



**Associazione Internazionale di Diritto delle Assicurazioni  
Sezione Lombarda**

**AIDA LOMBARDA  
(Gruppo di Lavoro Responsabilità Sanitaria)**

## **POSITION PAPER**

**SULL'ATTUALE DISCIPLINA DELLA RESPONSABILITÀ  
SANITARIA ED IL SUO REGIME ASSICURATIVO**

## INDICE

Introduzione ..... 4

### **SEZIONE – I –**

**Approfondimenti tematici** ..... 5

1. Possibile introduzione di una disciplina normativa della clausola claims made nell'assicurazione delle strutture sanitarie e degli esercenti la professione medica.  
*A cura dell'Avv. Carlo F. Galantini*.....5
2. Profili processuali del procedimento ex art.696 bis c.p.c. ed impatti sulla operatività delle Imprese assicurative.  
*A cura del Dott. Paolo Donato*..... 9
3. Il regime delle eccezioni opponibili dalla Compagnia di Assicurazione al terzo danneggiato.  
*A cura dell'Avv. Paolo Mariotti e dell'Avv. Raffaella Caminiti*.....12
4. Azione di rivalsa dinanzi alla Corte dei Conti per responsabilità erariale, rivalsa e azione in surroga dell'assicuratore nei confronti dell'esercente la professione sanitaria.  
*A cura dell'Avv. Carlo Galantini e dell'Avv. Carlotta Montano*.....19
5. Ritenzione del rischio, Autoassicurazione, Risk Retention Groups e “misure analoghe”: spunti di riflessione dal sistema statunitense in tema di Risk Financing Tools.  
*A cura della Dott.ssa Lydia Velliscig*..... 26
6. Fondi rischi regionali per l'accantonamento di risorse in vista dell'accadimento di sinistri e Fondi Regionali per la liquidazione dei sinistri (intervista ai vertici della ASL Emilia-Romagna).  
*A cura del Dott. Emilio Del Vecchio*..... 32

### **SEZIONE – II -**

**Criticità emerse e temi irrisolti nella Legge GELLI e nello Schema di decreto attuativo .... 35**

1. Regime del claim made
2. Ultime modifiche allo Schema di decreto – oggetto della garanzia assicurativa e sinistri in serie
3. Regime delle eccezioni opponibili
4. Profili processuali
5. Responsabilità amministrativa/erariale
6. Azione di rivalsa della struttura e surroga dell'assicuratore ex art. 1916 c.c.
7. Fatti noti
8. Misure veramente “analoghe”
9. Protocolli di gestione dei sinistri in “autoritenzione” e di quelli in assicurazione sotto e sopra franchigia
10. Fondi rischi e Fondi sinistri

**SEZIONE – III -**

**Suggerimenti e possibili soluzioni.....40**

1. Previsione normativa clausola claims made
2. Delimitazione oggetto della garanzia assicurativa e definizione di sinistro in serie
3. Eccezioni opponibili
4. Profili processuali art. 696 bis c.p.c.
5. Responsabilità Amministrativa / Erariale
6. In tema di surroga ex art. 1916 c.c.
7. Misure analoghe
8. Fondi
9. Gestione sinistri

## Introduzione

Il Gruppo di lavoro di A.I.D.A. Sez. Lombarda sulla Responsabilità sanitaria (in seguito “GDL Legge Gelli”) è nato dall’esigenza di approfondire alcune tematiche di rilievo concernenti l’assicurazione della responsabilità civile da “medical malpractice” delle strutture sanitarie e degli esercenti la libera professione sanitaria alla luce dell’emanazione della Legge 24/2017 (c.d. Legge “Gelli Bianco”) la quale, nelle more dell’approvazione del decreto attuativo di cui all’art. 10, comma 6, ha lasciato non pochi dubbi, soprattutto di carattere pratico.

Sono stati analizzati vari aspetti della nuova normativa al fine di comprendere quali avessero bisogno di un qualche approfondimento poiché maggiormente critici, poco chiari o particolarmente rilevanti per gli operatori del settore.

Sino alla data di redazione del presente Position Paper il decreto attuativo previsto dal citato art.10, comma 6 non è stato ancora emanato nella sua forma definitiva, tuttavia, una versione quasi definitiva di uno schema di decreto attuativo è stata presentata al MISE (in seguito: lo “Schema di decreto”) ed è tutt’ora all’esame delle competenti commissioni del medesimo Ministero in vista di una possibile approvazione.

Pertanto, il materiale normativo che il GDL Legge Gelli ha preso in esame ai fini della elaborazione del presente Position Paper è il testo della Legge Gelli Bianco unitamente al testo del citato Schema di decreto, che qui si unisce in allegato per pronto riferimento.

Il presente documento ha dunque lo scopo di fornire spunti di riflessione e, se del caso, suggerire possibili soluzioni applicative nella situazione normativa attuale, con uno sguardo prospettico a quella che, verosimilmente, potrà essere la disciplina completa dell’assicurazione delle strutture sanitarie e degli esercenti la professione sanitaria una volta approvato lo “Schema di decreto”.

Un ringraziamento va a tutti i membri del Comitato scientifico di AIDA Lombarda e degli studiosi che hanno prestato il loro disinteressato contributo per la elaborazione del presente lavoro.

Milano, 21.1.2022

Prof. Avv. Marco Frigessi di Rattalma

Avv. Carlo F. Galantini

### Componenti del Gruppo di Lavoro AIDA Lombarda Legge Gelli.

Prof. Avv. Marco Frigessi di Rattalma  
Avv. Carlo F. Galantini

Presidente Comitato scientifico AIDA Lombarda  
Membro Comitato scientifico AIDA Lombarda e  
Coordinatore Gruppo di lavoro “Legge Gelli”  
Membro Comitato scientifico AIDA Lombarda  
Membro Comitato scientifico AIDA Lombarda

Avv. Paolo Mariotti  
Dott.ssa Lydia Velliscig  
Dott. Denis Milan  
Dott. Paolo Donato  
Dott. Emilio Del Vecchio  
Avv. Raffaella Caminiti

## SEZIONE – I –

### APPROFONDIMENTI TEMATICI

#### 1) **Possibile introduzione di una disciplina normativa della clausola *claims made* nell'assicurazione delle strutture sanitarie e degli esercenti la professione medica.**

\* \* \*

A cura dell'Avv. Carlo F. Galantini

Sul tema della validità della clausola *claims made*, come sappiamo, la giurisprudenza di legittimità, da oltre un decennio, si è espressa con una nutrita serie di pronunce di vario segno fino a provocare l'intervento "nomofilattico" delle Sezioni Unite, che, con due note sentenze (la n. 9140/2016 e la n. 22437/2018), hanno stabilito principi che avrebbero dovuto mettere ordine nella materia, ma che, come vedremo, non sembrano risolvere le criticità in ordine agli aspetti pratici concernenti l'inserimento di tale clausola nei contratti.

##### 1.1. L'attuale quadro normativo.

Con la legge Gelli (L. n. 24/2017) è stato sancito un regime di estensione temporale della garanzia con previsione di una copertura retroattiva decennale, ma con esclusione della garanzia postuma.

Art. 11 L. 8.3.2017, n. 24: *“La garanzia assicurativa deve prevedere una operatività temporale anche per gli eventi accaduti nei **dieci anni antecedenti** la conclusione del contratto assicurativo, purché denunciati all'impresa di assicurazione durante la vigenza temporale della polizza. In caso di **cessazione definitiva** dell'attività professionale per qualsiasi causa deve essere previsto un periodo di ultrattività della copertura per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta entro i dieci anni successivi e riferite a fatti generatori della responsabilità verificatisi nel periodo di efficacia della polizza, incluso il periodo di retroattività della copertura. L'ultrattività è estesa agli eredi e non è assoggettabile alla clausola di disdetta.*

L'impostazione di tale scelta normativa traeva spunto e giustificazione nella convinzione di non ritenere necessaria alcuna ultrattività della garanzia, tanto più a fronte della continuità dell'obbligo di copertura imposto a esercenti e strutture ai sensi dell'art. 10.

L'unica previsione di postuma, sempre decennale, è stata inserita per il solo caso di cessazione di attività dell'esercente la professione sanitaria allorquando viene meno l'obbligo assicurativo.

Con riferimento al periodo di retroattività decennale, la nuova previsione normativa rappresenta certamente una novità positiva, risultando più adeguata alle esigenze degli esercenti la professione sanitaria, soprattutto alla luce del termine prescrizione decennale previsto, in caso di responsabilità contrattuale della struttura o del medico, per l'esercizio da parte dei pazienti del diritto ad ottenere il risarcimento di un danno da malpractice medica.

Senonché, corre l'obbligo di evidenziare che, come peraltro fatto rilevare dal giudice a quo nell'ordinanza di rinvio alle Sezioni Unite relativo al giudizio conclusosi con la sentenza n. 22437/2018, la concessione della garanzia retroattiva non risolve tutte le criticità del sistema claims made e, in particolare, non risolve le problematiche create dall'assenza di una garanzia postuma, seppur di durata limitata, in caso di prosecuzione dell'attività.

Problemi, infatti, possono sorgere nei casi in cui, a pochi giorni dalla scadenza della durata contrattuale, si verifichi un evento di malpractice, la richiesta danni pervenga successivamente alla cessazione del contratto (in assenza di postuma) e il medico abbia cambiato assicuratore, oppure, in sede di rinnovo abbia taciuto un simile evento, innescando una serie di eccezioni più o meno strumentali da parte degli assicuratori.

Sullo sfondo, poi, l'obbligo alla concessione della anteriorità di almeno dieci anni rappresenta un rischio alquanto gravoso per le Compagnie e, di certo, non agevola una inversione di tendenza rispetto alla progressiva diminuzione dell'interesse delle imprese ad esercitare in tale settore di rischio e contestuale innalzamento dei costi per la copertura a carico delle strutture sanitarie e dei singoli operatori.

Ciò pone la luce su un'ulteriore debolezza del sistema: dinanzi al perdurante obbligo per gli esercenti la professione sanitaria di essere dotati di una copertura assicurativa, ci sarà sempre meno offerta da parte delle Compagnie stante l'assenza di un corrispettivo obbligo a contrarre a carico delle Compagnie che, di per sé, rischia di vanificare parte della riforma.

### 1.2. Il contributo della Giurisprudenza di legittimità.

Come detto sono due le recenti sentenze pronunciate dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione sul tema della validità delle clausole claims made.

La pronuncia n. 9140/1916 delle Sezioni Unite, pur avendo statuito che le clausole claims made sono di per sé valide, aveva introdotto un generico criterio di valutazione, caso per caso, circa la meritevolezza di tali pattuizioni con la conseguenza che non vi erano strumenti sulla cui base gli operatori potessero agire, lasciando, quindi, ai soggetti interessati a far valere la invalidità delle clausole claims made (di tipo misto) ancora buoni argomenti per insistere nelle loro tesi difensive.

Con la **sentenza n. 22437/2018**, le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione sono tornate a pronunciarsi sull'argomento affermando che:

- le claims made delimitano l'oggetto del contratto e non sono limitative della responsabilità, quindi non sono vessatorie;
- il modello contrattuale basato sulle claims made rientra nell'assicurazione della responsabilità civile e rappresenta una deroga pattizia all'art. 1917 c. 1 c.c. consentita dall'ordinamento ai sensi dell'art. 1932 c.c. e confermata dalle recenti scelte legislative sopra menzionate;
- non si impone un test di meritevolezza degli interessi perseguiti, ex art. 1322 c. 2 c.c., giacché quest'ultimo è ancorato al presupposto di un'atipicità contrattuale, mentre il modello assicurativo basato sulle claims made è ormai tipizzato;
- il vaglio del giudice deve riguardare la “causa in concreto” del contratto, ossia quella che ne rappresenta lo scopo pratico, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso negozio è concretamente diretto a realizzare, quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato.

Ebbene, anche questa pronuncia, in realtà, non ha risolto alcune importanti criticità applicative, fra cui:

- la valutazione sulla correttezza e buona fede nelle trattative (1337 c.c.) per la stipula del contratto, improntate alla esigenza di fornire un “prodotto adeguato” alle effettive esigenze del contraente;
- l’adeguatezza in sé del contratto (art.58 del Regolamento IVASS n.40/2018), con ripercussioni dirette sulla esistenza o meno della «causa in concreto» dello stesso<sup>1</sup>.

Non può, inoltre, ignorarsi il fatto che, proprio di recente, la III sezione della Corte di cassazione, con la sentenza n.8894/2020, pur non disconoscendo la validità della soluzione ermeneutica fornita dalle Sezioni Unite, tuttavia, per come si presentava la situazione concreta oggetto del contendere, ha deciso che la clausola *claims made* dedotta in causa fosse da ritenersi nulla perché avente per effetto di stabilire una decadenza contrattuale che avrebbe reso troppo difficoltoso l’esercizio dei diritti derivanti dal contratto assicurativo ai sensi dell’art.2956 c.c., contribuendo così ad introdurre fra gli operatori un ambito di incertezza che si credeva ormai superato (la situazione è ben stigmatizzata da Rossetti nel suo articolo: *La clausola claims made e la profezia di Lutero*, in *Assinews* n.332, luglio-agosto 2021).

L’interprete e l’operatore, quindi, si trovano e si troveranno a dover ancora affrontare molte criticità nel valutare *ex ante*, o nel decidere *ex post*, la reale efficacia delle clausole «*claims made*» inserite nei contratti di assicurazione della Responsabilità civile.

A tacere del fatto che le conseguenze più immediate di questo orientamento sono destinate ad impattare in via prioritaria sul ruolo dell’intermediario, che, a sua volta potrà essere indotto ad allontanarsi da questa linea di business.

### 1.3. Proposta di regolazione normativa della clausola Claims Made.

Risulta evidente che sia la Legge Gelli sia l’ultima pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione non forniscono risposte pratiche e risolutive rispetto alle residue criticità relative all’introduzione delle clausole *claims made* nei contratti assicurativi per la responsabilità civile sanitaria.

La mia personale convinzione è che, a questo punto, la problematica possa essere risolta solo mediante un intervento legislativo *ad hoc* consistente nella inserzione nel Codice Civile di una disposizione specifica (che potrebbe essere rubricata 1917 bis), atta a disciplinare l’assicurazione della responsabilità civile in forma di «*claims made*».

In tale articolo si potranno inserire tutte le previsioni relative alla anteriorità, alla postuma, alle circostanze ed alle condizioni di assicurabilità sino ad ora elaborate nelle *best practices* dei paesi che tale forma di garanzia hanno coniato e che, a prescindere da disquisizioni accademiche, potrebbero fornire una base affidabile per orientare gli operatori del settore oltre che gli stessi assicurati.

---

<sup>1</sup> Sul punto mi sia concesso di evidenziare la incompatibilità - a mio avviso assoluta - dell’applicazione di tale principio giurisprudenziale alla materia assicurativa. Ed invero, l’applicazione della teoria della causa in concreto del contratto assicurativo, da interpretarsi come il motivo specifico del singolo contraente a stipulare il contratto, sembra porsi in contrasto con l’esigenza di applicare il contratto a fattispecie di rischio omogenee e proprie della comunità dei soggetti esposti al medesimo rischio.

Inoltre, attribuendo rilevanza al motivo concreto che spinge il singolo contraente a stipulare il contratto assicurativo con prevalenza rispetto a quelli che appaiono essere i bisogni di un determinato target di clientela, si rende oltremodo difficile e aleatoria la valutazione di adeguatezza compiuta dall’intermediario.

Le possibili linee guida che, a mio avviso, il legislatore dovrebbe seguire nell'elaborare il testo del nuovo art. 1917 bis sono le seguenti:

- a) stabilire che l'assicurazione della responsabilità civile nella forma «claims made» copre le conseguenze patrimoniali pregiudizievoli derivanti da una richiesta risarcitoria avanzata per la prima volta contro l'assicurato in conseguenza di un atto commesso nel corso della durata del contratto di assicurazione e del quale il medesimo assicurato sia tenuto a rispondere ai sensi di legge;
- b) stabilire che l'assicurazione vale anche per atti commessi in un periodo precedente alla data di inizio della copertura non inferiore a 5 anni;
- c) in deroga all'1892 c.c., prevedere l'annullabilità del contratto o la liberazione dell'assicuratore solo in caso di dichiarazioni false o reticenti commesse con dolo, ritenendo inclusi i fatti e le circostanze taciuti con colpa grave; correlativamente stabilire la non applicabilità della previsione dell'art.1893 eliminando il diritto di recesso dell'assicuratore nonché la riduzione dell'indennizzo dovuto in caso di dichiarazioni inesatte e reticenze senza dolo o colpa grave, ritenendo inclusi i fatti e le circostanze taciuti con colpa lieve;
- d) prevedere che l'assicurazione vale anche per le richieste risarcitorie avanzate nei 5 anni successivi al termine della durata del contratto purché relative ad atti commessi nel periodo di durata della copertura, incluso il periodo di anteriorità; con la precisazione che questa estensione potrebbe essere prevista 'a secondo rischio', ogniqualvolta il medesimo claim sia coperto da altra polizza stipulata successivamente;
- e) prevedere che l'assicurato, quando teme ragionevolmente che da un certo atto possa derivargli qualche responsabilità professionale, possa denunciare tale circostanza la quale venga equiparata alla richiesta risarcitoria, facendo così operare la polizza anche se il reclamo viene avanzato oltre al termine di scadenza del contratto ed anche oltre i 5 anni previsti per la postuma sino a che si compia la prescrizione dei diritti del soggetto danneggiato;
- f) stabilire che l'assicurazione in forma claims made non è ammissibile nei rapporti con assicurati che appartengano alla categoria dei consumatori.

## 2) **Profili processuali del procedimento ex art.696 bis c.p.c. ed impatti sulla operatività delle Imprese assicurative.**

\* \* \*

A cura del Dott. Paolo Donato

Dall'esperienza pratica di questi primi tre anni e mezzo di applicazione della legge Gelli appare chiaro che il sistema previsto nell'art. 8 della legge Gelli e, in particolare, l'utilizzo della consulenza preventiva a fini conciliativi come condizione di procedibilità, non abbia raggiunto gli obiettivi che erano stati enunciati dal legislatore al momento della pubblicazione della norma.

### a. L'obiettivo del contenimento dei tempi del contenzioso non può dirsi raggiunto.

Nella pratica, nel contesto del procedimento ex art. 696bis cpc assai raramente le parti riescono a trovare un accordo e invariabilmente il contenzioso prosegue con il rito sommario ex art. 702bis cpc nel quale peraltro si verifica spesso la conversione del rito in rito ordinario con ulteriore dilatazione dei tempi. Si tengano presenti i tempi necessari per il procedimento ex art. 696bis cpc nel quale, pur venendo l'udienza normalmente fissata a pochi giorni di distanza dalla notifica del ricorso e del decreto di fissazione d'udienza, i tempi per l'esecuzione della perizia vengono poi fissati in mesi e spesso sono accordate proroghe e, in aggiunta i tempi per il rito sommario che quasi mai si conclude di per sé in una sola udienza come propagandato dai suoi sostenitori (e che comunque sconta termini di comparizione iniziali) e che spesso, in tema di responsabilità civile sanitaria (specie quando esso è avviato prima della conclusione del procedimento ex art. 696bis cpc per il rispetto dei termini di cui all'art. 8 della legge Gelli), subisce la conversione in rito ordinario caratterizzato dalla sua tempistica non proprio celere che tutti conosciamo. Inoltre, anche la fine del primo grado non garantisce la stabilità della decisione in quanto il c.d. "filtro in appello" non ha mai realmente funzionato ed è ancor di più difficile applicazione nel contesto del rito sommario laddove la decisione di primo grado è costituita da un'ordinanza a motivazione succinta e non da una sentenza a motivazione piena;

### b. Anche l'obiettivo del contenimento dei costi non può dirsi raggiunto.

Infatti occorre considerare sul punto che, in genere (anche se una recentissima giurisprudenza pare di opinione contraria), i giudici onerano del pagamento delle competenze dei consulenti d'ufficio la sola parte ricorrente e che tutte le parti sono soggette al pagamento delle competenze dei propri legali e consulenti (fatto salvo il caso di inammissibilità "inescusabile" del ricorso che può comportare l'applicazione del principio di soccombenza in luogo della compensazione integrale delle spese). Inoltre, essendo prevista la collegialità della CTU, occorre tenere conto sia dell'onorario del medico legale che dello specialista e la situazione è identica per il collegio dei consulenti di parte. Inoltre, per il procedimento ex art. 696bis cpc è necessario il ministero di un difensore e quasi sempre, a meno di inammissibilità del ricorso, sussiste un regime di compensazione integrale delle spese.

### c. Anche l'obiettivo del contenimento del numero delle cause di merito in materia di rc sanitaria non può dirsi raggiunto posto che quasi mai viene raggiunto un accordo in sede di procedimento ex art. 696bis cpc.

Inoltre, sussistono, a parere di chi scrive, evidenti problematicità sulla "qualità" della stessa istruzione probatoria anticipata a mezzo della consulenza ex art. 696bis cpc.

In primo luogo occorre rilevare che nella pratica l'obbligo posto dalla legge Gelli della nomina di un collegio di consulenti d'ufficio costituito da un medico legale "generalista" e da uno o più specialisti nella materia del contendere viene spesso disatteso e che, non prevedendo la normativa alcuna sanzione per tale violazione, le conclusioni, spesso errate, elaborate da consulenti d'ufficio che non siano esperti della specifica materia oggetto della vertenza, vengono automaticamente e acriticamente assunte come base per la motivazione nella decisione del successivo giudizio per rito sommario.

Anche la stessa formulazione dei quesiti è fonte molto spesso di problemi "di qualità" in quanto in molti tribunali, il testo dei quesiti viene stabilito in modo standard dallo stesso ufficio giudiziario e spesso il giudice non adegua tale "formula" al caso in concreto che deve essere oggetto di esame. La mancanza di un sistema preciso di preclusioni facilita inoltre la deduzione di elementi nuovi e la produzione di mezzi di prova nuovi "a sorpresa" e anche a operazioni peritali già iniziate con inevitabili problematiche in ordine al rispetto del principio del contraddittorio qualora tali elementi e tali "prove" siano assunte dai CTU, inaudita altera parte e quindi direttamente incluse nel testo della relazione senza un previo esame delle parti e una discussione su di esse.

Il tutto in un sistema che a regime, accanto all'azione diretta nei confronti dell'assicuratore, non prevede né un contenuto minimo della richiesta di risarcimento, né un adeguato *spatium deliberandi* e neppure un diritto di accesso agli atti per l'assicuratore che possa realmente soddisfare le sue esigenze di completezza istruttoria e quindi, di riflesso, possa agevolare un accordo fra le parti.

Infine, ci sono dubbi anche sulla conciliazione, che, nelle intenzioni del legislatore, doveva costituire il vero "core" dell'istituto.

Nella pratica occorre dire innanzi tutto che la conciliazione è spesso condotta in modo sbrigativo e senza una partecipazione attiva dei CTU che si limitano solo a recepire le posizioni delle parti e a registrare l'eventuale avvicinamento delle stesse grazie all'opera del ricorrente e del resistente e senza alcun impeto propositivo da parte dei consulenti stessi.

Del resto, l'oggetto stesso della conciliazione nell'ambito del procedimento di cui all'art. 696bis cpc appare caratterizzato da un grave equivoco di fondo.

Secondo la giurisprudenza più autorevole (che si allinea peraltro a quanto disposto in tema di CTU nel codice di procedura civile) i CTU non dovrebbero poter discutere di tematiche giuridiche, elementi che sono riservati esclusivamente alla ponderazione del giudice.

Ora, è chiaro a chiunque che un'attività di conciliazione che sia esaustiva nell'ambito del procedimento ex art. 696bis cpc in tema di responsabilità civile sanitaria deve per forza contemplare la traduzione in possibili termini economici delle conclusioni medico legali accertate nel corso della CTU stessa nel suo momento "percipiente" di istruzione probatoria anticipata.

La traduzione della invalidità permanente o della temporanea, delle conseguenze sul lucro cessante oppure del decesso di una persona in termini monetari implica però sempre l'applicazione del principio di valutazione equitativa e quindi presuppone un ragionamento in termini esclusivamente giuridici che risulterebbe precluso ai consulenti tecnici d'ufficio.

Tenuto conto di tale "limite" che è molto sentito nei fatti dai consulenti tecnici, si può allora facilmente spiegare l'atteggiamento passivo assunto dai consulenti stessi nell'ambito della conciliazione, con la speranza che le argomentazioni giuridiche siano esposte, e possibilmente condivise, dalle parti.

In una situazione come questa è ovvio che un accordo potrà essere trovato o non trovato a prescindere dall'attività dei consulenti tecnici e quindi ci si deve seriamente chiedere se la conciliazione così strutturata nell'ambito del procedimento ex art. 696bis cpc, specie nella materia della responsabilità civile sanitari, abbia ancora ragione di esistere.

A rigori infatti l'unica "conciliazione" che potrebbe essere governata dai consulenti senza invadere l'ambito dei poteri del giudice sarebbe quella relativa al raggiungimento di un accordo sugli elementi strettamente connessi all'accertamento medico legale del caso (punti di invalidità permanente, giorni e percentuale di invalidità temporanea, grado di specifica lavorativa, grado di sofferenza soggettiva, nesso causale fra decesso e sinistro ecc..) ma un accordo solo su tali temi senza considerare la traduzione di questi elementi in termini economico – risarcitori sarebbe inevitabilmente parziale e non permetterebbe la risoluzione completa della lite.

Lo stesso obbligo di collegialità dei consulenti nel procedimento ex art. 696bis cpc e, quindi, anche nella sua fase conciliativa, previsto dalla legge Gelli nella materia della responsabilità civile sanitaria, non facilita certo l'attività conciliativa. Se infatti è molto spesso arduo per un conciliatore "monocratico" trovare i mezzi e le soluzioni per compulsare le parti verso un accordo ci si chiede come materialmente sia possibile per un collegio svolgere una tale attività dovendo prima raggiungere al proprio interno una univocità di opinione e di intenti per poi presentarsi con una visione unica sul caso rispetto alle parti.

Inutile dire che tutto ciò è molto difficile specie in una materia quale quella della responsabilità civile sanitaria nella quale le teorie scientifiche spesso non sono completamente in accordo e quindi dove può essere relativamente facile comporre un collegio costituito da membri che su una certa questione magari la pensano in maniera diametralmente opposta.

La previsione dell'obbligo di collegialità per le consulenze mediche d'ufficio da parte della legge Gelli (e della legge Balduzzi prima di quella) e inserire quale condizione di procedibilità per l'azione di merito un procedimento quale quello di cui all'art. 696bis cpc caratterizzato non solo dall'intento di anticipazione dell'istruzione probatoria ma anche e soprattutto da un fine conciliativo e "costruito" nell'ambito del codice di procedura civile sulla base di un consulente medico d'ufficio "monocratico" non è stata quindi una buona idea e contribuisce anch'essa a rendere la "macchina" conciliativa molto meno efficiente di quanto sperato dal legislatore.

È possibile "rinvigorire" l'istituto della consulenza preventiva a fini di conciliazione della lite nell'ambito della responsabilità civile sanitaria senza modifiche legislative?

A questo fine si potrebbe consentire l'esecuzione della consulenza ex art. 696bis cpc con la partecipazione del giudice, come è pure possibile in ambito di CTU "classica" (sebbene sia una situazione poco frequente), separando nettamente l'ambito dell'istruttoria preventiva di esclusiva competenza dei componenti del collegio dei consulenti medico legali, da quello della conciliazione (per i temi "giuridici") di competenza esclusiva del giudice e si dovrebbe optare per un'applicazione rigida del principio del contraddittorio nello svolgimento del procedimento consentendo tempi più lunghi fra notifica del ricorso e prima udienza per dare modo alla parte resistente di poter esaminare gli elementi e i documenti prodotti da parte ricorrente insieme all'atto introduttivo e per dare modo alla parte ricorrente di esaminare gli elementi e i documenti prodotti da parte resistente nella sua memoria di costituzione e non ammettendo elementi o documenti ulteriori rispetto a quelli prodotti già negli atti introduttivi se non previa disposizione a tutte le parti e discussione sull'ammissibilità e

rilevanza degli stessi previo rinvio da parte dei consulenti tecnici al giudice per la trattazione di tali incumbenti di governo processuale.

Nell'ambito della sua potestà conciliativa dovrebbe anche essere consentito al giudice di poter formulare alle parti la proposta di transazione ex art. 185bis cpc quale ulteriore strumento per spingere le parti stesse all'accordo senza accedere al successivo giudizio di merito.

Del resto, tale approccio è già seguito in parecchi istituti "similari" al procedimento ex art. 696bis cpc presenti in altri ordinamenti quali ad es. la *schriftliche Begutachtung* del diritto tedesco (paragrafi 485 e ss della ZPO), il *référé probatoire* del diritto francese (art. 145 e ss del nuovo codice di procedura civile francese) e la *neutral expert fact finding* della tradizione anglosassone.

Anche nella mediazione di diritto italiano, indicata anch'essa dalla legge Gelli come condizione di procedibilità alternativa al procedimento ex art. 696bis cpc, l'attività di accertamento è demandata ad uno o più "consulenti di ufficio" medici legali mentre l'attività conciliativa è svolta dal solo mediatore.

L'esito della CTU non dovrebbe infine essere considerato come "perfetto" nel successivo giudizio per rito sommario nel caso in cui sia mancata la collegialità dei consulenti prevista dalla legge Gelli oppure siano stati formulati dal giudice in sede di procedimento ex art. 696bis cpc dei quesiti sulla base di formule standard non adeguatamente "confezionati" per il caso in concreto in esame.

In difetto dell'adozione di una prospettiva interpretativa come quella sopra suggerita, al fine di dare nuova linfa all'istituto della consulenza preventiva ai fini di conciliazione della lite in ambito sanitario e di tentare di raggiungere gli ambiziosi obiettivi posti dal legislatore, non si potrà che sollecitare una modifica della normativa con tutte le inevitabili incognite temporali e modali tipiche del legislatore italiano.

### **3) Il regime delle eccezioni opponibili dalla Compagnia di Assicurazione al terzo danneggiato.**

\*\*\*

A cura dell'Avv. Paolo Mariotti e dell'Avv. Raffaella Caminiti

Con l'entrata in vigore delle disposizioni della Legge Gelli-Bianco<sup>2</sup> sull'azione diretta (articolo 12<sup>3</sup>), il paziente danneggiato che intenda rivolgersi, ai fini risarcitori, direttamente all'Assicuratore della

---

<sup>2</sup> Legge 8 marzo 2017, n. 24 - Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie, in G.U. Serie Generale n. 64 del 17 marzo 2017.

<sup>3</sup> Art. 12 Azione diretta del soggetto danneggiato.

*Fatte salve le disposizioni dell'articolo 8, il soggetto danneggiato ha diritto di agire direttamente, entro i limiti delle somme per le quali è stato stipulato il contratto di assicurazione, nei confronti dell'impresa di assicurazione che presta la copertura assicurativa alle strutture sanitarie o sociosanitarie pubbliche o private di cui al comma 1 dell'articolo 10 e all'esercente la professione sanitaria di cui al comma 2 del medesimo articolo 10.*

*Non sono opponibili al danneggiato, per l'intero massimale di polizza, eccezioni derivanti dal contratto diverse da quelle stabilite dal decreto di cui all'articolo 10, comma 6, che definisce i requisiti minimi delle polizze assicurative per le strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private e per gli esercenti le professioni sanitarie di cui all'articolo 10, comma 2.*

*L'impresa di assicurazione ha diritto di rivalsa verso l'assicurato nel rispetto dei requisiti minimi, non derogabili contrattualmente, stabiliti dal decreto di cui all'articolo 10, comma 6.*

struttura (pubblica o privata) o dell'esercente la professione sanitaria potrà farlo senza sentirsi opporre, dall'impresa assicuratrice, eccezioni fondate su un contratto alla cui formazione non ha preso parte e, dunque, rispetto al quale è del tutto estraneo.

Più precisamente, secondo quanto statuito al secondo comma del citato articolo, non possano essere opposte al danneggiato eccezioni *ex contractu* differenti da quelle fissate nel decreto attuativo, che sarà emanato dal Ministro dello sviluppo economico (di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze) ex articolo 10, comma 6, e che indicherà, ulteriormente, i requisiti minimi delle polizze assicurative riguardanti le strutture sanitarie e gli esercenti le professioni sanitarie.

L'emanando decreto dovrà dunque chiarire quali siano le eccezioni opponibili al paziente/creditore, così da non vanificare, di fatto, l'azione diretta nei confronti della Compagnia assicuratrice del danneggiante (struttura o professionista sanitario), neutralizzandone gli effetti attraverso l'opposizione di eccezioni contrattuali<sup>4</sup>.

In attesa di conoscere il testo definitivo del decreto attuativo, è comunque possibile svolgere, sin d'ora, alcune considerazioni sulla portata concreta di questa norma.

*Nulla quaestio* sull'opponibilità del limite del massimale, anche a fronte del tenore letterale del secondo comma dell'articolo 12<sup>5</sup>.

Ai sensi dell'articolo 7, nel testo di cui all'ultima bozza del decreto attuativo:

*Sono **opponibili al danneggiato**, previa sottoscrizione di clausola contrattuale da approvare specificamente per iscritto, le seguenti **eccezioni**:*

*a) i fatti dannosi derivanti dallo svolgimento di **attività che non sono oggetto della copertura assicurativa**;*

*b) fatti generatori di responsabilità verificatisi e le richieste di **risarcimento presentate al di fuori dei periodi contemplati dall'articolo 5**;*

*c) le **limitazioni quantitative** del contratto assicurativo di cui all'articolo 1, comma 1, lettere r) e s);*

*d) il **mancato pagamento del premio**.*

L'articolo 1 della bozza contiene le definizioni applicabili ai sensi e per gli effetti del decreto attuativo. In particolare:

---

*Nel giudizio promosso contro l'impresa di assicurazione della struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata a norma del comma 1 è litisconsorte necessario la struttura medesima; nel giudizio promosso contro l'impresa di assicurazione dell'esercente la professione sanitaria a norma del comma 1 è litisconsorte necessario l'esercente la professione sanitaria. L'impresa di assicurazione, l'esercente la professione sanitaria e il danneggiato hanno diritto di accesso alla documentazione della struttura relativa ai fatti dedotti in ogni fase della trattazione del sinistro.*

*L'azione diretta del danneggiato nei confronti dell'impresa di assicurazione è soggetta al termine di prescrizione pari a quello dell'azione verso la struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata o l'esercente la professione sanitaria. Le disposizioni del presente articolo si applicano a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto di cui al comma 6 dell'articolo 10 con il quale sono determinati i requisiti minimi delle polizze assicurative per le strutture sanitarie e sociosanitarie e per gli esercenti le professioni sanitarie.*

<sup>4</sup> L'azione diretta è precipuamente volta a rafforzare la tutela del danneggiato.

<sup>5</sup> Recita espressamente l'articolo 12, comma 2: "per l'intero massimale di polizza".

- lettera r) **SIR**: (*Self Insurance Retention*) quota di rischio non trasferita al mercato assicurativo e gestita in proprio dalla struttura assicurata anche in termini di gestione, istruzione e liquidazione del sinistro;
- lettera s) **franchigia**: elemento integrante della polizza di assicurazione che costituisce la parte del danno che rimane a carico dell'assicurato ed espressa in valore assoluto. La opposizione di franchigia impegna comunque l'assicuratore alla gestione del sinistro.

Il decreto attuativo, almeno nella sua attuale versione, definisce così le eccezioni opponibili al danneggiato anche ai fini di quanto previsto dall'articolo 12 della Legge Gelli-Bianco, le cui disposizioni si applicheranno a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto stesso.

Per quanto riguarda l'eccezione di cui alla **lettera a)**<sup>6</sup>, la copertura assicurativa potrà garantire soltanto le **attività tipicamente svolte dalla struttura sanitaria** (o sociosanitaria) o dall' esercente la professione sanitaria (attività intese nel loro complesso), escludendo le ipotesi di fatti dannosi che siano, invece, frutto di attività che esulano da quelle propriamente rientranti nel rischio assicurato.

Ad essere assicurata è la responsabilità ordinariamente riconducibile all'attività medico-sanitaria (principalmente, prevenzione, diagnosi, cura, assistenza e riabilitazione). È opponibile anche il regime temporale di operatività della garanzia di cui all'articolo 11 della Legge Gelli-Bianco<sup>7</sup> (**lettera b)**<sup>8</sup>). Viene, dunque, in rilievo la delimitazione contrattuale correlata **al tempo della prestazione e alla ricezione della richiesta risarcitoria**.

Il riferimento è chiaramente al **regime claims made**, con operatività temporale della garanzia assicurativa anche per gli eventi accaduti nei dieci anni precedenti la conclusione del contratto assicurativo.

L'articolo 5 del decreto - cui l'eccezione in commento fa riferimento - chiarisce l'efficacia temporale della garanzia assicurativa, precisando, in particolare, al comma 1:

*la garanzia assicurativa è prestata nella forma “claims made” operando per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta nel periodo di vigenza della polizza e riferite a fatti generatori della responsabilità verificatisi in tale periodo e nei dieci anni antecedenti la conclusione del contratto assicurativo. In caso di sinistro in serie la garanzia assicurativa opera per il sinistro denunciato con la prima richiesta.*

---

<sup>6</sup> I fatti dannosi derivanti dallo svolgimento di attività che non sono oggetto della copertura assicurativa.

<sup>7</sup> Art. 11 Estensione della garanzia assicurativa

*La garanzia assicurativa deve prevedere una operatività temporale anche per gli eventi accaduti nei dieci anni antecedenti la conclusione del contratto assicurativo, purché denunciati all'impresa di assicurazione durante la vigenza temporale della polizza. In caso di cessazione definitiva dell'attività professionale per qualsiasi causa deve essere previsto un periodo di ultrattività della copertura per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta entro i dieci anni successivi e riferite a fatti generatori della responsabilità verificatisi nel periodo di efficacia della polizza, incluso il periodo di retroattività della copertura. L'ultrattività è estesa agli eredi e non è assoggettabile alla clausola di disdetta.*

<sup>8</sup> Fatti generatori di responsabilità verificatisi e le richieste di risarcimento presentate al di fuori dei periodi contemplati dall'articolo 5.

L'eccezione di cui alla **lettera c)**<sup>9</sup> consente di eccepire al danneggiato la quota di rischio non trasferita al mercato assicurativo, da parte della struttura sanitaria (o sociosanitaria), per la gestione in **SIR (Self Insurance Retention)** dei sinistri (articolo 1, comma 1, lettera r), così come per la **franchigia** (articolo 1, comma 1, lettera s), quale parte del danno risarcibile al terzo che resta a carico dell'Assicurato/contraente (struttura sanitaria o sociosanitaria e/o professionista sanitario)<sup>10</sup>.

Questa disposizione, a dir il vero prevedibile già secondo i primi commentatori della Legge Gelli-Bianco, è di intuibile rilievo, anche alla luce del fatto che, attualmente, le polizze comunemente offerte nel comparto sanitario prevedono, di regola, diverse franchigie, per lo più di importi molto elevati.

Va rilevato che la SIR pone a carico dell'Assicurato/contraente una considerevole parte del rischio: a differenza della franchigia, che costituisce un limite contrattuale, il sistema assicurativo fondato sulla SIR comporta, di fatto, l'estraneità rispetto al contratto assicurativo di quei sinistri che ricadono entro una determinata soglia, gravando sull'Assicurato/contraente ogni onere di gestione - oltre che di liquidazione - dei sinistri stessi. In questa prospettiva può affermarsi che la SIR tracci il confine tra ciò che rientra e ciò che fuoriesce dalla copertura assicurativa<sup>11</sup>.

Senz'altro opportuna sarà l'esplicitazione, nel testo dell'emanando decreto, che per "franchigia" debba intendersi anche la **franchigia aggregata annua**.

Una diversa interpretazione, del resto, renderebbe insostenibile il rischio da parte delle Compagnie assicurative (ovvero il rilascio di polizze a condizioni di premio sostenibili, soprattutto per quanto concerne il rischio di strutture sanitarie complesse).

È noto, infatti, che le franchigie rappresentino un rilevante strumento attuariale per l'assunzione del rischio nell'ambito della RC sanitaria.

Di regola, la polizza stipulata dall'ente ospedaliero prevede una franchigia aggregata annua a carico dell'Assicurato/contraente, intendendosi come tale l'ammontare sino a concorrenza del quale quest'ultimo assume a proprio carico il pagamento di tutte le somme liquidate a termini contrattuali per il risarcimento dei danni relativi a sinistri rientranti in un determinato periodo assicurativo annuo.

Soltanto dopo che il totale dei risarcimenti pagati ha esaurito la franchigia aggregata annua, l'Assicuratore risponde delle ulteriori somme liquidate (in altri termini, l'Assicuratore non paga i sinistri fintantoché il loro importo complessivo non esaurisca il tetto massimo previsto contrattualmente).

---

<sup>9</sup> Le limitazioni quantitative del contratto assicurativo di cui all'articolo 1, comma 1, lettere r) e s).

<sup>10</sup> Si evidenzia che il testo dell'articolo 12, diversamente dall'articolo 144, comma 2 cod. ass., non fa riferimento alle "clausole che prevedano l'eventuale contributo dell'assicurato al risarcimento del danno".

<sup>11</sup> *Ex ceteris*, v. PARTENZA, *L'assicurazione della responsabilità sanitaria post riforma Gelli e le criticità del mercato: una mancata risposta a bisogni reali*, in [www.rivistaresponsabilitamedica.it](http://www.rivistaresponsabilitamedica.it): "[...] *Del resto, ove si volesse ipotizzare che le SIR rientrino fra le eccezioni non opponibili al terzo, si finirebbe per privare le stesse di qualsiasi utilità attesa, sia sotto il profilo del coinvolgimento dell'assicurato nella gestione del rischio clinico ed assicurativo, sia sotto quello del contenimento dei costi dal momento che sicuramente i premi non potrebbero rimanere così contenuti come in presenza di un'area di ritenzione del rischio allorché l'assicuratore dovesse trovarsi esposto anche al di sotto della soglia di non assicurazione*".

Del tutto lecita è, infine, la tutela dell'impresa assicuratrice di cui alla **lettera d)**<sup>12</sup> per l'ipotesi di **omesso pagamento del premio** da parte dell'Assicurato/contraente, diretto a coprire il rischio proprio della causa negoziale.

Ciò in ragione della natura stessa del vincolo contrattuale, nonché alla luce del principio di necessaria corrispondenza tra ammontare del premio dovuto dall'Assicurato/contraente e contenuto dell'obbligazione dell'Assicuratore, sicché il mancato pagamento del premio non consente di reputarsi rispettato il rapporto "sinallagmatico" tra le reciproche prestazioni.

Senza il previo pagamento del premio da parte dell'Assicurato/contraente non v'è possibilità di copertura del rischio (il premio è, del resto, versato dall'Assicurato/contraente proprio per acquistare la garanzia offerta dall'Assicuratore), e ciò sarà eccezionale al paziente danneggiato.

Dalla disamina della bozza del decreto attuativo non si evincono intenzioni "audaci" da parte del legislatore, considerato che quelle contemplate dall'articolo 7 sono le eccezioni prevedibilmente opponibili al terzo danneggiato, "*previa sottoscrizione di clausola contrattuale da approvare specificamente per iscritto*": non solo l'omesso pagamento del premio dovuto dall'Assicurato/contraente all'Assicuratore, ma anche le scoperture temporali e quelle relative all'oggetto del rischio assicurato, come pure le delimitazioni della copertura assicurativa in forza delle franchigie o della SIR contrattualmente previste, il che - come si è accennato - sembra ragionevole oltre che essenziale per la sostenibilità del settore assicurativo nell'ambito medico-sanitario, con inevitabile incidenza sulla previsione dell'azione diretta.

La situazione processuale conseguente alla domanda risarcitoria avanzata dal paziente danneggiato potrà dare origine a diversi scenari alquanto complessi e, con tutta probabilità, farà emergere talune criticità (che, invero, potranno meglio apprezzarsi e distinguersi dopo l'entrata in vigore del decreto attuativo)<sup>13</sup>.

L'equilibrio negoziale e sinallagmatico è potenzialmente riconquistato<sup>14</sup> mediante il **meccanismo della rivalsa**<sup>15</sup>: l'Assicuratore potrà, in ogni caso, agire contro la struttura o l'esercente la professione sanitaria per quanto abbia corrisposto al paziente danneggiato in applicazione dell'inopponibilità a quest'ultimo delle eccezioni contrattuali, fuorché quelle previste dal decreto attuativo.

Ricorrono, infatti, ipotesi in cui l'Assicuratore è tenuto a corrispondere comunque il risarcimento al paziente danneggiato, pur nella ricorrenza di fondate eccezioni che comporterebbero il diritto di

---

<sup>12</sup> Il mancato pagamento del premio.

<sup>13</sup> PARTENZA, *op. cit.*: "[...] L'enfaticizzazione del rapporto assicuratore/terzo altera da un punto di vista ontologico e fenomenologico il rapporto fra i due contraenti, inserendo negli equilibri sinallagmatici funzioni ed elementi estranei alla causa del contratto e cioè la sicurezza che l'assicuratore vende assumendosi l'alea - previa percezione di un compenso denominato premio - del pregiudizio patrimoniale che potrebbe derivare dall'assicurato a causa di un suo comportamento colposo. L'assicurazione è lo strumento attraverso il quale selezionare gli operatori virtuosi (e dunque economicamente sostenibili), ottenere un elevato standard comportamentale e, solo successivamente, consentire attraverso la propria solvibilità il conseguimento di un giusto risarcimento. La scelta invece di un'azione diretta del danneggiato nei confronti dell'assicuratore e la non opponibilità delle eccezioni contrattuali con conseguente successiva rivalsa della compagnia verso l'assicurato frantumano questa alleanza creando un'inevitabile conflittualità fra soggetti che invece dovrebbero collaborare, e tale frattura si manifesta ancor più nettamente nel momento in cui assicurato ed assicuratore cessano di cooperare sin dai primi passi perché scelgono la strada di parziali ritenzioni del rischio".

<sup>14</sup> Non può sottacersi che non sempre risulterà agevole il recupero, in via di rivalsa, dalla struttura o dal professionista sanitario di importi, sovente per nulla trascurabili.

<sup>15</sup> HAZAN, *L'azione diretta nell'assicurazione obbligatoria della rc sanitaria (e il regime delle eccezioni)*, in *Danno e resp.*, 2017, 325.

rifiutare o di ridurre la prestazione della garanzia nei confronti dell'Assicurato/contraente, ma che l'Assicuratore stesso non può opporre al terzo per il disposto dell'articolo 12, comma 2 della citata legge.

A fronte dell'inopponibilità al terzo danneggiato, per l'intero massimale di polizza, delle "eccezioni derivanti dal contratto diverse da quelle stabilite dal decreto" attuativo, analogamente da quanto stabilito in materia di sinistri stradali dall'art. 144, comma 2 cod. ass., all'Assicuratore è tuttavia riconosciuto il diritto di rivalsa verso l'Assicurato/contraente<sup>16</sup>.

E dunque, pur sussistendo l'obbligo di copertura assicurativa nei confronti del terzo danneggiato nei termini e nei limiti sopra descritti, vien fatta salva la facoltà dell'Assicuratore di ripetere l'indebito nei confronti dell'Assicurato/contraente.

Dopo aver pagato al paziente una somma in realtà non dovuta contrattualmente in ragione di un'eccezione di polizza valida ma non opponibile al danneggiato, l'impresa di assicurazione potrà, in seguito, agire nei confronti dell'Assicurato/contraente per ottenere il rimborso di quanto versato a titolo risarcitorio<sup>17</sup>. Ciò dovrebbe valere anche quando il terzo danneggiato sia tacitato mediante accordo stragiudiziale, cui l'Assicurato/contraente non si sia opposto e, quindi, abbia avallato la transazione (a tal fine risulta imprescindibile il coinvolgimento di quest'ultimo nelle trattative).

La rivalsa sarà esperibile nella misura in cui l'Assicuratore avrebbe avuto contrattualmente diritto di rifiutare o ridurre la propria prestazione (resta ferma la possibilità per l'Assicuratore di eccepire il limite del massimale).

Con il diritto di rivalsa concorre il **diritto di surrogazione** ex articolo 1203 n. 3 c.c.<sup>18</sup>, principalmente quando vien fatto valere, in via di regresso, nei confronti di eventuali coobbligati solidali.

Dalla disamina delle eccezioni opponibili, elencate nell'articolo 7 della bozza del decreto attuativo, possono, per contro, identificarsi le **eccezioni non opponibili** al terzo danneggiato, e come tali, fonte di possibile rivalsa dell'Assicuratore verso l'Assicurato/contraente.

Possono ritenersi opponibili al danneggiato le eccezioni derivanti da inesistenza (giuridica o materiale) e nullità del contratto di assicurazione (costituendo presupposto indefettibile la regolare

---

<sup>16</sup> Stabilisce, infatti, il terzo comma dell'articolo 12 della Legge Gelli-Bianco:

*L'impresa di assicurazione ha diritto di rivalsa verso l'assicurato nel rispetto dei requisiti minimi, non derogabili contrattualmente, stabiliti dal decreto di cui all'articolo 10, comma 6.*

<sup>17</sup> L'articolo 10, comma 3 della Legge Gelli-Bianco prevede:

*Al fine di garantire efficacia alle azioni di cui all'articolo 9 e all'articolo 12, comma 3, ciascun esercente la professione sanitaria operante a qualunque titolo in strutture sanitarie o sociosanitarie pubbliche o private provvede alla stipula, con oneri a proprio carico, di un'adeguata polizza di assicurazione per colpa grave. Invero, l'esercente la professione sanitaria è esposto all'azione di rivalsa da parte dell'Assicuratore a prescindere dal suo grado di colpa.*

<sup>18</sup> Art. 1203 c.c. Surrogazione legale.

*La surrogazione ha luogo di diritto nei seguenti casi:*

- 1) a vantaggio di chi, essendo creditore, ancorché chirografario, paga un altro creditore che ha diritto di essergli preferito in ragione dei suoi privilegi del suo pegno o delle sue ipoteche;*
- 2) a vantaggio dell'acquirente di un immobile che, fino alla concorrenza del prezzo di acquisto, paga uno o più creditori a favore dei quali l'immobile è ipotecato;*
- 3) a vantaggio di colui che, essendo tenuto con altri o per altri al pagamento del debito, aveva interesse di soddisfarlo;*
- 4) a vantaggio dell'erede con beneficio d'inventario che paga con danaro proprio i debiti ereditari;*
- 5) negli altri casi stabiliti dalla legge.*

costituzione di un rapporto assicurativo<sup>19</sup>), mentre non opponibili quelle eccezioni che (pur presupponendone la regolare costituzione<sup>20</sup>) attengono all'inefficacia funzionale del rapporto assicurativo, in ragione di successive patologie o in forza di limitazioni di operatività della garanzia assicurativa previste da clausole contrattuali<sup>21</sup> (le polizze della responsabilità sanitaria sono connotate da una particolare varietà di delimitazioni contrattuali).

È così, possono considerarsi non opponibili le eccezioni di annullabilità del contratto, come nel caso di dichiarazioni inesatte e reticenti dell'Assicurato/contraente (artt. 1892 e 1893 c.c.), che assumono una peculiare valenza nell'assicurazione della responsabilità civile, secondo il regime *claims made*.

E ancora, possono ritenersi non opponibili le eccezioni di aggravamento del rischio (art. 1898 c.c.), di dolo (per avere il fatto illecito carattere volontario/doloso, art. 1917 c.c.), di inadempimento dell'obbligo di avviso e di salvataggio (art. 1915 c.c.), nonché quelle relative al c.d. "secondo rischio" (in caso di esistenza di altre polizze per il medesimo rischio) e alla solidarietà passiva (in caso di corresponsabilità solidale /parziaria).

Possono, del pari, reputarsi non opponibili al danneggiato altre eccezioni delimitative del rischio, quali, ad esempio, le esclusioni per i danni in caso di mancata acquisizione del consenso informato del paziente, così come altre esclusioni tipiche di questo specifico comparto assicurativo.

La normativa richiamata suggerisce la predisposizione di adeguate clausole riguardanti la rivalsa verso l'Assicurato/contraente per quanto l'Assicuratore sarà tenuto a corrispondere al danneggiato senza potergli opporre le eccezioni contrattuali (fuorché quelle previste dal decreto attuativo).

Al contempo, nella gestione dei sinistri, si rende necessaria un'attenta disciplina delle procedure connesse all'azione di rivalsa.

In ultimo, va da sé che qualora, a seguito di eventuali impugnazioni e, dunque, al termine di tutti i gradi di giudizio, diversamente da quanto inizialmente statuito, fosse accertato e dichiarato il corretto adempimento delle prestazioni rese dalla struttura o dall'esercente la professione sanitaria, sarà necessario procedere ad azioni restitutorie rispetto a quanto indebitamente pagato al danneggiato, a fronte del definitivo riconoscimento giudiziale dell'insussistenza di ipotesi di *medical malpractice*.

---

<sup>19</sup> Sono considerate eccezioni improprie (opponibili) quelle che negano la materiale esistenza della copertura assicurativa e quelle che comportano la nullità assoluta del rapporto, nonché quelle attinenti alla mancata copertura del rischio perché del tutto estraneo al rapporto costituito. Cfr. DE STROBEL, *L'assicurazione di responsabilità civile*, Milano, 2004, 396.

<sup>20</sup> Difatti, l'inopponibilità delle eccezioni può trovare effettività solo all'interno di un contratto esistente, valido, delimitato sotto un profilo sia quantitativo (massimale) sia temporale.

<sup>21</sup> HAZAN, *Azione diretta del soggetto danneggiato*, in Genovese-Martini (a cura di), *La nuova responsabilità professionale in sanità*, Commentario alla riforma Gelli-Bianco (L. 8 marzo 2017, n. 24), Santarcangelo di Romagna, 2017, 143 e s.

#### 4) **Azione di rivalsa dinanzi alla Corte dei Conti per responsabilità erariale, rivalsa e azione in surroga dell'assicuratore nei confronti dell'esercente la professione sanitaria.**

\*\*\*

A cura dell'Avv. Carlo Galantini e dell'Avv. Carlotta Montano

##### 1. Azione di rivalsa dinanzi alla Corte dei Conti per responsabilità erariale.

Gli elementi che devono necessariamente sussistere, da un punto di vista sostanziale, per poter esercitare l'azione di responsabilità contabile nei confronti del dipendente esercente la professione sanitaria o dell'amministratore /dirigente o funzionario della struttura sanitaria sono i seguenti:

- una condotta antigiuridica;
- un evento dannoso per la P.A.;
- il rapporto di causalità tra condotta antigiuridica ed evento dannoso;
- gli elementi soggettivi del dolo o della colpa grave;
- il rapporto di servizio tra autore del danno e la P.A.<sup>22</sup>.

##### a) Il nesso causale.

Il nesso causale ai fini della sussistenza della responsabilità contabile è sostanzialmente sovrapponibile a quello della responsabilità civile, fondato su un rapporto di causalità adeguata da valutarsi secondo il principio del “*più probabile che non*”. Esso, pertanto, può considerarsi sussistente non solo quando il danno si configuri come conseguenza inevitabile della condotta, ma quando ne sia la conseguenza altamente probabile e verosimile.

Nel giudizio contabile vi è una prima fase di accertamento del nesso di causalità materiale cioè, la riconducibilità della condotta all'evento dannoso, per cui è causa dell'evento “*ogni comportamento antecedente (prossimo, intermedio, remoto) che abbia generato o anche solo contribuito a generare l'evento*” (Cass. n.20904/2013). Sul punto la Corte si è soffermata in particolare sulla causalità omissiva ricorrendo al criterio del “più probabile che non”, in base al quale è causa dell'evento quella condotta che eziologicamente ha una probabilità superiore al 50% di avere provocato quel dato evento.

Una seconda fase invece si incentra sull'accertamento del nesso di causalità giuridica che è volto a selezionare quei comportamenti che costituiscono gli antecedenti logici della catena causale che, secondo un criterio di adeguatezza o di regolarità causale, possono individuarsi come eventi dai quali è prevedibile che avrebbe potuto generarsi un danno e che quindi possono essere imputati all'agente e da questo risarciti al danneggiato (Cass. Sez. Un. n. 174/1971 e Cass. n. 11629/1999).

##### b) La colpa grave.

L'elemento soggettivo della colpa grave è rinvenibile nell'errore inescusabile, a sua volta identificabile nella mancata applicazione delle cognizioni generali e delle linee guida fondamentali

---

<sup>22</sup> “La giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale indiretto nella Legge n. 24 del 2017” in *Saggi e articoli*, a cura di JACOPO BERCELLI.

attinenti alla professione, ovvero nella mancanza di prudenza o di diligenza che non devono mai difettare in chi esercita la professione sanitaria.

La colpa grave in campo sanitario comprende gli errori inescusabili per la loro grossolanità, l'assenza delle cognizioni fondamentali attinenti alla professione nonché il difetto di quel minimo di perizia tecnica, esperienza e capacità professionale, con la conseguenza che il metro esatto per valutare il comportamento del medico deve incentrarsi sul livello di diligenza da lui impiegato nell'usare il metodo operativo più adatto al caso concreto ed alle circostanze contingenti (Corte dei Conti, App. Sicilia n. 295/A del 15.12.2003). Il comportamento del professionista medico chirurgo deve essere caratterizzato da grave imperizia, negligenza o imprudenza (Corte dei Conti, Sez Veneto, n. 236 del 17.3.1998).

La colpa grave consiste, quindi, non già nella inosservanza della normale diligenza del "*bonus pater familias*", bensì nella inosservanza di quella particolare diligenza e di quel particolare grado di perizia occorrenti riguardo alla natura ed alle caratteristiche di una specifica attività esercitata, secondo i parametri delineati, con riferimento alla nozione di colpa professionale, dall'art. 1176, comma 2°, c.c. (Corte dei Conti Emilia-Romagna Sez. giurisdiz. Sent., 02/04/2008, n. 241)

Secondo alcuni arresti della Giurisprudenza contabile la responsabilità amministrativa del sanitario può configurarsi anche nelle ipotesi di mancata acquisizione di un valido consenso informato (Corte dei Conti, Sez. Reg. Sicilia n. 828/2010).

L'esistenza di particolari linee guida astrattamente in contrasto con la condotta del medico non è sufficiente di per sé a dimostrare la sussistenza di colpa grave; non vi è, quindi alcun automatismo e la difformità tra condotta e linee guida non dimostra di per sé l'esistenza di colpa grave, presupposto indefettibile ai fini dell'accertamento della responsabilità erariale (Corte dei Conti Emilia-Romagna Sez. giurisdiz., 11/05/2017, n. 100).

c) Caratteri specifici della responsabilità erariale e differenze rispetto alla responsabilità civile.

Gli elementi che caratterizzano la responsabilità contabile e la differenziano da quella civile sono:

- l'esigenza della ricorrenza dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa grave<sup>23</sup>;
- il carattere personale della responsabilità amministrativa, la quale, quindi non è trasmissibile agli eredi<sup>24</sup>;
- la parziarietà della responsabilità, con esclusione, quindi di responsabilità solidale<sup>25</sup>;

---

<sup>23</sup> P. MADDALENA, *Responsabilità civile e amministrativa: diversità e punti di convergenza dopo le leggi nn. 19 e 20 del 14 gennaio 1994*, cit., p. 1440; M. ROSSETTI, "La riforma della responsabilità medica. L'assicurazione" in [https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/la-riforma-della-responsabilita-medica-l-assicurazione\\_526.php](https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/la-riforma-della-responsabilita-medica-l-assicurazione_526.php)

<sup>24</sup> Corte Costituzionale 29 luglio 1992 n. 383 nella quale è stata giudicata infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 58, comma 4 della legge n. 142 del 1990 in tema di intrasmissibilità agli eredi della responsabilità amministrativa dei dipendenti degli Enti locali.

<sup>25</sup> P. MADDALENA, *Responsabilità civile e amministrativa: diversità e punti di convergenza dopo le leggi nn. 19 e 20 del 14 gennaio 1994* cit. pag. 1427 ss. - cfr. *ex multis* Corte dei Conti Sez. II App., 10/06/2015, n. 314 "Nei giudizi di responsabilità amministrativa non è configurabile la situazione del litisconsorzio necessario disciplinata dall'art. 102 c.p.c. poiché nei confronti dei soggetti convenuti può essere fatta valere solo la "quota" di responsabilità ad essi direttamente imputabile, in forza della parziarietà e personalità della responsabilità amministrativa (art. 1, comma 1 quater, della legge n. 20/1994)".

- l’iniziativa dell’azione non è nella disponibilità del soggetto danneggiato ma è riservata ad un organo terzo ed esterno (il Procuratore presso la Corte dei Conti) che non opera in rappresentanza dell’amministrazione danneggiata ma nell’interesse dell’ordinamento;
- la irrinunciabilità dell’azione erariale la quale non può essere oggetto di transazione<sup>26</sup>;
- la prescrizione quinquennale che decorre, secondo la giurisprudenza, dal momento in cui l’amministrazione danneggiata ha sofferto l’effettiva diminuzione patrimoniale<sup>27</sup>.

## 2. Azione di rivalsa nei confronti dei sanitari nella Legge Gelli.

L’art. 9 della Legge Gelli presenta alcune criticità, in primo luogo, sotto un profilo terminologico. Si parla, infatti impropriamente di “*responsabilità amministrativa*” anziché “*erariale*” e si identificano con il termine generico di “*rivalsa*” sia l’azione di responsabilità contabile, sia le azioni previste dal codice civile (regresso e surrogazione).

Ciò detto, di seguito andremo ad analizzare la disciplina concernente, nello specifico, l’azione di rivalsa della struttura sanitaria nei confronti del medico dipendente nel caso in cui sia la stessa struttura a corrispondere il risarcimento del danno al paziente danneggiato e l’azione di surroga ex art. 1916 c.c. dell’assicuratore della RC della struttura sanitaria pubblica nel caso in cui, al contrario, sia l’assicuratore stesso a farsi carico del risarcimento e quindi non sia effettivamente configurabile un danno erariale.

### a. Disposizioni applicabili a entrambe le fattispecie.

L’art. 13 della L.24/2017 prevede, in generale, sia per le strutture sanitarie pubbliche che private, l’inammissibilità dell’azione di rivalsa nel caso in cui la struttura sanitaria non abbia, a suo tempo, comunicato all’esercente, entro 45 giorni dalla ricezione della notifica dell’atto introduttivo, l’instaurazione del giudizio civile intentato dal paziente o l’avvio di trattative.

Ai sensi dell’art. 9 comma 2 della Legge Gelli, per il caso in cui il sanitario non sia stato parte del giudizio o della procedura stragiudiziale di risarcimento del danno, l’azione di rivalsa nei suoi

---

<sup>26</sup>Cfr. A. Corpaci, *Il principio cardine del giudizio di responsabilità amministrativa: l’attribuzione del potere di azione al pubblico ministero contabile presso la Corte dei conti*, in *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Atti del LI Convegno di Studi di Scienza dell’Amministrazione, cit., p. 265 ss.; M. Ristuccia, voce *Giurisdizione contabile*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, cit., p. 2751. A. Corpaci, *La responsabilità degli amministratori e dipendenti pubblici nella giurisprudenza della Corte dei conti*, in D. Sorace (a cura di), *La responsabilità pubblica in pratica*, cit., p. 381, evidenzia come non si possa negare «che vi siano buone ragioni alla base della devoluzione ad un organo terzo e imparziale della iniziativa del giudizio; e tuttavia non appare nemmeno produttiva una così netta estraneazione delle amministrazioni».

Per un’analisi critica dei principali istituti caratteristici del processo contabile, cfr. G. Verde, *Il giudizio di responsabilità amministrativa: lineamenti di una riforma alla luce dei principi del giusto processo*, in *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Atti del LI Convegno di Studi di Scienza dell’Amministrazione, cit., pp. 261-264.

<sup>27</sup> “Nelle ipotesi di danno indiretto, il termine iniziale di prescrizione va fissato alla data in cui il debito della P.A. nei confronti del terzo danneggiato è diventato certo, liquido ed esigibile” (Corte dei Conti Calabria Sez. giurisdiz. Delib., 24/07/2020, n. 256);

“La prescrizione dell’azione di responsabilità amministrativa decorre dalla data dell’effettivo pagamento - sia per il danno diretto che per quello indiretto - poiché a tale momento si verifica il depauperamento dell’Ente (Corte dei Conti Sez. III App. Delib., 08/03/2019, n. 39).

confronti può essere esercitata soltanto successivamente al risarcimento avvenuto sulla base di un titolo giudiziale o stragiudiziale ed entro un anno dal pagamento a pena di decadenza.

Ai sensi dell'art. 9 comma 3, la decisione pronunciata nel giudizio promosso contro la struttura o contro l'assicuratore non fa stato nel giudizio di rivalsa se l'esercente la professione sanitaria non è stato parte del giudizio. Similmente, nel giudizio di rivalsa e in quello di responsabilità erariale il giudice può desumere argomenti di prova dalle prove assunte nel giudizio instaurato dal danneggiato nei confronti della struttura sanitaria o dell'impresa di assicurazione se l'esercente la professione sanitaria ne è stato parte (art.7, comma 7, Legge Gelli).

Ai sensi dell'art. 9 comma 4, in nessun caso, la transazione è opponibile all'esercente la professione sanitaria nel giudizio di rivalsa.

#### b. Esclusività della giurisdizione della Corte dei Conti.

Una questione molto dibattuta è se la struttura sanitaria pubblica che abbia risarcito il danno, abbia poi il dovere di denunciare il fatto alla Procura presso la Corte dei Conti, dando così corso alla azione erariale, o se abbia anche la facoltà di avviare un'azione civilistica ordinaria di rivalsa verso il sanitario, al pari delle strutture sanitarie private.

La Giurisprudenza della Corte Costituzionale, della Cassazione e quella contabile hanno da sempre sostenuto la tesi del doppio binario, nei limiti del *ne bis in idem*, e sino a quando non fosse stato integralmente conseguito il bene della vita oggetto della domanda.

Nutrita è la giurisprudenza delle Sezioni Unite che milita per questa soluzione la quale è stata da ultimo confermata, seppure mediante l'utilizzo di argomentazioni a contrario, sempre dalle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione con la sentenza n. 21992/2020 la quale, sancendo esplicitamente la non applicabilità dell'art. 9 della legge Gelli a fattispecie antecedenti la sua entrata in vigore, non avendo la stessa efficacia retroattiva, ha statuito che per fatti verificatisi anteriormente la giurisdizione spetta anche al giudice ordinario.

Senonché, il testo dell'art. 9 comma 5 lascia pochi dubbi in merito alla esclusività della giurisdizione della Corte dei Conti quando vi sia un danno erariale<sup>28</sup>.

Peraltro, questa impostazione non solo risulta conforme all'art. 103 della Costituzione, ma ha il pregio di evitare disparità di trattamento dovute all'applicazione, a casi analoghi, delle diverse disposizioni regolanti l'azione promossa davanti al giudice ordinario da una parte e quella promossa davanti al giudice contabile (prescrizione, *quantum*, etc.).

Si può, quindi, legittimamente affermare che la Legge Gelli abbia di fatto definitivamente confermato la giurisdizione esclusiva del giudice contabile per i giudizi di responsabilità erariale.

#### c. Rapporto tra giudizio civile e giudizio contabile.

L'art. 9, comma 7, dispone che tanto nell'azione di rivalsa civile quanto nell'azione di responsabilità erariale, il giudice può desumere argomenti di prova dalle prove assunte nel giudizio promosso dal

---

<sup>28</sup> “La riforma della responsabilità medica. L'assicurazione” di Marco Rossetti in [https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/la-riforma-della-responsabilita-medica-l-assicurazione\\_526.php](https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/la-riforma-della-responsabilita-medica-l-assicurazione_526.php).

danneggiato nei confronti della struttura sanitaria o sociosanitaria o dell'impresa di assicurazione, a condizione che l'esercente la professione sanitaria abbia preso parte al relativo giudizio.

Per quanto riguarda l'efficacia del giudicato civile e penale in sede contabile nulla dispone la legge n. 24/2017, per cui è alla disciplina generale della efficacia del giudicato penale nel giudizio contabile che occorre rifarsi e, in particolare agli artt. 651 e 652, 654 c.p.p., secondo le indicazioni fornite fino ad oggi dalla giurisprudenza.

d. Rapporto tra pregressa sentenza civile e giudizio contabile.

La sentenza civile non spiega alcuna efficacia di giudicato nel processo contabile poiché i due giudizi sono finalizzati a regolare rapporti giuridici soggettivamente e oggettivamente diversi come diversi sono i parametri normativi cui i due giudizi fanno riferimento.

e. La chiamata in causa dell'assicuratore del medico.

La Giurisprudenza contabile è pressoché unanime nell'escludere la possibilità per il medico di chiamare in garanzia il proprio assicuratore. Detta chiamata, infatti, comporterebbe la sottoposizione al giudizio contabile di profili inerenti al rapporto "interno" tra assicuratore e assicurato, disciplinato da regole civilistiche e riconducibile alla giurisdizione ordinaria, trattandosi di soggetto privato nei confronti del quale la Corte dei conti non può pronunciarsi (Corte dei Conti Sicilia Sez. giurisdiz., 26/04/1998, n. 164/R - Corte dei Conti Veneto Sez. giurisdiz. Sent., 18/06/2010, n. 428).

L'assicuratore del medico, quindi, non è legittimato passivo nel giudizio contabile, caratterizzato dalla responsabilità personale del convenuto, il quale potrà, poi, davanti al giudice ordinario attivare la copertura assicurativa per colpa grave.

Secondo alcuni la soluzione giurisprudenziale, caratterizzata dal formalismo, sembra risentire della impostazione sanzionatoria, più che risarcitoria, della responsabilità contabile ed è contraria a ragioni di economia processuale, ben potendo essere la sede contabile quella in cui prendere in esame le questioni riguardanti la operatività della polizza assicurativa, così evitandosi che il sanitario assicurato debba magari iniziare un autonomo giudizio nei confronti della compagnia di assicurazioni per far valere la copertura assicurativa.

Nella prassi, la soluzione adottata per superare questo problema è quella di attivare il patto di gestione della lite nel corso del giudizio contabile, sì che l'assicuratore possa orientare e gestire il contenzioso e non contestarne i risultati poi nel rapporto con il proprio assicurato.

f. Limiti quantitativi della rivalsa.

Solo per i casi di colpa grave esiste il limite massimo del triplo del valore maggiore della retribuzione lorda o del corrispettivo convenzionale conseguiti nell'anno di inizio della condotta causativa dell'evento o nell'anno immediatamente precedente o successivo.

Alcuni parlano di responsabilità di tipo sanzionatorio anche se per alcuni è più corretto parlare di "limite" alle azioni di rivalsa in linea con la *ratio legis* che è quella di alleggerire la responsabilità degli esercenti la professione sanitaria.

g. Sanzioni.

Solo per i dipendenti di struttura pubblica, per i tre anni successivi al passaggio in giudicato della decisione di accoglimento della domanda di risarcimento proposta dal danneggiato contro la struttura, l'esercente stesso non può essere preposto ad incarichi professionali superiori rispetto a quelli ricoperti. Comunque, anche dopo tale periodo, tale giudicato di condanna deve necessariamente essere oggetto di valutazione da parte dei commissari nei pubblici concorsi per incarichi superiori.

3. Azione dell'assicuratore della struttura sanitaria in surroga ex art. 1916 c.c. nei confronti dell'esercente la professione sanitaria.

Ancorché l'azione in rivalsa da parte della Struttura ospedaliera nei confronti del medico sia riservata alla Procura contabile e debba essere esperita avanti alla Corte dei Conti, tuttavia, siamo dell'opinione che ciò non possa valere quando ad agire sia l'assicuratore della struttura sanitaria che agisce in surroga ex art.1916 c.c.

Ed invero, poiché quando è l'assicuratore a pagare, non si configura alcun danno erariale, non dovrebbero esservi ostacoli a prevedere la possibilità, per l'assicuratore medesimo, di promuovere un'azione civilistica, seppur nei limiti quantitativi e temporali previsti dalla legge, nei confronti del sanitario.

In ogni caso occorre osservare come, nella pratica, dovendosi prevedere che le Compagnie imporranno SIR e franchigie per importi molto elevati, e stante l'opponibilità al terzo danneggiato dei limiti quantitativi del contratto (massimali, SIR e franchigie) non saranno molto numerosi i casi in cui sarà l'assicuratore a dover pagare parte del risarcimento (ossia la quota in eccesso alla SIR) e quindi a dover, se del caso, promuovere l'azione in surroga contro il medico.

In ogni caso, vale la pena di rimarcare il fatto che l'azione ex art. 1916 c.c. contro il medico operante presso la struttura è esperibile nei soli casi di dolo e colpa grave (art. 9 comma 1 Legge Gelli).

Questo principio sembra valere sia per la struttura pubblica che per la struttura privata, sia nel caso in cui sia coinvolto un medico dipendente che un medico libero professionista, posto che l'art. 9 comma 1 concernente la rivalsa non fa distinzione alcuna.

All'azione in surroga pare anche doversi applicare sia il termine annuale di cui all'art. 9 comma 2 previsto per l'esercizio dell'azione di rivalsa nei confronti dell'esercente la professione sanitaria nel caso in cui questo non sia stato parte del giudizio o della procedura stragiudiziale di risarcimento del danno, sia il termine di 45 giorni di cui all'art. 13.

Dal testo legislativo pare, poi doversi evincere che:

- l'azione in surroga spettante all'assicuratore nei confronti del medico dipendente o incaricato della struttura pubblica o privata assicurata soggiace agli stessi limiti quantitativi dell'azione contabile di cui all'art. 9 comma 5 per i casi di colpa grave;
- non sono previsti limiti quantitativi per l'azione in surroga spettante all'assicuratore nei confronti del medico che svolge la sua attività all'interno della struttura privata assicurata in regime libero professionale.

1) Transazioni.

In caso di stipula di atti transattivi che comportino il pagamento della somma concordata, da parte della struttura pubblica in favore del paziente danneggiato, e quindi un danno erariale indiretto, di tale danno saranno chiamati a rispondere i funzionari dell'ente stesso che dette transazioni hanno autorizzato.

Come rimarcato più volte dalla giurisprudenza della Corte dei Conti, la transazione è idonea ad interrompere il nesso di causalità tra il comportamento illecito che ha determinato il danno al terzo ed il pregiudizio patrimoniale, assumendo un'autonoma valenza causativa del danno, solo quando sia eccezionale, irragionevole, ovvero sia conseguenza di scelte illogiche, *contra legem* o abnormi, che abbiano comportato liquidazione di poste di danno non dovute (Corte dei Conti Sez. III App. Delib. 02/02/2017, n. 53).

In tali casi, del danno erariale sarà chiamato a rispondere non tanto il dipendente che ha commesso il fatto medico che ha dato origine alla controversia oggetto della transazione (questi infatti potrebbe non aver agito con colpa grave) bensì il funzionario che ha sottoscritto la transazione irragionevole o diseconomica, sempre che sussistano gli altri requisiti previsti dalla legge per la configurazione di questo speciale tipo di responsabilità.

Al fine di evitare la soggezione ad impegnativi, lunghi e costosi contenziosi avanti alla Corte dei Conti intentati nei confronti dei funzionari dell'ente, sarebbero utile elaborare apposite linee guida con criteri e parametri che possano assistere costoro nella negoziazione e stipula di transazioni con i soggetti danneggiati.

A questo proposito si segnala che, ai sensi dell'art.21 del DL 76/2020 (c.d. Decreto Semplificazioni), sino a dicembre 2023, la responsabilità erariale in fattispecie commissive è limitata ai soli casi di dolo, assimilabile al dolo penalistico, mentre, per quanto riguarda le fattispecie omissive, resta configurabile una responsabilità erariale anche per colpa grave.

Questa modifica potrebbe rendere più agevole il compito del Dirigente o funzionario pubblico chiamato ad autorizzare la conclusione di definizione di sinistri da mal practice medica nei casi di ritenzione del rischio tramite misure "analoghe".

Il problema però risiede nel carattere temporaneo della misura (valida sino al dicembre 2023) e nel non sempre limpido confine tra fattispecie commissive ed omissive nel campo dell'esercizio delle attività professionali delle strutture sanitarie e della loro gestione.

**5) Ritenzione del rischio, Autoassicurazione, Risk Retention Groups e “misure analoghe”:  
spunti di riflessione dal sistema statunitense in tema di Risk Financing Tools.**

\*\*\*

A cura della Dott.ssa Lydia Velliscig

a. Alcune indagini.

Nel 2015, un'indagine in tema di responsabilità sanitaria nel sistema statunitense condotta dall'American Society for Healthcare Risk Management e da AON Plc ha rilevato che il 73% delle *health care organizations* partecipanti al sondaggio dichiarava di utilizzare quale tecnica di fronteggiamento del rischio di responsabilità sanitaria la ritenzione di tale rischio, mentre il 10% ricorreva al mercato assicurativo. I restanti dichiaravano di utilizzare un modello ibrido, basato sulla combinazione di ritenzione del rischio e strumento assicurativo. Tali dati, seppur parzialmente rappresentativi in quanto riferiti esclusivamente alle scelte effettuate dalle *health care organizations* partecipanti alla indagine sopra richiamata, mostra però come, nel sistema statunitense, gli enti ospedalieri e le associazioni di esercenti la professione sanitaria facciano ricorso anche ai c.d. *other risk financing tools* e non esclusivamente, o non solo, allo strumento assicurativo, per fronteggiare le potenziali perdite associate ai rischi di responsabilità di responsabilità civile associati all'attività sanitaria. Questo trend è poi confermato da un più recente report dal quale continua ad emergere un ampio utilizzo di strumenti di ritenzione del rischio (si rinvia in particolare ai due seguenti report: Aon/ASHRM, *Hospital and Physician Professional Liability Benchmark Analysis*, 17° report, ottobre 2016 e 19° report, ottobre 2018).

Volendo qui richiamare per punti principali esclusivamente il tema della capacità finanziaria di poter fronteggiare le perdite economiche da parte del soggetto giuridicamente chiamato a risarcire il danno, si osserva che il sistema giuridico statunitense è un ottimo laboratorio di analisi. Benché la regolamentazione del settore assicurativo sia disciplinata principalmente a livello statale e, pertanto, ciascuno Stato sviluppi uno specifico approccio alle questioni assicurative e di gestione finanziaria del rischio, in realtà è possibile individuare alcuni tratti caratteristici trasversali alle esperienze statali tali da restituirci un quadro generale che è utile ai fini della ricostruzione di un “modello statunitense” da cui trarre qualche suggestione.

Intanto, occorre evidenziare subito che, in generale, il sistema giuridico statunitense interviene in pochi ambiti ad imporre una copertura assicurativa di responsabilità civile e spesso richiede livelli di copertura minimi molto bassi; in ambito professionale talvolta intervengono gli organismi professionali a rendere obbligatoria una copertura finanziaria per lo svolgimento di alcune professioni, talaltra qualche garanzia finanziaria è richiesta dai datori di lavoro quale condizione preliminare per l'avvio di un rapporto di lavoro o in vista dell'assunzione di specifici incarichi. Con riferimento alla responsabilità professionale medica, secondo i dati raccolti dalla *American Medical Association*, pochi sono gli Stati che impongono ai medici di disporre di un livello minimo di copertura assicurativa, livello che peraltro varia molto tra Stato e Stato. Altri Stati richiedono ai medici di mantenere un livello minimo di copertura come condizione per poter accedere, ad esempio, ai *Patient Compensation Funds* statali oppure beneficiare di un tetto, i c.d. *caps*, ai danni che possono essere richiesti. Altri Stati ancora, invece, non obbligano i medici a contrarre una polizza assicurativa per la c.d. *medical malpractice*, neppure con livelli minimi di copertura (per un approfondimento si rinvia ai dati e alle informazioni disponibili sui siti internet della *American Medical Association* e della *National Conference of State Legislatures*).

Per quanto riguarda gli enti ospedalieri, spesso strada privilegiata è stata quella della “non assicurazione”, facendo affidamento sulle proprie risorse per fronteggiare eventuali richieste di

risarcimento. In realtà, anche la scelta di non assicurarsi o di creare piani di autoassicurazione poco finanziati ha espresso una scelta strategica, volta a rafforzare la posizione dell'ente ospedaliero nelle negoziazioni con i pazienti danneggiati. In assenza di una adeguata copertura assicurativa e "minacciando" di ricorrere al *Chapter 11 del Bankruptcy Code* (cui si può ricorrere in caso di dissesto finanziario per salvaguardare il più possibile la continuità dell'attività mediante una ristrutturazione che prevede il parziale sacrificio dei creditori), gli enti ospedalieri sono riusciti spesso ad imporre risarcimenti del danno contenuti e finanziariamente sostenibili.

In un contesto caratterizzato da una mentalità restia all'imposizione di obblighi di assicurazione, può essere piuttosto una valutazione di opportunità che motiva a disporre di una adeguata capacità finanziaria necessaria a fronteggiare le richieste di risarcimento del danno subito dai soggetti danneggiati. Alla continua ricerca di vantaggi competitivi, gli enti ospedalieri cercano costantemente di rinnovare le attrezzature, di avvalersi dei migliori professionisti e della migliore tecnologia e di risultare attrattivi per i pazienti. La pubblicità negativa che consegue all'incapacità della struttura ospedaliera di far fronte alle richieste risarcitorie può spingere, ad esempio, i pazienti a rivolgersi altrove ma anche dissuadere eventuali finanziatori a sostenere tale struttura, con ripercussioni sotto il profilo reputazionale.

Ciò detto, occorre stringatamente ricordare che, nel panorama statunitense, a partire dagli anni 60 del Secolo scorso si è assistito al verificarsi di due precisi fenomeni: l'incremento costante di richieste di risarcimento avanzate dai pazienti danneggiati e il riconoscimento di risarcimenti complessivamente di ammontare sempre più elevato, con il conseguente progressivo allontanamento dal mercato da parte delle imprese di assicurazione. Questo insieme di elementi ha evidenziato, da un lato, l'urgenza di procedere a riforme della *tort law*, dall'altro la necessità di cercare forme alternative relativamente al trasferimento dei rischi di responsabilità civile alle imprese di assicurazione. Inoltre, nello stesso torno di anni, si iniziava a prendere consapevolezza del concetto e della rilevanza delle tecniche di *risk management*, pertanto nel momento in cui il mercato assicurativo ha attraversato una fase di incertezza nell'ambito della c.d. *medical malpractice* fu abbastanza naturale affrontare con diversa e maggiore consapevolezza il tema della gestione finanziaria del rischio, lasciando all'autonomia privata il compito di ricercare strade alternative all'assicurazione (per un'idea complessiva del fenomeno si vedano almeno K.S. Abraham, *The Liability Century: Insurance and Tort Law from the Progressive Era to 9/11*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 2008, p. 104 ss.; T. Baker, *The Medical Malpractice Myth*, The University of Chicago Press, 2007).

La combinazione di tali elementi ha spinto gli enti ospedalieri e gli esercenti le professioni sanitarie ad interrogarsi sui temi della sostenibilità finanziaria dei rischi di responsabilità civile professionale e ampliare il novero degli strumenti attraverso i quali poter fronteggiare le potenziali perdite legate ai rischi di responsabilità civile connessi all'attività svolta. Le indagini sopra richiamate, seppur non esaustive per il parziale campione su cui si fondano, hanno mostrato una crescente diffusione della tecnica di ritenzione del rischio a scapito del tradizionale trasferimento integrale al mercato assicurativo.

Peraltro, il mercato assicurativo statunitense, ed in particolare quello della c.d. *medical malpractice*, sta affrontando una nuova fase di "hard market" in risposta ad un deciso aumento di sinistri di grandi dimensioni. A seguito della rinnovata propensione al riconoscimento di importi elevati di danni non patrimoniali e dopo una serie di verdetti sfavorevoli per il settore sanitario, il mercato assicurativo statunitense appare di nuovo sotto pressione e sta reagendo anche mediante l'aumento dei premi in alcuni settori, tra cui quello della c.d. RC sanitaria (cfr. T. Darragh, *Observers Say Medical Liability Market Beginning to Harden as Higher Jury Awards, Eroding Tort Reform Sink In*, in BestWire, December 23, 2019).

Come già visto in passato, vi è nuovamente particolare interesse sia verso una valorizzazione del ruolo dei risk manager nelle strutture ospedaliere sia verso forme alternative all'assicurazione per la copertura di rischi di RC legati all'attività sanitaria.

b. “Poter risarcire”: le opzioni percorribili.

Tralasciando il caso in cui l'ente non adotti alcun tipo di strategia per porsi nella condizione di assorbire le conseguenze economiche degli eventi sinistrali, accettando di subire crisi di liquidità e le conseguenze a ciò connesse, l'espressione “ritenzione del rischio” identifica quelle tecniche che consentono all'ente di assumere in proprio un determinato rischio, che richiedono la sua capacità di analizzare l'esposizione al rischio e che implicano, nelle forme più mature, una pianificazione finanziaria per l'assorbimento delle potenziali perdite che discendono dal suo avverarsi.

Le forme di ritenzione cui possono ricorrere gli enti ospedalieri vanno dal fronteggiamento di tali perdite mediante l'individuazione di una voce di spesa all'interno del bilancio (*unfunded loss reserve*), allo stanziamento di apposite riserve a bilancio “coperte” da fondi dedicati nell'ambito della gestione dell'ente ospedaliero (*funded loss reserve*), fino al ricorso al credito bancario per poter fronteggiare le perdite al momento del loro verificarsi.

La ritenzione del rischio così attuata indica la volontà dell'ente ospedaliero di assumersi i rischi e di volerli fronteggiare in proprio, anche se va subito osservato che non vi è garanzia che l'ente ospedaliero abbia la sufficiente capacità finanziaria per adempiere alle obbligazioni risarcitorie. Anche una *funded loss reserve*, che poggia su un accantonamento reale o fittizio di tipo contabile, non presuppone necessariamente una stima scientifica del rischio volta a proteggere l'ente contro il verificarsi di costi non previsti e anche questa modalità di effettuare la ritenzione del rischio può finire per gravare sulla capacità finanziaria dell'ente ospedaliero.

Al riguardo si deve precisare che la dottrina è solita qualificare come “non assicurazione” le forme di ritenzione del rischio attuate facendo affidamento sulla capacità dell'ente di riuscire a reperire le necessarie risorse finanziarie al momento della richiesta di pagamento. Secondo le definizioni reperibili nella letteratura sia di stampo giuridico che aziendalistico, *self-insurance* o autoassicurazione è invece quell'attività di ritenzione del rischio e di predisposizione di provviste economiche destinate ad assorbire eventuali perdite mediante l'individuazione di riserve a ciò destinate, attraverso l'utilizzo di parametri tecnico-scientifici. Utilizzando dati storici sull'andamento di eventi di *medical malpractice* dell'ente ospedaliero e di strutture analoghe, l'ente ospedaliero accantona quelle risorse finanziarie che gli consentono di raggiungere e mantenere un livello di solvibilità ottimale che, nel tempo, potrà essere calibrato in funzione dell'andamento della effettiva “sinistrosità” della struttura.

L'ente può allora stanziare apposite riserve a bilancio in previsione di perdite future oppure può costituire un apposito fondo, ad esempio istituendo un *trust* che nella sua forma più semplice può consistere in un conto bancario amministrato da un *trustee*, con il solo scopo di pagare le perdite associate ai rischi di *medical malpractice*. L'accantonamento di risorse avviene però sulla base di calcoli scientifico-attuariali.

Come si vedrà nel paragrafo che segue, gli enti ospedalieri possono poi ricorrere a forme di ritenzione del rischio più sofisticate.

c. Gli strumenti principali di finanziamento del rischio alternativi all'assicurazione.

Per rendere i rischi in ritenzione finanziariamente sostenibili dal punto di vista tecnico, gli enti ospedalieri possono “raggrupparsi” in modo tale che l’incidenza del realizzarsi dei rischi tenda a stabilizzarsi e ad essere tecnicamente prevedibile, consentendo quindi agli enti ospedalieri di affrontare le conseguenze economiche degli eventi di responsabilità civile con una certa sicurezza mediante forme di ritenzione del rischio. Nello specifico, tre sono i *self-insurance vehicles* che meritano un approfondimento.

i. Pooled funds.

Come già detto, la forma più semplice di *self-insurance* utilizzata dagli enti ospedalieri è la costituzione di un fondo attraverso lo schema giuridico del *trust*. Partendo da questo modello, enti ospedalieri con una esposizione al rischio simile possono decidere di costituire un unico *trust*, il c.d. *pooled self-insurance fund*. Il fondo collettivo, così costituito, è alimentato da contributi periodici regolari calcolati su base scientifica, versati dagli enti ospedalieri aderenti e volti a costituire le riserve necessarie ad assorbire le perdite conseguenti ad eventi avversi. L’accordo che regola il *trust* disciplina il suo funzionamento, come, ad esempio, la distribuzione del rischio tra gli ospedali afferenti e, quindi, le modalità per individuare i singoli contributi, la loro riscossione, le strategie da attuare in caso di spese eccezionali che alterino lo stanziamento di riserve per le perdite ordinarie, le modalità di investimento delle risorse accantonate e di reimpiego di eventuali rendimenti, e via dicendo. L’importo dei contributi che ciascun ente ospedaliero deve conferire viene determinato su base attuariale attraverso il valore di stima dei futuri pagamenti, calibrati sulle perdite pregresse e poi monitorati fino a quando non viene acquisita un’esperienza sufficiente per adeguare il contributo alle perdite stimate e ai costi del fondo. Questo tipo di valutazioni si basano di solito sull’esperienza storica in termini di frequenza e gravità degli eventi avversi, combinata con il giudizio degli esperti che consente di effettuare aggiustamenti per tener conto dei cambiamenti della loro frequenza o gravità. Infine, si osserva che il fondo è generalmente accompagnato da una “*stop-loss insurance*”, che protegge il fondo attenuando l’impatto finanziario di eventi con elevato impatto.

Questa forma di ritenzione del rischio consente dunque agli ospedali di piccole e medie dimensioni di “autoassicurarsi” reciprocamente, creando una base mutualistica che finanzia e ridistribuisce i rischi degli enti ospedalieri, con anche una suddivisione dei costi.

ii. Risk Retention Groups.

Nel panorama statunitense, un interessante strumento in grado di fornire coperture dei rischi di responsabilità civile sanitaria è rappresentato dai *Risk Retention Groups*, ossia una forma societaria a carattere mutualistico finalizzata ad aggregare i rischi di un gruppo di soggetti esposti allo stesso tipo di rischio e ridistribuirli tra i partecipanti al gruppo stesso. I *Risk Retention Groups* hanno una storia particolare in quanto loro fonte legislativa specifica è il *Liability Risk Retention Act* federale del 1986, che ha ampliato la precedente legge federale denominata *Product Liability Risk Retention Act* del 1981. Scopo di questi due successivi interventi legislativi è stato quello di aumentare la limitata disponibilità di coperture di responsabilità civile a seguito di un periodo di volatilità dei premi: inizialmente destinato al solo ambito della responsabilità civile da prodotto, il provvedimento legislativo, così come modificato e approvato nel 1986, ha consentito la costituzione di gruppi aventi lo scopo di fornire copertura assicurativa di RC ai propri membri. In un mercato caratterizzato dal calo dell’offerta assicurativa o da un incremento significativo dei premi, più soggetti esposti al medesimo tipo di rischio di responsabilità civile hanno dunque potuto riunirsi e ripartire le conseguenze dell’avverarsi del rischio sulle risorse economiche messe in comune.

L'originalità dei *Risk Retention Groups* si coglie, però, appieno solo tenendo a mente la struttura dell'ordinamento statunitense. Il Gruppo sceglie lo Stato in cui intende costituirsi e si sottopone quindi alla relativa disciplina statale in riferimento alla formazione, al funzionamento e alla solvibilità finanziaria dei *Risk Retention Groups*. Una volta ottenuta la licenza, il *Risk Retention Group* può però operare in tutto il territorio degli Stati Uniti, completando solo una procedura di registrazione nello Stato in cui intende sottoscrivere contratti, senza necessità di ulteriori licenze ed è regolato quasi esclusivamente dalla disciplina dello Stato d'origine. Gli Stati in cui il *Risk Retention Group* opera possono verificare il rispetto di alcuni specifici requisiti individuati dal LRA, ma per il resto vige il controllo da parte dello Stato d'origine.

Questa specificità dei *Risk Retention Groups* ha due conseguenze. La prima riguarda la capacità del *Risk Retention Group*, per sua stessa natura, di associare soggetti aventi la stessa esposizione al rischio ma con una possibile diversificazione geografica, favorendo la neutralizzazione del rischio e avviando ad una criticità alquanto tipica delle forme mutualistiche di piccole dimensioni, ossia l'assenza di una adeguata distribuzione del rischio. In secondo luogo, però, poiché il LRA non disciplina in modo esaustivo i requisiti di capitalizzazione o di solvibilità dei *Risk Retention Groups*, gli Stati possono effettuare scelte autonome sui requisiti di solvibilità. Questo aspetto ha spinto alcuni Stati a favorire la domiciliazione di *Risk Retention Groups* prevedendo requisiti minimi di capitale e requisiti di solvibilità di livello inferiore a quelli previsti per le imprese di assicurazioni tradizionali, sia per quanto riguarda l'ammontare del capitale richiesto sia per quanto riguarda la natura del capitale richiesto. Anche il fatto che il LRA, pur limitando l'attività dei *Risk Retention Groups* alla sola copertura dei rischi di responsabilità civile, non fornisca una individuazione specifica della tipologia di assicurazione di responsabilità civile che i *Risk Retention Groups* possono coprire comporta una certa differenziazione tra Stato e Stato sui tipi di copertura della responsabilità civile consentiti.

È evidente che questa modalità di disciplinare l'attività dei *Risk Retention Groups* induce gli stessi a domiciliarsi in Stati a legislazione favorevole; se a ciò, poi, si aggiunge che la vigilanza spetta allo Stato d'origine, questa elevata mobilità sul territorio federale desta preoccupazione sulla effettiva solvibilità di tali strutture societarie. Come forma di controllo sulla solvibilità e di verifica di una adeguata capitalizzazione, il Gruppo è tenuto a presentare una rendicontazione finanziaria annuale, certificata da un revisore esterno e indipendente e contenente anche un parere specifico sull'ammontare delle riserve, sia nello Stato in cui è costituito sia negli Stati in cui esercita la propria attività. Si noti che l'LRA prevede che i *Risk Retention Groups* non possano partecipare ai fondi di garanzia statali istituiti per l'insolvenza delle imprese di assicurazioni, i quali sono finanziati dai contributi delle compagnie di assicurazione che operano in un determinato Stato e sono messi a disposizione per liquidare i crediti degli assicurati in caso di insolvenza delle compagnie di assicurazione tradizionali. Gli aderenti al Gruppo non sono tutelati in caso di insolvenza e ciò rileva in quanto, rispetto agli assicurati tradizionali, essi sono più esposti al rischio che i *Risk Retention Groups* adottino pratiche finanziarie scorrette tali da minacciare la solvibilità dei loro fondi di riserva, in un regime di generale attenuazione della loro regolamentazione.

La disomogeneità di discipline statali e l'influenza che l'attenuazione della regolamentazione può esercitare su questi meccanismi di ritenzione del rischio ha spinto la NAIC, ossia la *National Association of Insurance Commissioners*, a formare un gruppo di lavoro dedicato allo studio della regolamentazione dei *Risk Retention Groups*, con l'incarico anche di redigere una legge modello per l'attuazione del *Liability Risk Retention Act* federale, che potesse essere poi recepito a livello statale. Il *Model Risk Retention Act* attualmente predisposto dal NAIC è del 2012 e ha lo scopo di rendere il più uniforme possibile la legislazione statale dei *Risk Retention Groups*, nel tentativo di rimuovere quell'elemento di perturbazione della corretta allocazione di rischi e coperture finanziarie causata dalla discontinuità legislativa dei singoli Stati. Ad oggi, 20 Stati e il Distretto di Columbia hanno adottato il *Model Risk Retention Act* in modo uniforme.

Alcune recenti analisi mostrano come questi Gruppi continuino a guadagnare quote di mercato (T. Zawacki, *Risk retention groups continue to gain share of medical malpractice market*, in SNL Insurance Daily, July 10, 2019). Benché essi rappresentino una porzione relativamente modesta del settore assicurativo della RC, i *Risk Retention Groups* mostrano oggi una certa solidità finanziaria. A fine 2020, la società di rating Demotech, Inc. ha pubblicato due rapporti, “Analysis of Risk Retention Groups - Second Quarter 2020” del 29 ottobre 2020 e “Analysis of Risk Retention Groups—Third Quarter 2020: Risk Retention Groups Report Financially Stable Third Quarter 2020 Results” dell’8 dicembre 2020; l’esame delle informazioni finanziarie qui riportate suggerisce che i *Risk Retention Groups* sono oggi finanziariamente stabili e con capitale adeguato a fronteggiare le perdite, dovrebbero quindi essere in grado di rimanere solvibili in caso di condizioni economiche avverse o di aumento delle perdite.

Peraltro, un mercato assicurativo che inizia a subire un inasprimento in alcuni settori, con un aumento dei premi e una minore disponibilità della capacità assicurativa, può rappresentare una opportunità di rilancio dei *Risk Retention Groups*. Anche i dati raccolti dalla NAIC mostrano come il numero dei Gruppi sia diminuito da 261 nel 2012 a 238 nel 2014, per poi iniziare nuovamente ad aumentare, seppur lentamente ([https://content.naic.org/cipr\\_topics/topic\\_risk\\_retention\\_groups.htm](https://content.naic.org/cipr_topics/topic_risk_retention_groups.htm)). Alcuni dati aggiornati sui *Risk Retention Groups* sono reperibili al seguente link: <https://media.cicaworld.com/wp-content/uploads/2020/05/RRGs-101.pdf>.

### iii. *Captive Insurance Companies.*

Per completezza si segnala che una terza via talora utilizzata consiste nella costituzione di una *Captive Insurance*. Come noto, il meccanismo tecnico è quello dell’assicurazione diretta, in quanto la *Captive* si costituisce come una compagnia di assicurazione, ma è al contempo considerata una forma di autoassicurazione in quanto essa assume esclusivamente i rischi riconducibili al soggetto che la costituisce.

Ampi enti ospedalieri, dotati di capacità finanziarie e manageriali adeguate e in grado di diversificare i rischi assunti, possono utilizzare questo strumento di gestione del rischio che è più sofisticato rispetto alla partecipazione a forme mutualistiche, e con ciò ottimizzando sia le spese assicurative sia la gestione del rischio stesso. I potenziali vantaggi dell’assicurazione *captive* includono non solo la riduzione dei costi assicurativi e un maggior controllo dei costi di gestione, ma anche la possibilità di effettuare una più efficiente pianificazione finanziaria, la stabilizzazione dei prezzi i quali andranno a riflettere l’effettiva esposizione al rischio dell’ente, la deducibilità dei premi pagati alla *Captive*, la personalizzazione dei termini e delle condizioni delle coperture per soddisfare le esigenze dell’ente ospedaliero e, ovviamente, la possibilità di ottenere una copertura non facilmente disponibile o troppo costosa sul mercato commerciale.

Senza scendere nei dettagli, sia sufficiente qui ricordare che, negli Stati Uniti, i requisiti normativi e finanziari che disciplinano le *Captives* sono generalmente meno restrittivi rispetto a quelli che regolano l’impresa di assicurazione tradizionale e, quindi, i soggetti che hanno la capacità finanziaria per affrontare i costi di formazione e funzionamento di una compagnia di assicurazione possono trarre vantaggio da una legislazione favorevole. Negli Stati Uniti, la *Captive* può essere costituita e domiciliata in qualsiasi Stato preveda una legislazione che consente alla *Captive* di operare come impresa di assicurazione autorizzata. Una volta costituita, la *Captive* opera come qualsiasi impresa di assicurazione, è soggetta alla disciplina normativa statale e può sottoscrivere un’ampia gamma di rischi. A differenza dei *Risk Retention Groups*, però, le *Captives*, così come le imprese di assicurazione tradizionali, devono ottenere l’autorizzazione ad operare da ogni Stato in cui intendono operare [per un approfondimento di segnalano: N.G. Tabler, *Advantages of Captive Insurance Programs for Health*

*Systems (and Not Just Lower Premiums)*, 25 Health Law. 32 (2013); D. Talmadge, *Keeping Medical Liability Costs down: How Captive Insurance and Damages Caps Could Help Control Rising Healthcare Costs*, 43 J. Corp. L. 201 (2017)].

d. Conclusioni.

Se il problema delle forme di ritenzione del rischio che si fondano sull'utilizzo da parte del singolo ente di voci di bilancio o di fondi dedicati è che esse dipendono essenzialmente dalla capacità di autofinanziamento dell'ente e quindi, in definitiva, dalla sua capacità o di reperire risorse finanziarie al momento della richiesta di pagamento o di riuscire a creare accantonamenti funzionali ad assorbire nel tempo le perdite, l'efficacia di forme di gestione del rischio strutturate quali i *pooled funds*, i *Risk Retention Groups* e le *captive insurance companies* dipende dalla capacità di queste strutture di neutralizzare il rischio in senso tecnico, e ciò al fine di evitare andamenti molto altalenanti.

Anche se questi modelli diversificati di gestione del rischio ora ricordati non rappresentano un elenco esaustivo delle possibili forme alternative all'assicurazione tradizionale, una ricognizione di questi modelli può essere utile al fine di individuare forme di gestione del rischio che siano coerenti con le indicazioni fornite dal legislatore con la legge n. 24 del 2017.

**6) Fondi rischi regionali per l'accantonamento di risorse in vista dell'accadimento di sinistri e Fondi Regionali per la liquidazione dei sinistri (intervista ai vertici della ASL Emilia-Romagna).**

\*\*\*

A cura del Dott. Emilio Del Vecchio

A seguito di diversi contatti avuti negli anni con la Struttura, nella quale abbiamo incontrato sempre interlocutori estremamente collaborativi, è stato identificato l'attuale responsabile cui fanno capo i servizi bilancistici.

Si è organizzata una conferenza telefonica il giorno 27 febbraio 2020.

Sostanzialmente il quesito di partenza era riferibile all' identificazione dei flussi di denaro utilizzato per il pagamento dei sinistri RC e degli eventuali meccanismi di riservazione degli stessi.

Interessa investigare la contabilizzazione, la provenienza e le modalità di utilizzo di tali fondi.

Fino al 2013 i sinistri venivano trattati su tre diverse fasce di valore e gestiti come segue:

- sinistri di valore fino a €100.000: presi in carico, gestiti e liquidati dalle strutture periferiche con propri fondi, di provenienza dai loro bilanci e senza confronto di alcun tipo con la Regione;
- sinistri di valore compreso tra €100.000 ed €1.500.000: cogestione tra azienda sanitaria e Regione realizzata tramite l'istituzione di un nucleo di valutazione sinistri. La struttura istruiva la pratica identificando l'esistenza di eventuali responsabilità e quantificando i valori in gioco. Successivamente il caso veniva trasferito al nucleo valutazione sinistri che doveva emettere un parere obbligatorio sulla base del quale si decideva se transigere, liquidare o andare in giudizio;
- sinistri di valore superiore ad €1.500.000: gestione devoluta alla Compagnia assicurativa. La Regione e l'Azienda partecipavano con la Compagnia nel fornire le informazioni necessarie ma la strategia ed eventuali contenziosi venivano esternalizzati e gestiti dalla Compagnia.

A partire dal 2014, a seguito delle disdette ricevute dalla Compagnie, sono cambiate sia la gestione che le fasce di valore dei sinistri le quali si sono ridotte a due:

- 1) sinistri di valore fino ad €250.000: le strutture gestiscono i sinistri in autonomia e con propri fondi;
- 2) sinistri di valore superiore ad € 250.000: cogestione con un nucleo regionale valutazione sinistri dopo che il caso è stato valutato in seno all'azienda sanitaria. Il nucleo emette un parere che tuttavia non è vincolante per l'azienda che mantiene così un'autonomia decisionale, anche eventualmente discostandosi da tale parere.

La differenza rispetto alla precedente gestione consiste nel fatto che prima in caso di scostamento l'Ente doveva sostenere in proprio gli oneri aggiuntivi, ora le Regione interviene rimborsando l'eccedenza liquidata più le spese per i legali e le perizie.

L'autonomia finanziaria delle aziende sanitarie deriva dai fondi erogati dalla Regione e prelevati dal fondo sanitario e le stesse aziende, per i sinistri rientranti nella fascia sino ad €250.000, hanno dei fondi:

- fondo franchigie imputabili alle dinamiche delle coperture assicurative pregresse;
- fondo risarcimento danni;
- fondo spese legali.

Il *budget* della spesa assicurativa in termini di previsione non adotta gli stessi criteri delle Compagnie di assicurazioni e/o attuariali.

L'intenzione era quella di fornire delle linee guida in tal senso ma si è deciso di attendere l'emanazione del decreto attuativo della Legge Gelli Bianco.

Pur in assenza di linee guida i sinistri vengono valutati secondo i seguenti criteri:

- a) possibilità;
- b) probabilità;
- c) sinistro remoto

Il criterio degli accantonamenti avviene su base della valutazione del CVS.

Il sinistro "possibile" (= sinistro la cui responsabilità è da dimostrare e che potrebbe portare ad una richiesta di risarcimento, c.d. caduta dalle scale) non viene accantonato ma menzionato nella nota integrativa.

Il sinistro "remoto" rimane da valutare/aggiornare in relazione al fatto che la richiesta aumenti o che il sinistro diventi probabile con eventuale integrazione dei fondi accantonati.

Le aziende sanitarie rispondono comunque entro il limite dei 250.000 Euro.

A livello regionale la gestione è accentrata e attinge dalle risorse del fondo sanitario.

Precedentemente al 2014 gli accantonamenti regionali venivano rivisti annualmente in base alle disponibilità. Attualmente tale revisione avviene in base alla possibilità che gli eventi si verificano e della loro ampiezza.

A livello bilancistico il fondo regionale non è analitico e quindi la porzione a copertura dei sinistri di RC medica non è scorporabile dal capitolo di spesa destinato a tutto ciò che riguarda il sistema sanità.

A livello informativo in relazione al tema di un eventuale “fondo separato” a tutela dei danneggiati viene riferito che alcune Aziende hanno preso iniziative, mediante delibere *ad hoc*, per vincolare i loro patrimoni e non renderli aggredibili da terzi; al di là dell'eventuale efficacia di tali delibere la direzione intrapresa sembra divergere dal solco di maggiori tutele a favore dei danneggiati.

\* \* \*

## SEZIONE – II -

### CRITICITÀ EMERSE E TEMI IRRISOLTI NELLA LEGGE GELLI E NELLO SCHEMA DI DECRETO ATTUATIVO.

#### 1) Regime del claim made.

La previsione di una retroattività estesa (10 anni) della garanzia assicurativa, ma senza garanzia postuma, rischia di lasciare scoperture dal momento che, per il periodo precedente alla data di decorrenza del contratto, il sinistro può venir respinto per dichiarazioni reticenti sulle circostanze del rischio, mentre, qualora il reclamo giunga in epoca successiva alla scadenza del contratto, il sinistro sarebbe escluso dalla operatività della copertura.

Peraltro, anche l'ultimo pronunciamento delle Sezioni Unite della Cassazione, con il richiamo generico ai rimedi generali in tema di responsabilità precontrattuale e potenziale invalidità del contratto assicurativo per una asserita mancanza della “causa in concreto” ha introdotto altri profili di incertezza difficilmente superabili. Il che non è d'aiuto né alle Strutture sanitarie, né alle Imprese d'assicurazione, né ai distributori di prodotti assicurativi.

Sicchè, anche a seguito della emanazione della Legge Gelli non si può non stigmatizzare la mancanza di risposte pratiche e risolutive rispetto alle residue criticità relative all'introduzione delle clausole *claims made* nei contratti assicurativi per la responsabilità civile sanitaria.

#### 2) Ultime modifiche allo Schema di decreto – oggetto della garanzia assicurativa e sinistri in serie.

Dalla formulazione dell'ultima versione dello Schema di decreto attuativo emerge che l'oggetto della copertura della responsabilità delle strutture sanitarie e degli esercenti la professione sanitaria viene esteso rispetto a quello che viene dedotto in garanzia nella prassi della assunzione dei rischi di “med mal” e che, peraltro, era stato recepito nella precedente versione dello Schema di decreto. Ora, infatti, l'oggetto della copertura è la **responsabilità civile contrattuale della struttura ed extracontrattuale del medico** (senza ulteriori specificazioni), mentre in precedenza, la garanzia era limitata alla responsabilità civile “*di quanto gli assicurati erano tenuti a pagare a titolo di risarcimento per danni patrimoniali e non patrimoniali (capitale, interessi e spese), causati per morte, lesioni personali, distruzione e deterioramento di beni cagionati a terzi e prestatori d'opera ...*”. Riteniamo che questo ampliamento dell'ambito delle coperture costituisca un ulteriore disincentivo per gli assicuratori a “tornare” ad assicurare i rischi della “med mal”.

Nell'art. 1 dello Schema di decreto non compare più la definizione del c.d. “sinistro in serie”, ma, anzi, viene specificato che qualora via siano più richieste di risarcimento riconducibili allo stesso atto, errore od omissione, oppure a più atti, errori od omissioni riconducibili ad una stessa causa, vanno considerati tanti sinistri quanti sono gli eventi (nel primo caso) oppure gli atti, errori od omissioni (nel secondo caso). Il che rischia di far proliferare inutilmente i sinistri ed i vari trigger per ogni polizza oltre che (forse) i massimali per sinistro.

### 3) Regime delle eccezioni opponibili.

Come si è visto sopra, il regime delle eccezioni opponibili al terzo danneggiato da parte dell'assicuratore è alquanto limitato e questa caratteristica rischia di allontanare sempre di più gli assicuratori dal campo dell'assicurazione dei rischi sanitari.

Riassumendo, queste sono i principali aspetti critici:

- l'opponibilità delle eccezioni contrattuali è prevista solo a condizione che le relative clausole siano approvate specificamente per iscritto; non si prevede però da chi dovrebbero essere approvate (dall'assicuratore o dall'assicurato?), né le conseguenze del difetto di specifica approvazione scritta delle medesime;
- applicabilità dei limiti quantitativi della rivalsa nei confronti dei sanitari in caso di eccezioni non opponibili;
- difficoltà di recupero in caso di eccezioni non opponibili al terzo ma opponibili all'assicurato, stante le note difficoltà nell'agire contro le strutture sanitarie pubbliche; peraltro, l'assicurato potrebbe non condividere la tesi di inoperatività o limitazione della garanzia;
- in caso di vertenze definite con transazione potrebbe non essere condiviso l'an e/o il quantum;
- a complicare ulteriormente la situazione vi è il fatto che, nel caso dell'assicuratore della struttura sanitaria, in questo possibile antagonismo tra assicuratore e medico assicurato, s'inserirà anche l'assicuratore che ex art. 10 della Legge Gelli fornisce copertura al medico proprio per le ipotesi di rivalsa ex art. 12 dell'assicuratore della struttura;
- mancato inserimento del dolo dell'assicurato e della prescrizione dei diritti dell'assicurato tra le eccezioni opponibili;
- non esplicita menzione del massimale anche se in virtù dell'espreso richiamo di cui all'art. 12, comma 1, della Legge Gelli ai "limiti delle somme per le quali è stipulato il contratto di assicurazione", il massimale appare validamente opponibile;
- mancata menzione dei sottolimiti di massimale;
- non è sempre agevole individuare in maniera netta il confine tra attività assicurata ed attività non assicurata;
- non sono menzionate le eccezioni che derivano dalla legge (art. 2952 - 1892 – 1893 e 1898 c.c.) queste quindi sono opponibili?;
- anche in tema di mancato pagamento del premio, potrebbe porsi qualche incertezza operativa, poiché è facile immaginare che la giurisprudenza potrebbe essere portata ad interpretare tale opponibilità in maniera rigorosa, consentendo all'assicuratore di valorizzarla solamente in quei casi in cui l'assicurato, non solo non ha pagato il premio al momento del fatto colposo (con conseguente sospensione della copertura ex art. 1901 c.c.), ma addirittura lo ha pagato successivamente alla ricezione della richiesta danni. Resterebbe inopponibile il mancato pagamento del premio quando l'assicurato, pur non avendo regolarmente pagato il premio al momento del fatto colposo, lo ha pagato prima di aver ricevuto la richiesta danni. E, d'altronde, tale indirizzo interpretativo sarebbe aderente al regime claims made delle polizze rc sanitarie;
- mancato inserimento dell'inadempimento dell'assicurato nei confronti dell'assicuratore rispetto all'obbligo di informazione.

#### 4) **Profili processuali.**

Da un punto di vista processuale sono emerse le seguenti criticità:

- regime delle preclusioni per il ricorrente nel procedimento di ATP ex art. 696 bis c.p.c.;
- azione diretta contro l'assicuratore e obbligo di partecipazione alla procedura da parte dell'assicuratore potrebbero vanificare la rapidità di questo strumento;
- termini per introduzione del giudizio sommario di merito ex art. 702 bis c.p.c., conseguenze in caso di mancato rispetto di tali termini;
- conciliazione dinanzi al CTU nel 696 bis c.p.c.: formazione e competenze;
- obbligo dell'assicuratore di formulare l'offerta nell'ambito del procedimento di ATP:
  - cosa s'intende per "ambito";
  - non viene disciplinato il cd. "spatium deliberandi", con la conseguenza che non è chiaro qual è esattamente il termine entro cui l'assicuratore deve formulare l'offerta. Essa deve necessariamente essere formulata entro il deposito della relazione conclusiva del CTU o, comunque, immediatamente dopo? Oppure, come sembra operativamente più plausibile, sarà sufficiente formulare l'offerta nell'ambito delle trattative successive al deposito della CTU e prima che venga radicato il giudizio di merito?
  - nulla dice la "Gelli" in merito ai contenuti dell'offerta: essa deve essere adeguata?
  - nel caso di più soggetti responsabili, l'offerta del singolo assicuratore dovrà concernere l'intero danno, includendo anche le quote dei corresponsabili? Oppure l'obbligo di formulare l'offerta potrà ritenersi validamente assolto anche proponendo esclusivamente il risarcimento pro quota?

#### 5) **Responsabilità amministrativa/erariale.**

Sul tema sono emerse le seguenti criticità:

- significativo rischio di incorrere in responsabilità amministrativa da parte dei funzionari delle ASL in caso di transazioni inadeguate o dannose per la contabilità pubblica;
- divieto di transazioni nell'ambito del procedimento dinanzi alla Corte dei Conti. Unica cosa possibile è un rito abbreviato (art. 130 D.Lgs. 174/2016) o un rito monitorio per fatti dannosi di lieve entità (non superiori a €10.000);
- esercizio e limiti dell'azione di surroga ex art. 1916 c.c. dell'assicuratore della struttura pubblica e privata nei confronti dei medici dipendenti tenuto conto della riserva in favore della Procura della Corte dei Conti delle azioni in rivalsa sul medico della struttura per colpa grave.

#### 6) **Azione di rivalsa della struttura e surroga dell'assicuratore ex art. 1916 c.c.**

Non è molto chiara la disciplina delle azioni di rivalsa della struttura sanitaria e di surroga dell'assicuratore di quest'ultima nei confronti dei medici liberi professionisti che esercitano la professione come ausiliari di strutture private. Né è del tutto chiaro se il professionista agisca come ausiliario della struttura privata la quale però operi in regime di convenzionamento con il SSN.

**7) Fatti noti.**

Mancanza di disciplina per fatti noti, denuncia di circostanze e soluzioni per possibili buchi di copertura.

**8) Misure veramente “analoghe”.**

Il Legislatore e il Legislatore Governativo prevedono la possibilità di optare per forme “analoghe” all’assicurazione. Non è tuttavia perfettamente chiaro se con ciò si faccia riferimento alla sola “autoritenzione” del rischio oppure se sia possibile porre in essere altri modelli.

Dagli elementi normativi e regolamentari a disposizione sembra di poter dire che alle strutture sanitarie pubbliche non sia attualmente consentito la possibilità di ricorrere a veri e propri strumenti di “autoassicurazione” sul tipo di quelli praticati nell’esperienza anglosassone o statunitense (e cioè: Risk Retention Group; risk pooling o altri strumenti di vero trasferimento alternativo dei rischi sanitari), bensì solo a strumenti di “autoritenzione”.

Ciò detto, anche nell’ambito di questo perimetro più ristretto sarebbe stato auspicabile che queste forme di “autoritenzione” dei rischi fosse stato regolamentato in maggior dettaglio onde agevolare il compito delle strutture sanitarie nella gestione di simili misure di gestione del rischio.

**9) Protocolli di gestione dei sinistri in “autoritenzione” e di quelli in assicurazione sotto e sopra franchigia.**

In tutti i casi in cui la struttura sanitaria opti per un regime di “autoritenzione” oppure sia assicurato, ma con uno strato di SIR o con una determinata franchigia, si pone il problema di individuare chi sia il soggetto tenuto a gestire il sinistro per la parte non coperta da assicurazione.

La Legge e lo Schema di decreto prevedono la redazione ed adozione di specifici “protocolli” di gestione, così da permettere un coordinamento che porti a condurre la liquidazione in favore del danneggiato in modo ordinato e senza disfunzioni, tuttavia,

- il contenuto di tali protocolli, la cui stipula è prevista all’art. 13 dello schema di decreto, è regolato solo genericamente;
- anche quando la gestione è affidata alla Compagnia di assicurazioni, l’accesso agli atti nella fase precontenziosa ingenera le seguenti criticità:
  - possibilità che la struttura sanitaria possa rifiutarsi di fornire documenti e informazioni invocando l’esigenza di tutela della privacy del paziente/danneggiato;
  - non sono previste sanzioni all’inadempimento all’obbligo (nascente dall’art. 1914 c.c.) di fornire tutta la documentazione e le informazioni necessarie alla gestione del sinistro con conseguente lesione del diritto di difesa dell’assicuratore evocato in giudizio;
  - i termini per adempiere spesso non sono adeguati (37 giorni) rispetto alle tempistiche di svolgimento dell’azione di responsabilità civile sanitaria;
  - non è chiaro chi siano i soggetti considerati “*interessati aventi diritto*” ai sensi dell’art. 4 comma 2 della Legge Gelli, anche l’assicuratore? Anche la disciplina

dell'accesso agli atti amministrativi (articoli 22, 23, 24 e 25 della legge 241/90) non aiuta in tal senso;

- neppure è chiaro chi siano i soggetti legittimati passivi, se solo la struttura sanitaria assicurata o anche eventuali strutture diverse ma nelle quali si sia comunque svolta una parte della storia sanitaria;
- l'art. 12 comma 4 parla di documentazione “*relativa ai fatti dedotti in ogni fase della trattazione del sinistro*”; ciò pone il problema di quando la difesa del danneggiato, come spesso avviene, non deduca alcun fatto o evento specifico ma solo una generica vicenda di malasanita.

## 10) Fondi rischi e Fondi sinistri.

È vero che, le disposizioni dello Schema di decreto prevedono la costituzione di Fondi rischi e Fondi sinistri, tuttavia,

- non sono chiare le modalità di alimentazione di tali Fondi (profili bilancistici);
- al fine di garantire la solidità e capienza di tali Fondi nello Schema di decreto si prevede che il Fondo possa essere coperto con appropriate garanzie assicurative, ma non si specifica se si debba trattare di assicurazione perdite pecuniarie o schemi di riassicurazione della capienza del fondo (soluzione quest'ultima che, in mancanza dell'attribuzione a tali fondi di uno status di veicolo di assicurazione primaria, non appare tecnicamente possibile);
- nulla si prevede in tema di pignorabilità o meno di tali Fondi;
- l'assenza totale di chiarezza nei compiti delle singole funzioni della struttura sanitaria, soprattutto in tema di calcolo e di controllo dei fondi tecnici, Fondo Rischi e Fondo Riserva Sinistri, nonché l'assenza di una declinazione maggiormente puntuale dei requisiti di competenze tecniche da richiedere a tali soggetti coinvolti.

\* \* \*

## SEZIONE – III -

### SUGGERIMENTI E POSSIBILI SOLUZIONI

#### 1) **Previsione normativa clausola *claims made*.**

Introdurre nel Codice Civile un articolo 1917 bis che contenga previsioni analoghe a quelle suggerite sopra nel capitolo n. 1.

#### 2) **Delimitazione oggetto della garanzia assicurativa e definizione di sinistro in serie.**

Per le ragioni evidenziate al punto 2) della Sezione II, crediamo opportuno riprendere la descrizione dell'oggetto della copertura assicurativa della responsabilità civile delle strutture sanitarie e degli esercenti le professioni sanitarie che viene tradizionalmente recepita dalla prassi della assicurazione della med mal, ossia con il limite alle obbligazioni risarcitorie per danni che cagionino la morte, lesioni o danni a cose. In mancanza è probabile che gli assicuratori possano invocare un motivo (non certo peregrino) per non stipulare questo tipo di coperture.

Sempre per quanto rilevato al menzionato punto 2) della Sezione II, sarebbe auspicabile che venisse ripristinata una definizione di sinistro in serie con la relativa disciplina, che agevoli la valutazione preventiva della possibile magnitudo degli obblighi indennitari delle Compagnie con riferimento a questo tipo di rischi.

#### 3) **Eccezioni opponibili.**

- “Loan receipt arrangement” per superare i limiti quantitativi alla surrogazione 1916 c.c.;
- fondi presso CDP a garanzia del celere rimborso alle Imprese assicurative di quanto corrisposto al danneggiato a titolo di risarcimento di danni non coperti o esclusi ai sensi del contratto assicurativo stipulato con l'ente o i soggetti assicurati;
- eliminare l'approvazione scritta ai fini della opponibilità;
- l'elencazione di cui all'art. 7 dello schema potrebbe essere considerata tassativa solo per le eccezioni derivanti dal contratto lasciando invariata l'opponibilità di quelle derivanti dalla legge;
- **eliminazione del sistema dell'azione diretta contro le imprese a causa delle troppe disfunzioni che essa comporta;**
- significato di attività assicurata.

Seguendo l'indirizzo interpretativo più favorevole al terzo, sarebbe da intendersi con riferimento a tutte le attività pertinenti la specializzazione del medico a prescindere da eventuali limitazioni inserite nel contratto.

In alternativa, si potrebbe ritenere opponibile l'inoperatività della garanzia tutte le volte in cui il danno si sia concretizzato quale conseguenza di attività che, pur rientrando nell'ambito della specializzazione del medico assicurato, non rientra tra le attività coperte dalla polizza;

La prima ipotesi interpretativa appare più aderente allo spirito complessivo della Gelli seppure essa vada ad aggravare ulteriormente la posizione dell'assicuratore.

- l'elenco tassativo delle eccezioni opponibili, stando alla bozza del decreto, si riferisce alle eccezioni derivanti dal contratto.  
Resta incerta, invece, l'opponibilità delle eccezioni derivanti dalla legge: prescrizione ex art. 2952 c.c.; inoperatività della garanzia per dolo dell'assicurato; dichiarazioni inesatte e/o reticenti ex artt. 1892 – 1893 c.c.; aggravamento non dichiarato del rischio (art. 1898 c.c.).  
Il tema è già stato più volte affrontato in ambito RCA e risolto a favore del danneggiato, nel senso che anche le eccezioni ex lege non sarebbero opponibili al terzo, se non in quei casi in cui l'eccezione concerne l'esistenza stessa del contratto.
- Inserimento nel decreto di una definizione specifica dei fatti noti;

#### **4) Profili processuali art. 696 bis c.p.c..**

La possibile lungaggine del procedimento di ATP cozza con i rigorosi termini previsti dall'art. 8 delle Gelli, secondo cui la successiva azione di merito ex art. 702bis cpc deve essere avviata entro 90 giorni dalla conclusione dell'ATP o, comunque, entro 90 giorni dallo spirare del termine di 6 mesi dal deposito del ricorso ex art. 696bis c.p.c.

Nel caso di numerose parti coinvolte, come di frequente avviene delle procedure di ATP, l'alternativo strumento della mediazione si presta ad essere strumento di risoluzione delle controversie più rapido e flessibile, pur presentando innegabili limiti tecnici (assenza di una CTU) che possono comunque inficiarne l'efficacia risolutiva della controversia.

Si tenga conto, inoltre, che nel caso si opti per la mediazione, non vi sarà l'obbligo d'introdurre la successiva eventuale azione di merito mediante il rito sommario ex art. 702bis c.p.c.

#### **5) Responsabilità Amministrativa / Erariale.**

Al fine di rendere possibile e, se possibile agevolare, la definizione in via transattiva dei reclami in materia di responsabilità sanitaria sarebbe opportuno:

- stabilire apposite linee guida dirette ad orientare i responsabili delle Strutture sanitarie che operano in ritenzione del rischio nella negoziazione e nella conclusione di accordi transattivi, così da mitigare il rischio di incorrere in fattispecie di responsabilità erariale;
- prevedere che, in ogni caso, qualora l'importo del risarcimento concordato in sede di transazione non ecceda l'ammontare della Riserva apposta per il sinistro, scatti una presunzione di assenza di dolo o colpa grave per i soggetti che hanno autorizzato l'accordo conciliativo.

## 6) In tema di surroga ex art. 1916 c.c.:

- sarebbe bene esplicitare nella legge che sono perfettamente ammissibili le azioni in rivalsa contro i medici dipendenti da parte delle Compagnie in surroga ex art.1916 c.c. e che le stesse possono essere instaurate davanti all' A.G.O.;
- sarebbe inoltre opportuno precisare che, per l'azione di rivalsa e surroga ex art. 1916 c.c. nei confronti dei medici liberi professionisti che esercitano la professione come ausiliari di strutture private in regime di convenzionamento con il SSN debbano applicarsi le medesime regole (ricorrenza di dolo o colpa grave, limiti quantitativi e termine annuale) previsti al comma 6 dell'art. 9 per i medici dipendenti.

## 7) Misure analoghe.

In realtà nessuna delle misure previste dallo schema di decreto è da considerarsi in concreto "analoga" all'assicurazione. Quello che doveva essere previsto era un sistema di "autoriassicurazione" sulla base del modello dei Risk Retention Groups americani.

## 8) Fondi:

- si potrebbe prevedere la possibilità di riassicurare i Fondi riserve sinistri mediante una norma *ad hoc*; oppure si potrebbe chiarire a che tipo di garanzia alluda il legislatore governativo quando indica che i Fondi riserve sinistri creati presso le ASL possono essere coperti da "assicurazione"; allo stato ci sembra che si potrebbe ipotizzare di coprire tali perdite tramite l'assicurazione delle perdite patrimoniali, oppure con coperture dei rischi di med-mal, ma in eccesso ad un sistema di franchigie aggregate da calcolarsi con un solido supporto attuariale.
- sulla impignorabilità la legge già la prevede con il riferimento all'art.1 comma 5 e 5 bis del D.L. 9/1993 espressamente richiamati all'art. 10 comma 6 L. 24/2017 anche se non si tratta di una impignorabilità assoluta;
- previsione di Fondi anche a copertura degli scoperti e delle franchigie;
- rifacendosi alla criticità di ordine generale espressa al punto 9 terzo alinea della Sezione II, si suggerisce di integrare / modificare alcune previsioni dello schema di decreto attuativo nel senso qui sotto illustrato:

- **quanto alle disposizioni dell'art. 11:**

sarebbe necessario indicare i requisiti in termini di competenze che dovrebbero caratterizzare i soggetti chiamati a rilasciare il giudizio/certificazione della congruità del Fondo Rischi e del Fondo Riserve Sinistri, citando esplicitamente competenze di natura attuariale e dunque, in presenza di un albo di una professione regolamentata, stabilire che un iscritto all'Albo Nazionale degli Attuari, per definizione, sarebbe considerato in possesso di tali requisiti. Pertanto, nel caso specifico, richiedere che abbiano queste competenze direttamente il revisore legale o componenti del collegio sindacale o permettere agli stessi di avvalersi di un soggetto con tali requisiti di esperienza in ambito attuariale, specificando che un attuario iscritto all'albo li rispetta automaticamente";

- **quanto alle disposizioni dell'art. 14:**

sarebbe opportuno:

- a) rendere esplicito nell'ambito della regolamentazione a quale funzione spetta l'onere della determinazione del fondo rischi e del fondo riserve sinistri, cercando di definire in maniera chiara una funzione di calcolo (di primo livello), ad esempio la "funzione di valutazione dei sinistri", da non confondersi con la funzione di controllo, di secondo livello, che potrebbe essere ad esempio individuata nella "funzione di risk management";
- b) declinare il requisito delle "...particolari conoscenze e l'utilizzo di tecniche probabilistico attuariali ed idonee esperienze..." che è richiesto nel "...processo di stima..." di questi fondi prevedendo che un attuario (cioè un iscritto all'Albo degli Attuari) è automaticamente considerato in possesso di tali requisiti e che dunque può supportare la funzione di calcolo di tali poste o assumere direttamente tale funzione;

- **quanto alle disposizioni di cui all'art. 15:**

sarebbe opportuno:

- a) rendere esplicita l'attività di secondo livello (e dunque di controllo) della Funzione di Risk Management, anche sull'esposizione al rischio connessa alle due poste tecniche (Fondo Rischi e Fondo Riserve Sinistri), nonché il controllo anche in caso di cessione in assicurazione;
- b) anche per il Risk Manager, con particolare ma non esclusivo riferimento alle sue valutazioni (di controllo) in merito alle due poste tecniche citate, nonché a quelle che interessano la gestione dei rapporti con la Compagnia di assicurazione in caso di cessione e il controllo dell'attività (anche in termini di contrattazione del premio, etc...) richiedere il possesso del requisito di "...particolari conoscenze e l'utilizzo di tecniche probabilistico attuariali ed idonee esperienze...", quanto meno per uno o più soggetti della struttura, specificando, anche in questo caso, che un attuario (cioè un iscritto all'Albo degli Attuari) è automaticamente considerato in possesso di tali requisiti"

## 9) Gestione sinistri.

Si potrebbe prevedere l'obbligo di gestione dei sinistri da parte dell'assicuratore anche per sinistri sotto franchigia ("gestione con riserva di copertura") con conseguente possibilità di una maggiore collaborazione delle strutture anche in tema di accesso agli atti.

\* \* \*