



Servizio Legale e Contenzioso

LEX FOR ARNAS



L'Osservatorio giuridico dell'ARNAS "Garibaldi" di Catania

Edizione Marzo 2024

SOMMARIO

RESPONSABILITÀ MEDICA: una tematica in continuo divenire. Il regime giuridico della responsabilità e il rapporto tra l'obbligazione della struttura sanitaria e l'operato dei terzi (approfondimento).

Il commento (a cura della Dott.ssa Giorgia Fallica)2-4

PUBBLICO IMPIEGO

**Direttiva UE 2003/88/CE art. 7, Diritto a un'indennità finanziaria per ferie annuali retribuite non godute in caso di cessazione del rapporto di lavoro.
(Sentenza della Corte di Giustizia Europea del 18 gennaio 2024 nella causa n. 218/2022).**

Il commento (a cura della Dott.ssa Elisa Landi)4-5

RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Burocrazia difensiva.

(Sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, 03 agosto 2023, n. 7503).

Il commento (a cura dell'Avv. Carmelo Ferrara)5-6



L'Osservatorio giuridico dell'ARNAS "Garibaldi" di Catania

RESPONSABILITÀ MEDICA: una tematica in continuo divenire.

Il regime giuridico della responsabilità e il rapporto tra l'obbligazione della struttura sanitaria e l'operato dei terzi.

(approfondimento)

Premessa. La Legge Gelli-Bianco.

L'approvazione della L. 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. Legge Gelli-Bianco) ha consentito al legislatore di ridefinire con chiarezza i confini della responsabilità in ambito medico-sanitario. In particolare, la legge in parola, oltre a limare sensibilmente i criteri precedentemente stabiliti dalla L. n. 189/2012, (c.d. Legge Balduzzi) - ha inteso qualificare in maniera più esaustiva la responsabilità civile a carico delle strutture e degli esercenti la professione sanitaria.

Il cuore pulsante della novella è l'art. 7, attraverso cui si è introdotto il c.d. sistema del "doppio binario", ossia la differenziazione della natura civilistica della responsabilità del medico e della struttura sanitaria.

Dal dettato normativo del comma 1 dell'art. 7 si evince chiaramente come la struttura sanitaria, "nell'adempimento delle proprie obbligazioni", risponde ai sensi degli artt. 1218 e 1228 c.c. a titolo di responsabilità contrattuale per tutte le prestazioni erogate al suo interno, siano esse direttamente collegate, come la ospedalità, oppure indirettamente come l'attività intramoenia, la telemedicina e la sperimentazione clinica.

Diversamente, ai sensi dell'art. 7, comma 3, la responsabilità è di natura extracontrattuale, ex art. 2043 c.c., per gli esercenti la professione sanitaria che operano all'interno di una

struttura sanitaria. La norma fa espressa esclusione della responsabilità aquiliana del sanitario nei casi in cui la prestazione sanitaria sia eseguita in costanza di un rapporto contrattuale con il paziente.

La responsabilità del medico e l'azione di rivalsa.

In aderenza con il dato normativo richiamato, la natura contrattuale della responsabilità della struttura sanitaria trova conferma nella giurisprudenza ove si fa riferimento al contratto "atipico" di ospedalità, il quale ricomprende al suo interno una molteplicità di prestazioni aventi ad oggetto non solo la somministrazione delle cure farmacologiche e chirurgiche, ma, altresì, l'erogazione di un servizio complesso comprensivo dell'uso di attrezzature tecniche, strumentali alla cura del paziente (*ex multis*, Cass. Civ. 17 gennaio 2019).

La responsabilità extracontrattuale di cui, di regola, risponde l'esercente la professione sanitaria comporta a carico del paziente un notevole onere probatorio: egli dovrà, provare il nesso causale, l'elemento soggettivo della condotta del medico e il danno evento.

Si precisa, all'uopo, che non può trattarsi di un semplice inadempimento ma che lo stesso debba essere qualificato, ossia astrattamente efficiente alla produzione del danno (Cass. Civ., SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 577).

I più recenti arresti della giurisprudenza di legittimità hanno convenuto che, come per la responsabilità ex art. 2043 c.c., anche per la responsabilità contrattuale della struttura sanitaria incombe sul paziente, che agisce per il risarcimento del danno, l'onere di provare il nesso di causalità tra l'aggravamento della patologia (o l'insorgenza



L'Osservatorio giuridico dell'ARNAS "Garibaldi" di Catania

di una nuova malattia) e l'azione o l'omissione dei sanitari, mentre, ove il danneggiato abbia assolto a tale onere, spetta alla struttura sanitaria convenuta, per andare esenti da responsabilità, dimostrare l'impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile, provando che l'inesatto adempimento è stato determinato da un impedimento imprevedibile ed inevitabile con l'ordinaria diligenza (Cass. Civ. 26 luglio 2017, n. 18392; Cass. Civ. 13 ottobre 2017, n. 24073; Cass. Civ. 23 ottobre 2018, n. 26700).

L'alleggerimento della responsabilità civile del medico "strutturato" si può, altresì, ravvisare all'art. 9 della L. Gelli-Bianco, in cui viene espressamente rilevato come l'azione di rivalsa della struttura, si limiti ai soli casi di "dolo o colpa grave", escludendo l'esperibilità dell'azione in presenza di colpa lieve.

Ciò chiarito, resta da chiedersi entro quali limiti possa rispondere la struttura sanitaria e se è prevista la possibilità di rivalersi nei confronti del medico.

La questione della responsabilità della struttura sanitaria per gli illeciti posti in essere dal personale medico è stata posta al vaglio, nel 2019, dalla terza sezione della Corte di cassazione attraverso dieci decisioni cc.dd. "decisioni di San Martino bis".

La decisione esaustiva ai fini della questione relativa l'azione di rivalsa della struttura nei confronti del medico è quella affrontata dalla Cass. Civ., Sez. III, 11 novembre del 2019, n. 28987.

La Corte ha innanzitutto chiarito che **tra il medico operante e la struttura sanitaria, nei confronti della paziente danneggiata, sussiste un rapporto di responsabilità solidale** e ciò indipendentemente dal titolo di responsabilità gravante su ciascuno (struttura e medico) che ben potrebbe essere diverso. **È incontrovertibile la**

sussistenza della corresponsabilità della struttura (art. 1228 c.c.) con il sanitario, dal momento che la prima pianifica ed organizza lo svolgimento della prestazione che il secondo (anche se non dipendente) deve realizzare.

In ordine alla questione dell'azione di rivalsa della struttura sanitaria (per l'intero esborso sopportato) nei confronti del medico attraverso l'azione di regresso, **anche nel caso di una esclusiva responsabilità del medico non vi sarà graduazione di colpe e non sarà possibile il regresso poiché risulta difficile considerare l'attività prestata dal sanitario avulsa dal contesto in cui opera.**

Da ultimo, giova precisare che in caso di condanna della struttura in solido con il professionista per i danni cagionati al paziente, la Procura Generale presso la Corte dei Conti è legittimata ad agire nei confronti del professionista anche per conseguire la quota di risarcimento rimasta a carico dell'Ente e ciò in relazione alla natura solidale dell'obbligazione e della unicità del fatto illecito.

Sarà l'esercente la professione medica ad agire eventualmente in rivalsa nei confronti della struttura per il recupero della quota solidale.

Responsabilità della struttura e rapporto con il fatto dei terzi.

Nel caso in cui, in funzione della complessità ed articolazione dell'attività svolta dagli esercenti in ambito sanitario, **l'attività si estrinsechi materialmente nell'opera prestata da più soggetti, inquadrati o meno nella struttura sanitaria di riferimento, la giurisprudenza ha chiarito che è sempre la stessa struttura sanitaria chiamata a risponderne, ove ne derivino conseguenze**



L'Osservatorio giuridico dell'ARNAS "Garibaldi" di Catania

dannose. Ciò in quanto della suddetta attività la struttura se n'è avvalsa.

Non può obliterarsi, infatti, che ai sensi dell'art. 1228 c.c. l'ente risponde degli illeciti commessi dagli ausiliari, in forza della libertà del titolare dell'obbligazione di decidere come adempiere; *ergo*, la struttura che si avvale della collaborazione del sanitario dovrà rispondere dei pregiudizi da questo cagionati, fatti salvi gli eccezionali casi d'inescusabilmente grave, del tutto imprevedibile e oggettivamente improbabile devianza dal programma condiviso di tutela della salute cui la struttura risulti essersi obbligata.

Ed invero, l'obbligazione dell'ente sanitario non si esaurisce nella mera prestazione delle cure mediche ed alberghiere, ma include la protezione della persona destinataria dell'assistenza. L'adeguata sorveglianza del paziente rientra, anch'essa, nella diligenza esigibile ai sensi dell'art. 1176, comma 2, c.c. Ebbene, sulla struttura sanitaria, sui sanitari e sul personale preposto al controllo ed alla vigilanza del paziente grava un obbligo rafforzato di protezione.

Come più volte sostenuto dalla giurisprudenza di legittimità e di merito, la struttura sanitaria è chiamata a rispondere non solo dell'inadempimento delle obbligazioni poste direttamente a suo carico, ma anche per l'opera svolta dai suoi sanitari, siano dipendenti o meno ed, in generale, del personale ausiliario.

Tale responsabilità si estende anche ai fatti dei terzi, in quanto, laddove scelga di servirsi dell'opera altrui nell'esecuzione della complessa prestazione che è obbligata a rendere nei confronti del paziente, sarà responsabile anche dell'operato dei terzi, secondo lo schema dell'art. 1228 c.c.

La responsabilità di chi si avvale dell'attività del terzo per l'adempimento della propria obbligazione contrattuale trova radice nel rischio connaturato all'utilizzazione dei terzi nell'adempimento di un'obbligazione.

Autore: Dott.ssa Giorgia Fallica, Collaboratore Amministrativo Professionale – Servizio Legale e Contenzioso ARNAS "Garibaldi"

PUBBLICO IMPIEGO – Direttiva UE 2003/88/CE art. 7, Diritto a un'indennità finanziaria per ferie annuali retribuite non godute in caso di cessazione del rapporto di lavoro.

(Sentenza della Corte di Giustizia Europea del 18 gennaio 2024 nella causa n. 218/2022).

"L'articolo 7 della direttiva 2003/88/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 novembre 2003, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, e l'articolo 31, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea devono essere

interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale che, per ragioni attinenti al contenimento della spesa pubblica e alle esigenze organizzative del datore di lavoro pubblico, prevede il divieto di versare al lavoratore un'indennità finanziaria per i giorni di ferie annuali retribuite maturati sia nell'ultimo anno di impiego sia negli anni precedenti e non goduti alla data della cessazione del rapporto di lavoro, qualora egli ponga fine volontariamente a tale rapporto di lavoro e non abbia dimostrato di non aver goduto delle ferie nel corso di detto rapporto di lavoro per ragioni indipendenti dalla sua volontà".



L'Osservatorio giuridico dell'ARNAS "Garibaldi" di Catania

Con la sentenza in commento del 18.1.2024 n. 218/2022, la Corte di Giustizia UE si è pronunciata sulla questione della "monetizzazione delle ferie maturate non godute" affermando chiaramente che una normativa nazionale, quale quella italiana prevista dall'art. 5 del d.l. n. 95/2012 che, per ragioni attinenti al contenimento della spesa pubblica e alle esigenze organizzative del datore di lavoro pubblico, prevede il divieto di versare al lavoratore un'indennità finanziaria per i giorni di ferie annuali retribuite maturati alla data di cessazione del rapporto di lavoro – anche per dimissioni volontarie – viola il diritto dell'Unione Europea e si pone in contrasto con quanto previsto l'articolo 7 della direttiva 2003/88 e l'articolo 31, paragrafo 2, della Carta.

A tal fine, evidenzia la Corte di Giustizia, è privo di rilevanza il motivo per cui il rapporto di lavoro è cessato.

Pertanto, la circostanza che un lavoratore ponga fine, di sua iniziativa, al proprio rapporto di lavoro, non ha nessuna incidenza sul suo diritto a percepire un'indennità finanziaria per le ferie annuali retribuite di cui non ha potuto usufruire prima della cessazione del rapporto di lavoro.

Spetta al datore di lavoro dimostrare di aver esercitato tutta la diligenza necessaria affinché il lavoratore sia stato messo in condizione di fruire delle ferie annuali retribuite alle quali aveva diritto, invitandolo, se necessario formalmente, a farlo, e nel contempo informandolo, in modo accurato e in tempo utile a garantire che tali ferie siano ancora idonee ad apportare all'interessato il riposo e la distensione cui esse sono volte a contribuire, informandolo che, in caso di mancata fruizione, tali ferie andranno perse al termine del periodo di riferimento o di un periodo di riporto autorizzato, o non potranno più essere sostituite da un'indennità finanziaria.

Nel caso in cui il datore di lavoro non sia in grado di dimostrare di aver esercitato tutta la diligenza necessaria affinché il lavoratore sia effettivamente in condizione di fruire delle ferie annuali retribuite alle quali aveva diritto, *al lavoratore spetterà al momento della cessazione del rapporto di lavoro, anche per dimissioni volontarie, il versamento di un'indennità finanziaria per ferie non godute.*

Autore: Dott.ssa Elisa Landi, Collaboratore Amministrativo Professionale – Servizio Legale e Contenzioso ARNAS "Garibaldi".

RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE - Burocrazia difensiva. (Sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, 03 agosto 2023, n. 7503).

"L'adozione da parte della pubblica amministrazione di condotte inerti e contraddittorie, tali da incidere su una posizione giuridica tutelata ascrivibile al consociato, è idonea a integrare gli estremi di un illecito aquiliano, fonte di responsabilità risarcitoria.

Tale fenomeno, noto come "burocrazia difensiva" o "paura della firma", che discende da un malinteso senso di "auto-protezione" della struttura amministrativa, finisce per anteporre tale protezione a quella dei cittadini e degli interessi pubblici che la stessa struttura dovrebbe prioritariamente tutelare".

La decisione del Consiglio di Stato s'inserisce in un orientamento giurisprudenziale (affermato in precedenti pronunciamenti tra cui:



L'Osservatorio giuridico dell'ARNAS "Garibaldi" di Catania

Cons. Stato, 4 settembre 2023, n. 8149; Cons. Stato, Ad. Plen., 19 aprile 2013, n. 7; Cons. Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3; Cass. Civ. 20 gennaio 2022, n. 4936; Cass. Civ. 7 gennaio 2021, n. 39; Cass. Civ., SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 576; Cass. Civ., SS.UU., 11 novembre 2008, n. 26972), che individua una responsabilità extracontrattuale di una pubblica amministrazione per l'adozione di condotte inerti e auto-protettive comportanti la lesione di una situazione giuridica soggettiva protetta.

La pronuncia, in particolare, riconduce la vicenda al fenomeno noto come “*burocrazia difensiva*” o, anche, “*paura della firma*”, laddove sovente **le pubbliche amministrazioni, in presenza di attività vincolata, si astengono dall'assumere decisioni preferendo prenderne altre meno impegnative (in quanto fondate su prassi consolidate) o più spesso restare inerti per il timore di essere esposte a possibili responsabilità.**

Il Consiglio di Stato sembra aver preso consapevolezza di una problematica presente all'interno dell'apparato burocratico e coglie

l'occasione per fornire un orientamento in grado di contribuire fattivamente alla risoluzione della questione.

In sostanza, tenuto conto che la “*burocrazia difensiva*” genera inefficienze nel funzionamento della pubblica amministrazione, e, dall'altro, non sono previste sanzioni per l'adozione di condotte “*auto-protettive*”, i giudici di Palazzo Spada utilizzano l'istituto della ***responsabilità extracontrattuale*** per affermare la responsabilità, anche in aderenza ai recenti interventi normativi.

Entro tale prospettiva s'inserisce la modifica alla disciplina sull'abuso d'ufficio che, per effetto della riforma introdotta con l'art. 23, D.L. n. 76/2020, ha riscritto l'art. 323 c.p., ammettendo la configurabilità del reato esclusivamente “*in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità*”.

Autore: *Avv. Carmelo Ferrara – Dirigente Responsabile Servizio Legale e Contenzioso ARNAS “Garibaldi”.*