

**Gli esercenti le professioni sanitarie ed i profili assicurativi:  
la necessità di un fondo di garanzia**

di Cesare Giuliano

SOMMARIO: 1. I medici: la responsabilità civile 2. Il fondo di garanzia. 3. I requisiti minimi. 4. Conclusioni.

**1. I medici: la responsabilità civile**

Per medico si intende colui il quale, ottenuto un titolo abilitativo, esercita l'attività medica, nel rispetto della deontologia medica, ossia nel rispetto delle norme inerenti al suo comportamento e al comportamento da assumere nel rapporto con le autorità, il pubblico, i pazienti ed i colleghi. La nostra riflessione verrà circoscritta alla figura del medico e responsabilità civile ad egli correlata. Premettendo che alla base vi sia un rapporto medico - paziente è possibile sia per la dottrina che per la giurisprudenza il cosiddetto contatto sociale poiché, per creare tale rapporto, non c'è un effettivo contratto ma un semplice contatto tra le parti. Secondo la Cassazione, sentenza 589/1999, la pur confermata assenza di un contratto, e quindi di un obbligo di prestazione in capo al sanitario dipendente nei confronti del paziente, non è in grado di neutralizzare la professionalità (secondo determinati standard accertati dall'ordinamento su quel soggetto), che qualifica ab origine l'opera di quest'ultimo, e che si traduce in obblighi di comportamento nei confronti di chi su tale professionalità ha fatto affidamento, entrando in "contatto" con lui. Sempre per quanto riguarda la teoria del contatto, la stessa sentenza sopracitata della Corte di Cassazione, tende a parlare di "rapporto contrattuale di fatto". Con questa espressione si riassume una duplice veduta del fenomeno, riguardato sia in ragione della fonte (il fatto idoneo a produrre l'obbligazione in conformità dell'ordinamento – art.1173 del codice civile), sia in ragione del rapporto che ne scaturisce (e diviene allora assorbente la considerazione del rapporto, che si atteggia ed è

disciplinato secondo lo schema dell'obbligazione da contratto). La categoria mette in luce una possibile dissociazione tra la fonte – individuata secondo lo schema ex art 1173 del codice civile – e l'obbligazione che ne scaturisce. Quest'ultima può essere sottoposta alle regole proprie dell'obbligazione contrattuale, pur se il fatto generatore non è il contratto. In questa prospettiva, si ammette che le obbligazioni possano sorgere da rapporti contrattuali di fatto, nel caso in cui taluni soggetti entrino in contatto, senza che tale contatto riproduca le note ipotesi negoziali, e pur tuttavia ad esso si ricolleghino obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi che sono emersi o sono esposti a pericolo in occasione del contatto stesso. “In questi casi – citando la sentenza 589/1999 della Cassazione – non può esservi solo responsabilità aquiliana, poiché questa non nasce dalla violazione di obblighi ma dalla lesione di situazioni giuridiche soggettive altrui (è infatti ormai acquisito che, nell'ambito dell'art.2043 del codice civile, l'ingiustizia non si riferisce al fatto ma al danno); quando ricorre la violazione di obblighi la responsabilità è necessariamente contrattuale, poiché il soggetto non ha fatto (culpa in non faciendo) ciò a cui era tenuto in forza di un precedente vincolum iuris, secondo lo schema caratteristico della responsabilità contrattuale”

Tutt'altra è la responsabilità del medico ospedaliero il quale, per i danni causati tramite difettosa prestazione, risponderà di responsabilità contrattuale, poiché, in questa circostanza, il rapporto medico-paziente è riconducibile a contratto d'opera professionale e, quindi, ad una responsabilità di tipo contrattuale secondo l'art.28comma 1 della Costituzione il quale prevede che “i funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti”. Letta così si potrebbe comodamente dire che la responsabilità statale è simile a quella del medico libero professionista. Da qui l'estensione alla idea di contratto d'opera come responsabilità dello Stato. La su citata sentenza 589/1999 dispone che la responsabilità del medico, dipendente dell'ente ospedaliero che gestisce un servizio pubblico sanitario, per i danni causati da una prestazione medica non eseguita diligentemente, è di tipo professionale e ricade nella natura contrattuale. Questo accade alla luce del rapporto giuridico che si crea tra l'ente ed il paziente legati tra loro da un diritto soggettivo e un dovere di prestazione.<sup>1</sup> Tuttavia, il mero richiamo all'art.28 della Costituzione, che prevede la responsabilità diretta dei funzionari statali e degli enti pubblici per gli atti compiuti, non sembra convincere perché non esaurisce il problema della responsabilità del medico dipendente. Questo

---

<sup>1</sup>V. Antonelli, Contatto e rapporto nell'agire amministrativo, CEDAM, 2007, pag.57.

perché in Italia vige il principio, ex Corte di Cassazione, sentenza 6064/1994, secondo il quale alla responsabilità contrattuale, qualora vi sia oltre la violazione di diritti specifici anche violazione di diritti soggettivi, è possibile aggiungere la responsabilità extracontrattuale.

Successiva dottrina<sup>2</sup> e giurisprudenza ritengono, invece, che vi sia una responsabilità per il medico, che prende vita da una "obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto"<sup>3</sup>. Secondo tale elaborato, dato che il paziente, nella struttura ospedaliera, non sceglie il medico, egli subisce un affidamento passivo che porta responsabilità professionale da parte del medico stesso. La responsabilità professionale è posta dal legislatore al comma 2 dell'art. 1176 del codice civile, a detta del quale "nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata". Sussiste sicuramente un rapporto tra medico dipendente e struttura sanitaria, ma l'inesistenza di un contratto tra medico e paziente "non cancella la professionalità che caratterizza l'opera del medico". Quindi nasce in capo al medico un "obbligo di protezione ma non di prestazione" che, qualora sussistesse in modo inesatto, sarebbe imputabile al medico. Inoltre, anche la Suprema Corte di Cassazione aveva posto a fondamento della responsabilità professionale medica una "obbligazione senza prestazione" che si concretizza in un obbligo di comportamento nei confronti del paziente, che su tale professionalità ha fatto affidamento entrando in contatto con il sanitario: questi è un soggetto agli obblighi conseguenti al proprio status sia nei confronti dell'ospedale che del paziente".<sup>4</sup>

In tempi molto più recenti, la Corte di Cassazione, con una sentenza del 2008, ha sciolto il dubbio della responsabilità professionale e contrattuale confermando che "anche l'obbligazione del medico dipendente dalla struttura sanitaria nei confronti del paziente, ancorché non fondata sul contratto,

---

<sup>2</sup> Castronovo C., L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto, in "La nuova resp. civ.", 1997, pag. 177.

<sup>3</sup> Come evidenziato dai giudici di legittimità, la Cass. 22 gennaio 1999 n. 589 dispone inoltre che "se la responsabilità del medico fosse tutta ristretta nell'ambito della responsabilità aquiliana essa sarebbe configurabile solo nel caso di lesione della salute del paziente conseguente all'attività del sanitario e quindi di violazione dell'obbligo di protezione dell'altrui sfera giuridica (inteso come interesse negativo). In altri termini la responsabilità aquiliana del medico, intesa come conseguenza della violazione del principio *alterum non laedere*, sarebbe configurabile solo allorché, per effetto dell'intervento del sanitario (connotato da colpa), il paziente si trovi in una posizione peggiore rispetto a quella precedente il contatto con il medico. Se, invece, il paziente non realizza il risultato positivo che, secondo le normali tecniche sanitarie, avrebbe dovuto raggiungere (ma, ciononostante, non è "peggiorato"), non sarebbe configurabile una responsabilità aquiliana del medico, per il semplice fatto che egli non ha subito un danno rispetto alla situazione quae ante, ma solo non ha raggiunto un risultato positivo (o migliorativo) che, se gli è dovuto nell'ambito di un rapporto di natura contrattuale (e, quindi, da parte dell'ente ospedaliero), non altrettanto può dirsi fuori di esso".

<sup>4</sup> N. Giallongo, Responsabilità professionale medica (sanitaria) e strumenti alternativi di risoluzione delle controversie, in "Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza", 2004, fasc. 23-24, pag. 2682; Corte di Cass. Sez. II, Sent. 22 gennaio 1999 n. 589, in "il Foro it", anno 1999, fasc. I, pag. 3333.

ma sul "contatto sociale", ha natura contrattuale"; Definita in questi termini, la responsabilità professionale comporta che laddove il professionista non pone in essere la diligenza media, la sua responsabilità nei confronti del cliente per i danni cagionatogli è disciplinata dalla responsabilità contrattuale. Non vi sono dubbi, quindi, nel ricondurre nell'alveo contrattuale il rapporto che sorge tra medico (libero professionista) e paziente.<sup>5</sup>

Per quanto attiene l'onere della prova esso è stato ripartito tra le parti nel senso che spetta al medico provare che il caso è di particolare difficoltà e al paziente quali siano state le modalità di esecuzione inidonee ovvero a questi spetta provare che l'intervento è di facile esecuzione e al medico che l'insuccesso non sia dipeso da suo difetto di diligenza.<sup>6</sup> In questi casi sussistono criteri probatori che sono introdotti a favore del paziente qualora si sia in presenza di carenze probatorie.<sup>7</sup> Secondo la Corte di Cassazione, sentenza 20101/2009, è possibile parlare di un primo criterio che prevede carenza probatoria imputabile ad un comportamento del medico. Un secondo criterio è quello della cosiddetta vicinanza alla prova o riferibilità. Un terzo ed ultimo criterio, infine, è quello, riconosciuto anche dalla Corte di Cassazione con sentenza 589/1999, della *res ipsa loquitur*, la quale si basa sulla verosimiglianza di "quell'evidenza circostanziale che crea una deduzione di negligenza".

Strettamente collegata all'onere della prova, tema ampiamente sviluppato in precedenza, è la distinzione delle prestazioni effettuate dal medico tra obbligazioni "di mezzo" e "di risultato". Le prime prendono in considerazione il comportamento dovuto dal medico; le seconde prendono in considerazione il risultato che si dovrebbe raggiungere tramite la prestazione.<sup>8</sup> Le prestazioni "di mezzo" si considerano adempite anche se non si raggiunge il risultato sperato, ed è per questo motivo che il medico deve costantemente mantenere un comportamento diligente. Le prestazioni "di risultato", invece, prevedono il raggiungimento del risultato previsto. Il dubbio è quale tipologia di obbligazione si debba applicare al medico. La Cassazione, con la sentenza 10014/1994, sotto questo profilo è abbastanza chiara, avendo stabilito che "il professionista, dunque, ha il dovere di svolgere l'attività professionale necessaria od utile con la necessaria diligenza". Pertanto, ove il

<sup>5</sup> De Luca M., Galione A., Maccioni S., *La responsabilità medica: profili civili, penali, contabili e disciplinari*, Gruppo 24 ore editore, 2011.

<sup>6</sup> Marinello S., *Sulla responsabilità contrattuale delle strutture sanitarie: le questioni aperte*, in "Ragiusan", 2009, fasc.297-298, pag.184. Vedi anche A. Scalisi, *Professione medica: doveri, divieti e responsabilità*, in "Danno e responsabilità", 2007, fasc.10, pag.975.

<sup>7</sup> Lamberti L., "Diritto Sanitario", *Itinera guide giuridiche*, IPSOA gruppo W.K., 2012.

<sup>8</sup> A. Scalisi, *Professione medica: doveri, divieti e responsabilità*, in "Danno e responsabilità", 2007, fasc.10, pag.974



danno lamentato derivi da eventuali omissioni del medico (che non avrebbe condotto esami diagnostici necessari per l'individuazione della patologia di cui è risultato affetto il paziente e che lo avrebbe condotto alla morte), in tanto è ravvisabile un danno, in quanto, sulla base di criteri necessariamente probabilistici, si accerti che, senza quell'omissione, il risultato sarebbe stato conseguito".<sup>9</sup>

A livello pratico ciò si tradurrebbe, se parliamo di obbligazione di "risultato", all'utilizzo dell'art.1218 codice civile, e quindi di responsabilità contrattuale. Nel caso in cui, invece, l'obbligazione fosse di "mezzo", ci si riferirebbe all'art.1176 codice civile, laddove il medico non risulta inadempiente contrattualmente se ha utilizzato la diligenza dovuta e dimostra di non aver potuto fare altrimenti a causa di eventi imprevedibili o comunque non dipendenti dal suo operato.<sup>10</sup>

La diligenza consiste dunque nell'obbligo di cura, ossia evitare l'impedire della prestazione; se viene meno tale obbligo è possibile parlare di imprudenza; di prudenza, ossia l'attenzione che il medico deve porre nel momento in cui compie la prestazione; se viene meno tale attenzione si parla di negligenza; di perizia, ossia impiegare nel corso dell'attività nozioni tecniche e strumenti adeguati; tale violazione porta all'imperizia.<sup>11</sup>

Il medico non è quindi obbligato a raggiungere il risultato, ma deve solo porre in essere un comportamento che segua le regole di prudenza, diligenza e perizia.

## **2. Il fondo di garanzia**

Il comma 2 dell'art.3 d.l. 158 del 2012, convertito in l. 189 del 2012 prevede l'esistenza di un fondo di garanzia, finanziato dal contributo dei professionisti e da un contributo a carico delle imprese autorizzate. Tale comma, sottolinea "l'obbligo, in capo ad un fondo appositamente costituito, di garantire idonea copertura assicurativa agli esercenti le professioni sanitarie. Il fondo viene finanziato dal contributo dei professionisti che ne facciano espressa richiesta, in misura definita in sede di contrattazione collettiva, e da un ulteriore contributo a carico delle imprese autorizzate all'esercizio dell'assicurazione per danni derivanti dall'attività medico-professionale, determinato in misura percentuale ai premi incassati nel precedente esercizio, comunque non superiore al 4% del

<sup>9</sup> Tribunale Milano 22 maggio 2004, in "Giustizia a Milano", anno 2004, 44.

<sup>10</sup> L. Mengoni, Obbligazioni di "risultato" e obbligazioni di "mezzi", in "Riv. di dir.civ.", 1954, fasc.1, pag.185.

<sup>11</sup> R. Rossotto, La responsabilità civile del medico: obbligazione di mezzi o obbligazione di risultato? Dottrina e giurisprudenza – riflessi sulla colpa grave del medico, pag. 9.

premio stesso, con provvedimento adottato dal Ministero dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro della salute e il Ministro dell'economia e delle finanze, sentite la federazione nazionale degli ordini dei medici chirurghi e degli odontoiatri, nonché le federazioni nazionali degli ordini e dei collegi delle professioni sanitarie”.<sup>12</sup>

L'idea di un fondo di garanzia, nasce alla luce dell'altissimo numero di contenziosi che nel corso degli anni hanno colpito gli esercenti le professioni sanitarie di cui, tral'altro, oggi non esiste una definizione normativa unitaria ma esistono singole leggi che disciplinano le singole professioni<sup>13</sup>. Molti sono stati i casi in cui, a causa dell'alta somma richiesta per i risarcimenti, gli esercenti le professioni sanitarie, non ottenendo dalle strutture una copertura in toto<sup>14</sup>, hanno dovuto, in assenza di copertura assicurativa personale, coprire la parte mancante con il proprio patrimonio. La ratio, quindi, è quella di introdurre strumenti necessari a tutelare, proteggendoli, la posizione del terzo danneggiato,<sup>15</sup> dell'esercente le professioni sanitarie ed in particolar modo dando un occhio di riguardo alla figura del medico.

Ma cosa si intende per fondo di garanzia in questo caso? Stiamo parlando di un “fondo appositamente costituito, che garantisce idonea copertura assicurativa agli esercenti le professioni sanitarie. Il fondo viene finanziato dal contributo dei professionisti che ne facciano espressa richiesta e da un ulteriore contributo a carico delle imprese autorizzate all'esercizio dell'assicurazione per danni derivanti dall'attività medico-professionale, determinato in misura percentuale ai premi incassati nel precedente esercizio, comunque non superiore al 4 per cento del premio stesso, con provvedimento adottato dal Ministero dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro della salute e il Ministro dell'economia e delle finanze, sentite le Federazioni nazionali

<sup>12</sup> Art.3, comma 2, lett a), d.l. 158/2012.

<sup>13</sup> Ad esempio, è l'art.1 della legge 43 del 2006, sulle “disposizioni in materia di professioni sanitarie infermieristiche, ostetrica, riabilitative, tecnico-sanitarie e della prevenzione delega al governo per l'istituzione dei relativi ordini professionali”, che riconosce le categorie di esercenti sopracitate come coloro ai quali lo Stato affida, in forza di un titolo abilitante, attività di prevenzione, diagnosi, cura e riabilitazione.

<sup>14</sup> Alla luce di ciò si deve considerare il D.L. 90/2014, convertito con L. 114/2014, il quale dispone all'art.27, c.1-bis, che “A ciascuna azienda del Servizio sanitario nazionale (SSN), a ciascuna struttura o ente privato operante in regime autonomo o accreditato con il SSN e a ciascuna struttura o ente che, a qualunque titolo, renda prestazioni sanitarie a favore di terzi è fatto obbligo di dotarsi di copertura assicurativa o di altre analoghe misure per la responsabilità civile verso terzi (RCT) e per la responsabilità civile verso prestatori d'opera (RCO), a tutela dei pazienti e del personale. Dall'attuazione del presente comma non devono derivare nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica”.

<sup>15</sup> Treccani C., Prime osservazioni sull'estensione degli artt.138 e 139 c.a.p. all'esercente la professione sanitaria, in “Danno e responsabilità”, 2013, fasc.4 pag.450.

degli ordini e dei collegi delle professioni sanitarie”<sup>16</sup>. Esso è dunque un fondo di garanzia finanziato dagli esercenti stessi e che si distingue dal c.d. fondo “di stato” dove l’impresa che ha bisogno di un finanziamento, finalizzato all’attività di impresa, può chiedere alla banca di garantire l’operazione mediante la garanzia pubblica. Con l’intervento del Fondo il finanziamento, in relazione alla quota garantita, è a rischio zero per la Banca che, in caso di insolvenza dell’impresa, viene risarcita dal Fondo Centrale di Garanzia e in caso di eventuale esaurimento di fondi di quest’ultimo, direttamente dallo Stato.

In proposito ci si è domandato su quali basi strutturare detto fondo. Una delle ipotesi più accreditate è quella di prendere spunto dal fondo di garanzia per le vittime della strada previsto con decreto n.16 del 1994. Tale fondo risarcisce le vittime di sinistri causati da veicoli non identificati (i c.d. "pirati della strada"), non assicurati, ovvero assicurati con imprese in liquidazione coatta amministrativa, nonché i danni causati da veicoli posti in circolazione contro la volontà del proprietario. È alimentato da una aliquota sui premi per l'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile per i danni causati dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti. La chiave di questa scelta è la possibilità di affidarsi ad un modello funzionante anche se, affidarsi totalmente ad un sistema del genere, potrebbe comportare una serie di lacune soprattutto dal punto di vista professionale degli esercenti.

Per quanto riguarda il regolamento di attuazione del decreto Balduzzi, è stata predisposta, nel momento in cui si scrive, una prima bozza di provvedimento che, nel disciplinare puntualmente i requisiti minimi di costituzione ed accesso al Fondo in esame, ha recepito le osservazioni formulate in seno al tavolo tecnico al quale hanno preso parte non solo i rappresentanti delle varie categorie di esercenti le professioni sanitarie, ma anche i rappresentanti delle assicurazioni (Consap per quanto attiene alla gestione del fondo, ANIA per i requisiti minimi ed i criteri di accesso al fondo) e delle Regioni. Su tale bozza, peraltro, la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano ha espresso, in data 18 dicembre 2014, parere favorevole. Tuttavia, l’*iter* di adozione del regolamento è ancora lontano dal potersi considerare concluso, tenuto conto delle successive fasi che prevedono l’approvazione da parte del Consiglio dei Ministri previa acquisizione del parere, obbligatorio e non vincolante, del Consiglio di Stato.

---

<sup>16</sup> Art.3 d.l. 158/2012

Si è discusso molto delle lacune lasciate dal decreto Balduzzi che devono essere risolte con questo nuovo provvedimento: innanzitutto, ci si è domandati quale dovesse essere l'effettiva finalità del fondo e quali fossero i soggetti che esso va principalmente a garantire. Per quanto attiene a questi primi due quesiti, le proposte di fondo delle parti in gioco, prevedevano garanzie per i professionisti che hanno difficoltà ad accedere ad una tutela assicurativa a causa dell'onerosità della stessa. È possibile così identificare un ulteriore problema da risolvere, ossia come ridurre gli oneri economici derivanti dalla polizza. A tal fine è stata suggerita l'idea di predisporre una commissione mista per la stipula dei contratti assicurativi, tale da dare la possibilità a tutti i professionisti, operanti nella sanità, di potersi assicurare contro i rischi derivanti dall'esercizio della propria attività. Tra le proposte idonee ad abbattere i costi della polizza assicurativa, oltre all'idea di una polizza collettiva, si è pensato di correlare i costi a delle tabelle previste dalla legge, andando a stabilirne anche i massimali. L'idea di individuare il tetto massimo è stata ben vista dalle parti a confronto, perché, allo stato attuale, il danno biologico, causato dagli esercenti la professione sanitaria, dovrebbe essere risarcito sulla base delle tabelle di cui agli artt.138 e 139 del d.lgs. n.209 del 2005.

L'art.138 dispone, infatti, una tabella unica nazionale redatta secondo requisiti e criteri stabiliti tassativamente dalla legge<sup>17</sup>. Con essa, facendo un'analisi critica, verrebbero risolti tutti quei contrasti giurisprudenziali sul quantum risarcibile per un determinato danno subito da un esercente le professioni sanitarie. L'art.139, invece, che "il risarcimento del danno biologico per lesioni di lieve entità, derivanti da sinistri conseguenti alla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti, è effettuato secondo i criteri e misure" tassativamente previste. Questo articolo, inoltre, tiene a stabilire che per danno biologico si intende una "lesione temporanea o permanente all'integrità psico-fisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito".<sup>18</sup>

Ulteriore idea è stata, onde arginare il problema delle speculazioni da parte delle imprese assicuratrici, individuando, altresì, le finalità del fondo di garanzia a tutela sia del cittadino che del professionista. A tal proposito, si è precisato, nell'art.3, comma 4, del decreto Balduzzi, che, per i contenuti e le procedure inerenti ai contratti assicurativi per i rischi derivanti dall'esercizio

---

<sup>17</sup>Art.138, comma 1, d.lgs.209/2005.

<sup>18</sup>Art.139, comma 1 e 2, d.lgs.209/2005.



dell'attività professionale resa nell'ambito del Servizio sanitario nazionale o in rapporto di convenzione, il decreto di cui al comma 2, venga adottato sentita, altresì, la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano. Resta, comunque, esclusa a carico degli enti del Servizio sanitario nazionale ogni ulteriore copertura assicurativa della responsabilità civile rispetto a quella prevista, per il relativo personale, dalla normativa contrattuale vigente.

Si è avvertita la necessità di predisporre un regolamento che abbia la finalità di tutelare i professionisti che operano nel campo del settore sanitario, tenuto conto che, da un lato, vi sono utenti che subiscono dei danni ed hanno il diritto ad essere risarciti; dall'altro, vi sono professionisti che devono essere tutelati, domandandosi se ci si riferisse solo ai liberi professionisti o anche ai dipendenti. Essendo, poi, davvero poche le linee guida dettate dal decreto Balduzzi, si è proposto di inserire, nella normativa riguardante il fondo, la clausola di tutela legale e peritale a garanzia del professionista. Ulteriore problema che ci si è posto, concerne la natura del fondo, considerato che per alcuni detto fondo doveva essere inteso come fondo di secondo rischio, giacché, in primo luogo, risponderebbe l'assicurazione del professionista, ed in via sussidiaria, il fondo stesso, mentre per altri si atterrebbe come fondo di solidarietà e non di favore. Per quanto attiene ai contratti assicurativi si è pensato di proporre modelli differenti a seconda del diverso rischio professionale insito nelle diverse specializzazioni. Notevole interesse ha suscitato la condizione di accesso al fondo di garanzia ritenendo che essa dipenda dalla volontà del professionista, considerato che vi sono alcune categorie di esercenti le professioni sanitarie, come ad esempio i farmacisti, i quali sono esposti a basso rischio professionale. Oggi, col d.l. 90/2014, convertito con modificazioni in l.114/2014, la lista è stata estesa anche a coloro che esercitano una attività libero-professionale intramuraria, nei limiti delle risorse del fondo stesso.<sup>19</sup> È sembrato opportuno, inoltre, garantire l'accesso al fondo, nella misura determinata dal soggetto gestore del fondo<sup>20</sup>, a quei soggetti i quali, a causa di trascorsi che han portato nei loro confronti avvisi di garanzia, troverebbero difficoltà ad ottenere idonea copertura assicurativa da parte delle imprese. La ratio di tale scelta potrebbe fondarsi, a mio avviso, nell'art.4 della Costituzione ossia garantire e promuovere il diritto al lavoro. In tal caso il fondo andrebbe considerato come residuale per coloro i quali non trovano idonea

---

<sup>19</sup>d.l. 90/2014, Art. 27, c.1lett a) (Disposizioni di semplificazione e razionalizzazione in materia sanitaria).

<sup>20</sup>d.l. 90/2014, Art. 27, c.1lett b) (Disposizioni di semplificazione e razionalizzazione in materia sanitaria).

copertura, prevedendo di alimentarlo con un contributo previsto a carico delle imprese per il 4% ed uno, in un'ottica solidale, a carico degli esercenti. A maggior sostegno di detta istituzione verrà creato, come supporto, un apposito comitato di assistenza per la gestione del fondo e per la valutazione del rischio, ovviamente sotto la vigilanza dei ministeri coinvolti, ossia del Ministero della Salute e del Ministero dell'Economia e delle Finanze. È stato stabilito che faranno parte del comitato, non solo i rappresentanti ministeriali (Sanità e MEF), ma anche i rappresentanti delle associazioni professionisti e delle imprese, nonché ulteriori professionalità tecniche, ossia rappresentanti scelti ad hoc per meglio controllare i casi particolari. Compito del comitato è quello di stabilire i parametri e le condizioni standard, che verranno applicati al fondo, una volta attivato, oltre a quello di gestire l'istruttoria delle domande presentategli.

Chiarita la gestione del fondo, chi può accedervi? Nel caso di specie, gli esercenti le professioni sanitarie sia quando il premio richiesto è superiore ai parametri e alle condizioni standard, e vi è l'impossibilità da parte loro di poter effettivamente rimborsare integralmente il premio, sia quando abbiano ricevuto effettivi rifiuti sul mercato da parte delle società assicuratrici. Le modalità di accesso sono quindi definite dal comitato, il quale prevede che possano prendere parte al fondo le principali categorie e i principali profili di rischio professionale. Sono previste, inoltre, ulteriori condizioni oggettive e soggettive, che verranno successivamente identificate.

È prevista, infine, una parte che prevede la contribuzione e la rendicontazione in cui si è deciso che, oltre al contributo del 4% massimo, previsto sulle polizze, per le imprese che esercitano l'attività, vi sia un contributo (da considerare in ottica solidale) dei professionisti che accedono al fondo. Inoltre, tenuto conto che il fondo è, in verità, gestito dalla Consap, ma è anche parte di un patrimonio separato, sono previste delle norme di rendicontazione per avere sempre sotto controllo le sue entrate e le sue spese.

Possiamo dire che il legislatore, consapevole del fatto che il fondo non comporta nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica in quanto esso è finanziato dal contributo dei professionisti che ne facciano espressa richiesta, con l'approvazione della bozza del regolamento di attuazione, andrebbe a risolvere alcune delle lacune viste sopra, tra cui quelle relative all'accesso al fondo, alla definizione di esercente le professioni sanitarie e andrebbe meglio a chiarire la questione relativa ai requisiti minimi e di gestione del fondo.

### **3. I requisiti minimi**

Per quanto attiene i requisiti minimi previsti dal decreto Balduzzi, essi sono quei requisiti che un determinato soggetto deve possedere, affinché possa accedere al fondo di garanzia previsto dal decreto stesso.

L'art.3, comma 2, del d.l.158 del 2012, prevede che la legge stabilisce i requisiti minimi ed uniformi per agevolare l'accesso alla copertura assicurativa da parte degli esercenti le professioni sanitarie, sulla base dei seguenti specifici criteri:

- a) determinare i casi nei quali c'è l'obbligo di garantire la copertura assicurativa agli esercenti le professioni sanitarie.
- b) determinare il soggetto gestore del fondo e le sue competenze senza nuovi e maggiori oneri;
- c) i contratti devono prevedere l'aumento o la diminuzione del premio in relazione al verificarsi o meno dei sinistri, e subordinare la disdetta della polizza ai casi di condotta colposa accertata con sentenza definitiva.

I requisiti minimi, così come i fondi di garanzia sono stati oggetto di interessanti proposte. Innanzi tutto si è discusso del massimale minimo della copertura. Le parti interessate hanno richiesto un massimale pari a 2.000.000,00 € per ciascun sinistro e per ciascun anno, fatta salva la possibilità di reintegrare il massimale secondo le condizioni che verrebbero previste dal contratto. Poiché i livelli di rischio sono essenzialmente diversi, in riferimento alle categorie che si prendono in considerazione, anche i costi devono variare a seconda dell'esercente le professioni sanitarie che viene preso in considerazione. In ordine a tale questione, sono sorte alcune perplessità per quanto riguarda l'obbligatorietà della copertura assicurativa per quegli esercenti il cui rischio è davvero minimo. Personalmente ritengo che anche qualora il rischio sia minimo, dato il contesto in cui si agisce, non è mai da escludere una disattenzione o un imprevisto. La copertura assicurativa sembra l'unico mezzo idoneo ad evitare una qualsivoglia ritorsione della propria attività contro il proprio patrimonio.

Si è ritenuto, inoltre, che, qualora ne venga fatta richiesta dall'esercente la professione sanitaria, all'interno del contratto sia previsto un periodo di retroattività e che, decorso un quinquennio dai contratti stipulati, il periodo di retroattività sia almeno di cinque anni.

Nell'ambito di questa ipotesi, le parti interessate, soprattutto le rappresentanze dei medici, hanno chiesto una estensione del periodo di retroattività ad almeno dieci anni, se non addirittura più ampio, o illimitato, considerando che l'obbligatorietà della copertura assicurativa è finalizzata soprattutto alla tutela della salute dei cittadini, ritenendo assolutamente inadeguata la proposta presentata di cinque anni, anche in considerazione del tipo di attività svolta da coloro che sono chiamati a sottoscrivere il contratto. La ratio è quella di tutelare l'esercente le professioni sanitarie, nel caso specifico i medici, anche nel momento in cui, cosa non rara, le conseguenze negative di un intervento si presentino trascorsi i dieci anni. Pienamente d'accordo, dunque, all'estensione del periodo di retroattività a favore dei medici. È stato, altresì, proposto di inserire, ad ogni scadenza contrattuale, una variazione in aumento o in diminuzione del premio assicurativo, qualora si verificano o meno sinistri nel corso del contratto, oltre che una normativa per disciplinare i casi in cui sia possibile disdire la polizza, anche per mancato rinnovo della stessa.

In base alla normativa vigente, non si possono stipulare contratti assicurativi pluriennali. In particolare i contratti con tacito rinnovo sono sottoposti a disdetta, mentre quelli annuali scadono con il decorso dell'anno.

Per quanto attiene alla polizza, ci si è posto il quesito della tempistica della stessa. Tra le proposte presentate, si è pensato che la copertura assicurativa entra in gioco nel momento in cui sussiste un atto di citazione, onde evitare che, qualora tra le varie compagnie assicurative sussistano regimi contrattuali differenti, si venga a creare una situazione di conflitto difficilmente risolvibile.

Per quanto attiene, infine, alla franchigia, si è pensato di inserirla, pari almeno al 30% del premio, per responsabilizzare maggiormente l'assicurato. Dato che essa si identifica con un'autosopportazione del rischio da parte dell'assicurato, correlandola al proprio reddito, la franchigia non potrà mai essere superiore ad esso. Si è ritenuto opportuno lasciare che la franchigia non sia opponibile al terzo danneggiato. Tuttavia, data la difficoltà di inserire la franchigia, a causa del diverso operato dei vari esercenti le professioni sanitarie, e al fine di abbattere i costi delle polizze, si è proposto, in modo ragionevole a mio dire, di lasciare la franchigia alla libera



contrattazione delle parti o di renderla obbligatoria solo laddove le probabilità del verificarsi di un sinistro siano effettivamente minime. Terminata la discussione, si è deciso di presentare una prima bozza in cui è indicato, innanzitutto, l'ambito di applicazione, ossia ai soggetti a cui tali requisiti minimi e criteri si rivolgono. Si è deciso di estendere tali requisiti al personale libero professionale (i cosiddetti liberi professionisti), nonché ai dipendenti di strutture pubbliche, private ed accreditate. Sono state inserite, inoltre, una serie di definizioni, che dovranno essere approvate durante l'iter formativo del regolamento.

Per quanto attiene all'idoneità dei contratti di assicurazione, si è deciso di stabilire dei requisiti minimi che prevedono un massimale pari a euro 1.000.000,00, nonché la variazione, in aumento o in diminuzione, del premio di tariffa al verificarsi o meno dei sinistri.

Per quanto riguarda il periodo di retroattività, su cui si è ampiamente discusso in precedenza, si è deciso di sottoporre la decisione a valutazione politica, ritenendo questa una questione molto delicata e controversa.

Tra i requisiti minimi e i criteri richiesti, è stato dato, infine, uno sguardo anche alla franchigia, per la quale si è deciso la inopponibilità a terzi, ed allo scoperto, tipici elementi assicurativi, questi, la cui indicazione in cifra assoluta deve ancora essere stabilita.

#### **4. Conclusioni**

L'attività svolta dagli esercenti le professioni sanitarie non è semplice. Si pensi, a titolo di esempio, alla medicina, la quale non essendo una scienza esatta, può comportare errori da parte dei soggetti che la praticano. Da qui la necessità di sottoscrivere, non solo per alcune, ma, a partire dall'agosto 2015, per tutte le categorie degli esercenti le professioni sanitarie, lista ampliata con il d.l. 90/2014, idonee polizze assicurative. Il fatto che oramai i pazienti sono a conoscenza dei propri diritti e il venir meno "dell'alone reverenziale" che un tempo avvolgeva la figura degli esercenti le professioni sanitarie, il numero dei contenziosi nei confronti di queste categorie è notevolmente aumentato. D'altra parte, i contenziosi non sono accesi soltanto contro la categoria medica, ma anche nei confronti delle strutture sanitarie pubbliche o private e avverso la pubblica amministrazione. L'esercente le professioni sanitarie, quindi, risponde delle proprie azioni, non solo al paziente, ma

anche a soggetti terzi. Al fine di tutelare gli effetti della sua opera professionale, nonché il soggettivo aspetto economico, l'esercente le professioni sanitarie può stipulare una polizza assicurativa relativa alla diretta responsabilità professionale. Ciò comporta che la responsabilità civile dall'esercente le professioni sanitarie si trasferisce sulla compagnia assicurativa, la quale provvederà a rimborsare l'assicurato, titolare della polizza, la somma che questi è dovuto a versare a terzi danneggiati dalla sua imperizia professionale. Da ciò si evince che il danneggiato non può rivolgersi direttamente alla società assicurativa, ma dovrà agire nei confronti dell'esercente le professioni sanitarie, il quale provvederà a chiamare in causa la propria compagnia assicurativa, rimanendo, comunque, l'unico beneficiario dell'indennità. Vero è che l'assicuratore ha la "facoltà, previa comunicazione all'assicurato di pagare direttamente al terzo danneggiato l'indennità dovuta, ed è obbligato al pagamento diretto se l'assicurato lo richiede"<sup>21</sup> A seconda poi che il contratto lo preveda o meno, le polizze vanno a coprire anche le spese peritali<sup>22</sup> nell'intento di tutelare gli interessi dei medici e dell'ente assicurato. Secondo la Corte di Cassazione, l'assicurato stipula il contratto di assicurazione al fine di "cautelarsi contro il rischio di alterazione negativa del proprio patrimonio complessivamente considerato ed esposto a responsabilità illimitata per eventuali comportamenti colposi, anche gravi, con la sua reintegrazione attraverso il pagamento da parte dell'assicuratore, di una somma di denaro pari all'esborso dovuto all'assicurato, nell'ambito per lo più di un tetto massimo, detto massimale".<sup>23</sup> Di conseguenza, se scopo dell'assicurazione è di salvaguardare il patrimonio del medico, essa pagherà l'indennizzo all'assicurato e non al danneggiato<sup>24</sup>. Questo a sottolineare, come detto in precedenza, che non esiste un rapporto diretto tra terzi ed assicuratore, e che il terzo deve obbligatoriamente ricevere il proprio indennizzo tramite l'assicurato. Fondamentale rilevanza assume, quindi, la polizza personale del medico, la quale va ad integrare, in modo funzionale, quella pubblica. La cooperazione tra l'assicurazione personale del medico e quella dell'ente non è stata, tuttavia, sempre così scontata anche sel'art.56 del regolamento ISVAP, n.5 del 16 ottobre 2006 prevede l'obbligo di informazione nei confronti degli assicurati, al fine di garantire anche la partecipazione al pagamento del premio da parte di questi

<sup>21</sup> Art.1917, comma 2, codice civile.

<sup>22</sup>Cataldi R., Matricardi C., Romanelli F., Vagnoni S., Zatti V., Responsabilità del medico e della struttura sanitaria dopo la riforma, Maggioli editore, 2013, pag. 451.

<sup>23</sup> Cass. Civ., sent. n.7971, 17 luglio 1993, in "Assic.", 1994, II, mass. n.14.

<sup>24</sup>Cataldi R., Matricardi C., Romanelli F., Vagnoni S., Zatti V., Responsabilità del medico e della struttura sanitaria dopo la riforma, Maggioli editore, 2013, pag.450.

ultimi. Ne deriva, quindi, che l'esercente le professioni sanitarie ha diritto ad essere informato<sup>25</sup>, in quanto titolare dell'assicurazione, nel momento in cui stipula un contratto con l'ente, di tutte le prerogative che derivano dal contratto.

Ma la domanda che dobbiamo porci è se la creazione di un fondo di garanzia possa o meno essere considerata la chiave per una maggiore efficienza e per una maggiore tutela degli esercenti e dei terzi danneggiati.

Il sistema attuale, indubbiamente, pone delle incognite non indifferenti. I continui casi di mal practice sanitaria, intesa questa come una condotta clinica che denota negligenza del medico con conseguente danno biologico o psicologico del malato imputabile alla mancata osservanza di riconosciuti e comprovati standard di qualità assistenziale,<sup>26</sup> il continuo ricorso alla medicina difensiva da parte dei medici sottolinea come vi sia la necessità di dover garantire da una parte gli esercenti le professioni sanitarie e dall'altra i terzi. La tutela può essere garantita alle parti solo da una idonea copertura assicurativa. Tale copertura è idonea se riesce a coprire, per intero, il danno arrecato. Il problema nasce nel momento in cui alcuni esercenti le professioni sanitarie, dato gli sfortunati trascorsi, non riescano a garantirsi una copertura assicurativa che per legge deve essere obbligatoria. Garantire questi la possibilità di poter esercitare la propria professione e di poter essere tutelati nel caso di danno a terzi. Allo stesso tempo, però, si deve garantire un uso non fraudolento del fondo. Si deve evitare che gli esercenti le professioni sanitarie approfittino delle garanzie del fondo, facendo venire meno la loro diligenza e professionalità. Fondamentale sarà quindi mantenere un equilibrio nella gestione del fondo assicurandosi che l'accesso ad esso venga garantito a chi ne abbia effettivamente bisogno. Ciò avverrà provando, prima dell'accesso, a far ottenere un'idonea polizza assicurativa all'esercente le professioni sanitarie. Solo nel momento in cui ciò non sia possibile, si dovrà garantire loro l'accesso al fondo.

Si sta elaborando, dunque, un sistema obbligatorio per pubblico e privati con risarcimento anche in assenza di responsabilità civile. Tale modello prevede la possibilità di risarcimento anche laddove, in effetti, non sussista responsabilità dell'esercente le professioni sanitarie o della struttura. Questo

---

<sup>25</sup> Romagnoli G. L'assicurazione degli enti sanitari tra obblighi contrattuali e norme di diritto pubblico. (Relazione al convegno "organizzazione dei servizi sanitari: problemi e responsabilità", Castelfranco Veneto, 2 Dicembre 2006), in "Assicurazioni", 2007, fasc.4, pag.630.

<sup>26</sup> Taurino R. Responsabilità in ambito sanitario e problematiche assicurative in sanità [liability and insurance coverage in health care], in "Sanità pubblica e privata", 2010, fasc.1 pag41

sistema prevede sia l'intervento delle società assicurative private, quando la responsabilità sussiste e sia comprovata, sia l'intervento di un fondo di garanzia pubblico che garantisce anche quei casi più gravi in cui non è possibile intervenire con l'assicurazione privata, o qualora vi sia insolvenza da parte dell'impresa o quando vi sia mancata copertura da parte dell'esercente o della struttura. Questo modello, tipicamente francese, è quello che assicura maggiori garanzie a coloro che subiscono un danno (si tenga conto che per accedere al servizio sanitario nazionale francese è necessaria anche la mera residenza), dando loro la possibilità, agendo tramite il Bureau Central de Tarification, di essere coperti grazie anche ad un massimale minimo già fissato e ad un fondo di garanzie dalle ampie capacità. Sta di fatto che se un medico o una struttura privata, infatti, facciano richiesta di copertura per la responsabilità civile sanitaria ad almeno due società assicurative, ottenendo da entrambe un rifiuto, possono richiedere l'accesso al fondo gestito dal Bureau Central de Tarification. Di conseguenza l'ufficio adito, determinato il rischio del soggetto interessato, contatta le imprese precedentemente considerate dall'utente, chiedendo note chiarificatrici sulle tariffe applicate. Determinate le tariffe, il collegio del Bureau, composto da sei rappresentanti delle imprese, sei rappresentanti di medici e cliniche e un presidente nominato dal Governo, provvede alla decisione, la quale verrà trasmessa all'assicurando, che, contattata nuovamente la società assicuratrice, provvederà a stipulare idonea copertura sulla base di ciò che viene stabilito dal collegio. Il modello francese è, dunque, un modello basato sulla colpa e su una regola speciale, a "titolo di solidarietà nazionale", la quale va a risarcire il danneggiato laddove, in assenza di nesso causale, il danno non è collegabile al medico. Anche se parte della dottrina ritiene che sia più corretto parlare di un indennizzo piuttosto che di un risarcimento<sup>27</sup>, ritengo che il modello francese sembra l'unico modello realmente applicabile in Italia data la similarità tra le due nazioni e data l'idea di istituire un fondo di garanzia idoneo a coprire eventuali disavanzi che potrebbero risultare da mancate coperture da parte delle assicurazioni nei confronti di alcuni esercenti.

---

<sup>27</sup> Ponzanelli G., La responsabilità medica ad un bivio: assicurazione obbligatoria, sistema residuale no-fault o risk management?, in "Danno e responsabilità", 2003, fasc.4, pag.430.