

Il ruolo dell'ufficio legale

Il ruolo dell'ufficio affari generali e legali dell'ente ospedaliero e l'assicurazione

Attilio Steffano, Lavinia Vercesi

PREMESSA

“Dopo anni di discussione, a volte ideologica, siamo ormai in presenza di una consapevolezza diffusa della esistenza di rischi connessi all’espletamento di attività mediche ed assistenziali. Le ragioni che sono alla base della accelerazione definitiva verso questa consapevolezza sono molteplici, alcune di origine finanziaria, altre legate ad aspetti deontologici e all’impatto sociale del fenomeno. Le problematiche più visibili con le quali facciamo i conti quotidianamente, ai diversi livelli, sono legate alla crescita del contenzioso medico-paziente, ed è evidente che i riverberi di esse non si limitano a quelli, pur rilevanti, di natura economica, ma comportano conseguenze assai più negative sul rapporto di fiducia tra medico e cittadino, per la crescita della medicina difensiva e la mancanza di serenità degli operatori”¹. Sono queste le parole dell’attuale Ministro della Salute, pronunciate alla Commissione Affari Sociali il 27 giugno 2006, ed è questa la sensazione diffusa e la percezione concreta di chi oggi lavora e si trova a contatto, a vario livello, con i soggetti e le strutture che operano nella Sanità.

L’evoluzione stessa della figura dell’Unità Sanitaria Locale (è storia ormai nota), con la nascita ed il conseguente affermarsi della loro configurazione sotto forma di Aziende,

ha modificato nel corso del tempo non solo la natura giuridica, ma anche il ruolo svolto all’interno di queste strutture in primo luogo dal personale sanitario; in secondo luogo, dal personale amministrativo e dirigenziale non medico.

L’analisi che ci si appresta a svolgere pone l’accento, in termini generali, sul ruolo che viene svolto dall’Ufficio Affari Generali e Legali all’interno dell’Ente ospedaliero, ove esso sia previsto, in relazione agli aspetti assicurativi dello stesso Ente.

A fini di chiarezza espositiva, onde non incorrere in eventuali fraintendimenti, occorre preventivamente circoscrivere l’ambito della nostra analisi.

L’Azienda Ospedaliera costituisce, infatti, una realtà organizzativa e gestionale a sé stante, del tutto peculiare rispetto a quanto si può riscontrare in qualsivoglia differente ambito aziendale. In primo luogo perché il “prodotto”, meglio, il “servizio” offerto alla collettività è diretto alla cura o alla prevenzione e riabilitazione (queste ultime in sinergia con le ASL) o, in termini omnicomprensivi, alla tutela della salute, come costituzionalmente garantita; in secondo luogo, poiché all’interno delle Aziende Ospedaliere pubbliche è necessario contemperare da una parte le esigenze prettamente aziendali di “produttività” e,

¹ Audizione alla Commissione Affari Sociali della Camera dei Deputati (27 giugno 2006), *Un New Deal della Salute – Linee del programma di Governo per la promozione ed equità della salute dei cittadini*.

dall'altra, le esigenze proprie di una struttura che, seppur aziendalizzata, deve conformarsi alle regole della Pubblica Amministrazione.

Non volendo, in questa sede, prendere in esame le problematiche, seppur di grande attualità, relative alla responsabilità professionale del medico in senso stretto, con conseguente disamina della qualifica della stessa in termini di responsabilità contrattuale, extra-contrattuale o, come di recente definito, responsabilità da "contatto sociale", né tanto meno i profili di responsabilità in capo alla struttura sanitaria nella sua qualità di datore di lavoro, con conseguente eventuale *culpa in vigilando*, vediamo come queste stesse problematiche hanno influito a livello di macro-area sull'organizzazione interna delle strutture ospedaliere pubbliche.

Se, infatti, i D.Lgs. 502/92 e 517/93 (su delega della Legge 421/91) hanno aperto la strada all'aziendalizzazione della Sanità pubblica, le successive modifiche legislative hanno sempre più accentuato i livelli di autonomia organizzativa delle neo-costituite Aziende. Ciò è andato certamente a riverberarsi anche sulla funzione che la Direzione Generale delle Aziende Ospedaliere pubbliche ha nel corso del tempo affidato all'Ufficio Affari Generali e Legali.

IL RAPPORTO CON L'ASSICURAZIONE

L'Ufficio legale interno di un'Azienda Ospe-

daliera pubblica può essere variamente costituito e previsto in sede di Piano Organizzativo Funzionale Aziendale (così denominato in Regione Lombardia – Atto Aziendale per altre realtà regionali), configurandosi come Struttura semplice o Struttura complessa. Le conseguenze di una scelta o dell'altra si riflettono sui requisiti che deve possedere il soggetto cui affidare la dirigenza. In alcuni casi non potrà essere altri che un Avvocato, in altri casi a quest'ultimo potrà essere affiancata una figura professionale con caratteristiche differenti, riconducibili anche a profili prettamente amministrativi.

In tutti i casi, tuttavia, l'Avvocato incaricato della dirigenza dell'Ufficio legale dovrà prestare attenzione, da una parte, alle regole proprie della Pubblica Amministrazione, dall'altra alle norme di Deontologia dell'Ordine professionale di appartenenza. Vige per costui, infatti, il c.d. "principio di irresponsabilità amministrativa", che si sostanzia nell'impossibilità che a questi vengano affidate attività, funzioni o compiti che contrastino con il principio di indipendenza dell'agire professionale.

Il ruolo dell'Avvocato interno, in sostanza, non deve essere soggetto a vincoli gerarchici o di subordinazione, ai sensi anche dell'art. 10 del Codice Deontologico che così recita: "*Nell'esercizio dell'attività professionale l'avvocato ha il dovere di conservare la*

propria indipendenza e difendere la propria libertà da pressioni o condizionamenti esterni”.

Nel rispetto di tali regole è indirizzata l'attività di supporto e consulenza dell'Ufficio Affari Generali e Legali nell'ambito delle procedure di selezione del Broker e della Compagnia di Assicurazione.

Com'è noto, infatti, all'interno della Pubblica Amministrazione è necessario che vengano rispettati non solo i principi generali di pubblicità e trasparenza, ma anche la recente normativa in materia di appalti pubblici².

La scelta del Broker e successivamente dell'Assicurazione, pertanto, devono avvenire nel rispetto delle regole imposte dalla legge, non potendo affidare tale compito sulla base di scelte discrezionali della Pubblica Amministrazione. Nella predisposizione del bando di gara l'Ufficio legale viene spesso chiamato ad esprimere parere circa la sua corrispondenza ai parametri normativi.

Relativamente, invece, all'individuazione dei requisiti e dei criteri di preferenza che i partecipanti al bando devono possedere, saranno gli Affari Generali a provvedere. Tale attivi-

tà, infatti, da una parte comporta l'assunzione di quella responsabilità amministrativa in cui il Dirigente avvocato non deve incorrere, dall'altra, esprime scelte strettamente discrezionali della Pubblica Amministrazione: è possibile, in questo senso, che l'Azienda Ospedaliera pubblica possa preferire un Broker che semplicemente rediga i capitolati tecnici, ovvero offra una consulenza a tutto tondo, ricomprendendo in ciò anche l'attività di gestione e liquidazione dei sinistri che possano eventualmente verificarsi all'interno della struttura. Nella generalità dei casi la scelta ricade su questa seconda soluzione.

Lo stesso discorso può farsi per la procedura selettiva della Compagnia di Assicurazione: la discrezionalità amministrativa, per esempio, può esprimersi individuando come discrimen dell'offerta del partecipante al bando una determinata soglia di franchigia (ovvero, in senso inverso, il requisito della mancanza di franchigia), un massimale per singolo sinistro (o un massimale complessivo per tutti i sinistri), oltre, ovviamente, all'individuazione del valore del premio da corrispondere alla Compagnia aggiudicataria³.

² La Legge 163/06, che recepisce le Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, traccia il quadro delle procedure di affidamento, stabilendo che le procedure aperte e ristrette costituiscono la regola generale, pertanto sempre ammissibili. Il dialogo competitivo e le procedure negoziate, invece, sono ammesse solo nei casi previsti espressamente. Anche in questi ultimi, l'utilizzo di tali procedure derogatorie è solo facoltativo.

³ Si legge, infatti, all'art. 11 del D.Lgs. 163/06 – Fasi delle procedure di affidamento: “1. Le procedure di affidamento dei contratti pubblici hanno luogo nel rispetto degli atti di programmazione delle amministrazioni aggiudicatrici, se previsti dal presente codice o dalle norme vigenti. 2. Prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici decretano o determinano di contrarre, in conformità ai propri ordinamenti, individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte”.

Appare chiaro che, anche in questa fase, il ruolo dell'Ufficio legale consisterà nell'attività di supporto e consulenza agli Affari Generali, senza sovrapporsi o sostituirsi in alcun modo con le scelte discrezionali espresse dalla stazione appaltante.

Terminato così la fase consultiva dell'Ufficio legale, è possibile prevedere che lo/gli Avvocato/i in organico siano chiamati a svolgere la loro attività sia nella fase del pre-contenzioso che nel contenzioso stesso, così cooperando con il Broker e l'Assicurazione nella gestione del sinistro.

Una collaborazione di questo tipo è auspicabile che venga già prevista in fase di stesura del bando di gara.

L'organizzazione gestionale testé indicata è stata ben interpretata, ad esempio, dalla Regione Lombardia, la quale, interpretando l'indicazione ministeriale volta al c.d. *Clinical Risk Management*, ha previsto, con la Circolare 46/SAN del 27.12.2004 ("Indirizzi sulla gestione del rischio clinico") e con le successive Linee Guida, l'istituzione di un Comitato di Valutazione Sinistri (CVS) in ogni Azienda Ospedaliera⁴: sono chiamati a far parte del Comitato, in modo permanente, oltre al Responsabile Affari Generali ed al *Risk Manager*, la Direzione Sanitaria del Pre-

sidio interessato al sinistro, il Medico legale, un rappresentante della Compagnia di Assicurazione ed il Broker. È chiaro che la *ratio* è quantomeno duplice: da una parte si è percepito il contenzioso giudiziario come vero e proprio rischio che, in quanto tale, deve essere gestito; dall'altra, offrendo la possibilità della partecipazione coordinata dell'Ufficio Affari Generali e del Broker, si è cercato di avvicinare le Assicurazioni alla realtà peculiare dell'Azienda Ospedaliera e viceversa, al fine di rendere più efficace l'interazione.

Non si è sottovalutato, inoltre, l'impatto economico del contenzioso sulla gestione dell'Azienda Ospedaliera, ritenendo pertanto di minimizzarlo attraverso una serie di attività volte ad incrementare l'efficienza operativa: si consente in questo modo una rapida valutazione, in presenza di richieste di risarcimento danni, delle eventuali responsabilità che, qualora non correttamente gestite, potrebbero sfociare nel contenzioso giudiziario (eventuale responsabilità professionale del medico e/o della struttura sanitaria per *mala gestio* organizzativa ovvero fortuità del fatto). Attraverso una costante valutazione degli eventi avversi e del contenzioso che ne deriva si procede anche alla mappatura e valutazione statistica della sinistrosità in Azienda andando così,

⁴ La Regione Lombardia ha cioè definito, per tutte le Aziende sanitarie, specifici obiettivi da raggiungere invitando le stesse a promuovere politiche di *Risk Management* sia in termini di prevenzione dei rischi che di gestione delle pratiche inerenti il contenzioso e, a livello di sistema, si è posta l'obiettivo di predisporre un programma di implementazione di indirizzi sulla gestione del rischio.

sotto l'aspetto gestionale, ad affinare forme di prevenzione degli errori che possono contribuire all'identificazione dei parametri necessari alla definizione della politica di copertura assicurativa aziendale. In alcune Aziende Ospedaliere, per esempio, è stato previsto che al di sotto della soglia di franchigia, il sinistro venga gestito e liquidato dall'Azienda stessa; mentre sopra franchigia vi sia la co-gestione pre-contenziosa e contenziosa⁵. Molto simile all'esempio anglosassone è il sistema di interazione tra il legale interno, il medico-legale e, in definitiva, anche l'Assicurazione, previsto dall'A.O. Università Pisana dove, attraverso la gestione *web based* del *Risk Management*, è stata prevista una prima forma di *Online Dispute Resolution*⁶.

Ove, invece, non sia prevista una forma di partecipazione attiva dell'Ufficio legale in sede processuale, il Dirigente avvocato può assicurare

che la comunicazione di dati sensibili avvenga nel rispetto della normativa vigente. È necessario, infatti, in relazione alla richiesta di risarcimento danni, che costui autorizzi la trasmissione di documentazione sanitaria alla Compagnia di Assicurazione⁷.

VALUTAZIONI CONCLUSIVE

Dal punto di vista della sensibilità sociale, da una parte, l'evoluzione della scienza medica ha comportato la nascita di una fiducia illimitata nelle possibilità interventistiche e/o terapeutiche della stessa, dall'altra, ma in senso opposto, l'accanimento dei mass-media, al grido della presunta o reale *medical malpractice*, ha determinato la sfiducia diffusa nell'operato dei professionisti sanitari. Insomma, come ha avuto modo di sottolineare un Autore⁸: “è venuto meno anche il timore

⁵ Appare appena il caso di accennare che il ruolo dell'Ufficio legale, affiancato dal Broker, è di recente stato incentivato in alcune Regioni, in funzione deflativa della litigiosità, prevedendo forme di conciliazione stragiudiziale (c.d. *Alternative Dispute Resolution*).

⁶ Per avere un'idea di come viene attuata questa nuova forma di ADR nei Paesi di *common law*, tra gli altri: Katsh E., Rifkin J. *Online Dispute Resolution: Resolving Disputes in Cyberspace*. Jossey-Bass, San Francisco, 2001. Schultz T., Kaufmann-Kohler G., Langer D., Bonnet V. *Online Dispute Resolution: The State of the Art and Issues*. University of Geneva, 2001. Rule C. *Online Dispute Resolution for Business*. Jossey-Bass, San Francisco, 2002. Larson D.A. *Technology Mediated Dispute Resolution (TMDR): A New Paradigm for ADR*. 21 Ohio St. J. on Disp. Resol. 629, 2006. Tale sistema di risoluzione alternative delle controversie trae la sua ragion d'essere dalla necessità di deflazione del volume del contenzioso anche in sede di ADR, ottenibile con l'utilizzo delle odierne tecnologie informatiche.

⁷ I dati sanitari, infatti, sono stati definiti “dati sensibili” e, come tali, protetti, dalla Legge sulla Privacy: col Provvedimento 9 luglio 2003, in particolare, il Garante è intervenuto stabilendo che “Nell'ambito della più ampia categoria dei “dati sensibili”, riguardanti profili particolarmente delicati della vita delle persone (sfera religiosa, politica, sindacale e filosofica, origine razziale ed etnica), le informazioni relative allo stato di salute e alla vita sessuale sono oggetto di una specifica protezione. (...) Gli atti e i documenti nei quali vengono riportati dati sulla salute e vita sessuale sono a volte predisposti e raccolti non per finalità di cura dell'interessato, ma per scopi amministrativi connessi ad esempio al riconoscimento di particolari benefici o malattie professionali, all'accertamento di responsabilità o al risarcimento dei danni. (...) Il trattamento di tali dati da parte del soggetto pubblico è consentito solo se il diritto da far valere o difendere (...) è di rango almeno pari a quello dell'interessato”. Quest'ultima garanzia, come meglio specificato nel Codice (artt. 60, 71 e 92, co.2), riguarda sia il caso in cui il soggetto pubblico debba valutare una richiesta di terzi di conoscere singoli dati sulla salute o vita sessuale, ritenuti necessari per far valere il diritto di difesa, sia il caso in cui il soggetto pubblico riceva una richiesta di accesso a documenti amministrativi contenenti siffatti dati.

⁸ Giallongo N. Responsabilità professionale medica (sanitaria) e strumenti di risoluzione alternativa delle controversie: contributo ad una riflessione. Il Bollettino della Corte Arbitrale Europea, Luglio 2005, 3.

reverenziale dei cittadini nei confronti della classe medica”.

Si sottolinea, inoltre, che tale stato di fatto è dipeso anche dal pregresso comportamento delle Aziende sanitarie stesse, le quali ritenevano sufficiente passare il “problema” all’Assicurazione con la illusoria certezza che *“tanto risarcisce la Compagnia”* (pensiero in buona parte abbandonato a seguito dell’introduzione di una cultura di gestione del rischio che include anche il rischio contenzioso). Oggi, invece, una delle realtà in crescita è *“la voglia delle strutture di far da sé, lasciando a casa le Assicurazioni accollandosi i rischi in proprio. (...) La forbice tra i premi e i sinistri liquidati indigna anche i Direttori Generali di ASL e Ospedali tra i quali la tentazione di accantonare risorse ad hoc, senza ricorrere alle Compagnie, diventa sempre più forte”*⁹.

È chiaro, invece, che *in medio stat virtus*.

Se, pertanto, si deve definitivamente abbandonare un modello di gestione del contenzioso solo ed esclusivamente nelle mani delle Assicurazioni, dall’altro non è neppure possibile pensare di far tutto da sé, accantonando risorse che possano poi andare a coprire l’impatto economico di tutta la sinistrosità aziendale. La via di mezzo, ad avviso di chi scrive, è di trovare il fulcro nella mappatura oggettiva dei sinistri che possono verificarsi nella realtà della singola Azienda Ospedaliera, an-

dando poi ad introdurre i necessari correttivi a livello di scelte strategiche e organizzative, in modo da rendere meno frequente l’esposizione a quel determinato errore (gestionale, sanitario, tecnico o professionale che sia). Al contempo, e relativamente al solo rischio contenzioso *latu senso* inteso, il supporto dell’Ufficio Affari Generali e Legali alla politica assicurativa aziendale può consentire, in via preventiva, una scelta del Broker e della polizza assicurativa più efficace e, in via successiva, ove questo insorga, una più efficiente gestione del contenzioso.