

GLI OBBLIGHI ASSICURATIVI NELLA LEGGE N.24/2017:

QUANDO IL MEGLIO E' NEMICO DEL BENE

Valentina Lo Voi

1. Premessa
2. L'obbligatorietà unilaterale
3. Le altre "analoghe misure"
4. Il "tipo" di assicurazione previsto dalla legge n. 24/2017: *on claims made basis*
5. Il fondo di garanzia
6. Brevi riflessioni conclusive

1. PREMESSA

La legge n. 24 dell'8 marzo 2017¹, nota anche come “Legge Gelli-Bianco”², reca «Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie»³.

Nei diciotto articoli dei quali si compone, il nuovo provvedimento normativo prende in considerazione diversi e importanti profili della *medical malpractice*.

In via di estrema sintesi, le principali innovazioni introdotte dell'impianto normativo in parola sono:

- la valorizzazione del profilo della «trasparenza dei dati» (art. 4), nell'ambito della quale, in particolare, si prevede l'obbligo delle strutture ospedaliere di fornire la documentazione sanitaria relativa al paziente entro termini temporali ben definiti dalla legge stessa e di pubblicare nel proprio sito internet i dati relativi a tutti i risarcimenti erogati nell'ultimo quinquennio⁴;
- la sottoposizione (art. 8) della domanda giudiziale di risarcimento del danno da parte del paziente alla condizione di procedibilità costituita dal preventivo espletamento di una consulenza tecnica preventiva ex art. 696-bis c.p.c. – o, in alternativa, del procedimento di mediazione di cui al d. lgs. 4 marzo 2010, n. 28 – con partecipazione obbligatoria per tutte le parti e previsione del potere del giudice, in sede di definizione del giudizio, di condannare le parti inadempimenti all'obbligo de quo «al pagamento delle spese di consulenza e di lite, indipendentemente dall'esito del giudizio, oltre che ad una pena pecuniaria, determinata equitativamente, in favore della parte che è comparsa alla conciliazione»;
- la predisposizione di un'apposita disciplina dell'azione di rivalsa o di responsabilità amministrativa nei confronti degli operatori sanitari (art. 9);
- la previsione di obblighi assicurativi o dell'adozione di altre misure analoghe da parte delle case di cura pubbliche o private (art. 10);
- l'introduzione di disposizioni relative alla nomina di consulenti tecnici d'ufficio e periti nei giudizi di responsabilità sanitaria nonché alla tenuta dei relativi albi (art. 15), che

¹Per un'ampia ed esaustiva descrizione della legge si veda G. Alpa, *La responsabilità sanitaria. Commento alla L. 8 marzo 2017, n. 24*, Pisa, 2017.

²Dal nome dei parlamentari relatori nelle due Camere.

³In G.U. n. 64 del 17 marzo 2017. Per un commento sistematico alla disciplina, v. AA.VV., *Sicurezza delle cure e responsabilità sanitaria. Commentario alla legge 24/2017*, Roma 2017.

⁴In tal senso, si veda G. Comandé, *La riforma della responsabilità sanitaria al bivio tra conferma, sovversione, confusione e no-blame giurisprudenziale*, in R. it. med. leg. 2016, p. 20.

opportunamente prevedono l'obbligo di affidare l'incarico a soggetti effettivamente dotati della specializzazione necessaria.

Deve, invero, segnalarsi come il "cuore" della legge sia però contenuto negli artt. 5, 6 e 7, che stabiliscono le condizioni in presenza delle quali sorge la responsabilità civile⁵ della struttura ospedaliera nonché, quelle da cui discende la pronuncia di una condanna civile e/o penale nei confronti dell'«esercente la professione sanitaria», espressione che tutte le disposizioni testé menzionate chiaramente utilizzano facendo riferimento al personale sanitario (non soltanto medico).

Si è cercato, altresì di realizzare un'osmosi tra le fonti primarie e quelle secondarie, con particolare riguardo alle regole del codice di deontologia e alle linee guida e buone prassi⁶.

In questa sede si dovranno tralasciare, tuttavia, gli aspetti relativi all'accertamento e alla natura giuridica della responsabilità per soffermarsi, invece, su una tematica che, rispetto a questa, si trova a valle, ossia quella relativa agli obblighi assicurativi⁷, e alle c.d. analoghe misure. Ci si soffermerà, altresì, sulla "tipizzazione" del modello assicurativo *on claims made basis*; sulle indicazioni operative in merito alla stipula dei contratti, fornite dall'Autorità nazionale anticorruzione; e, infine, sulla previsione di un Fondo di garanzia.

2. L'OBBLIGATORIETA' UNILATERALE

L'art. 10 della Legge 24/2017 introduce l'obbligo di copertura assicurativa o di altre analoghe misure per le strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private⁸.

⁵ Per un necessario ed ampio inquadramento sul tema della responsabilità civile si rinvia a G. Alpa., *La responsabilità civile: principi*, Milano, 2018. Si veda, anche, C. Castronovo, *Responsabilità civile*, Milano, 2018. In prospettiva comparatistica, il tema della responsabilità civile, anche nello specifico settore delle professioni sanitarie, è affrontato da M. Serio, *Studi comparatistici sulla responsabilità civile*, Torino, 2007. castronovo

⁶ E. Del Prato, *Regole deontologiche delle professioni e principio di sussidiarietà: l'esperienza italiana*, in Riv. di dir. Civile, 4/2014, 764 e ss. L'A., prima ancora che venisse introdotto il nuovo impianto normativo, aveva percepito come quella area che tradizionalmente era stata coincidente con la dimensione degli usi (normativi o negoziali) è stata ad essi sottratta e riempita di contenuti normativi secondari promananti, da ordini professionali o da organizzazioni private.

⁷ Sul tema, si rinvia per una più ampia disamina a V. Fineschi, P. Frati, M. Cingolani, R. La Russa, *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, in Gelli-Hazan, *La riforma "Gelli", principi ispiratori e coordinate di base*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, a cura di Gelli, Hazan e Zorzit, Milano.

⁸ Il primo comma dell'art. 10, prevede, testualmente che "Le strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private devono essere provviste di copertura assicurativa o di altre analoghe misure per la responsabilità civile verso terzi e per la responsabilità civile verso prestatori d'opera, ai sensi dell'articolo 27, comma 1-bis, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, anche per danni cagionati dal personale a qualunque titolo operante presso le strutture sanitarie o sociosanitarie pubbliche e private, compresi coloro che svolgono attività di formazione, aggiornamento nonché di sperimentazione e di ricerca clinica. La disposizione del primo periodo si applica anche alle prestazioni sanitarie svolte in regime di libera professione intramuraria ovvero in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale nonché attraverso la telemedicina. Le strutture di cui al primo periodo stipulano, altresì, polizze assicurative o adottano altre analoghe misure per la copertura della responsabilità civile verso terzi degli esercenti le professioni sanitarie anche ai sensi e per gli

L'obbligo assicurativo nel contesto della riforma Gelli-Bianco è volto non solo a garantire una tutela effettiva del danneggiato ma anche a consentire a tutti gli esercenti la professione sanitaria un esercizio dell'attività senza il rischio di un fardello risarcitorio difficilmente sostenibile⁹.

L'obbligatorietà dell'assicurazione, tuttavia, assume aspetti critici a causa del progressivo abbandono, da parte delle compagnie assicurative, del mercato del rischio della responsabilità sanitaria, quale conseguenza dei preoccupanti livelli raggiunti dall'eccesso di responsabilità e dall'eccesso di risarcimento¹⁰.

Si è infatti assistito, nell'ultimo ventennio, ad un incremento esponenziale delle richieste risarcitorie nei confronti delle strutture e dei sanitari, con un progressivo ampliamento dei criteri di accertamento della responsabilità, improntati ad un sempre maggior *favor* nei confronti del danneggiato¹¹.

Al contempo, l'obiettivo del legislatore di calmierare il *quantum* del risarcimento - attraverso gli artt. 138 e 139 del cod. ass. (espressamente richiamati prima dalla c.d. riforma Balduzzi e poi dalla Gelli-Bianco¹²)- ha trovato attuazione soltanto per le lesioni di lieve entità, il cui carico risarcitorio è assai limitato e mediamente sopportabile dalla categoria degli esercenti la professione sanitaria, maggiormente interessati e colpiti dai danni c.d. macropermanenti. Per tali pregiudizi, invece, non sono state ancora emanate le tabelle di riferimento.

La situazione determinatasi nell'esperienza italiana in tema di responsabilità medica ha, così, comportato ingenti perdite economiche per gli assicuratori, con conseguente progressiva diminuzione dell'interesse delle imprese ad esercitare in tale settore di rischio e, contestuale, innalzamento dei costi per la copertura assicurativa a carico delle strutture sanitarie e dei singoli operatori¹³.

Tale inquadramento preliminare risulta necessario per comprendere come l'attuale formulazione della normativa possa condurre ad una pericolosa vanificazione della disciplina, dovuta alla mancata previsione di un obbligo bilaterale a contrarre.

Il legislatore della novella, infatti, sulla scorta di quanto già stabilito dalla legge 14.9.2011, n. 148, dall'art. 3 della legge n. 189/2012, nonché dalla legge n. 114 dell'11.8.2014, per quanto

effetti delle disposizioni di cui al comma 3 dell'articolo 7, fermo restando quanto previsto dall'articolo 9. Le disposizioni di cui al periodo precedente non si applicano in relazione agli esercenti la professione sanitaria di cui al comma 2.”

⁹ Gelli-Hazan, *La riforma “Gelli”, principi ispiratori e coordinate di base*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, a cura di Gelli, Hazan e Zorzit, Milano, op. cit., 543.

¹⁰ Ponzanelli, *Medical malpractice: la legge Bianco-Gelli*, in *Contr. e impr.*, 2017, 357.

¹¹ E. Quadri, *Considerazioni in tema di responsabilità medica e di relativa assicurazione nella prospettiva dell'intervento legislativo*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, 30.

¹² Faccioli, *La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla legge n. 24 del 2017 (c.d. “Legge Gelli-Bianco”)*, in *Studium iuris*, 2017, 787.

¹³ Corrias, *La copertura obbligatoria dei rischi relativi alla responsabilità civile*, in *Corr. giur.*, 2017, 752

attiene alle aziende sanitarie pubbliche, all'art. 10, ha previsto, rimodulandolo, l'obbligo unilaterale di assicurazione per la responsabilità civile verso terzi o verso i prestatori di opera, anche per danni cagionati dal personale che, a diverso titolo, opera presso le strutture sanitarie pubbliche o private.

L'obbligatorietà legale dell'assicurazione contro la responsabilità civile plasma lo scopo del contratto che non è più soltanto volto a tenere indenne l'assicurato dalla responsabilità, bensì anche a garantire un risarcimento al danneggiato¹⁴.

L'obbligo di dotarsi di copertura assicurativa grava su tutti i soggetti coinvolti nell'esercizio dell'attività sanitaria. Si tratta, tuttavia, di una obbligatorietà unilaterale e non bilaterale.

L'obbligatorietà bilaterale è nota all'esperienza legislativa italiana; nel settore della responsabilità civile automobilistica è infatti previsto un obbligo a contrarre delle compagnie di assicurazione; tale obbligo è definito "bilaterale", in quanto, accanto alla necessità che il proprietario del veicolo si assicuri, sussiste un obbligo a contrarre in capo alle compagnie di assicurazioni, le quali non possono rifiutare di accettare le proposte contrattuali che vengano loro rivolte, secondo le condizioni di polizza e le tariffe stabilite preventivamente (art. 132 cod. ass.)¹⁵¹⁶.

La *ratio* di tale obbligatorietà sarebbe da rinvenire nella rilevanza che ha assunto il fenomeno della circolazione dei veicoli a motore e sarebbe così finalizzato a garantire a chiunque, anche ai titolari dei redditi più bassi, di poter usufruire del bene – auto.

Se, infatti, fosse consentito all'assicuratore di rifiutare le proposte contrattuali, l'imprenditore stesso potrebbe selezionare i rischi da assumere, preferendo quelli meno elevati, sicché vi sarebbero intere aree geografiche od intere categorie di soggetti¹⁷ che resterebbero privi di garanzia¹⁸.

La previsione di un'obbligatorietà bilaterale non sarebbe stata nemmeno censurabile in relazione ai principi di diritto comunitario, quali la libertà di stabilimento (art. 49 TFUE) e la libera prestazione di servizi (art. 56 TFUE). In passato si era, invero, profilato il rischio di un effetto dissuasivo - provocato dall'obbligatorietà bilaterale- sulle imprese straniere, le quali non sarebbero state libere di decidere autonomamente quali servizi prestare e a quali soggetti

¹⁴ E. Del Prato, Assicurazione della responsabilità professionale e tutela del professionista contro clausole vessatorie e pratiche commerciali scorrette, in *Annali Sisdic* 1/2017, 105.

¹⁵ Sull'obbligo a contrarre si veda V. Ogliari- A. Costa, Riflessioni sull'obbligo a contrarre la polizza r.c. auto nel nuovo Codice delle Assicurazioni private, in *Dir. e prat. ass.*, 2006, I, 492.

¹⁶ Invero, anche l'art. 12 della Legge sulla caccia (L. 157/1992) prevede un obbligo assicurativo bilaterale.

¹⁷ Si pensi ai più giovani o a quelli che trascorrono più tempo alla guida.

¹⁸ E. Di Jeso, *Obbligo legale a contrarre delle imprese assicurative esercenti la r.c.a.*, in *Assicurazioni*, 2000, 322.

rivolgere l'offerta, con ripercussioni sui costi sopportati dagli assicuratori, specie quelli che avessero voluto svolgere soltanto saltuariamente le proprie attività nel territorio italiano.

Tale sospetto è stato tuttavia fugato poiché si è ritenuto che, seppure l'obbligo c.d. bilaterale di assicurazione implichi per gli operatori interessati oneri supplementari in termini di organizzazione per il necessario ampliamento dell'offerta di servizi assicurativi, si è riconosciuto, tuttavia, che la violazione della normativa comunitaria è giustificata dall'esigenza di pubblico interesse di garantire il risarcimento alle vittime della strada¹⁹.

L'imposizione dell'obbligo di contrarre nei confronti di tutti i proprietari di autoveicoli residenti in Italia impedisce, così, che le imprese si ritirino da alcune zone del territorio italiano privando, di conseguenza, i proprietari di autoveicoli ivi residenti della possibilità di concludere il contratto di assicurazione per la responsabilità civile automobilistica.

La Corte di giustizia europea ha ritenuto, allora che l'obbligo di contrarre sia sostenuto da una congrua giustificazione, essendo idoneo a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito, e non va al di là di quanto necessario per il suo conseguimento .

Alla luce delle considerazioni finora svolte appare, allora, come la mancata previsione di un'obbligatorietà bilaterale possa relegare l'obbligo di assicurazione ad una sorta di dichiarazione di principio, in ragione delle attuali condizioni di mercato sopra descritte, e delle conseguenti difficoltà di reperire una copertura idonea a condizioni sostenibili.

Ad avviso di chi scrive quella effettuata non risulta essere una scelta legislativa consapevole, ma, piuttosto, un'involontaria omissione.

3. LE ALTRE “ANALOGHE MISURE”

L'obbligo di dotarsi di polizza assicurativa è suscettibile di deroga e quindi, per molti versi, depotenziato, avendo il legislatore della riforma consentito l'adozione di “analoghe misure per la responsabilità civile verso terzi e per la responsabilità civile verso i prestatori d'opera (...) [ovvero] per la copertura della responsabilità civile verso terzi degli esercenti la professione sanitaria anche ai sensi e per gli effetti delle disposizioni di cui al comma 3 dell'art. 7”.

¹⁹ M. Rossetti, *Tanto tuonò che non piovette: come sopravvisse l'obbligo di contrattare*, in *Corr. giur.*, 2010, 462.

Tale facoltà di prevedere “altre analoghe misure” rispetto agli obblighi assicurativi – già prevista dalla legge Balduzzi²⁰ – rappresenta un aspetto particolarmente delicato dell’intera riforma.

In particolare, le “analoghe misure” riguardano sia la c.d. autoassicurazione totale, sia, la c.d. Self Insured Retention (Sir).

Si è conferito, quindi, in primo luogo, il crisma della legittimità alla prassi dell’autoassicurazione. Una scelta di tal fatta potrebbe essere dettata dal fatto che non si trovino sul mercato assicurativo idonee coperture. La ragione potrebbe però rinvenirsi anche in scelte economico-gestionali, che portano ad una internazionalizzazione dei costi risarcitori.

La previsione che consente l’assunzione diretta del rischio da parte delle strutture sanitarie e sociosanitarie, desta tuttavia non poche perplessità. L’accantonamento di somme nel conto economico dei bilanci degli enti, deputati ad erogare prestazioni sanitarie, implica, infatti, una non semplice programmazione economica, in ragione della difficoltà di individuare il carico risarcitorio derivante da sinistri con danni lungolatenti.

Al momento, tuttavia, l’effettivo impatto sulle casse degli enti sanitari e sul sistema assicurativo non può ancora cogliersi, avendo il legislatore demandato al potere esecutivo l’emanazione di decreti che specificino il contenuto dell’obbligo assicurativo ed i poteri di vigilanza e controllo sulle imprese, che stipulino polizze con le strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche o private o con gli esercenti la professione sanitaria. Il legislatore intende in tal modo realizzare una duplice strategia conformativa: da una parte volta a rafforzare il regolamento negoziale, regolando i contratti di assicurazione in modo da tutelare in maniera efficace il soggetto debole del rapporto; dall’altra provando a modificare l’intera struttura del sistema assicurativo.

Dovranno, altresì, essere indicati i requisiti minimi di garanzia e le condizioni di operatività delle “altre analoghe misure”, in caso di assunzione diretta del rischio. Si attende, altresì, che venga previsto l’inserimento, nel bilancio, delle strutture di un fondo rischi e di un fondo costituito dalla messa a riserva per competenza dei risarcimenti relativi ai rischi denunciati²¹.

Discorso parzialmente diverso deve, invece, essere condotto per quanto concerne la S.i.r., attraverso la quale si consente di eliminare dall’oggetto del contratto una serie di rischi di

²⁰ M. Gagliardi, *Salute e assicurazione: il diritto delle assicurazioni in campo sanitario*, in Riv. it. med. leg., 2015, 1321.

²¹ In tal senso dispone, infatti, il sesto comma dell’art. 10 della Legge Gelli – Bianco.

importo ritenuto sopportabile da parte dell'assicurato e di far concentrare l'attività dell'assicuratore sui rischi di maggior importo²².

In particolare, la Sir costituisce una quota di rischio posta a carico dell'assicurato per ciascun sinistro, anche in termini di gestione, allorché il sinistro rientri integralmente nell'importo predeterminato. Si tratta, in altri termini, di una quota di rischio che non viene trasferita all'assicuratore, in quanto fisiologico per l'assicurato, con la conseguenza che l'assicurato è tenuto a forme di accantonamento del proprio patrimonio, al fine di garantire il diritto al risarcimento del terzo danneggiato²³.

Nella Sir possono, così, rientrare tutta una serie di rischi clinici di natura seriale, il cui verificarsi è certo, anche se non definibile sotto il profilo numerico; al contempo, le modalità di gestione sono alquanto standardizzate e la struttura potrebbe ottenere vantaggi mediante una gestione diretta della liquidazione dei sinistri²⁴.

Tale gestione, pur rappresentando un costo per la struttura a causa del necessario possesso di una serie di competenze tipiche delle imprese di assicurazione e dell'accantonamento di fondi, costituisce però anche un incentivo ad una più efficiente attività di *risk management*, volta a ridurre la sinistrosità dell'ente.

L'istituto della Sir dovrebbe, in questo modo, consentire un riavvicinamento all'ambito della responsabilità sanitaria delle imprese di assicurazione, non più esposte ai c.d. "sinistri di frequenza". L'obiettivo perseguito appare, altresì, essere quello di una responsabilizzazione dell'assicurato nell'impiego di idonei strumenti di prevenzione del rischio clinico ed un contestuale potenziamento delle strutture interne che svolgono attività di prevenzione e governo del rischio²⁵.

A fronte degli indubbi vantaggi che, in talune realtà, la S.i.r. può presentare, vi è, tuttavia, un pericolo che può profilarsi per tutti quei rischi collocati in prossimità del limite della Sir, sia

²² G. Pelissero-W. Rossi- A. Tita- P. Luraschi, *L'alternativa all'obbligo di assicurazione per le strutture: le analoghe misure per la copertura della responsabilità civile verso terzi e per la responsabilità civile verso prestatori d'opera*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, Torino, 2017, 709

²³ De Luca, *Le assicurazioni di responsabilità civile in ambito sanitario*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 802, il quale evidenzia come la determinazione degli accantonamenti non potrà non tenere conto delle tecniche attuariali utilizzate dalle imprese di assicurazione per il calcolo del premio puro che, nelle assicurazioni contro i danni, è effettuato in base alle previsioni relative alla frequenza e al costo medio dei sinistri.

²⁴ Al riguardo, ANAC, 8.6.2016, n. 618, Determinazione in punto di Linee guida operative e clausole contrattuali – tipo per l'affidamento di servizi assicurativi.

²⁵ Il potenziamento delle attività di risk management è, invero, uno degli obiettivi della legge del 2017, allo scopo di prevenire del rischio clinico, si veda C. Oranges, *Il disegno di legge Gelli, le misure atte al contenimento del contenzioso da "malpractice" medica e la relativa copertura assicurativa*, in *Dir. merc. ass. fin.*, 2016, 223.

quando non vi è cogestione del sinistro, sia, soprattutto, nei casi di cosiddetta Sir assistita, ovvero nei casi in cui la struttura, pur assumendo il rischio del sinistro, ne demanda la gestione all'assicuratore. Il soggetto demandato a gestire il sinistro, infatti, potrebbe adottare comportamenti volti a far ricadere lo stesso fuori dalla sua area di competenza, scaricandolo sull'altra parte del rapporto contrattuale²⁶.

Il buon funzionamento del sistema illustrato sarà, pertanto, demandato a una delicatissima fase della gestione dei sinistri, soprattutto se la struttura è una pubblica amministrazione, in quanto alle stesse non è riconosciuto il potere di trattare come diritti disponibili quelli connessi a richieste risarcitorie, a differenza di quanto accade per una società di assicurazione.

4. IL “TIPO” DI ASSICURAZIONE PREVISTO DALLA LEGGE 24/2017: *ON CLAIMS MADE BASIS*

Il modello di assicurazione previsto per la responsabilità civile dall'art. 1917 cod. civ è strutturato secondo lo schema c.d. *loss occurred* in cui, cioè, la garanzia è collegata al “fatto accaduto” durante il tempo dell'assicurazione.

L'assicurazione prestata nella forma *loss occurrence* opera per tutti i sinistri occorsi nel periodo di validità della polizza, indipendentemente dal momento in cui viene avanzata la richiesta, e quindi anche se non vi è più alcuna polizza, avendo il professionista cessato l'attività.

Il legislatore, con la legge Gelli, ha però scelto di allontanarsi dal modello codicistico del *loss occurred* prevedendo che la garanzia per il rischio sanitario debba avere 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 polizza²⁷.

Al contempo, è disposta, in caso di cessazione definitiva dell'attività professionale, una “ultrattività della copertura”, anche a favore degli eredi, per le richieste di risarcimento

²⁶ Lo evidenzia ANAC, 8.6.2016, n. 618, cit.

²⁷ L'art. 11 della Legge 24/2017 prevede espressamente che “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”.

presentate per la prima volta entro i dieci anni successivi e riferite a fatti fonte di responsabilità accaduti nel periodo di efficacia della polizza, incluso il periodo di retroattività della copertura.

È evidente, quindi, che il modello legale della responsabilità in ambito sanitario, previsto dalla legge Gelli-Bianco – attraverso la previsione di una garanzia con retroattività di dieci anni, nonché con una ultrattività di pari durata, in caso di cessazione dell'attività (c.d. *sunset clause*) – è improntato allo schema della clausola *claims made*²⁸.

Viene attribuito rilievo, infatti, alla circostanza che l'evento sia denunciato all'impresa di assicurazione per la prima volta durante la vigenza del rapporto, anche in relazione a fatti compiuti entro un termine decennale antecedente alla conclusione del contratto.

La previsione di una c.d. *sunset clause*²⁹ diviene, invece, fondamentale nelle polizze *claims made*, in cui l'obbligo di manleva non sorge con il fatto generatore di responsabilità, ma con la richiesta risarcitoria del terzo, e quindi tale obbligazione di garanzia viene meno alla scadenza della polizza. In mancanza della pattuizione espressa di una clausola di "ultrattività", quindi, rimarrebbero prive di copertura assicurativa le condotte poste in essere dall'assicurato nel corso della piena validità ed efficacia della polizza, allorché la domanda di risarcimento sia proposta per la prima volta successivamente alla cessazione degli effetti del contratto.

Tale meccanismo consente infatti di ritenere coperte dall'assicurazione, anche quelle richieste risarcitorie "presentate per la prima volta entro i dieci anni successivi" e riferite a condotte lesive poste in essere nel periodo di efficacia della polizza, compreso il periodo di retroattività della copertura.

Appare evidente, allora, che il sistema *claims made* – a seguito della riforma – è divenuto il modello legale dell'assicurazione della responsabilità civile in ambito sanitario. In tal modo, si giustifica il venire meno della necessità di operare un giudizio di meritevolezza ex art. 1322, comma 2, cod. civ., impiegato dalla giurisprudenza di legittimità – a partire dal noto arresto delle Sez. Un. n. 9140 del 201641 – per scrutinare la validità della clausola *claims made*³⁰.

Recentemente la S.C. ha infatti ritenuto che il modello di assicurazione della responsabilità civile con clausole "*claims made*", quale deroga convenzionale all'art. 1917, co. 1, c.c., consentita dall'art. 1932 c.c., è riconducibile al tipo dell'assicurazione contro i danni e, pertanto, non è

²⁸ Si veda E. Del Prato, *Assicurazione della responsabilità professionale e tutela del professionista contro clausole vessatorie e pratiche commerciali scorrette*, op. cit., 134. L'A., analizza quella che definisce la "prassi consolidata" di inserire clausole *claims made* ,dal punto di vista dell'asimmetria cognitiva delle parti. In particolare sottolinea come si tratti di clausole che, non potendo, di norma, essere oggetto di negoziazione tra i contraenti, proprio in ragione della asimmetria tra gli stessi, impongano una più attenta valutazione in punto di correttezza precontrattuale da parte dell'assicuratore.

²⁹ F.A.Magni, *Più ombre che luci nel nuovo intervento della Suprema Corte sulla clausola claims made nei contratti di assicurazione*, in *Giur. it.*, 2014, 803.

³⁰ M.C. Perchinunno, *Il controllo di meritevolezza nelle clausole claims made*, in *Contratto e impresa*, n. 3/2017, 746 e ss.

soggetto al controllo di meritevolezza di cui all'art. 1322, co. 2, c.c., ma alla verifica, ai sensi dello stesso art. 1322, co. 1, c.c., della rispondenza della conformazione del tipo, operata attraverso l'adozione delle suddette clausole, ai limiti imposti dalla legge. Il sintagma legge però, in questo caso, andrà inteso in senso ampio avendo riguardo all'ordinamento giuridico nella sua complessità, comprensivo delle norme di rango costituzionale e sovranazionale³¹.

Il legislatore, inoltre, sembrerebbe attribuire rilievo non tanto al *claim* del terzo danneggiato ma alla “denuncia” dell’evento, che potrebbe essere effettuata, quindi, in via preventiva anche dallo stesso assicurato.

In particolare, notevole rilevanza, sembrano rivestire, anche, le clausole di denuncia preventiva (c.d. *deeming clause*), le quali consentono all’assicurato, in aggiunta alla denuncia di sinistro a seguito di richiesta di risarcimento del terzo, di comunicare all’assicuratore anche tutte quelle circostanze di fatto di cui viene a conoscenza in corso di contratto e dalle quali in futuro può originarsi una richiesta risarcitoria.

In tal modo, una garanzia *claims made*, prestata con la clausola «*deeming clause*», consentirebbe all’assicurato di beneficiare della prestazione di garanzia anche in relazione alle richieste di risarcimento, ricevute dopo la cessazione degli effetti della polizza, riguardanti fatti denunciati preventivamente dall’assicurato³².

In ogni caso, a prescindere dal dettato legislativo – ossia se il legislatore abbia effettivamente voluto riconoscere l’operatività della c.d. *deeming clause* – si può ritenere che contrasti con la buona fede la condotta dell’impresa di assicurazione che contesti l’operatività della garanzia in relazione ad una denuncia da parte dell’assicurato di circostanze di fatto, più o meno dettagliate, dalle quali in futuro potrebbe originarsi una richiesta di risarcimento, al momento non ancora pervenuta.

Diversamente opinando si determinerebbero conseguenze paradossali, in quanto l’assicurato, in prossimità della scadenza della polizza, sarebbe altrimenti indotto a sollecitare il potenziale danneggiato ad inoltrare una richiesta di risarcimento, al fine di far rientrare il fatto nella garanzia contrattuale. In tal modo, l’assicurato si troverebbe, sostanzialmente, ad incentivare il proprio cliente o un terzo a «notificare» una richiesta risarcitoria (che eventualmente avrebbe potuto anche non essere formulata), violando così l’obbligo di salvataggio previsto dall’art.

³¹ Cassazione civile, SS.UU., Sent. 24 settembre 2018 n. 22437. Si veda, sul punto, A.M. Garofalo, *L’immeritevolezza nell’assicurazione claims made*, NGC, 1/2019, 70 e ss.

³² Sulle criticità nella copertura in caso di successione di polizze, ampiamente, L. Locatelli, *Clausole claims made, rischio e successione di polizze*, in Resp. civ. e prev., 2014, 829.

1914 cod. civ., che assolve la funzione di salvaguardare l'interesse comune di assicurato ed assicuratore al non verificarsi del sinistro³³.

Per quanto concerne, invece, la previsione di una retroattività di dieci anni, deve evidenziarsi come si dia luogo ad una tutela senza dubbio inferiore rispetto a quanto previsto, ad esempio, dal d.m. in punto di condizioni minime delle polizze degli avvocati, il quale dispone una c.d. retroattività illimitata³⁴.

Tuttavia, in relazione ai c.d. danni lungolatenti il termine di prescrizione inizia a decorrere, non dal giorno in cui è stato compiuto il fatto, ma dalla data in cui il danneggiato ha scoperto o avrebbe dovuto acquisire consapevolezza di aver subito un danno ingiusto; in tal modo può accadere che la condotta fonte di responsabilità sia stata realizzata anche in un tempo antecedente al termine dei dieci anni, così che tale sinistro rimarrebbe privo di copertura.

Il rischio di vuoti di copertura dell'assicurazione prestata secondo il modello *claims made* si pone, tuttavia, principalmente, nel caso di passaggio da una polizza all'altra, a causa della rilevanza assunta – nell'assicurazione della responsabilità civile – dalle previsioni dell'art. 1892 e dell'art. 1893 cod. civ., in punto di reticenze e dichiarazioni non veritiere circa l'entità del rischio.

Il corretto funzionamento del modello *claims made based* è condizionato dalla disciplina delle dichiarazioni inesatte e delle reticenze dell'assicurato³⁵, che rientrano tra le norme che, ai sensi dell'art. 1932 cod. civ., non possono essere derogate se non in senso più favorevole per l'assicurato³⁶.

La delimitazione del contenuto del dovere informativo dell'assicurando appare quindi necessaria, non ponendosi in contrasto con il diritto positivo né traducendosi in una lettura abrogativa della normativa in esame; la stessa consente, piuttosto, di contemperare l'esigenza di tutela dell'assicuratore rispetto a possibili comportamenti fraudolenti dell'assicurando, nonché l'interesse – sia dei terzi danneggiati sia degli stessi assicurati – ad un corretto funzionamento del meccanismo assicurativo, secondo il modello *claims made*.

³³ Nei regolamenti contrattuali delle polizze *claims made*, il sinistro è normalmente identificato con «la richiesta di risarcimento danni (...) per i quali è prestata l'assicurazione». Sull'obbligo di salvataggio, F. Scibetta, *Obbligo di salvataggio e assicurazione della responsabilità civile*, in Dir. ed econ. ass., 1992, 967.

³⁴ D.M. Giustizia 22.9.2016.

³⁵ Una nozione troppo ampia ed indefinita dei c.d. «fatti noti» rischierebbe, non tanto di prevenire «comportamenti scorretti» dell'assicurato, quanto di consentire all'assicuratore di sottrarsi all'obbligo di manleva di sinistri che, pur dovendo ricadere nell'ambito della garanzia contrattuale, finirebbero, così, per rimanere «scoperti» nonostante la continuità nella copertura assicurativa.

³⁶ Sulle norme inderogabili se non a favore dell'assicurato, si veda B. Farsaci, *Spunti di riflessione sulla tutela codicistica dell'assicurato-contraente debole, con particolare riferimento all'applicazione dell'art. 1932 c.c.*, in Assicurazioni, 2004, 115

Significativo è stato, allora, l'intervento dell'ANAC³⁷, in punto di «linee guida operative e clausole contrattuali tipo per l'affidamento di servizi assicurativi», con il quale sono state determinate le «clausole tipo che devono disciplinare il rapporto intercorrente tra le stazioni appaltanti e le imprese di assicurazione aggiudicatarie di contratti pubblici di servizi assicurativi».

In particolare, l'Autorità anticorruzione – nel rilevare la problematica circa l'individuazione dei sinistri «verificatisi precedentemente alla stipula del contratto che possono rientrare nella copertura assicurativa» – ha evidenziato che, nelle polizze *claims made* stipulate dalla Pubblica amministrazione, il «fatto noto» deve essere delimitato – attraverso specifica clausola – alla «formale richiesta di risarcimento» ricevuta dall'Amministrazione oppure alla «formale conoscenza dell'evento dannoso».

5. IL FONDO DI GARANZIA

Allo scopo di perseguire l'esigenza di una migliore e più sicura protezione dei danneggiati da *malpractice* medica, la L. 8 marzo 2017, n. 24 ha altresì istituito un nuovo organismo denominato “Fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria”, il quale avrà lo scopo di intervenire nel risarcimento dei sinistri in occasione di particolari circostanze.

Il sistema di responsabilità civile sanitaria assume, così, una natura ed una funzione di mutualità sociale ancor più accentuata rispetto al passato.

Il fondo di garanzia per i danni derivanti dalla responsabilità sanitaria è alimentato dal versamento di un contributo annuale dovuto dalle imprese di assicurazione; la gestione delle risorse del Fondo di garanzia viene affidata, invece, alla Concessionaria dei servizi assicurativi pubblici (Consap) S.p.a.

Il Fondo è chiamato a risarcire i danni cagionati da responsabilità sanitaria, in tre ipotesi tassative: “a) qualora il danno sia di importo eccedente rispetto ai massimali previsti dai contratti di assicurazione stipulati dalla struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata ovvero dall'esercente la professione sanitaria ai sensi del decreto di cui all'art. 10, comma 6; b) qualora la struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata ovvero l'esercente la professione sanitaria risultino assicurati presso un'impresa che al momento del sinistro si trovi in stato di insolvenza o di liquidazione coatta amministrativa o vi venga posta successivamente; c) qualora la struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata ovvero l'esercente la professione sanitaria siano sprovvisti di copertura assicurativa per recesso unilaterale dell'impresa

³⁷ Deliberazione dell'ANAC, 8.6.2016, n. 618.

assicuratrice ovvero per la sopravvenuta inesistenza o cancellazione dall'albo dell'impresa assicuratrice stessa" (art. 14, comma 7).

La funzione di un Fondo di garanzia – già invero previsto nella legge Balduzzi – è del tutto simile alle analoghe fattispecie previste in relazione al Fondo di garanzia delle vittime della strada (art. 285 cod. ass.) e per le vittime della caccia (art. 303 cod. ass.).

Si tratta di una garanzia integrativa posta a carico della collettività e finalizzata a risarcire, in ragione di un principio di solidarietà sociale, categorie di terzi danneggiati altrimenti non indennizzabili³⁸.

In particolare, degno di approfondimento, risulta essere il comma 7, lett a), dell'art. 14, della L. 8 marzo 2017 n. 24 ove si dispone testualmente che il Fondo di garanzia potrà concorrere al risarcimento dei pregiudizi subiti "qualora il danno sia di importo eccedente rispetto ai massimali previsti dai contratti di assicurazione stipulati dalla struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata ovvero dall'esercente la professione sanitaria ai sensi del decreto di cui all'articolo 10, comma 6".

Questa disposizione di assoluta novità apre una breccia all'interno della disciplina assicurativa ordinaria. Infatti, sia nel Codice delle assicurazioni private, sia nel Codice civile il superamento del massimale garantito dalla polizza non dovrebbe di regola determinare il coinvolgimento diretto di nessun altro soggetto, se non quello del responsabile civile.

Ci troviamo quindi innanzi ad un sistema dalla vocazione sociale e protezionistica decisamente accentuata, realizzata in forma non molto dissimile da quello della c.d. "assicurazione a secondo rischio", ossia quella che copre un'eccedenza (che riguardi i capitali assicurati o la differenza di condizioni contrattuali) rispetto a quella di primo rischio³⁹.

La nuova tutela offerta dalla riforma potrebbe facilmente intendersi come un'indiretta assunzione da parte del sistema assicurativo privato di rischi illimitati.

Ciò a maggior ragione se si consideri che il Fondo potrebbe essere alimentato dai contributi delle sole imprese assicurative che vorranno distribuire le polizze obbligatorie previste dalla riforma.

È auspicabile, però, che questi pericoli verranno in parte mitigati mediante la futura regolamentazione attuativa prevista dalla riforma. Il comma 8 dell'art. 14 prevede, infatti, che l'esperienza liquidativa del Fondo di garanzia fungerà da strumento utile al MISE, affinché lo stesso ridetermini il massimale minimo delle assicurazioni obbligatorie per la r.c. sanitaria.

Persiste, conclusivamente, un'ultima perplessità: non ci si spiega, cioè, per quale ragione il legislatore non abbia esteso l'intervento del Fondo anche ai casi di insufficienza delle "altre

³⁸ G. Ponzanelli, *Medical malpractice: la legge Bianco Gelli. Una premessa*, in *Danno e resp.*, 2017, 270.

³⁹ Questo tipo di contratto assicurativo copre l'intervallo che sta tra il limite previsto per l'assicurazione di primo rischio e il limite stabilito nella polizza.

analoghe misure” che le strutture sanitarie o sociosanitarie possono adottare (ai sensi dell’art. 10, comma 1) in alternativa alle coperture assicurative per la r.c. sanitaria.

Infatti, sebbene tali “altre analoghe misure” debbano rispettare i requisiti minimi disposti dal decreto attuativo del MISE, non sembra affatto improbabile che il “fondo rischi” ed il “fondo costituito dalla messa a riserva per competenza dei risarcimenti relativi ai sinistri denunciati” possano in concreto risultare incipienti; a maggior ragione se si consideri che ad essi si applicano le limitazioni di cui all’art. 1, comma 5, D.L. 18 gennaio 1993, n. 9⁴⁰.

Per quanto concerne, infine, la previsione del diritto di surroga e dell’azione di regresso del Fondo di garanzia nei confronti del responsabile del sinistro, deve ritenersi che sussista un diritto di regresso per le ipotesi di risarcimento in caso di superamento del massimale o di mancanza del contratto di assicurazione e che il diritto di regresso operi anche qualora il risarcimento venga corrisposto dal Fondo in via transattiva⁴¹. Nell’ipotesi di risarcimento a seguito di insolvenza o liquidazione coatta dell’impresa assicuratrice, invece, lo strumento a beneficio del Fondo dovrà qualificarsi come surrogazione legale.

In particolare, il Fondo potrà surrogarsi nei diritti del danneggiato verso l’impresa di assicurazione coatta beneficiando del trattamento privilegiato dei crediti di assicurazione ai sensi dell’art. 258, comma 4°, lett. a), cod. ass. in linea con quanto prevede l’art. 283, comma 5°, cod. ass. per l’ipotesi corrispondente dedicata al Fondo delle vittime della strada.

6. BREVI RIFLESSIONI CONCLUSIVE

Appare innegabile la dirompente portata innovativa che gli artt. 10 e ss. della Legge n. 24 hanno apportato – o, per voler esser più cauti, sono destinati ad apportare - nel settore delle assicurazioni in campo sanitario.

⁴⁰ L’art. 1, comma 5, D.L. 18 gennaio 1993, n. 9, conv. con mod. dalla L. 18 marzo 1993, n. 67, dispone che: “Le somme

dovute a qualsiasi titolo alle aziende sanitarie locali e ospedaliere e agli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico non sono sottoposte ad esecuzione forzata nei limiti degli importi corrispondenti agli stipendi e alle competenze comunque spettanti al personale dipendente o convenzionato, nonché nella misura dei fondi a destinazione vincolata essenziali ai fini dell’erogazione dei servizi sanitari definiti con decreto del Ministro della sanità, di concerto con il Ministro del tesoro, da emanare entro due mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto. A tal fine l’organo amministrativo dei predetti enti, con deliberazione adottata per ogni trimestre, quantifica preventivamente le somme oggetto delle destinazioni previste nel primo periodo”.

⁴¹ C. Chessa, *Il fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria dopo la “legge Gelli”*, in *Corr. giur.*, 2017, 760.

Non appena verranno emanati i decreti preannunciati, infatti, il sistema entrerà a regime e da allora vi sarà una definitiva trasformazione del sistema di assicurazione della responsabilità da *malpractice* medica.

Tutto, infatti, va nel segno dell'innovazione; innovazione che mira al contemperamento delle esigenze di tutela dei soggetti coinvolti: dalla previsione del fondo di garanzia; al modello di contratto di assicurazione che abbandona lo schema codicistico del *loss occurred* e che, al contempo, presenta significative deroghe anche al modello on claims made basis fino a questo momento adottato. Due sono le perplessità che, tuttavia, permangono.

La prima è quella relativa all'obbligatorietà unilaterale. Il problema potrebbe tuttavia essere risolto, in una prospettiva *de jure condendo*, con un intervento da parte del legislatore.

Il secondo dubbio riguarda, invece, la ragione della mancata estensione dell'operatività del fondo all'insufficienza delle altre analoghe misure. In questa ipotesi, forse, la *ratio* che ha ispirato il legislatore deve ricercarsi nel desiderio di dissuadere le strutture sociosanitarie, ove non economicamente capienti, dall'adottare forme "analoghe". Tuttavia, così formulata, la disposizione rischia di andare solamente a danno dei soggetti eventualmente lesi.

Forse, allora, sarebbe opportuno introdurre la previsione di soglie minime di capitale per consentire alle strutture sanitarie di accedere alle "altre misure". In questo modo, ove non si giungesse ai requisiti di capitale richiesti, le strutture sarebbero necessariamente tenute a stipulare dei contratti con le imprese di assicurazione.

Il meccanismo, pur con le evidenti distinzioni dovute ai beni giuridici protetti, potrebbe essere speculare a quello adottato in campo bancario con la previsione di requisiti patrimoniali minimi per coprire perdite inattese e rimanere solvibili in situazione di crisi.

Pur a fronte delle enunciate perplessità, tuttavia, non può non sovvenire l'aforisma secondo cui il meglio sarebbe nemico del bene⁴² e, allora, per quanto qui rileva, è comunque da preferirsi un provvedimento normativo perfettibile, piuttosto che uno perfetto ma che resta nel mondo delle idee.

⁴² L'aforisma sembra doversi far risalire allo scrittore e filosofo francese François-Marie Arouet (1694 – 1778), conosciuto con lo pseudonimo di Voltaire.