

## **Problemi e prospettive della tutela assicurativa della responsabilità sanitaria \*** di Giuseppe Di Gaspare

Sommario: 1. Il difficile incontro tra responsabilità sanitaria e copertura assicurativa 2. L'asimmetria informativa e i possibili rimedi in assenza di mercato 3. Responsabilità sanitaria e trasferimento del rischio.

1. *Il difficile incontro tra responsabilità sanitaria e copertura assicurativa.* Vorrei iniziare richiamando i dati forniti dall'ANIA che denotano una difficoltà della domanda di assicurazione da parte delle professioni mediche ad incontrare una offerta assicurativa adeguata e con copertura del rischio ritenuta sufficiente, con conseguente riduzione dell'ambito di intervento dell'assicurazione e della assenza di proposte assicurative in grado di coprire il rischio per "responsabilità sanitaria" nella sua attuale generale e per vari aspetti generica formulazione. Di fronte all'entità dei risarcimenti liquidati in sede giurisdizionale le assicurazioni in altri termini sembrano retrocedere da questo segmento di mercato, denunciano perdite rilevanti e crescenti divari tra premi incassati e liquidazioni dei sinistri a fronte dell'aumento delle condanne in sede civile che si vedono accollare. Accentuano pertanto un atteggiamento prudentiale nella definizione dell'offerta che appare, dal punto di vista della controparte sanitaria, generalmente inadeguata alla copertura del rischio sanitario.

Concorrono a questa crescita dei costi dei danni liquidati, al di là di ogni considerazione relativa al merito degli stessi, anche le linee di tendenza emerse nella giurisprudenza volte ad una derubricazione delle fattispecie di responsabilità penale in responsabilità civile e la configurazione di quest'ultima sotto entrambi i profili della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, nella quale rileva il consolidarsi della c.d. responsabilità da contatto. La stessa formula della responsabilità sanitaria, nella implicita congiunzione tra quella dell'ente sanitario o ospedaliero e la responsabilità medica, appare infine operante quasi come una forma di responsabilità solidale oggettiva. In questa direzione si è arrivati anche ad ipotizzare, in base all'art 28 Cost. una sottesa immedesimazione organica tra soggetto medico agente ed ente ospedaliero, di modo che la responsabilità del secondo si ripercuotesse senza alcuna soluzione di continuità intersoggettiva appunto organicamente in capo all'ente ospedaliero.

E' stato colta, al fondo del fenomeno, in una chiave di lettura extragiuridica, la tendenza comunque a far gravare in questo modo sulla struttura pubblica l'esigenza alla reintegrazione monetaria del danno individualmente subito mettendolo in conto alla "tasca profonda" della finanza pubblica. In questa prospettiva in cui il danno liquidato vale quasi come indennizzo sociale, alligna la tendenza alla non chiara imputazione delle responsabilità all'operatore ospedaliero piuttosto che all'ente, attecchisce, stante in definitiva il non necessario loro più puntuale accertamento a risolvere la questione in diritto in sede civile – in ragione della solidarietà implicita nella formula della responsabilità sanitaria

---

\* Relazione al VII Convegno nazionale di diritto sanitario e sociosanitario, 6-7 novembre 2009, Salone dell'Associazione Cultura e Sviluppo Piazza Fabrizio De Andrè, 76, Alessandria.

Salvo ad incombere sul tutto in modo peraltro generico a posteriori, in caso di colpa grave o dolo, l'eventuale azione di della procura della Corte dei Conti per danno erariale ( art 3 comma 59 della legge 244/07. In questo modo, sicuramente al di là delle intenzioni, a fronte di una coperta assicurativa sempre più ridotta, nei fatti si è finito per far gravare il costo della copertura del danno individuale sulla finanza pubblica –ora possiamo aggiungere regionale – ma comunque in modo indiretto sulla collettività degli utenti il servizio sanitario e sui contribuenti.

Di fronte a questo stato di cose c'è chi ha visto nella introduzione della assicurazione obbligatoria uno strumento per razionalizzazione della tendenza in atto con la esplicita assunzione da parte dello stato del costo della copertura assicurativa della responsabilità sanitaria ( d.d.l. A S n.50 /2008)

Le preoccupazioni, non solo per la sostenibilità finanziaria per l'inevitabile lievitazione della spesa, connesse alla de- responsabilizzazione dell'attività sanitaria, indubbiamente hanno di fatto frenato questa prospettiva difficile da tradurre in chiave applicativa, in assenza di un contro interessato che non sia genericamente la finanza pubblica. La proposta rimane al momento riassunta con le sue ambiguità in un disegno di legge di iniziativa parlamentare. Si finirebbe, secondo una opinione che si condivide , per questa via con il fornire una copertura troppo ampia alle inefficienze e alla mala pratica sanitaria, Rimarrebbe ferma la responsabilità penale, ma a quel punto, a fronte comunque di un ristoro adeguato e alla irrevocabilità del danno, assumerebbe una dubbia funzione di supplenza residuale.

*2. L'asimmetria informativa e i possibili rimedi in assenza di mercato.* L'ulteriore elemento disfunzionale particolarmente significativo lamentato dalle Assicurazioni è la mancanza di informazioni in grado di consentire alle stesse di graduare il rischio insito nelle diverse tipologie di atti medici e in relazione alle diverse strutture ospedaliere in cui gli eventi si verificano. E' evidente che l'affinamento di questi dati consentirebbe una migliore definizione delle probabilità di rischio di ogni contratto assicurativo graduandone i costi a carico della clientela medica ed ospedaliera secondo indici di probabilità noti e condivisi. La produzione e la circolazione di questo tipo di informazione avrebbe peraltro una conseguente ricaduta sulla reputazione delle professionalità singole e delle strutture ospedaliere. In effetti quello che sembra in questo settore un fallimento del mercato – cioè l'impossibilità di incrociare domanda ed offerta di prestazioni assicurative –, se si aderisce a questa prospettiva, avrebbe la sua genesi, innanzitutto, in un assenza di informazioni per il mercato. In altri termini, l'offerta di copertura assicurativa sarebbe negativamente condizionata, in modo mediato ma ostativo, dalla mancanza di produzione di dati statistici e di informazioni relative alla efficienza delle singole strutture e delle unità sanitarie operative, cioè ai loro out put . In termini più estremi, si potrebbe imputare all'assenza di un mercato concorrenziale nell'erogazione del servizio sanitario , anche la conseguenza della mancata generazione di informazioni in grado di orientare oltre la domanda e l'offerta anche il collaterale mercato assicurativo. Quest'ultima supposizione, se fosse provata, comporterebbe anche la necessità di una riconsiderazione radicale del funzionamento dei sistemi sanitari pubblici integrati di stampo europeo che al momento invece sono oggetto di rivalutazione su scala globale. Senza entrare nello specifico dibattito su mercato e sanità , per quello che qui rileva, tale conclusione può essere evitata. Ed in effetti, anche in assenza di una informazione generata dal mercato, l'obbligo di produrre informazioni e di renderle pubbliche può essere innescato dalla stessa necessità dell'accesso alle coperture assicurative. In questo modo si attiverrebbe, per altro verso, un meccanismo competitivo per cui le informazioni non verrebbero fornite solo per effetto di una regolamentazione burocratica ma nell'interesse stesso del soggetto che richiede tale copertura in quanto l'ostentazione dei dati avrebbe un effetto positivo sul costo delle assicurazioni. In altri termini le entità pubbliche

e private ivi compresi i professionisti ai fini della assicurazione dovrebbero essere tenuti a devono fornire le informazioni predeterminate in ordine alla tipologia di assicurazione richiesta specificando le caratteristiche operative tecnologiche competenze e performance mediche sanitarie e dati degli esiti delle prestazioni e degli interventi sanitari effettuati: evidentemente meno informazioni forniscono più cara è la copertura assicurativa, in altri termini l'assenza di informazioni è equiparabile ad informazioni a contenuto negativo. Sotto altro complementare punto di vista, in considerazione dei dati che il sistema sanitario produce nel suo svolgimento, legati sempre alla tracciabilità delle prestazione, basterebbe il riconoscimento del diritto di accesso alle informazione, che salva la privacy dei pazienti, mettesse in grado le assicurazioni di valutare nello specifico in rischi. Si avrebbe in altri termini una specie di accreditamento valutativo delle strutture, assimilabile a quello delle agenzie di rating. Non siamo, peraltro, all'anno zero alcuni studi su dati aggregati come quello recentemente condotto dalla Marsh sui propri assicurati ( cfr. Il Sole24ore del 26 ottobre 09,p.9) attestano differenze significative. Se il meccanismo di rilevazione fosse esteso, si andrebbe in questo modo verso un sistema di bench marking e di accreditamento delle strutture sanitarie come già avviene ad esempio in Olanda, elaborato ad opera dello stesso sistema assicurativo che consentirebbe alle stesse assicurazioni – in concorrenza effettiva – un graduazione del premio in ragione delle probabilità di verifica del sinistro nelle singole strutture e/o per il personale che vi opera rivelabile, ad ogni stipula del singolo contratto, in relazione alla copertura richiesta/offerta. Si avrebbe così un modello di riferimento cui corrispondere il livello di rischio medio o base per calcolare il costo delle singole assicurazioni richieste che potrebbero avere un modello anche su base associativa e convenzionale qualora le categorie professionali interessate volessero accedervi su quella base)

A differenza dell'Olanda (G Galli, sanità una spa modello olandese, IlSole24ore, 9 sett.09,p.14) però il sistema sanitario pubblico rimarrebbe verticalmente integrato le assicurazioni non verrebbero ad intermediare tra domanda ed offerta delle prestazioni come broker .

Evidentemente verrebbe però a formarsi anche in questo caso un sistema ordinato sulla base delle probabilità di sinistro, graduato per tipologie e localizzato geograficamente, di prestazioni sanitarie al quale corrisponderebbe un costo differenziato in relazione ai premi richiesti. Non è da sottovalutare l'effetto nel medio periodo che a regime tale sistema di graduazione delle fasce di rischio avrebbe in ordine alla reputazione delle singole strutture come macro indicatore di efficacia degli interventi in grado anche di orientare la domanda di assistenza verso quelle strutture che risultano avere prestazioni sanitarie con tassi di rischio più bassi. L'incremento dei costi assicurativi e la conseguente perdita di reputazione finirebbero per agire come surrogati del meccanismo concorrenziale fino alla emarginazione dell'offerta delle strutture meno efficienti con riduzione conseguentemente delle risorse loro trasferite e loro riallocazione in quelle ove si maggiormente si concentra la domanda di prestazioni sanitarie. L'assicurazione si lega quindi alla introduzione di fatto di un sistema di *yardstick competition* in sanità e avrebbe la funzione di innescare un trade off positivo di efficienza sistemica.

La possibilità di scelta della struttura sanitaria da parte del paziente, alla base di questo sistema di riallocazione efficiente delle risorse, andrebbe ovviamente non solo salvaguardata ma potenziata. In questo modo, con l'accesso alla pubblicità delle informazioni ed con i costi delle assicurazioni quali indicatori sintomatici di efficacia, si introdurrebbe una spinta continua per una competizione virtuosa all'interno del sistema di sanità ( pubblico e privato) mettendo in definitiva in competizione anche i sistemi sanitari regionali tra loro.

3. *Responsabilità sanitaria e trasferimento del rischio* Su questa strada di una più efficiente formazione e circolazione delle informazioni sanitarie a fini assicurativi fa sicuramente per il

momento vedo la attuale configurazione della responsabilità sanitaria che non sembra infatti consentire attualmente una simile ricognizione in ordine alla chiara imputazione delle responsabilità per le specifiche prestazioni effettuate.

Va detto che il problema delle responsabilità individuali è effettivamente complesso. Ed in effetti la delimitazione delle singole responsabilità all'interno di strutture complesse ed integrate presenta dei gradi di interdipendenza, tra le responsabilità mediche e quelle dell'ente in cui la prestazione è erogata, non facile da dipanare ex post, per cui la soluzione solidale finisce per apparire il male minore ed anche la via più rapida per assicurare la tutela del danneggiato.

Si possono però fare dei passi nella direzione di una semplificazione prendendo le mosse proprio dagli attuali punti di approdo in materia di responsabilità sanitaria

La giurisprudenza, in realtà, ha, da tempo, (trib. Monza, 1995) individuato una area grigia di collegamento, tra responsabilità dell'ente e soggettive, costituita dalle "carenze organizzative" che andrebbe meglio indagata. E' chiaro che questa esplicitazione non può essere il risultato di una mera indagine giudiziaria condotta dall'esterno ed ex post.

Ci sono evidentemente delle responsabilità non imputabili all'atto medico ma che possono condizionarne esternamente il risultato date dall'assenza o carenza di prestazioni "ancillari, strumentali" allo stesso che dovrebbero essere resi disponibili dall'ente in cui opera (come i servizi di pulizia, mensa, della logistica strumentale in genere). Ci sono invece altre carenze organizzative che ineriscono direttamente allo svolgimento dell'atto medico all'obbligo della sua prestazione che possiamo definire "funzionali". Queste diverse responsabilità dovrebbero avere autonomi centri di imputazione interni all'ospedale e collegati alla sua organizzazione: più esattamente al potere di organizzazione e di controllo strategico sulle risorse che è di competenza del direttore generale per effetto dell'art 3 comma 3-bis e art 6 del d.lgs. 286/99).

Un altro punto da indagare che si collega a questa zona grigia delle carenze organizzative è il noto trade off tra azione omissiva e commissiva del medico, una specie di trappola della responsabilità per cui in definitiva in assenza di intervento o all'esito negativo dello stesso può scattare comunque una presunzione di responsabilità ex art. 331 c.p. . In concreto la prestazione sanitaria anche a rischio non può essere omessa per carenze organizzative inerenti la prestazione, ma l'esistenza delle stesse, d'altra parte può condizionarne negativamente il risultato. In altri termini la carenza organizzativa non può essere invocata ex post come esimente per la responsabilità professionale, se non nei termini di una solidale imputabilità all'ente e all'agente nella formula appunto della responsabilità sanitaria. Esiste sottesa anche a questa problematica dunque una responsabilità di natura organizzativa che rimane in qualche modo velata anche nella giurisprudenza. Ed in effetti se le rilevate "carenze organizzative" appartengono alla sfera dell'agere piuttosto che a quella degli eventi casuali, esse vanno necessariamente ricollegate alle diverse ma sempre puntuali responsabilità di gestione delle strutture, connesse al disegno organizzativo interno che nella sua articolazione individua per ogni unità operativa dei soggetti preposti.

Se la giurisprudenza afferma infatti che le carenze organizzative non possono costituire un'esimente, "qualora note al sanitario" Cass.4852/99 se ne deve conseguentemente dedurre che se note e denunciate a chi di competenza per la loro risoluzione possano esserlo ne consegue che tale esimente dovrebbe scattare, a mio avviso, qualora essa sia stata preventivamente resa nota all'organo competente a risolverla.

#### 4. *Trasferimento del rischio allocazione efficiente delle risorse, risk management e riduzione del rischio totale.*

Vediamo più da vicino come potrebbe operare questo meccanismo di spostamento verso l'alto del rischio in modo da rendere efficiente la macchina organizzativa.

Di particolare interesse è nelle aziende sanitarie la imputazione generale del potere di organizzazione all'esercizio dell'atto aziendale di diritto privato. Ritenuto appunto espressione di autonomia di diritto privato, l'atto ha di mira la definizione dell'articolazione organizzativa interna e conseguentemente la distribuzione e/o l'attribuzione delle risorse al suo interno. Orbene, a fronte di rilevabili carenze organizzative inerenti la prestazione medica il responsabile dell'unità operativa avrebbe l'onere, di prospettarle nelle loro implicazioni sulla concreta prassi medica con indicazioni delle soluzioni migliorative necessarie in modo da evitare l'assunzione di obbligazioni eccedenti i mezzi a sua disposizione. Questa denuncia circostanziata e propositiva delle carenze di organizzazione avrebbe, in caso di danni provocati per causa loro imputabile, in effetti come necessaria conseguenza il trasferimento dell'accertamento della responsabilità al livello evocato od invocato come responsabile della mancata attribuzione delle risorse. Questo transfert a catena dal basso verso l'alto del rischio - se denunciato in modo documentato - sulle responsabilità apicali avrebbe l'effetto di determinare un riallocazione efficiente delle risorse disponibili innescando una competizione per il loro uso efficiente. In particolare i servizi operativi *front office* finirebbero per attrarre, rispetto a quelli di *back office*, inevitabilmente più risorse con un potenziamento delle prestazioni sanitarie e con adeguamento dell'offerta alla domanda effettiva in modo da ridurre il rischio migliorando il rendimento. Anche le entità preposte alla programmazione sanitaria regionale avrebbero, con le informazioni provenienti da questi processi di riorganizzazione negli ambiti sanitari di competenza, un punto di vista più consapevole per la razionale riallocazione dei presidi sanitari e delle risorse complessive tra gli stessi e al loro interno.

La circolazione delle informazioni e la loro elaborazione a fini preventivi consentirebbe l'assunzione di misure organizzative per evitare il ripetersi o il manifestarsi di occorrenze potenziali generatrici di sinistri. Si passerebbe così necessariamente all'introduzione all'interno dell'ente di metodologie di *risk management*. Essa sarebbe resa necessaria a quel dal trasferimento delle responsabilità ultime al vertice aziendale, consentirebbero in via preventiva di ridurre il rischio totale, inerente all'attività medica senza colpa, distinguendolo in modo sempre meno approssimato da quello residuale imputabile a comportamenti soggettivi produttivi del danno e conseguentemente a definire in modo più circoscritto ed al contempo più efficace l'ambito di intervento della copertura assicurativa.

C'è un ulteriore aspetto che andrebbe valutato nella definizione del danno risarcibile che consiste nella separazione del danno in quanto tale – che si verifica in occasione della prestazione sanitaria con esito negativo – da quello che invece può essere imputato ad una mala pratica.

In termini civilistici il riferimento è alla categoria del danno "ingiusto" affinché ci sia il risarcimento è necessario provare che il danno sia stato prodotto ingiustamente. La prova del nesso di causalità attualmente è posta carico della parte lesa solo nel senso che alla stessa incombe l'onere di provare la difformità del trattamento rispetto a quello normalmente praticato in casi analoghi con una condotta importata alla media diligenza, mentre al convenuto spetta l'onere di provare che l'inesattezza della prestazione dipende da cause allo stesso non imputabili ( cfr. : Cass. Sez. III n. 8826, 13/04/07) . Una volta che la struttura e i responsabili siano in grado di dimostrare che tutte le misure necessarie per ridurre lo specifico rischio siano state preventivamente assunte – incomberebbe alla parte che si lamenta lesa, secondo i normali criteri della spettanza dell'onere della prova dimostrare l'effettiva sussistenza, in quell'ambito, dell'effettiva responsabilità.

In questa prospettiva la distinzione operata dal legislatore francese, che abbiamo ascoltato nella relazione della collega dell'Università di Aix en Provence in mattinata, nella responsabilità sanitaria, tra risarcimento del danno ed indennizzo con la diversa via di composizione stragiudiziale per quest'ultimo e con rinuncia alla prima in caso di accordo, sembra un approccio utile per estendere la tutela a situazioni di perdita di chance ma con una riduzione del campo della

fenomenologia rilevante nella causalità dell'evento. Da un punto di vista eminentemente teorico, basandosi sull'esperienza francese (tecniche e procedure adottate), si potrebbe legare l'indennizzo, cioè una liquidazione equitativa e riduttiva del danno alla rinuncia alla via giudiziaria per i casi accertati di colpa lieve sulla base di una expertise tecnica e consensualmente riconosciuti come tali, invece lasciare il risarcimento del danno all'accertamento della responsabilità per colpa grave (il dolo ovviamente apre ad altre prospettive risarcitorie ove prioritariamente non è da escludere l'azione penale).

La penetrazione della nebulosa galassia della responsabilità sanitaria potrebbe perciò, sotto diverse ma convergenti angolazioni, innescare effetti di recupero di efficienza sistemica al contempo veicolando le informazioni necessarie all'esterno del sistema per una puntuale ma residuale copertura assicurativa delle diverse tipologie di rischio connesso ad un danno ingiustamente provocato.