilità venatoria vedono il mercato dominato da polizze dal contenuto pressochè standardizzato, basato sulla logica *loss occurrence*, che lasciano relativamente poco

spazio all'autonomia contrattuale con la conseguenza che le eccezioni astrattamente proponibili (cioè proponibili a prescindere dalle limitazioni previste dalla legge) dalle compagnie al terzo danneggiato sono anch'esse molto simili.

Nell'ambito della Rc sanitaria, invece, il trasferimento del rischio al mercato assicurativo può avvenire con modalità molto differenti, essendo possibili non solo la ritenzione dell'intero rischio mediante l'adozione di misure equivalenti, ma anche la convivenza di *Self insurance Retention* (SIR) e di polizza assicurativa. Inoltre, in quest'ultima è possibile l'inserimento di franchigie, spesso di importo anche assai rilevante. Il contenuto delle polizze, inoltre, può differire anche notevolmente, ad esempio sotto il profilo degli obblighi informativi, della retroattività, etc. etc..

A fronte di un panorama così articolato, la previsione dell'azione diretta del danneggiato verso la compagnia di assicurazione pone una serie di delicate questioni che devono trovare sintesi nel novero delle eccezioni opponibili dalla compagnia nei confronti del danneggiato.

L'art. 12 della legge Gelli prevede che la compagnia possa opporre solo le eccezioni previste dall'emanando decreto delegato e il superamento della somma per la quale l'assicurazione è prestata.

Il decreto delegato è quindi chiamato alla ricerca di un difficile equilibrio tra due opposte esigenze: da un lato, al fine di agevolare il paziente danneggiato, limitare al massimo le eccezioni opponibili (come già avviene nel settore RC auto ove l'art. 144 c. 2 cod. ass. prevede che "Per l'intero massimale di polizza l'impresa di assicurazione non può opporre al danneggiato eccezioni derivanti dal contratto, né clausole che prevedano l'eventuale contributo dell'assicurato al risarcimento del danno"). Dall'altro lato, al fine di promuovere lo strumento assicurativo al fine di aumentarne l'offerta sul mercato, garantire autonomia contrattuale nella redazione delle polizze (anche per gli aspetti connessi e, quindi, estendere le possibili eccezioni opponibili dall'assicurato anche nei confronti del danneggiato).

La bozza di decreto prevede solo quattro eccezioni:

- a) fatti dannosi derivanti dallo svolgimento di attività che non sono oggetto della copertura assicurativa;
- b) fatti generatori di responsabilità verificati e richieste di risarcimento presentate al di fuori dei periodi contemplati dall'art. 5;
- c) le limitazioni del contratto assicurativo di cui all'art. 1, comma 1, lettere q) ed r) con riferimento alle coperture assicurative di cui al comma 1 dell'art. 10 della Legge; si tratta di eccezione assai importante tenuto conto che nel settore della r.c. sanitaria è diffuso il ricorso a franchigie di importo anche molto elevato o il ricorso alla SIR.
- d) il mancato pagamento del premio.

Non sono state invece ammesse eccezioni relative all'aggravamento del rischio, per violazione dell'obbligo di avviso e salvataggio, di secondo rischio, così come le altre clausole che l'autonomia contrattuale abbia più o meno opportunamente inserito nella polizza.

Tra le eccezioni non opponibili, meritano una particolare menzione quelle derivanti dalla violazione degli obblighi informativi da parte dell'assicurato (non invocabili neppure qualora la reticenza sia dolosa), cosicché la compagnia si ritroverebbe obbligata a risarcire il danno anche qualora lo stesso costituisca il manifestarsi di un fatto noto o di una circostanza non comunicata in fase di assunzione. La mancata previsione di tale eccezione è condivisibile tenuto conto dell'attuale (eterogeneo) panorama della disciplina convenzionale degli obblighi informativi (e delle relative conseguenze). Tuttavia, l'inopponibilità di tale eccezione al danneggiato implica per le assicurazioni un notevole aumento del rischio che le stesse sono chiamate ad assumersi verso i terzi danneggiati (solo parzialmente temperato dalla possibilità di esercitare rivalsa verso l'assicurato per quanto la compagnia abbia corrisposto al danneggiato in conseguenza dell'inopponibilità allo

stesso delle eccezioni contrattuali e della surroga ai sensi dell'art. 1203 c.c. nei confronti di eventuali coobbligati solidali) e ciò potrebbe comportare un ostacolo all'incremento dell'asfittica offerta nel settore.

Anche in questo caso, l'introduzione di una disciplina legislativa degli obblighi informativi nelle polizze *claims made* potrebbe consentire un passo avanti nella ricerca dell'equilibrio tra le opposte esigenze.

C. LE MISURE ALTERNATIVE E LA CONCORRENZA CON IL SETTORE ASSICURATIVO

La bozza di decreto ha previsto una articolata disciplina delle misure alternative che prevede:

- la procedimentalizzazione dell'adozione delle misure alternative (art. 8 c. 2) mediante l'obbligo di una delibera approvata dai vertici delle strutture sanitarie che ne evidenzia le modalità di funzionamento e le motivazioni sottese;
- l'appostazione di un fondo rischi a copertura (art. 9) dei rischi individuabili al termine dell'esercizio, nel quale devono essere accantonati importi da determinare "in funzione della quantità delle prestazioni erogate e delle dimensioni della struttura ed è sufficiente a far fronte, nel continuo, al costo atteso per i rischi in corso al termine dell'esercizio". Va sottolineato come tale fondo non preveda indisponibilità in termini di cassa ed è prevista la ricostituzione del fondo qualora eventuali utilizzi dello stesso facciano ritenere insufficiente l'ammontare residuo;
- l'istituzione di un fondo riserva sinistri (art. 10) che comprende l'ammontare complessivo delle somme necessarie per fare fronte alle richieste di risarcimento presentate nell'esercizio in corso e in quelli precedenti, con espressa previsione di interoperabilità tra fondo rischi e fondo riserva sinistri, così da evitare la duplicazione degli importi accantonati (art. 10 bis);
- la certificazione del fondo rischi e del fondo riserva sinistri al fine di attestare la congruità degli importi accantonati;
- l'obbligo per ciascuna struttura di istituire una "funzione" (*rectius*, una commissione interna) di valutazione dei sinistri che dovrà avere al suo interno una serie di competenze specialistiche precisamente indicate (medicina legale, *loss adjuster*, avvocato interno dell'ufficio aziendale incaricato della gestione sinistri, gestione del rischio) e dovrà stimare i fondi da appostare a bilancio secondo i principi contabili e utilizzo di tecniche probabilistico attuariali. La congruità degli accantonamenti destinati a costituire il fondo rischi e il fondo riserva dovrà inoltre essere poi certificata dal collegio sindacale o da un revisore.

Le disposizioni contenute nella bozza di decreto sono da valutare in modo positivo perché sembrano ispirarsi alle *best practice* in materia con la costituzione di un comitato interdisciplinare di valutazione sinistri avente il compito di quantificare gli importi da appostare ma vanno evidenziate due osservazioni.

La prima è che il ricorso alle analoghe misure è previsto per qualsiasi struttura sanitaria, a prescindere dall'accertamento del requisito di sussistenza di potenziale solvibilità rispetto al rischio potenziale. Se ciò può essere comprensibile per le strutture pubbliche, lo è assai meno per quelle private, talune delle quali presentano situazioni economico-patrimoniali non solidissime, ovvero hanno una capitalizzazione molto ridotta (ad esempio operano mediante un affitto dell'azienda il cui valore resterebbe quindi "schermato" rispetto alla domanda risarcitoria) cosicché potrebbe essere assai difficoltoso per l'eventuale danneggiato ottenere il risarcimento del danno se non rivolgendosi direttamente ai sanitari (di fatto vanificando l'impianto complessivo della legge Gelli). Sarebbe quindi opportuno prevedere dei "requisiti minimi" per poter accedere alle analoghe misure, ovvero imporre l'obbligo di assicurarsi per rischi superiori a quelli cui la capitalizzazione della struttura sanitaria sarebbe in grado di fare fronte.

La seconda osservazione riguarda il fatto che la bozza non si è spinta fino al punto di indicare i principi da applicare nelle operazioni di quantificazione degli importi da appostare nel fondo rischi a copertura. Ciò potrebbe compromettere il corretto funzionamento dell'intero meccanismo perché, allo stato, non sembrano esistere principi contabili da utilizzare specificamente per la SIR e le regole ordinarie di contabilità

pubblica e privata applicabili non hanno un livello di dettaglio tale da circoscrivere adeguatamente la discrezionalità nella quantificazione delle somme da accantonare. Allo stato, quindi, la commissione interna godrebbe di una eccessiva discrezionalità che potrebbe condurre, in caso di comportamento eccessivamente prudentiale, a sottrarre risorse che potrebbero essere investite nella cura dei pazienti; in caso di comportamento eccessivamente disinvolto, invece, la struttura potrebbe ritrovarsi in grossa difficoltà a fare fronte ad eventuali richieste risarcitorie.

Non va poi dimenticato che l'adozione delle misure alternative comporta un delicato tema di autonomia dei componenti del comitato di valutazione dei sinistri i quali vengono nominati e remunerati dall'imprenditore ma è necessario che operino in modo assolutamente autonomo dalle istanze di quest'ultimo e spesso addirittura contro il suo interesse perché la quantificazione della riserva sinistri e del fondo rischi può assumere un ruolo rilevante nell'ambito del bilancio della struttura sanitaria e non è azzardato pensare che l'imprenditore alla guida della stessa possa esercitare pressione sui componenti della commissione al fine di ottenere un risultato più consono rispetto alla politica di bilancio perseguita.

In questo scenario, sarebbe opportuno limitare la discrezionalità dei componenti del comitato mediante la previsione di specifici principi contabili, l'ingiustificato scostamento dai quali possa essere rilevato anche in sede della prescritta certificazione della congruità del fondo rischi da parte del collegio sindacale o del revisore. L'attuale assenza di indicazioni specifiche al riguardo rende, invece, assai discrezionale l'intera attività di appostazione, con la conseguenza che i componenti del comitato si ritrovano esposti alle eventuali pressioni dell'imprenditore senza poter opporre la necessità di rispettare chiare indicazioni regolamentari. Inoltre, in assenza di principi contabili stringenti, anche la certificazione del fondo opportunamente prevista dal regolamento rischia di essere poco efficace perché anch'essa finisce per scontare un ampio margine di discrezionalità.

Proprio sulla introduzione di regole per la contabilizzazione dei fondi si è registrata una dialettica tra il mondo assicurativo e quello della sanità (soprattutto pubblica).

Il mondo assicurativo ritiene necessario estendere alle analoghe misure le previsioni di cui all'articolo 36-bis del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209 in materia di riserve tecniche dei rami danni, nonché le disposizioni di cui all'articolo 42 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209 in materia di registro degli attivi a copertura delle riserve tecniche ciò sia per offrire una regolamentazione "allo stato dell'arte" nel settore idonea a vincolare le valutazioni delle strutture, sia per garantire il necessario equilibrio con il mondo assicurativo.

Il mondo della sanità, invece, rivendica la diversa natura imprenditoriale delle imprese sanitarie rispetto a quelle assicurative e sostiene che l'"analogia" predicata dalla normativa di legge deve tradursi in una analoga capacità di gestire in modo solvibilmente efficace il rischio per l'utente dell'azienda eventualmente danneggiato, senza che ciò comporti necessariamente l'adozione degli stessi istituti normo-economici che devono essere impiegati dalle imprese assicuratrici.

Il problema che, in termini più generali, si intravede sullo sfondo del dibattito è quello della concorrenza tra i due sistemi, con il mondo assicurativo preoccupato di vedere estese alle analoghe misure gli istituti che lo gravano (anche sotto il profilo finanziario) e, al contrario, il mondo sanitario (specie pubblico), tradizionalmente in difficoltà con la gestione amministrativa e finanziaria, che vuole evitare l'imposizione di ulteriori vincoli.

A giudizio di chi scrive, le due realtà sono troppo diverse tra loro per giustificare l'automatica trasposizione di regole pensate per l'una all'altra e, forse, non è neppure corretto ipotizzare una sorta di concorrenza tra i due regimi per non snaturare eccessivamente il mondo della sanità. Si prenda ad esempio la gestione finanziaria: le compagnie di assicurazione notoriamente ricavano utili anche dall'investimento della liquidità derivante dai premi raccolti, mentre nel mondo sanitario la liquidità che potrebbe essere ottenuta (dal

mancato versamento) dei premi è opportuno che venga investita in primo luogo per garantire la solvibilità dell'ente in caso di sinistro e, comunque, per migliorare il servizio reso all'utenza, mentre è meno frequente pensare ad investimenti finalizzati principalmente ad assicurare utili. Ciò priva le strutture sanitarie di una possibile fonte di utili rispetto al mondo assicurativo.

Inoltre, le compagnie assicuratrici sono in grado di governare la percentuale di rischio che assumono dall'assicurato mediante la redazione delle condizioni di polizza: esclusioni, limitazione della retroattività, e altre clausole permettono di circoscrivere il rischio assunto, la parte residua del quale rimane in carico all'assicurato. Al contrario, la struttura che operi in regime di SIR trattiene integralmente il rischio al quale è soggetta non potendo valersi di alcuna clausola che possa limitare il rischio assunto.

Tali differenze tra le due soluzioni inducono a ritenere che non sia corretto ipotizzare una sorta di "concorrenza" tra le stesse ma sia forse più opportuno ragionare in termini di una sinergia che si può realizzare (ad esempio) quando la struttura trattienga la gestione dei rischi di minore entità e a trasferisca al mercato assicurativo solo quei rischi di maggiore entità (c.d. catastrofali) che avrebbe più difficoltà a gestire in modo autonomo.

Tuttavia, non va taciuto il rischio che l'ampiezza del rischio che l'assicuratore è costretto ad assumere per via dell'esiguità delle eccezioni opponibili nell'ambito dell'azione diretta e la necessità di contenere al massimo i premi (per renderli competitivi con la SIR) finisca per rendere poco attrattivo il settore della responsabilità sanitaria per le compagnie assicuratrici, con l'effetto paradossale di provocare una ulteriore diminuzione dell'offerta e ottenere così l'effetto contrario a quello che il legislatore ha inteso promuovere introducendo l'obbligatorietà dell'assicurazione in ambito sanitario.

E' quindi opportuno che il legislatore monitori l'evoluzione della situazione per verificare che la "convivenza" tra prodotti assicurativi e "analoghe misure" si evolva in modo equilibrato, senza la prevalenza di una sull'altra o che l'offerta assicurativa diminuisca ulteriormente. Nel caso si dovessero manifestare squilibri, potrebbe essere opportuno intervenire su ciascun settore cercando di individuare e rimuovere le criticità che ne frenano lo sviluppo, anziché introdurre accorgimenti per frenare la corsa dell'istituto "antagonista". In particolare, qualora a risultare recessivo fosse il mercato assicurativo, potrebbe ipotizzarsi un alleggerimento del carico fiscale sul premio di polizza (attualmente del 22,25%), così da ottenere una corrispondente riduzione del prezzo finale che potrebbe incentivare il ricorso allo strumento assicurativo.