

STUDIO LEGALE **STEFANELLI**

Lettera Informativa Febbraio-Marzo 2011

avv. Silvia Stefanelli
avv. Andrea Stefanelli
cassazionisti

avv. Adriano Colombari
avv. Alessandra Delli Ponti
avv. Edoardo Di Gioia
avv. Valeria Fabbri
avv. Eleonora Lenzi
dott. Annamaria Cicerone
dott. Andrea Marinelli
dott.ssa Claudia Patti
dott. Federico Breschi

40139 Bologna - via Calanco 11

tel 0039 051 6241209

fax 0039 051 6241212

www.studiolegalestefanelli.it

INDICE

Convegni **3**

Diritto degli Appalti **4**

Partecipazione alla gara	
Quando la grave negligenza o l'errore grave rilevano ai fini dell'esclusione da una pubblica gara	
L'attinenza dell'oggetto sociale all'oggetto della gara d'appalto	
Due distinti rinvii del Consiglio di Stato alla propria Adunanza Plenaria	
Finalmente un chiarimento sulla natura del "controllo/collegamento" fra le società' per una legittima partecipazione alle gare	

Diritto delle Imprese **6**

DISPOSITIVI MEDICI.....	
Prima class action per istruzioni d'uso ingannevole	
Imprese "digitali"	
Modificato il Codice dell'Amministrazione Digitale: le maggiori novità per le imprese.....	
Responsabilità delle persone giuridiche	
Dlgs. 231/2001: no alla costituzione di parte civile nel giudizio a carico dell'ente	
Funzioni pubbliche trasferite a società' di diritto privato; si applica il d. lgs. 231/2001.....	
Falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni dei responsabili della revisione legale: le società' di revisione contabile non ne rispondono ex d.lgs. 231/2001.....	
Marcatura CE.....	
La marcatura CE non fa venir meno la responsabilità del datore di lavoro...	
Mediazione.....	

Rinvio della mediazione obbligatoria di un anno ma solo per alcune materie.....	
Privacy	
Il "DPS" da aggiornare.....	
Contrattualistica.....	
Ritardata consegna di un plico per la partecipazione ad una gara di appalto. Perdita di chance, paga il vettore.	
Diritto del Lavoro	
Poco tempo per iniziare le liti con l'arrivo del collegato lavoro.....	
Diritto della Sanità	11
Responsabilità	
Se la struttura sanitaria privata è inidonea il medico deve avvisare il paziente.....	
Privacy	
In farmacia ritiro e prenotazione analisi: il garante dice sì.....	
Comunicazioni	13

Convegni

MASTER APPALTI

avv. Andrea Stefanelli

ANIE-CONFINDUSTRIA, Milano

12 maggio 2011 L'OFFERTA E L'AGGIUDICAZIONE DEL CONTRATTO

16 giugno 2011 ESERCITAZIONE PRATICA: PARTECIPAZIONE AD UNA GARA

MEDIAZIONE

avv. Silvia Stefanelli

Dip di Scienze Odontostomatologiche.- Alma Mater - Università di Bologna, 25 febbraio: La conciliazione (legge 28/2010)

DISPOSITIVI MEDICI

avv. Silvia Stefanelli

Dip di Scienze Odontostomatologiche.- Alma Mater - Università di Bologna, 25 marzo: La conciliazione (legge 28/2010)

MEDIAZIONE

avv. Silvia Stefanelli

MELCHIORRE GIOIA

XX CONGRESSO MEDICO-GIURIDICONAZIONALE - Pisa 21-22 maggio 2011

LA MEDIZIONE IN ITALIA: STATO DELL'ARTE ORTOPEDICAARTE

RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA DELLE PERSONE GIURIDICHE (D.LGS. 231/2001)

avv. Alessandra Delli Ponti

Cerform, Sassuolo 8 marzo 2011

Diritto degli Appalti

PARTECIPAZIONE ALLA GARA

Quando la grave negligenza o l'errore grave rilevano ai fini dell'esclusione da una pubblica gara

Consiglio Stato 21/1/2011, n. 409

La giurisprudenza non si è mai molto soffermata a definire con precisione la portata della lett. f) dell'art. 38, comma 1, che invece dispone il divieto di partecipazione alle gare in capo ad un concorrente reo di aver commesso una *“grave negligenza o malafede nelle esecuzioni di prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara [...] secondo motivata valutazione della stazione appaltante”*, oppure *“un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale accertata con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante”*. Come ben può intendersi, innanzitutto si tratta di fattispecie molto diverse fra loro, la prima relativa ad una *“grave negligenza o malafede”*, la seconda ad un *“errore grave”*, mentre non è affatto certo che la locuzione *“secondo motivata valutazione della stazione appaltante”* si riferisca solo alla prima, così come la locuzione *“accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante”* solo alla seconda. Ciò che è certo, invece, è che in entrambi i casi non necessita alcun accertamento giudiziale (cioè una sentenza) relativa alla prova dell'effettiva commissione dell'*“errore grave”* o della *“grave negligenza o malafede”*, da cui la miglior dottrina ha fatto (correttamente) discendere la conseguenza che entrambi detti *“incidenti”* devono necessariamente essere occorsi in precedenti rapporti con la stessa P.A. appaltante, in quanto un *“errore grave”* (non giudizialmente accertato) non può assumere rilievo ai fini d'impedire la partecipazione ad una gara indetta da una P.A. diversa da quella che ha contestato detto errore. In questa direzione sembra muoversi anche la sentenza in commento, che tuttavia introduce un elemento nuovo nel senso che l'*“errore grave”* o la *“grave negligenza”* incidono sulla *“fiducia”* che la P.A. appaltante deve riporre necessariamente nel proprio futuro contraente, senza quindi che risulti necessario che tale *“incidente”* abbia poi effettivamente

comportato - nel precedente rapporto - la risoluzione del contratto e non è tutto in quanto, sempre secondo la sentenza in commento, non è neppure rilevante che il concorrente poi abbia contestato (o meno) quanto verificatosi nel precedente contratto in quanto il venir meno del rapporto fiduciario risulta *“a prescindere”* dall'accertamento oggettivo della fondatezza della sua causa, sì che alla prossima gara il concorrente verrà comunque escluso indipendentemente dall'evento commesso (nonché dalla sua incidenza sul precedente contratto), con l'unica limitazione che, relativamente al provvedimento d'esclusione, questo dovrà esser necessariamente fornito di un'*“adeguata prova del inadempimento”* nonché di una congrua motivazione.

Avv. Andrea Stefanelli

L'attinenza dell'oggetto sociale all'oggetto della gara d'appalto

Consiglio Stato 21/2/2011, n. 1079

La facoltà d'indagare la necessaria correlazione fra l'oggetto di una pubblica gara e l'oggetto sociale del concorrente alla stessa non può spingersi fino al punto da consentire alla stazione appaltante d'escludere quegli operatori economici il cui oggetto sociale non risulti perfettamente *“identico”* all'oggetto di gara, risultando sufficiente una relativa *“attinenza”* fra i due. Per questo motivo è stata ritenuta legittima l'ammissione ad una procedura - avente ad oggetto il servizio di radiosorveglianza fisica della radioprotezione nonché il controllo di qualità delle apparecchiature radiologiche e di medicina nucleare - da parte di un concorrente, il cui oggetto sociale consisteva nella prestazione di servizi nell'ambito dell'organizzazione e della salvaguardia dell'uomo e dell'ambiente, poiché, seppur (evidentemente) differente ciò nondimeno l'attinenza dell'oggetto sociale al servizio da affidare era tale per cui *“il primo deve correlarsi con legame di prossimità con il secondo, non deve sussistere identità”*, in quanto *“Opinare diversamente si tradurrebbe in un'illegitima restrizione del novero dei soggetti tra i quali la stazione appaltante possa prescegliere la*

migliore offerta, quindi in una compressione del relativo interesse pubblico.”

Avv. Andrea Stefanelli

Due distinti rinvii del Consiglio di Stato alla propria Adunanza Plenaria

Ordinanza Consiglio Stato VI° 18/1/2011, n. 351

Ordinanza Consiglio Stato VI° 16/2/2011, n. 970

Meritano nota le due differenti ordinanze con cui la medesima sez. VI° del Consiglio di Stato ha rimesso la decisione su alcune “spinosissime” vicende che hanno visto le sezioni dello stesso Consiglio di Stato assumere posizione fra loro anche molto differenti. La prima *querelle* che si è ritenuto necessario sottoporre al vaglio della Plenaria riguarda l’annosa questione se, al fine di poter impugnare un bando di gara, sia necessario avervi prima partecipato, questione che si intreccia inevitabilmente con un’altra vicenda, già oggetto di una precedente decisione dell’Adunanza Plenaria (23/1/2003, n. 1) e relativa all’obbligo d’impugnare solo quelle clausole del bando immediatamente impeditive alla partecipazione alla gara, rinviando la contestazione delle altre clausole (ancorchè ritenute illegittime) unitamente al provvedimento relativo all’esito finale della gara; la seconda questione che si intende far dirimere dal massimo Consesso della giustizia amministrativa riguarda invece la modificabilità (per riduzione) di un raggruppamento e/o di un consorzio concorrente ad una pubblica gara, che comunque risultino in grado di dimostrare il possesso dei requisiti richiesti per la partecipazione in capo alle restanti componenti; modificabilità che, in astratto, è stata ritenuta possibile salvo non rappresenti un *escamotage* per evitare l’esclusione dell’intera compagine (in caso, ad es., di mancanza dei requisiti generali da parte di quel componente che si intende successivamente estromettere per non veder esclusa l’intera a.t.i.). Con l’altra ordinanza, invece, si è voluta porre all’attenzione dell’Adunanza Plenaria la questione relativa agli atti con cui un Istituto universitario ha costituito una società lucrativa attiva nel settore della progettazione architettonica ed urbanistica, venendo in tal modo ad affrontare due problematiche già in precedenza oggetto di molteplici (nonché

contraddittorie) pronunce dello stesso Consiglio di Stato, tanto in materia di legittimità della partecipazione alle pubbliche gare da parte di Università, quanto in materia di società di engineering.

Avv. Andrea Stefanelli

Finalmente un chiarimento sulla natura del “controllo/collegamento” fra le società per una legittima partecipazione alle gare

Cons. Giustizia Amm. reg. Sicilia 19/1/2011, n.55

Nelle pubbliche gare il rapporto di controllo/collegamento societario viene in rilievo sotto due distinti profili, quello sostanziale e quello formale; il cd. “profilo sostanziale” emerge dopo l’apertura delle buste contenenti l’offerta economica ed attiene all’esclusione di quelle offerte che risultino formulate da imprese partecipanti alla gara e, fra loro, in situazione di controllo, di collegamento e/o comunque che risultino provenienti da un unico centro decisionale (art. 38 codice contratti, come modificato dall’art. 3 comma 2 D.Lgs. n. 135/2009), mentre il cd. “profilo formale” emerge fin dalla fase d’ammissione alla gara stessa e riguarda la generica dichiarazione dei concorrenti in merito a propri controlli e/o collegamenti, sulla base dei quali il sedggio di gara dovrà successivamente valutare la necessità di un’esclusione dalla gara in questione. In altri termini ciò che i concorrenti sono obbligati a dichiarare non è solo il controllo e/o collegamento con altri soggetti (eventualmente) concorrenti alla medesima gara, ma altresì anche, molto più genericamente, ammettere TUTTI i loro vincoli di rapporti societari con hanno con altre soggetti ciò in quanto, se si dovesse accertare – ad esempio - che la partecipante A è controllata dalla società B e che anche la concorrente C è partecipata dalla società B, sebbene dunque le società A e C (partecipanti) non risultino fra loro direttamente collegate e/o controllate, ciò nondimeno il comune controllo da della società B rappresenterebbe certamente un possibile elemento di turbativa della gara stessa.

Avv. Andrea Stefanelli

Diritto delle Imprese

DISPOSITIVI MEDICI

Prima class action per istruzioni d'uso ingannevole

Ordinanza Tribunale Milano 20 dicembre 2010

Si tratta veramente di una decisione storica per questo settore.

Con l'ordinanza del Tribunale di Milano, del 20 dicembre 2010, si è ritenuta ammissibile, per la prima volta in Italia, una class action contro una nota società di importazione e distribuzione di dispositivi medici (Voden medical instruments spa) per ingannevolezza delle indicazioni d'uso del dispositivo stesso.

L'ordinanza è molto interessante perché affronta insieme il tema della pubblicità ingannevole (chiamata oggi pratica commerciale sleale ex art. 22 e ss del Codice del Consumo) applicata alle Indicazioni del Fabbricante di un dispositivo medico attraverso lo strumento innovativo della Class Action. Soggetto chiamato in causa, peraltro, il distributore.

La società in questione commercializzava infatti un test di autodiagnosi dell'influenza suina, denominato "Ego test flu", enfatizzando, nelle indicazioni d'uso del dispositivo qualità ed efficacia in realtà del tutto inesistenti.

Preso atto del carattere asseritamente ingannevole delle suddette informazioni, una celebre associazione a tutela dei consumatori, esperiva una class action ex art. 140 bis del codice del consumo.

Per quanto rileva in questa sede preme evidenziare che il giudice ha ritenuto applicabile la disciplina della pratiche commerciali sleali alle indicazioni d'uso del dispositivo medico e che conseguentemente, sussistendo un profilo di possibile ingannevolezza delle suddette indicazioni d'uso, ha ritenuto esperibile nei confronti del distributore (che presumibilmente poi chiamerà in causa il fabbricante) la Class Action.

La battaglia già sviluppatasi in aula, come si legge nell'ordinanza, ma certo destinata a proseguire, si è poi concentrata sul profilo del consumatore, disciplinato dall'art. 3 del codice del consumo.

Non sarà infatti sufficiente un semplice acquisto per ottenere la qualità di consumatore, va al contrario

accertata la destinazione dell'acquisto, se, cioè realizzato "ai fini di consumo proprio ovvero di occasione e strumento per l'esercizio dell'attività professionale".

Adesso non ci resta che da attendere la successiva udienza, già fissata per il 16 giugno, per determinare se gli interessi di classe otterranno o meno la tutela sperata.

Avv. Silvia Stefanelli

IMPRESSE "DIGITALI"

Modificato il Codice dell'Amministrazione Digitale: le maggiori novità per le imprese

D.Lgs. 30/12/2010 n. 235

A cinque anni di distanza dalla prima pubblicazione il Consiglio dei Ministri ha apportato, con il D.Lgs. 235/2010, alcune sostanziali modifiche al Codice dell'Amministrazione Digitale (C.A.D.), introdotto dal D.Lgs. 28/2005.

Tra le tante novità della riforma ve ne sono alcune che riguardano direttamente le imprese; di fondamentale importanza risulta innanzitutto il principio introdotto dal nuovo art. 3 del CAD, che sancisce il diritto per i cittadini e le imprese di pretendere l'uso delle tecnologie informatiche per tutti i rapporti con le PP.AA.

Non sarà pertanto più possibile che una P.A. (o per un gestore di servizio pubblico) obblighi i cittadini a recarsi presso i propri sportelli per presentare documenti cartacei, firmare "fisicamente" domande o istanze oppure fornire chiarimenti, in quanto per tutti questi adempimenti le PP.AA saranno obbligate a mettere a disposizione, d'ora innanzi, un canale digitale "sicuro" che permetta di dialogare con piena validità giuridica l'utente privato con le Amministrazioni dal proprio computer. Il nuovo art. 5-bis stabilisce poi che tutte le presentazioni di istanze, le dichiarazioni di dati nonché lo scambio di informazioni e documenti tra le imprese e le PP.AA. dovranno avvenire esclusivamente utilizzando le tecnologie dell'informazione e della comunicazione

digitale; inoltre le PP.AA. dovranno adottare e comunicare gli atti ed i provvedimenti assunti nei confronti delle imprese con modalità informatica. L'art. 5 estende poi l'obbligo a tutte le amministrazioni d'accettare pagamenti per il mezzo di tecnologie informatiche, che potranno avvalersi di prestatori di servizi di pagamento. Il Codice riformato prevede ancora l'obbligo per tutte le PP.AA. (quindi non solo quelle centrali), d'utilizzare la P.E.C. per l'invio e la ricezione di atti e comunicazioni nei confronti di professionisti ed imprese.

Vengono inoltre descritte dettagliatamente le condizioni di validità dei documenti informatici ed il nuovo CAD introduce, tra l'altro, un sistema di contrassegno generato elettronicamente e stampato dal privato direttamente.

L'art. 57 impone poi l'obbligo alle PP.AA. di definire i moduli ed i documenti necessari per ciascun procedimento nonché di renderli disponibili on line e le PP.AA. non potranno, in nessun caso, richiedere l'uso di formulari che non siano stati precedentemente pubblicati sul suo sito informatico. Il CAD dispone infine l'obbligo per le tutte le PP.AA. tenutarie di banche-dati di predisporre apposite convenzioni aperte a tutte le altre amministrazioni, che dunque non potranno/dovranno più chiedere i dati ai cittadini ed imprese.

Avv. Eleonora Lenzi

RESPONSABILITÀ DELLE PERSONE GIURIDICHE

Dlgs. 231/2001: no alla costituzione di parte civile nel giudizio a carico dell'ente

Corte di Cassazione, VI sezione, n. 2251/2011

Sebbene con una pronuncia non a Sezioni Unite, ciononostante la Corte di Cassazione ha fornito indicazioni molto utili per dirimere la questione circa l'ammissibilità (o meno) della costituzione di parte civile in un processo ex 231/2001 a carico di un Ente. Risulta infatti che la dottrina e la giurisprudenza siano totalmente divise tra chi esclude la possibilità di costituirsi parte civile nel giudizio a carico dell'ente e chi invece ritiene assolutamente valida detta costituzione nei confronti dell'ente imputato.

La Corte di Cassazione ha affrontato il problema con un approccio assolutamente pragmatico, arrivando a

negare la possibilità di detta costituzione di parte civile in quanto, nel D.Lgs. 231/2001, mancherebbe ogni riferimento espresso alla parte civile, ragion per cui *"la sistematica rimozione nel D.Lgs. 231/2001 di ogni richiamo o riferimento alla parte civile porta a ritenere che non si sia trattato di una lacuna normativa quanto piuttosto di una scelta consapevole del legislatore"*.

In un ulteriore passaggio i giudici del Palazzaccio ampliano il concetto, ribadendo che "se non è ipotizzabile l'esistenza di un danno che possa presentarsi come conseguenza immediata e diretta dell'illecito amministrativo allora l'ostinato silenzio del legislatore sulla parte civile e sulla possibilità di costituirsi in giudizio per fare valere le pretese risarcitorie assume un significato ancora più preciso, apparendo del tutto ragionevole l'esclusione della parte civile dalla cerchia dei protagonisti del processo a carico dell'ente". Ciò non toglie come la Corte non abbia fornito alcuna indicazione in merito alla tipologia di responsabilità prevista a carico dell'ente ex D.Lgs. 231/2001, questione che peraltro non viene affrontata neppure nel progetto di riforma al vaglio del Parlamento.

Avv. Eleonora Lenzi

Funzioni pubbliche trasferite a società di diritto privato; si applica il d. lgs. 231/2001

Sentenza Corte di Cassazione 10/1/2011 n. 234

La vicenda trae origine da un ricorso presentato da un P.M. alla Corte di Cassazione contro un'ordinanza con cui un Tribunale della libertà aveva respinto la richiesta di applicazione di misure cautelari interdittive nei confronti di un ente costituito in forma di società di capitali ma svolgente un servizio pubblico (nel caso de quo smaltimento dei rifiuti), ente a carico del quale era stato avviato un procedimento per responsabilità amministrativa ex D.Lgs. 231/2001. La Corte prende le mosse dal dettato dell'art. 1 del D.Lgs. 231/2001, che stabilisce come la disciplina sulla responsabilità amministrativa si applichi agli enti forniti di personalità giuridica nonché alle associazioni prive di personalità giuridica, mentre non troverebbe applicazione nei confronti dello Stato, degli Enti Pubblici Territoriali, degli altri Enti Pubblici non economici nonché di quelli che svolgono funzioni di rilievo costituzionale.

Secondo la Corte detta norma va interpretata nel senso che solo i soggetti tassativamente elencati sono esclusi, mentre la natura pubblicistica di un ente è condizione necessaria ma non sufficiente per concludere in favore dell'esonerazione, in quanto, ai fini della sua applicabilità, non risulta *condicio sine qua* che l'ente non svolga alcuna attività economica o che gestisca in termini di economicità. Ne consegue come possono ritenersi esonerati solo quegli Enti che siano non solo Pubblici ma che altresì svolgano anche funzioni non economiche, istituzionalmente rilevanti. Nel caso in esame al contrario la società svolgeva un'attività economica, ponendo in essere un servizio pubblico improntato su criteri di economicità con lo scopo dichiarato di raggiungere la totale copertura dei costi di gestione del ciclo dei rifiuti. Pertanto l'attribuzione di funzioni di interesse pubblico o di rilevanza costituzionale non possono essere riconosciute a società gestite in forma di società di capitali e in cui il perseguimento di un utile economico è comunque un dato caratterizzante la struttura stessa. Vale la pena tuttavia segnalare che autorevole dottrina, nonché la giurisprudenza costituzionale (Corte cost. n. 29 del 1/2/2004) e comunitaria (Corte di giustizia U.E., Corte plenaria, 10/11/1998 n. C/360/96) si sono espresse in senso contrario, ritenendo che le società d'ambito interamente in mano pubblica non pongano in essere una causa lucrativa ma continuino ad agire per il perseguimento di finalità pubblicistiche.

Avv. Eleonora Lenzi

Falsità' nelle relazioni o nelle comunicazioni dei responsabili della revisione legale: le società' di revisione contabile non ne rispondono ex d.lgs. 231/2001

Tribunale Milano 3/11/2010

Il D.Lgs. n. 39/2010 ha abrogato l'art. 2624 c.c. "FALSITÀ NELLE RELAZIONI O NELLE COMUNICAZIONI DELLE SOCIETÀ DI REVISIONE", contestualmente introducendo con il proprio art. 27 il delitto di "FALSITÀ NELLE RELAZIONI O NELLE COMUNICAZIONI DEI RESPONSABILI DELLA REVISIONE LEGALE": ciò senza però prevedere in relazione ad esso la responsabilità amministrativa degli enti, tanto è vero che nell'art. 25 ter, comma 1 lettera g)

D.Lgs. 231/2001 è rimasto il riferimento all'abrogato art. 2624 c.c.

Nel caso concreto una società di revisione contabile veniva chiamata a rispondere ai sensi degli artt. 5 lettera a) e 25 ter, comma 1 lettera g) del D.Lgs. 231/2001 per fatti commessi prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. 39/2010 ed il Tribunale di Milano ha pronunciato una sentenza di non luogo a procedere, osservando come l'elencazione dei reati presupposto sia tassativa e come, di conseguenza, non sia suscettibile d'integrazione a mezzo della contestazione di reati equipollenti; per cui ove il legislatore avesse inteso mantenere tra i reati che fondano la responsabilità dell'ente la fattispecie di falsità nella revisione contabile avrebbe dovuto novellare l'art. 25 ter lettera G) D.Lgs. 231/2001 o, comunque, integrare il catalogo dei reati presupposto, facendo riferimento al delitto di cui all'art. 27 D.Lgs. 39/2010.

Avv. Eleonora Lenzi

MARCATURA CE

La marcatura CE non fa venir meno la responsabilità del datore di lavoro.

Sentenza Corte di Cassazione n. 1226/2011

E' senza dubbio principio giuridico pacifico quello per cui il datore di lavoro risponde dei danni in capo ai lavoratori anche ove la macchina messa a disposizione sia marcata CE.

Nel caso di specie un imprenditore metteva a disposizione dei propri dipendenti una macchina monoblocco priva di riparo e protezione della zona di riavvolgimento del filo e quindi non idonea ai fini della sicurezza, peraltro ometteva di fornire ai lavoratori sia le informazioni e le istruzioni d'uso necessarie per garantire la sicurezza durante le normali condizioni di impiego della stessa, nè si preoccupava di fare idonea formazione ai lavoratori circa le condizioni di impiego. Accadeva quindi che un lavoratore, introducendo la mano coperta dal guanto di protezione nella zona di avvolgimento del filo per pulirlo, a causa del successivo incastrarsi del guanto tra la bobina di tiro e il contro rullo, si fratturava la mano riportando lesioni che gli hanno impedito di lavorare per circa 40 giorni. La questione finisce in cassazione.

La tesi difensiva del datore di lavoro si fondava su un teorico principio d'affidamento derivante dalla presenza sul macchinario della marchiatura di conformità CE o dalla notorietà e competenza tecnica del costruttore.

Al contrario la Cassazione, con la sentenza sopra indicata, allineandosi alle pronunce dei giudici di merito sia in primo grado che in appello, sanciva la responsabilità per lesioni personali colpose a carico del datore di lavoro, tenuto sempre e comunque ad accertare la corrispondenza ai requisiti di legge dei macchinari utilizzati. Inoltre la suprema corte ribadisce che il datore di lavoro ha l'obbligo di garantire la sicurezza dell'ambiente di lavoro a trecentosessanta gradi. Su di lui grava quindi anche l'onere di accertarsi che i macchinari messi a disposizione dei lavoratori siano sicuri ed idonei all'uso, rispondendo in caso di omessa verifica dei danni subiti da questi ultimi per il loro cattivo funzionamento e ciò a prescindere dalla eventuale configurabilità di autonome concorrenti responsabilità nei confronti del fabbricante o del fornitore dei macchinari stessi. Peraltro accanto all'obbligo di vigilanza, i giudici di legittimità sottolineano che non basta che il datore di lavoro informi i lavoratori sulle norme antinfortunistiche previste, ma occorre che lo stesso si attivi e controlli che tali norme sono effettivamente assimilate dai lavoratori nella ordinaria prassi di lavoro.

Avv. Silvia Stefanelli

MEDIAZIONE

Rinvio della mediazione obbligatoria di un anno ma solo per alcune materie...

Decreto Milleproroghe

Approvato dalle due camere del Parlamento la conversione in legge del decreto Milleproroghe ha portato al rinvio di un anno dell'obbligatorietà del tentativo di mediazione per due sole materie condominio e RC auto, previsto dal D.lgs. 28/2010. Sarà vicesa obbligatoria dal 20 marzo esperire un tentativo di conciliazione prima di iniziare una causa nelle seguenti materie: diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione,

comodato, affitto di aziende, responsabilità medica e responsabilità da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari.

La scelta di rinviare condominio discende dalla presenza di un Disegno di legge in discussione in Parlamento che dovrebbe riscrivere tutta la materia condominiale, che potrebbe anche incidere sull'obbligatorietà del tentativo di mediazione in tale materia.

Mentre la scelta di rinviare la materia della risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti discende dal tentativo limitare l'inputto che l'obbligatorietà della mediazione avrà sugli organismi di mediazione, poichè si stima che il numero di cause legate a tal materia saranno in numero maggiore.

Avv. Alessandra Delli Ponti

PRIVACY

Il "DPS" da aggiornare

D.lgs. 196/2003

Si ricorda che il Documento Programmatico per la Sicurezza (DPS) previsto dal D.lgs. 196/2003 deve essere aggiornato entro il 31 marzo di ciascun anno.

Peraltro si informano gli utenti dello Studio che – da conoscenza diretta dello Studio – la Guardia di Finanza è operativa nelle ispezioni legate al corretto adempimento della normativa privacy, compreso quindi anche il DPS. Si raccomanda quindi di non prendere sotto gamba l'applicazione degli adempimenti privacy che possono costare all'azienda sanzioni di tipo pecuniario rilevanti (anche sino a 120.000 €). Lo Studio Legale è a disposizione per eventuali ulteriori informazioni.

Avv. Alessandra Delli Ponti

CONTRATTUALISTICA

Ritardata consegna di un plico per la partecipazione ad una gara di appalto. Perdita di chance, paga il vettore.

Cassazione civile, 7/10/2010 n. 20808

Il caso è quello di un incaricato di una ditta di spedizioni che abbandona senza motivo un plico contenente documenti per la partecipazione ad una gara di appalto nell'ufficio in cui presta servizio,

consegnandolo solo dopo la scadenza dei termini per la partecipazione alla gara da parte del mittente.

La società interessata viene ovviamente esclusa dalla gara ed agisce in giudizio per il risarcimento del danno provocato dallo spedizioniere. La Corte di Cassazione ha ribadito che la responsabilità del vettore ha natura contrattuale e come tale il vettore risponde anche dei fatti dolosi o colposi commessi da terzi nell'esercizio delle proprie funzioni. Il vettore inoltre risponde dei danni non prevedibili e senza alcuna limitazione, a nulla rilevando eventuali previsioni pattizie in deroga al principio generale di responsabilità del vettore. Secondo la Corte il comportamento dell'incaricato del trasporto integra gli estremi della colpa grave, che ricade inevitabilmente sul vettore, con conseguente obbligo al risarcimento del danno, tenuto conto del possibile vantaggio che la società avrebbe potuto conseguire con l'aggiudicazione della gara (perdita di chance).

Avv. Eleonora Lenzi

DIRITTO DEL LAVORO

Poco tempo per iniziare le liti con l'arrivo del collegato lavoro

Legge n.183/2010

Un'altra rilevante modifica apportata dalla Legge n.183/2010 ("Collegato Lavoro") è senz'altro quella relativa alle nuove tempistiche per ricorrere avverso un licenziamento davanti al Giudice, con l'estensione a (praticamente tutti) i contratti di lavoro del termine decadenziale ed assumendo quindi, per tutte le categorie di lavoratori, i 60 gg. già previsto dalla Legge 604/1966 per l'impugnazione del licenziamento per operai ed impiegati. Ciò pertanto significa che il datore di lavoro che commini un licenziamento - in forma scritta, in quanto quello orale è sempre comunque nullo - al proprio dipendente (sia questi un impiegato, dirigente o anche un lavoratore a progetto) potrà vedersi contestato detto licenziamento

entro e non oltre 60 giorni dalla ricezione della raccomandata di licenziamento, termine decorso cui tale provvedimento non potrà più essere contestato. L'impugnazione può essere sollevata semplicemente con un'altra raccomandata – questa volta inviata dal lavoratore al datore di lavoro – in cui venga contestato, seppure genericamente, l'interruzione del rapporto e va assolutamente ricordato che, laddove i 60 gg. non vengano rispettati, nessuna contestazione potrà successivamente essere più mossa dal lavoratore all'azienda. Ciò riverbera anche nelle ipotesi in cui, oltre all'impugnazione del licenziamento, s'intende convenire in giudizio l'impresa per la "qualificazione del rapporto" (ad es. per dedurre la subordinazione in un contratto a progetto) in quanto, anche in tal caso, ci si dovrà attenere al termine anzidetto, decorso cui nulla potrà più essere contestato. A ciò si aggiunga, per completezza, che anche dopo la contestazione i tempi sono piuttosto stretti in quanto il lavoratore è obbligato ad instaurare il giudizio entro 270 giorni dalla sollevata contestazione in quanto, posto come oggi non si proceda più con il tentativo di conciliazione (oramai facoltativo), decorso detto termine si considera decaduta ogni possibilità di convenire il datore di lavoro, con conseguente perdita di ogni pretesa creditoria nonché anche della possibilità di richiedere la reintegrazione del posto di lavoro. E' quindi evidente come, con la nuova disciplina, la forte "accelerazione" dei tempi imponga al lavoratore una responsabilizzazione e che gli si richieda d'attivarsi in fretta per convenire davanti al giudice il proprio ex datore di lavoro (senza quindi aspettare di aver, magari, già un'altra occupazione), volendo in tal modo il Legislatore cercare di ridurre quel contenzioso per mere questioni di principio o di rivalsa personale che, di fatto, toglieva solo spazio a chi effettivamente ha bisogno della tutela giurisdizionale nei confronti di provvedimenti illegittimi.

Dott. Andrea Marinelli

Diritto della Sanità

RESPONSABILITÀ

Se la struttura sanitaria privata è inidonea il medico deve avvisare il paziente

Corte Cassazione 3847/2011

Dal contratto di assistenza al parto deriva in capo al ginecologo l'obbligo informativo circa l'eventuale inadeguatezza della struttura sanitaria consigliata alla partoriente.

È quanto disposto dalla Corte di Cassazione con la recente sentenza n. 3847/2011.

Nel caso di specie un neonato, subito dopo la nascita, accusava una grave difficoltà respiratoria; trasferito in un ospedale vicino, veniva poi dimesso con diagnosi di "sindrome di West in un bambino con ritardo psicomotorio".

I genitori decidevano, così, di agire in giudizio nei confronti della clinica e del ginecologo, per il risarcimento dei danni subiti.

Sia il primo che il secondo grado di giudizio si concludeva favorevolmente per quest'ultimi.

I giudici, infatti, rilevavano come la sofferenza fetale non fosse stata tempestivamente diagnosticata a causa di inadeguati e insufficienti rilevamenti cardiografici (addirittura mancanti nelle tre ore e mezzo prima della nascita), e che il ritardato intervento di rianimazione, ad opera del medico, avesse determinato l'aggravarsi di una situazione già fortemente pregiudicata.

Il ginecologo a tal punto decideva di adire la Suprema Corte.

Questa infatti confermava la responsabilità del medico e della clinica, soffermandosi sui concetti di contratto trilaterale e obblighi informativi.

A parere della Corte risultava evidente, infatti, l'esistenza di un contratto di assistenza al parto tra il medico e la partoriente. Elementi di prova fortemente indiziari ne erano: il ricovero presso la struttura sanitaria privata dove il ginecologo opera; il contatto diretto tra ginecologo e ostetrica durante le varie fasi del travaglio; arrivo del medico al momento della nascita, circostanza logicamente compatibile solo con questo tipo di contratto.

Alla luce di tale inquadramento giuridico, grava sia sulla struttura sanitaria che sul ginecologo, convenzionato o non con la stessa, dipendente o non, che abbia concluso un contratto di assistenza al parto con la paziente, l'obbligo informativo circa i limiti di equipaggiamento o di organizzazione della struttura stessa. Ciò, non solo per la natura trilaterale del contratto, ma anche in ragione degli obblighi di protezione che, nei confronti della paziente e dei terzi che con la stessa siano in particolare relazione (altro genitore e il neonato), derivano da un contratto che abbia ad oggetto tale tipo di prestazione.

Ne consegue dunque che, in caso di violazione dell'obbligo informativo, ove sia sostenibile che il paziente non si sarebbe avvalso di quella struttura se fosse stato adeguatamente informato delle conseguenze derivanti dalle carenze organizzative e di equipaggiamento della clinica, risponde anche il medico col quale il paziente abbia instaurato un rapporto di natura privatistica.

avv. Silvia Stefanelli

PRIVACY

In farmacia ritiro e prenotazione analisi: il garante dice sì

Parere Garante Privacy 19 gennaio 2011

Il Garante per la protezione dei dati personali ha dato il via libera allo schema di decreto predisposto dal Ministero della salute che conferirà un nuovo ruolo alle farmacia nella gestione della salute dei cittadini.

Vediamo cosa cambia.

Attualmente in farmacia è possibile prenotare e pagare tramite il servizio CUP visite specialistiche e analisi. Il decreto del Ministero della Salute in via di approvazione prevede un allargamento dei servizi CUP in farmacia anche al ritiro di referti e analisi, parificando i servizi CUP della farmacia a quelli delle ASL.

Tale nuova attività richiede, tuttavia, un trattamento di dati relativi alla salute del cittadino motivo per cui è stato richiesto il parere al Garante.

Sostanzialmente favorevole il Garante, che ha tuttavia richiesto ulteriori accorgimenti al fine di innalzare il livello di protezione del dato dei cittadini.

Lo schema di decreto già prevedeva come forme di tutela per la protezione del dato che l'obbligo di informare chiaramente l'utente ed acquisirne il consenso al trattamento dei dati personali prima di erogare il servizio.

Il Garante ha richiesto l'introduzione di altri accorgimenti finalizzati a:

- garantire l'accesso al referto da parte degli operatori solo per effettuare la consegna all'utente
- impedire che vengano create banche dati di referti digitali presso le farmacie.

Il Ministero, inoltre, dovrà individuare adeguati tempi di conservazione dei referti digitali. Particolare riservatezza sarà chiesta agli operatori della farmacia che dovranno essere sottoposti a regole di condotta analoghe al segreto professionale attraverso – ad esempio – la predisposizione di rigide regole comportamentali e adeguata informazione e formazione.

In caso di invio di sms o email da parte del Cup, per ricordare, confermare o disdire la prenotazione, lo schema prevede che i messaggi non debbano contenere alcuna informazione sulla tipologia o l'esito della prestazione.

Inoltre, non devono essere conservate copie dei documenti esibiti per il riconoscimento dai cittadini, la postazione collegata al Cup inoltre dovrà essere protetta da adeguate distanze di cortesia ed i referti consegnati in busta chiusa.

Per assicurare che le misure di sicurezza rispettino un elevato standard e siano applicate in maniera omogenea su tutto il territorio nazionale, il decreto del ministero prevede infine che esse siano definite in accordi regionali, correlati ad un accordo collettivo nazionale, per i quali è previsto che venga acquisito il parere del Garante.

avv. Silvia Stefanelli

avv. Alessandra Delli Ponti



CALENDARIO:

FEBBRAIO

25: La conciliazione (legge 28/2010), avv. Silvia Stefanelli, Università di Bologna

MARZO

8: La legge 231, avv. Alessandra Delli Ponti

25: Dispositivi Medici , avv. Silvia Stefanelli, Università di Bologna

MAGGIO - GIUGNO

21-22 maggio 2011

LA MEDIZIONE IN ITALIA:
STATO DELL'ARTE, avv. Silvia Stefanelli

12 maggio 2011 L'OFFERTA E
L'AGGIUDICAZIONE DEL
CONTRATTO, avv. Andrea Stefanelli

16 giugno 2011 ESERCITAZIONE
PRATICA: PARTECIPAZIONE AD
UNA GARA, avv. Andrea Stefanelli

Comunicazioni

È on line il nuovo sito dello Studio Legale Stefanelli.

Chiunque fosse interessato a ricevere copia dei documenti relativi alle notizie segnalate può richiederle direttamente all'indirizzo s.stefanelli@studiolegastefanelli.it