

Sfide e opportunità dell'auto-ritenzione del rischio in prospettiva giuridica

Maria Gagliardi ■ *Professore Associato di Diritto Privato presso la Scuola Universitaria Superiore Sant'Anna di Pisa*

Le prospettive giuridiche legate all'auto-ritenzione del rischio in sanità possono essere molteplici. In questa sede ci si soffermerà su alcuni profili in grado di orientare la valutazione circa i possibili modelli di gestione dei rischi sanitari¹.

Necessaria premessa, che condiziona le riflessioni, è che se pensiamo al tema della sostenibilità del sistema, anche attraverso la scelta dei modelli da utilizzare al suo interno, inevitabilmente dobbiamo assumere una nozione di sostenibilità che ingloba i principi del nostro ordinamento e quelli propri del sistema della responsabilità sanitaria, espressi tra l'altro dalla legge 8 marzo 2017, n. 24 (cd. elli), che di tale sistema costituisce la cornice di riferimento. In primo luogo, è opportuno chiarire alcuni aspetti in termini di sostenibilità finanziaria del sistema. La L. 24/2017 è chiara nel prescrivere la presenza di un'idonea copertura assicurativa o equivalente (le "altre analoghe misure") per pagare i risarcimenti: ne emerge che la finalità non è - se non indirettamente - quella di salvaguardare il patrimonio degli enti responsabili, bensì garantire che ci siano risorse per risarcire i danneggiati nei casi in cui i danni si verifichino. Dunque, tutto ciò che riguarda il calcolo e l'attuazione di uno o più sistemi di auto-ritenzione del rischio ha a che fare in primo luogo con la garanzia per i danneggiati, non per gli enti pagatori. Per esempio, con

riferimento alle capacità di selezione dei rischi, di calcolo per creare i fondi e di gestione dei fondi medesimi (i fondi rischi o i fondi per le riserve), l'alternativa tra un modello assicurativo e un modello "casalingo", o tra un modello unico e la libertà per ciascun ente di scegliere il proprio non è indifferente, perché le garanzie per i danneggiati potrebbero differire parecchio, anche in termini di effettività. In secondo luogo, la sostenibilità del sistema si incrocia inevitabilmente con le necessità di gestire adeguatamente il patrimonio conoscitivo e informativo dei vari attori coinvolti. In un sistema obbligatoriamente (e storicamente) assicurato è centrale il ruolo del patrimonio di informazioni costituito da tutto ciò che riguarda sia i rischi assunti, sia quelli eventualmente poi liquidati. Invero, se si andasse verso un sistema generalizzato di auto-ritenzione dei rischi da parte di enti e regioni, si avrebbe come risultato per le compagnie un numero minore di assicurati, un numero forse minore di sinistri (perché perdendo un po' di assicurati o certe fasce di rischi assicurati diminuirebbero anche i



Dunque, tutto ciò che riguarda il calcolo e l'attuazione di uno o più sistemi di auto-ritenzione del rischio ha a che fare in primo luogo con la garanzia per i danneggiati, non per gli enti pagatori.

¹ Nell'economia del contributo si è ritenuto di rinviare ad altra occasione le riflessioni sulle altre problematiche giuridiche di raccordo tra i sistemi di auto-ritenzione e di assicurazione, quali: i rapporti con il fondo di garanzia previsto dalla legge 24, con i diversi massimali, la gestione dei sinistri che durano nel tempo, l'entità dei risarcimenti e delle indennità, la prevedibilità di differenti tipologie di sinistri e di danni.

sinistri), meno premi incassati, ma anche meno rischi da considerare nel complesso, e dunque anche in termini di valutazione di criteri, frequenza ed entità dei sinistri. Ciò comporta che il sistema non può essere frammentato. Sul piano delle scelte è senz'altro ragionevole pensare che ciascun ente o regione abbia un margine di autonomia, ma è bene che ci sia un coordinamento, perché in prospettiva sistematica le scelte individuali avranno ricadute su altri soggetti e sul funzionamento complessivo del sistema stesso. Per esempio, si pensi alle alternative di abbandonare il mercato assicurativo e di gestire conseguentemente tutti i rischi in autonomia, oppure di rinunciare all'assicurazione per i soli sinistri "sotto-soglia", rientranti cioè all'interno delle franchigie previste in coperture assicurative tradizionali.

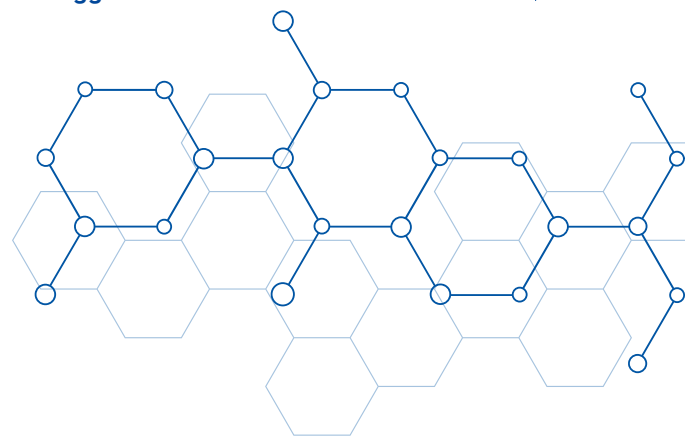
Un'alternativa crea delle differenze ed eventualmente delle disparità di gestione dei singoli rischi e di gestione aggregata, disparità di informazioni: i dati a disposizione nei due casi non sono gli stessi, lo stesso bacino di rischi da mutualizzare non è il medesimo, con la conseguenza che nei due scenari anche le classi omogenee di rischi assicurati non sono sovrapponibili. Dunque, nel valutare le scelte del modello di garanzia finanziaria dei rischi, è fondamentale e preliminare chiarire di quali rischi si vada a parlare. I rapidissimi cenni appena fatti sono in grado di porre sotto una nuova luce i vantaggi e gli svantaggi dell'auto-ritenzione del rischio: normalmente dal punto di vista delle strutture sanitarie e delle regioni si pensa che il più grosso vantaggio dell'adozione di un sistema di auto-ritenzione del rischio sia un risparmio economico, fatto però (e questo è il vero problema) non sempre sulla base di tutti gli elementi rilevanti. Si considerano gli importi dei risarcimenti pagati o dovuti negli anni precedenti, si comparano con le spese relative ai premi assicurativi dello stesso periodo e si decide di conseguenza.

Questo tipo di ragionamento e di impostazione della valutazione complessiva risulta essere a ben vedere solo parziale. Non è seriamente sostenibile che l'unico costo storico da mettere sul piatto della bilancia sia quello del premio. In altri termini, è fondamentale domandarsi se il fatto di dover gestire in proprio tutti i sinistri o una parte dei sinistri non implichi anche qualche altro costo o investimento. Anche in prospettiva sistematica, nel momento in cui si

deve verificare qual è il livello di rischiosità di partenza e quindi la proiezione sui danni che potrebbero venire in considerazione a seguito dei sinistri, cioè l'entità dei rischi che non si riuscirà ad evitare, è necessario riuscire ad individuare ciò su cui è possibile intervenire, come, e con quali costi, e ciò su cui invece non è possibile intervenire e con quali costi.

Non è un caso che quando si parla di auto-ritenzione del rischio si parla sempre poi, sotto vari nomi ("terza via", "sistema misto", etc.), dell'incorporazione all'interno delle strutture o delle regioni di figure più o meno professionali che di queste cose si occupano (per es. i 'loss adjuster'). Nel quadro di valutazione allora deve rientrare il modo in cui è opportuno fare questo tipo di investimenti, cioè se tra le strutture e le regioni ognuna possa decidere di farli come vuole (i decreti attuativi della legge n. 24/2017 probabilmente dovrebbero dire qualcosa anche su questo). Tuttavia, non si deve dimenticare che i principi espressi dalla legge vanno nella direzione di una prevenzione, cioè che obiettivo del sistema è la riduzione a monte dei rischi, salvo il risarcimento nei casi in cui comunque si verificano. Quindi la valutazione dei rischi e dei costi non è una questione che può essere semplicemente demandata a qualcun altro; un minimo di controllo e di scelta va mantenuta in capo a chi si occupa di prevenzione e sicurezza delle cure.

La valutazione di una scelta o di un modello di auto-ritenzione del rischio deve essere assolutamente sistematica, in quanto l'obiettivo complessivo non può non essere una garanzia di sicurezza delle cure per i danneggiati.



Da diversa prospettiva, come si accennava, un sistema di auto-ritenzione dei rischi può comportare anche alcuni svantaggi. Per esempio, per le compagnie, perché la scelta dell'autoassicurazione non comporta automaticamente o volutamente l'esclusione dal mercato delle compagnie. Esse perdono volume di rischi, di sinistri e in buona parte di assicurati, forse perdono delle intere fasce di rischio, questo con due effetti, entrambi rilevanti per il sistema: uno di conoscenza e di gestione di una parte di quello che accade; l'altro consistente nella relativa ricaduta economica e conoscitiva, attuariale. In sintesi, se alle assicurazioni restano in qualche modo soltanto i rischi "peggiori", la sostenibilità deve essere cercata con strumenti diversi: si "risparmia" sui rischi minori pagando meno sinistri, ma si incassano anche meno premi, che quindi non concorrono ad alimentare le risorse per poter poi pagare i grossi: è sostenibile?

Il problema si pone specularmente per i rischi "ritenuti" dalle strutture, che devono poi essere valutati e gestiti in maniera almeno sostenibile. Senza, entrare troppo nel dettaglio, possiamo limitarci ad evidenziare due elementi. In primo luogo, per individuare un minimo di affidabilità in un fondo rischi o in un fondo riserve, il sistema presupporrebbe una capacità di rilevazione degli eventi sentinella, dei sinistri, dei costi e anche una capacità di previsione conseguente. Quindi c'è un'importanza fondamentale della creazione, della conservazione e dell'uso delle informazioni. E questo (secondo elemento) condiziona la scelta del modello assicurativo o non assicurativo. Il modello assicurativo mette in atto un sistema solidale: la sostenibilità del sistema assicurativo, sia quando ci siano solo le assicurazioni, sia quando queste coesistano con sistemi di auto-ritenzione, implica che alcuni rischi in un ambito finiscono per sussidiarne altri in cui l'andamento è peggiore.

Questo vale tra rischi diversi nonché tra tipologie di assicurati differenti. Se il bacino di rischi o di assicurati viene ad essere alterato per scelte di gestione differenziate e impermeabili, diventa difficile prevedere immediatamente se il sistema continuerà a consentire dei sussidi incrociati e quindi la sostenibilità. Nelle assicurazioni il funzionamento di questi sussidi è noto, e sono comunque i soggetti portatori del rischio, gli assicurati, quelli che vanno a sostenersi vicendevolmente; in un sistema di auto-ritenzione del rischio, invece, soprattutto

senza la garanzia di calcoli equivalenti a quanto possa ottenersi con la tecnica assicurativa, è facile immaginare che se una struttura o una regione dovesse sbagliare i calcoli o le previsioni interverrebbe la fiscalità generale. In questo caso, bisogna esserne consapevoli, perché si tratta di una precisa scelta politica.

Invero, tale scelta sposta i soggetti che sussidiano, la parte "attiva" della solidarietà, non tra i portatori del rischio, ma tra tutti i consociati e dunque non tra chi potrebbe causare i danni, bensì tra chi potrebbe subirli. E quindi c'è una grande differenza di principi e di valori a livello sistematico, che, all'interno del sistema, va tenuta in grande considerazione. Infine, merita un rapido cenno l'opportunità che le compagnie e gli enti, che decidano per la strada dell'auto-ritenzione, valutino il coordinamento con le polizze, così per il caso della scelta del sistema combinato (auto-ritenzione per i sinistri "sottosoglia" e mantenimento di una copertura assicurativa per gli altri), come per il necessario raccordo dovuto al fatto che l'obbligo di assicurazione include la copertura per le responsabilità individuali dei singoli esercenti le professioni sanitarie. La struttura sanitaria, con l'ausilio della regione, a probabilmente può avere anche molte informazioni sui rischi propri di responsabilità della struttura; ma su quello che è il mercato complessivo, al cui interno far rientrare anche i professionisti dipendenti e strutturati, difficilmente riesce ad avere un quadro completo.



C'è un'importanza fondamentale della creazione, della conservazione e dell'uso delle informazioni. E questo (secondo elemento) condiziona la scelta del modello assicurativo o non assicurativo.



Per questi rischi è necessario trovare un modo per valutare se optare comunque per una scelta di auto-ritenzione, oppure se solo per questi rischi stipulare delle polizze di assicurazione. Anche queste sono valutazioni non indifferenti, anche perché sono destinate ad incidere, a cascata, sul complesso sistema delle rivalse tra ente pagatore e soggetti responsabili e sulla tematica del danno erariale. In conclusione, la valutazione di una scelta o di un modello di auto-ritenzione del rischio deve essere

assolutamente sistematica, in quanto l'obiettivo complessivo non può non essere una garanzia di sicurezza delle cure per i danneggiati.

Esso passa anche per la valorizzazione del patrimonio informativo del settore assicurativo e del sistema sanitario, in cui sarebbe strategico poter contare su una maggiore condivisione dei dati e delle informazioni, magari con il coordinamento degli attori istituzionali coinvolti.

