STUDIO LEGALE

STEFANELLI & STEFANELLI

LETTERA INFORMATIVA

Aprile 2012

In questo numero

AVV. ANDREA STEFANELLI
AVV. SILVIA STEFANELLI

AVV. ADRIANO COLOMBAN
AVV. ALESSANDRA DELLI PONTI
AVV. EDOARDO DI GIOIA
AVV. VALERIA FABBRI
AVV. ELEONORA LENZI
AVV. ANDREA MARINELLI
DOTT. FEDERICO BRESCHI
DOTT. ANNAMARIA CICERONE
DOTT. CLAUDIA PATTI
DOTT. SILVIA PARI
DOTT. FABIO CARUSO

Convegni

Diritto degli Appalti

- Giustificazioni all'anomalia dell'offerta ed utile d'impresa
- L'amministrazione straordinaria non è una causa d'esclusione dalle gare
- La mancata allegazione del documento di identità non può essere causa d'esclusione.
- Nei servizi pubblici locali anche il Presidente della commissione giudicatrice non deve aver svolto precedenti incarichi relativi al servizio oggetto della gara; ma allora in tutti gli appalti ciò è possibile?
- Il giudice amministrativo può ricavare elementi di fatto a sfavore dell'amministrazione utilizzando anche gli atti del processo penale
- Diritto d'accesso ai documenti (offerte tecniche) nell'ambito di una gara d'appalto

Diritto delle Imprese

- Continua lo "scontro" tra legislazione e deontologia
- L'imitazione/riproduzione del motivo estetico-creativo: reato di contraffazione del marchio o illecito civile?
- Il concordato delle pmi
- L'art.18 dello Statuto dei Lavoratori sotto la lente d'ingrandimento.
- E-mail dell'ex-dipendente e Privacy: l'azienda deve disattivare l'account e informare i terzi

Diritto della Sanità

- Tetti di spesa per le strutture sanitarie private: criteri per risolvere una annosa questione.
- Responsabilità medica e nesso di causalita'
- Responsabilità penale per il medico dentista che si avvale di abusivo
- Delocalizzazione della farmacia nel perimetro della sede autorizzata

VIA CALANCO, 11
40139 BOLOGNA
TEL. 051 6241209
FAX 051 0821641

WWW.STUDIOLEGALESTEFANELLI.IT

STUDIO LEGALE

STEFANELLI & STEFANELLI

CONVEGNI

MEDIAZIONE

avv. Silvia Stefanelli — **22 maggio 2012**
avv. Alessandra Delli Ponti — **Incontro gratuito presso lo Studio Stefanelli**

MEDIAZIONE: una possibilità per le imprese

MEDIAZIONE

avv. Silvia Stefanelli — **17 maggio 2012 – Bologna**

Lezione all'ANIA sulla mediazione in responsabilità medica

avv. Silvia Stefanelli — **18 maggio 2012 – Pisa**

La mediazione in RCA

avv. Silvia Stefanelli — **31 maggio 2012 – Treviso**

La mediazione obbligatoria nel caso di responsabilità medica (portare la responsabilità medica al tavolo della mediazione) (responsabilita' erariale)

PRIVACY

avv. Alessandra Delli Ponti — **24 maggio 2012 – Bologna**

La "nuova" Privacy

PUBBLICITÀ

avv. Silvia Stefanelli — **19maggio 2012 – Pisa**

La pubblicità in odontoiatria

VIA CALANCO, 11
40139 BOLOGNA
TEL. 051 6241209
FAX 051 0821641

WWW.STUDIOLEGALESTEFANELLI.IT

DIRITTO DEGLI APPALTI

GIUSTIFICAZIONI ALL'ANOMALIA DELL'OFFERTA ED UTILE D'IMPRESA

CONS. STATO, III° , 11/4/2012, N. 2073

La sentenza in commento si caratterizza per una precisazione che, a parere di chi scrive, era sempre parsa abbastanza evidente ma che, tuttavia, la giurisprudenza non aveva mai evidenziato con altrettanta chiarezza. Nel caso infatti di offerte anomale, le giustificazioni sono da ritenersi sufficienti (o insufficienti) a seconda del tipo d'anomalia che si ha di fronte, nel senso che qualora si debba procedere alla verifica di un'offerta che abbia riportato un punteggio non inferiore ai quattro quinti del massimo assegnabile, tanto sotto l'aspetto tecnico che sotto quello economico (senza tuttavia alcun altro indizio d'anomalia), la verifica non occorre sia tanto approfondita, mentre se si rinviene un prezzo offerto inferiori ai minimi tariffari, in tal caso allora l'accertamento dovrà risultare necessariamente piu' penetrante, in quanto l'anomalia appare "logicamente" meno giustificabile. Per quanto poi concerne l'utile d'impresa, sebbene (visti i tempi di crisi) la giurisprudenza giustifichi sempre più il concorrente la cui offerta presenti un utile via via sempre piu' ridotto – pur d'aggiudicarsi l'appalto – ciò nonostante il Consiglio di Stato conferma, nella presente sentenza, come l'utile non possa ridursi ad una "cifra simbolica", in quanto ciò che deve prevalere in tali casi è l'interesse del committente pubblico a poter confidare in una offerta seria (e, quindi, necessariamente remunerativa per l'impresa), rispetto invece all'interesse del concorrente ad eseguire comunque (anche in perdita) l'appalto pur di mantenere il fatturato (e, magari, anche il livello occupazionale), ciò in quanto le suesposte ragioni dell'imprenditore ben potrebbero venir meno nel corso del contratto, facendo di conseguenza risultare non piu' conveniente per lo stesso privato contraente eseguire l'appalto fino al termine della sua naturale scadenza.

Avv. Andrea Stefanelli

L'AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA NON È UNA CAUSA D'ESCLUSIONE DALLE GARE

TAR BASILICATA, I° 23/3/2012, N. 132DIRETTIVA PRESIDENZA CONSIGLIO MINISTRI 22/12/2011 N. 14

Come noto l'art. 38 del codice appalti prevede che, qualora un concorrente ad una pubblica gara risulti sottoposto ad alcune tipologie di procedure concorsuali fallimentare, debba esserle inibito la facoltà di partecipazione per la semplice ragione che la sua particolare condizione (fallimento, liquidazione coatta amministrativa ecc.) non garantisce la P.A. circa l'esatto adempimento per tutta la durata del vincolo contrattuale (che l'esito della gara stessa mira a perseguire). Proprio per tale motivo, quindi, l'"amministrazione straordinaria" non è contemplata fra le tipologie di procedure fallimentari "vietate" in quanto l'autorizzazione all'esercizio provvisorio, rilasciata nell'amministrazione straordinaria, è proprio volta alla conservazione dell'impresa e, quindi, alla sua cd. "remissione in bonis", di tal chè non sarebbe logico che il Legislatore da un lato prevedesse una procedura volta a rimettere in attività la società e poi, dall'altro, gli impedisse di partecipare alle pubbliche gare. Qualora pertanto un concorrente dovesse risultare in amministrazione straordinaria, per ciò stesso non potrà legittimamente essere escluso da una procedura ad evidenza pubblica.

Avv. Andrea Stefanelli

LA MANCATA ALLEGAZIONE DEL DOCUMENTO DI IDENTITÀ NON PUÒ ESSERE CAUSA D'ESCLUSIONE.

T.A.R. Brescia, II° ; 26/3/2102, n. 530

Il disciplinare di una pubblica gara espressamente prevedeva l'obbligo d'allegare il documento d'identità del sottoscrittore anche all'offerta economica; un concorrente tuttavia si dimenticava di rispettare detta statuizione e veniva escluso, per cui impugnava tale esclusione sostenendo che: a) la lex specialis non prevedeva espressamente l'esclusione dalla gara in caso di mancata allegazione del documento di riconoscimento all'offerta economica, b) se anche l'avesse previsto, comunque sia tale clausola sarebbe da ritenersi "nulla" ai sensi dell'art. 46, coma 1–bis D.Lgs. n. 163/2006, secondo cui solo le violazioni del codice appalti e del suo regolamento nonché i casi d'incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta e/o sulla sua provenienza nonché le violazioni del principio di segretezza dei plichi, possono legittimamente consentire l'assunzione di un

provvedimento d'esclusione e che pertanto, nel caso specifico, la certezza circa la provenienza dell'offerta risultava assicurata dall'inserimento dell'offerta economica nel plico della concorrente, ove peraltro vi erano altri documenti di gara a cui risultava allegata la carta d'identità (mancante invece all'offerta economica), ragion per cui il T.A.R. lombardo ha ritenuto d'annullare il provvedimento esclusorio impugnato.

Avv. Andrea Stefanelli

NEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI ANCHE IL PRESIDENTE DELLA COMMISSIONE GIUDICATRICE NON DEVE AVER SVOLTO PRECEDENTI INCARICHI RELATIVI AL SERVIZIO OGGETTO DELLA GARA; MA ALLORA IN TUTTI GLI APPALTI CIÒ È POSSIBILE ?

T.A.R. Marche I° , 5/4/2012, n. 237

L'interesse per la presente sentenza è duplice, in quanto in primo luogo ci ricorda la novità introdotta dall'art 4, comma 22 del decreto-legge n. 138/2011, poi convertito in legge n. 148/2011, secondo cui "I componenti della commissione di gara per l'affidamento della gestione di servizi pubblici locali non devono aver svolto nè svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente alla gestione del servizio di cui si tratta", disposizione che fa dire di conseguenza al TAR Marche come il succitato art. 4, c. 22, parlando genericamente di "componenti della commissione", debba correttamente interpretarsi come relativo anche al Presidente della commissione (e non solo ai commissari "semplici"), ma, dall'altro, fa anche sorgere spontaneo il dubbio che, avendo il Legislatore ritenuto di dover precisare tale circostanza, ciò allora significa che in tutte le altre gare d'appalto (non indette per l'affidamento dei "servizi pubblici locali") il Presidente della C.T. ben possa invece aver svolto attività propedeutiche alla gara stessa e/o essersi "interessato" al contratto d'appalto che deve essere aggiudicato ? Ebbene si in quanto l'art. 84, comma 4 del codice appalti, laddove parla delle "incompatibilità" in capo ai componenti delle commissioni giudicatrici, effettivamente si riferisce esclusivamente ai "commissari diversi dal Presidente", ragion per cui sempre piu' spesso si incontra nelle procedure di gara il Responsabile del procedimento – quanto ha la carica di "Dirigente" oppure (anche solo) di "Funzionario" della P.A. appaltante – che viene nominato quale Presidente della commissione giudicatrice, proprio in ragione di detta non necessaria "incompatibilità" di qualsivoglia altra attività precedente alla procedura di gara da esperire.

Avv. Andrea Stefanelli

IL GIUDICE AMMINISTRATIVO PUO' RICAVARE ELEMENTI DI FATTO A SFAVORE DELL'AMMINISTRAZIONE UTILIZZANDO ANCHE GLI ATTI DEL PROCESSO PENALE

Cons Stato, VI° n. 1833/2012

Nel processo amministrativo, a differenza di quello innanzi al Giudice ordinario, le parti possono far valere le loro ragioni quasi esclusivamente attraverso elementi probatori di tipo documentale; una maggior apertura alle prove producibili in giudizio (le d. "testimonianze") è stata offerta dal D.Lgs. n. 2/7/2010 n. 104, che ha istituito per la prima volta un Codice regolante il processo amministrativo. Prevede infatti l'art.64 come spetti "...alle parti l'onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità riguardanti i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni. Salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti nonché i fatti non specificatamente contestati dalle parti costituite. Il giudice amministrativo può disporre, anche d'ufficio, l'acquisizione di informazioni e documenti utili ai fini del decidere che siano nella disponibilità della pubblica amministrazione". La possibilità per le parti di poter produrre "maggiori prove" od elementi a proprio favore sembra confermata da una recente sentenza del Consiglio di Stato che, nell'ambito di un contenzioso sorto tra un Comune ed un cittadino, ha confermato la possibilità per il Giudice amministrativo di vagliare ampi elementi di fatto, anche provenienti da un processo penale. Il Comune in questione, infatti, aveva contestato al cittadino di aver abusivamente trasformato un fabbricato "ad uso fienile" in un immobile ad uso abitativo, senza alcun legittimo titolo o provvedimento amministrativo e, per tale questione, il cittadino aveva subito anche un procedimento penale (per il reato di cui all'art.20 L.n. 47/1985, da cui era risultato assolto. Nell'ambito del processo amministrativo il Giudice ha potuto fare riferimento anche agli atti del processo penale ed, in particolar modo, ai verbali dei testimoni i quali hanno confermato che la destinazione abitativa dell'immobile era tale ben prima che il cittadino in questione ne divenisse proprietario, con ciò

confermando la legittimità del suo comportamento. La sentenza in commento assume una grande rilevanza in quanto dimostra come oggi il giudice amministrativo ben possa utilizzare, come fonte del proprio convincimento, anche prove raccolte in un altro giudizio (in questo caso penale), purché la valutazione del materiale probatorio sia effettuata in modo globale e tale principio, cd. della "atipicità della prova", trova il suo fondamento nell'art.116 del Codice di procedura civile, oggi recepito dall'art.64 del Codice del processo amministrativo, così aprendo vaste possibilità ai soggetti ricorrenti di vedere accolte le proprie pretese in ragione di tutti gli elementi di prove portati all'attenzione degli organi amministrativi giudicanti.

Avv. Adriano Colomban

DIRITTO D'ACCESSO AI DOCUMENTI (OFFERTE TECNICHE) NELL'AMBITO DI UNA GARA D'APPALTO

T.a.r. Brescia, ord. II° , 15/3/2012

L'art. 13 del Codice dei Contratti Pubblici fa espresso richiamo, in materia di procedure d'affidamento ad evidenza pubblica, alle norme contenute nel titolo V della L. 241/90, che disciplina genericamente all'accesso agli atti amministrativi, diritto che costituisce un principio generale dell'azione amministrativa, volto ad assicurarne la partecipazione oltreche la sua imparzialità e trasparenza. Il "diritto" d'accesso si può dunque definire come quello di poter prendere visione ed estrarre copia di documenti amministrativi, da parte di soggetti i quali devono però dimostrare di possedere, nei confronti dell'atto in oggetto, un interesse concreto, attuale e collegato con una posizione giuridicamente tutelata dall'ordinamento. Nella materia dei contratti pubblici, però, occorre distinguere fra le procedure di selezione del contraente, che hanno natura pubblicistica e vengono rette da atti aventi carattere amministrativo, con la fase di vera e propria stipula del contratto, che viene regolato in base al diritto privato e seguirà quindi la giurisdizione del giudice ordinario. Facendo preciso riferimento alle offerte di gara, la giurisprudenza ha ammesso in linea di principio il diritto d'accesso a favore dei concorrenti nel caso in cui debbano tutelare un loro specifico interesse, con alcune deroghe, tuttavia, che fanno espresso riferimento al diritto alla riservatezza. Il riferimento dell'art. 13 comma 5 riguarda infatti le informazioni che vengono fornite dagli offerenti e che possono costituire, in base a motivata dichiarazione, segreti tecnici o commerciali; è dunque onere dell'offerente – che intenda mantenere la riservatezza su tali informazioni – dichiararne (nonché motivarne) il vincolo di privacy. In tale quadro si inserisce la pronuncia del TAR Lombardia, sezione di Brescia, che con una recente ordinanza (n. 131 del 15/3/2012) ribadisce il proprio "favor" per il diritto d'accesso; nella citata ordinanza infatti viene riaffermato il principio secondo cui, anche qualora si tratti di documentazione attinente all'offerta tecnica dell'impresa "acceduta" (da cui quindi potrebbero ricavarsi dati afferenti alle modalità di progettazione e realizzazione dell'opera e, pertanto, potenzialmente coperti dal vincolo della riservatezza) quest'ultimo comunque "cade" trovandosi nell'ambito di una gara "pubblica"; secondo i giudici amministrativi, infatti, "una volta conclusasi la procedura concorsuale, i documenti prodotti dalle ditte partecipanti assumono rilevanza esterna, in quanto la documentazione prodotta ai fini della partecipazione ad una gara [.] esce dalla sfera esclusiva delle imprese per formare oggetto di valutazione comparativa. E' la partecipazione stessa alla procedura comparativa, che ne depotenzia implicitamente il diritto alla riservatezza". Il principio che dunque si ricava da questa importante pronuncia è quello dell'accessibilità in corso di causa della documentazione di gara fornita dalle imprese, che, in virtù della partecipazione stessa ad una procedura ad evidenza pubblica, perde il suo carattere "privato" per formare oggetto di "pubblico dominio".

Dott. Fabio Caruso

DIRITTO DELLE IMPRESE

CONTINUA LO "SCONTRO" TRA LEGISLAZIONE E DEONTOLOGIA

CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE – DECISIONE 29 OTTOBRE 2011

Mentre il Consiglio di Stato con l'Ordinanza 5 marzo 2012 (relatore De Nictolis) rinvia davanti alla Corte di Giustizia Europea la valutazione circa il rapporto tra deontologia e legislazione nazionale in tema di concorrenza (si veda la nostra Lettera Informativa – Marzo) , gli organi professionali continuano ad assumere decisioni che legittimano la limitazione della pubblicità in ragione dei principi deontologici.

Questa volta è il caso del Consiglio Nazionale Forense che ha sanzionato alcuni avvocati che avevano effettuato pubblicità attraverso un su un inserto pubblicitario pubblicato sulla rivista "City".

Più esattamente veniva contestato in primo grado la violazione "del combinato disposto degli artt. 17/bis e 19 C.D.F..per aver diretto comunicazioni ed informazioni sulla propria attività professionale, utilizzando in modo improprio mezzi consentiti e comunque in modo incompleto rispetto alle indicazioni obbligatorie normate. Il tutto con contenuto, forma e modalità irrispettose della dignità e decoro della professione, con locuzioni integranti messaggio pubblicitario e promozionale ad ampia divulgazione con la pubblicazione di un box pubblicitario sul quotidiano "City" n. 29 del 16.02.2009."c

Condannati in primo grado con la sospensione dell'attività professionale, gli avvocati ricorrevano in secondo grado avanti al Consiglio Nazionale Forense. Quest'ultimo, pur riducendo la pena al mero avvertimento, ribadiva la "supremazia" del dettato deontologico – che consente solo una comunicazione di tipo informativo – stabilendo che il messaggio :"era connotato da slogan sull'attività svolta dai ricorrenti, ai quali si accompagnava una grafica tale da porre un evidente enfasi sul dato economico e su altre informazioni rappresentate in modo da costituire un indebita offerta di servizi e/o prestazioni professionali dirette all'indistinto e scarsamente competente pubblico dei lettori." E che inoltre che: "la pubblicità informativa essendo consentita nei limiti fissati dal Codice Deontologico Forense, deve, dunque, essere svolta con modalità che non siano lesive della dignità e del decoro propri di ogni pubblica manifestazione dell'avvocato ed in particolare di quelle manifestazioni dirette alla clientela reale o potenziale. La pubblicità mediante la quale il professionista con il fine di condizionare la scelta dei potenziali clienti, e senza adeguati requisiti informativi, offra prestazioni professionali, viola le prescrizioni normative, integrando il messaggio modalità attrattive della clientela operate con mezzi suggestivi ed incompatibili con la dignità e con il decoro. Nel caso di specie la pubblicità posta in essere era da considerarsi impropria e quindi operata in violazione delle norme del codice deontologiche in relazione al contesto in cui appariva e al contenuto, da ritenersi accattivante, per il messaggio circa una competitività sui prezzi nonché per la dimensione variabile dei caratteri."

Avv. Silvia Stefanelli

L'IMITAZIONE/RIPRODUZIONE DEL MOTIVO ESTETICO–CREATIVO: REATO DI CONTRAFFAZIONE DEL MARCHIO O ILLECITO CIVILE?

SENTENZA CASS. PEN. SEZ V, 30 NOVEMBRE 2011, N. 2975 – ART. 473, 474, 571 C.P.

Un'altra interessante sentenza della Suprema Corte in materia di contraffazione del marchio.

Questa volta, con la recente sentenza n. 2975/2012, la Corte di Cassazione coglie l'occasione per precisare la differenza tra contraffazione (artt. 473 e 474 c.p.) ed imitazione servile non configurante illecito penale.

Il caso su cui si è pronunciata la Suprema Corte riguarda la riproduzione su capi di abbigliamento di scritte identiche a quelle apposte sui propri prodotti da un'altra ditta italiana del medesimo settore.

Il Pubblico Ministero presso il Tribunale di Rimini, investito del caso, aveva ordinato il sequestro cautelativo dei capi di abbigliamento riportanti le scritte "incriminate", ritenendo, con riguardo a tali capi, la sussistenza del reato di contraffazione (artt. 473 – 474 c.p.) e/o di utilizzazione di segni distintivi equivoci (art. 571 c.p.)

Ma il Tribunale del Riesame competente per territorio disponeva la revoca del provvedimento di sequestro per carenza dei relativi presupposti di legge.

Lo stesso Pubblico Ministero proponeva, così, ricorso per Cassazione avverso l'ordinanza di revoca del Tribunale del Riesame, non ottenendo, però il risultato sperato.

La Suprema Corte, infatti, nell'allinearsi in toto con i motivi esposti dal Tribunale a sostegno della revoca, ha innanzitutto chiarito se e quando i segni grafici e/o creativi possano configurare o meno dei marchi, come tali suscettibili di contraffazione e/o di essere oggetto del reato di utilizzazione di segni distintivi equivoci.

Più precisamente, a giudizio della Suprema Corte, i segni grafici/creativi (come scritte e/o disegni di ogni genere) ben possono costituire dei veri e propri marchi, ma solo ove rivestano una funzione "identificativa" dell'imprenditore che li ha ideati e se ne serve.

Trattasi, più precisamente, del c.d. "marchio figurativo", costituente un marchio a tutti gli effetti e registrabile nei modi di legge.

Ricorrendo l'ipotesi del c.d. "marchio figurativo", dunque, si avrà il reato di contraffazione ex artt. 473– 474 c.p. e/o di utilizzazione di segni distintivi equivoci ex art. 517 c.p. ove, stante la funzione identificativa esercitata dal marchio, la sua illecita riproduzione ad opera di terzi sia idonea a creare confusione nei consumatori circa la provenienza di un dato prodotto.

E, stando alla Suprema Corte, il Pubblico Ministero avrebbe proprio scambiato le scritte apposte sui capi di vestiario sequestrati con la fattispecie del marchio figurativo, senza che, però tali scritte rispondessero alla funzione di identificare l'imprenditore come un marchio vero e proprio.

Al contrario, la Corte di Cassazione ha ravvisato nel caso in esame una ipotesi di imitazione servile del prodotto altrui, giudicata senz'altro meritevole di essere sanzionata, ma solo in sede civile.

Avv. Valeria Fabbri

IL CONCORDATO DELLE PMI

LEGGE N. 3 DEL 27/1/2012

Con l'entrata in vigore della Legge n. 3 del 27/1/2012 le piccole imprese – ma anche i professionisti – hanno a disposizione un nuovo strumento per cercare di uscire dallo stato di sovraindebitamento in cui spesso si trovano, evitando di subìre una miriade di procedure esecutive; si tratta di una possibilità da cui, fino ad oggi, dette erano escluse per l'esiguità delle loro dimensioni e/o del loro fatturato o per l'ammontare stesso del debito accumulato. La nuova normativa si applica a tutte quelle imprese (comprese le individuali) ed i professionisti, che

1. non siano assoggettabili alla altre procedure concorsuali,
2. non abbiano fatto ricorso nei tre anni precedenti alle procedure in esame
3. versino in una situazione di sovraindebitamento, definito all'art. 1 come "il perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio liquidabile per farvi fronte nonché la definitiva incapacità del debitore di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni".

I soggetti possono proporre ai creditori un accordo di ristrutturazione del debito che preveda

1. l'integrale pagamento dei creditori estranei all'accordo
2. l'integrale pagamento dei creditori privilegiati che non abbiano rinunciato parzialmente al proprio credito.

Il "piano" deve prevedere i termini e le modalità di pagamento dei creditori, anche suddivisi in classi, nonché le modalità di liquidazione dei beni e le garanzie per l'adempimento dei debiti, potendo anche indicare la cessione dei crediti futuri e/o la sottoscrizione di una proposta, da parte di uno o più terzi, che consentano il conferimento di beni sufficienti all'attuabilità del piano. La veridicità dei dati contenuti nel medesimo e la sua fattibilità devono essere attestati da un "Organismo di composizione della crisi", costituito da enti pubblici ed iscritto in un apposito registro tenuto dal Ministero della Giustizia (gli Ordini professionali degli avvocati, dei commercialisti e degli esperti contabili sono iscritti di diritto). Il "piano" e la sua relativa proposta devono poi essere depositati presso il Tribunale del luogo ove ha la sede l'impresa in sovraindebitamento ed, allorquando viene depositato la domanda in Tribunale, il giudice deve fissare un'udienza disponendo la comunicazione a tutti i creditori nonché l'inibitoria di tutte le azioni esecutive individuali per un massimo di 120 giorni. I creditori devono poi far pervenire all'Organismo di composizione della crisi la loro dichiarazione di consenso – o meno – al "piano", che se comunque

risulterà positivamente valutato da almeno il 70% dei creditori sarà da ritenersi approvato. E' questo forse uno degli aspetti più problematici del nuovo istituto per cui, in sede di conversione del decreto, era stata proposta una percentuale inferiore, stante l'evidente difficoltà di raggiungimento di una percentuale così elevata. Se poi l'accordo è raggiunto il giudice allora lo omologa e, dalla data di detta omologazione, per un periodo di un anno non possono essere promosse azioni esecutive individuali, ma l'accordo è revocabile di diritto se il debitore non esegue integralmente entro 90 giorni dalle scadenze previste i pagamenti dovuti. Si ricordi infine che la medesima procedura era stata prevista anche per i consumatori ma che, in fase di conversione del decreto legge, è stata stralciata e seguirà un differente iter parlamentare.

Avv. Eleonora Lenzi

L'ART.18 DELLO STATUTO DEI LAVORATORI SOTTO LA LENTE D'INGRANDIMENTO.

Negli ultimi mesi abbiamo assistito ad una notevole accelerazione, da parte del Governo Monti, sulla cd. riforma del mercato del lavoro, che in realtà è balzata agli onori della cronaca per una sola problematica, ovvero il nodo (irrisolto) dell'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori. Ad oggi infatti, nelle aziende con più di 15 dipendenti, nell'ipotesi d'illegittimità/inefficacia e nullità di un licenziamento comminato dal datore di lavoro, il lavoratore ingiustamente allontanato ha diritto alla reintegrazione del proprio posto oltre al pagamento di tutte le mensilità maturate dal giorno in cui il licenziamento è stato irrogato fino alla sua effettiva reintegrazione. Una sanzione piuttosto "forte" quindi, atteso come i giudizi lavoristici abbiano, in Italia, una durata media di circa 3 anni. Ciò pertanto significa che un'azienda, anche per posizioni lavorative di basso livello contrattuale, ben potrebbe essere chiamata a corrispondere somme molto elevate (3 anni di retribuzione) a favore del lavoratore che dovesse risultare vittorioso in una causa per licenziamento illegittimo, oltre all'obbligo della sua riassunzione (oppure il versamento di una somma a titolo risarcitorio). Da qui la novità introdotta dalla cd. "Riforma Fornero" di suddividere le giustificazioni poste a fondamento del licenziamento, attribuendo, a seconda della causa accertata, una tutela differenziata. Ci spieghiamo meglio: l'intento del Legislatore sembra quello di voler accordare per i soli licenziamenti illegittimi e discriminatori la tutela al reintegro, riservando poi al Giudice la scelta tra detto reintegro oppure del riconoscimento di un'indennità a titolo risarcitorio nelle ipotesi di giusta causa di licenziamento (ad es. furto in azienda) o per giustificato motivo oggettivo (grave crisi o riorganizzazione aziendale). Confindustria tuttavia, in rappresentanza di una crescente mobilitazione delle imprese, ha dichiarato che lasciare al Giudice la facoltà della reintegrazione in luogo della semplice indennità (fino a 27 mensilità), impedisce all'azienda sia di potersi liberare di manodopera non più necessaria (ed anche "non gradita"), cui va aggiunta l'impossibilità di stabilire a priori il "costo" di un licenziamento. Queste due ragioni, secondo l'organizzazione che tutela i datori di lavoro, impedirebbe futuri investimenti stranieri in Italia e continuerebbe a bloccare nuove assunzioni. Ora la "palla" passa dunque nuovamente al governo, che ha l'obbligo di scegliere se ascoltare i sindacati, inamovibili sul reintegro, oppure le richieste che gli provengono dalle aziende; in ogni caso il nodo dell'art 18 è giunto oramai "al pettine".

Avv. Andrea Marinelli

E-MAIL DELL'EX-DIPENDENTE E PRIVACY: L'AZIENDA DEVE DISATTIVARE L'ACCOUNT E INFORMARE I TERZI

PROVVEDIMENTO GARANTE PRIVACY 22/04/2010:

Cosa deve fare il datore dei lavoro dell'account del dipendente dimissionario?

Può tenere l'account anche se si riferisce a un soggetto che non fa più parte del proprio organico?

La gestione degli account nelle aziende non può e non deve essere fatto on leggerezza. Infatti anche l'indirizzo e-mail è da considerarsi dato personale (Provv. Garante Privacy 25 giugno 2002, doc. web n. 29864) nella misura in cui è formato da nome e cognome del dipendente, come avviene nella maggior parte dei casi.

Ne consegue che l'indirizzo e-mail attribuito al singolo lavoratore per lo svolgimento delle sue mansioni determina una legittima aspettativa di riservatezza sulla corrispondenza, ma non garantisce la confidenzialità dei messaggi inviati e ricevuti tramite lo stesso, poiché l'account ad esso riferibile può essere eccezionalmente nella disponibilità di accesso da parte del datore di lavoro qualora ciò si renda necessario per improrogabili esigenze aziendali (si veda Deliberazione Garante Privacy del 1 marzo

2007, doc. web n. 1387522, Linee Guida per un corretto uso della posta elettronica e di Internet nell'ambito dei rapporti lavorativi).
Si evidenzia, quindi, l'esigenza di tutelare anche coloro che inviano messaggi (di qualunque contenuto, privato o lavorativo) che possono ritenere che il destinatario degli stessi sia esclusivamente una determinata persona.

Cosa deve fare quindi il datore di lavoro al momento della dimissione di un dipendente?
Secondo quanto precisato dal Garante nel provvedimento in esame l'interesse alla tutela dei dati personali delle persone coinvolte (ex dipendenti della società/ datore di lavoro e terzi mittenti di e-mail) deve, in una corretta ottica di bilanciamento, essere contemperato con l'interesse della società/datore di lavoro a gestire le informazioni indispensabili all'efficiente attività aziendale, soprattutto in considerazione del fatto che gli indirizzi e-mail delle segnalanti erano utilizzati anche per raccogliere – per esempio – gli ordini della clientela o ricevere comunque comunicazioni aziendali.
Per il Garante quindi, il datore di lavoro deve:

- procedere alla **disattivazione di tutti gli account** di posta elettronica appartenenti al proprio dominio attribuiti a soggetti che non fanno parte dell'attuale organizzazione imprenditoriale entro un termine stabilito che potrebbe essere 30 giorni dalla data di dimissione del dipendente;
- predisporre **un sistema idoneo ad informare i terzi mittenti** delle comunicazioni che tutti gli account relativi al proprio dominio aziendale riferibili ad ex dipendenti che non svolgano attività lavorativa per il datore di lavoro saranno disattivati, con l'invito, quindi, ad inoltrare la corrispondenza di lavoro ad un indirizzo di posta elettronica alternativo.

Tale procedure, a parere di chi scrive, dovrebbe essere evidenziata in un documento interno, quale il Documento Programmatico per la Sicurezza, ove presente, o il Regolamento Aziendale.

Avv. Alessandra Delli Ponti

DIRITTO DELLA SANITÀ

TETTI DI SPESA PER LE STRUTTURE SANITARIE PRIVATE: CRITERI PER RISOLVERE UNA ANNOSA QUESTIONE.

CONSIGLIO DI STATO – ADUNANZA PLENARIA; SENT. N. 3 DEL 12.04.2012

Molto attesa la sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sui tetti di spesa.

La questione infatti ha visto negli anni contrapporsi sentenze che hanno in pieno legittimato la fissazione dei tetti di spesa nel corso dell'anno con effetti retroattivi, a sentenza che invece si sono mosse nell'alveo di una maggiore tutela della posizione delle strutture private.

Ora il Consiglio di Stato interviene a fare chiarezza.

I tetti di spesa – osservano i giudici – sono in via di principio indispensabili, date le insopprimibili esigenze di equilibrio finanziario e di razionalizzazione della spesa pubblica.

Infatti la natura vincolante delle determinazioni regionali in tema di limiti alle spese sanitarie è strettamente collegata alla necessità che l'attività dei vari soggetti operanti nel sistema sanitario si svolga all'interno di una effettiva pianificazione finanziaria: in questo senso la fissazione dei tetti di spesa rappresenta un adempimento ineludibile per attingere legittimamente alle risorse necessarie per la remunerazione delle prestazioni erogate.

In linea di principio poi la programmazione andrebbe effettuata in via preventiva: la presenza però di tempi procedurali non comprimibili legittima secondo il Consiglio di Stato la fissazione anche in corso d'anno con effetto retroattivo.

Ove però ciò si verifichi – e qui sta l'aspetto più interessante della sentenza – l'esercizio del potere di programmazione dovrà tener conto nono solo della esigenza di bilanciare il contenimento della spesa con la pretesa degli assistiti a prestazioni sanitarie adeguate ma anche con "l'interesse degli operatori privati ad "agire con un logica imprenditoriale" sulla base di un quadro, nei limiti del possibile, "certo e chiaro circa le prestazioni remunerabili e le regole applicabili".

Sotto tale aspetto il Consiglio di Stato si spinge poi a chiarire che la "tutela delle legittime aspettative" si configura ove gli stessi possano "fare affidamento quanto meno sull'ultrattività dei tetti già fissati per l'anno precedente, salve le decurtazioni imposte dalle successive norme finanziarie".

Avv. Silvia Stefanelli

RESPONSABILITÀ MEDICA E NESSO DI CAUSALITA'

CASSAZIONE CIVILE SEZ. III SENT. 20 APRILE 2012 N. 6275

Sempre molto delicate le sentenze in materia di nesso di causalità, che in campo di responsabilità medica si configura – secondo la giurisprudenza intervenuta – in base ad in criterio di *"elevata probabilità del danno e ove non sia provato l'intervento di un fattore successivo tale dal disconnettere la sequenza causale così accertata"* (cass 13539/2009)

Va considerata errata la diagnosi del medico che "superficialmente" si limiti a controlli di routine in presenza di una sintomatologia che, seppure non in maniera del tutto evidente, possa essere riconducibile ad un alto rischio, poi concretizzatosi, di una grave patologia neurologica.

Lo stesso principio è ripreso dalla Terza Sezione della Corte di Cassazione nella sentenza in commento.

Vediamo il caso esaminato dalla Corte.

Un paziente, sofferente di ipertensione, si recava il giorno 29 gennaio 1997 presso un Ospedale pubblico lamentando un complesso di disturbi quali vomito, cefalea oltre a difficoltà motorie del braccio destro. Il medico, dopo aver effettuato una "generica visita neurologica ed altri esami di routine (analisi del sangue, elettrocardiogramma)" diagnosticava un "lieve stato ipertensivo" dimettendo sbrigativamente il paziente. Quest'ultimo si vedeva costretto tuttavia a ritornare il 31 gennaio 1997, ossia 4 giorni dopo, nello stesso ospedale a causa dell'aggravamento della medesima sintomatologia. In quest'occasione, a seguito di TAC, gli veniva diagnosticato un ictus cerebrale dal quale erano derivate lesioni gravi e permanenti.

Il paziente conveniva in giudizio tanto i medici coinvolti quanto la struttura ospedaliera e l'ASL competente, per l'accertamento del proprio diritto al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali subiti a causa della tardività della diagnosi. Tanto il

tribunale di prima istanza quanto la Corte d'Appello accoglievano le ragioni del paziente, condannando sanitari intervenuti e struttura ospedaliera ad un ingente risarcimento dei danni quantificato nella misura totale di € 639.705,25 oltre interessi e spese.

Ricorreva alla Cassazione il medico, lamentando in sostanza l'insussistenza del nesso causale tra la propria diagnosi, peraltro corretta sulla base degli elementi in suo possesso, e l'ictus, sostanzialmente imprevedibile nel corso della prima visita.

La Corte di Cassazione con la sentenza in commento ha rigettato in toto il ricorso del professionista, sussistendo la responsabilità per colpa di quest'ultimo in quanto il paziente "seppure in maniera confusa" aveva fornito tutti gli elementi sintomatologici per mettere in allarme che avrebbe dovuto approfondire con specifici esami il quadro neurologico del paziente stesso, considerandolo "ad alto richio di ictus".

A seguito di tali valutazioni la Corte, riprendendo il proprio ormai costante orientamento giurisprudenziale, ha ritenuto innanzitutto sussistente il nesso causale tra la semplicistica diagnosi del medico e l'evento di danno, l'ictus. Perché sussista tale nesso non è infatti necessario – secondo la Corte – che vi sia una consequenzialità in termini di "certezza" tra condotta del medico ed evento dannoso, bastando invece, come nel caso in esame, che la verificazione dell'evento sia anche solo "altamente probabile o verosimile" conseguenza dell'errore medico. Inoltre, vertendosi in un caso routinario, il medico non aveva saputo superare in giudizio la presunzione che le complicanze poi verificatesi non fossero state determinate dalla propria superficialità nel diagnosticare solo il "lieve stato ipertensivo" alla base poi delle frettolose ed inopportune dimissioni del paziente.

Avv. Edoardo Di Gioia

RESPONSABILITÀ PENALE PER IL MEDICO DENTISTA CHE SI AVVALE DI ABUSIVO

CASSAZIONE PENALE 26 GENNAIO 2012 N. 3222.

Nel caso di specie, un medico odontoiatra in qualità di responsabile dello studio e un sedicente medico dentista (abusivo), sottoponevano una paziente a complesse operazioni chirurgiche, inadeguate rispetto alla patologia sofferta, in difetto altresì di valido consenso informato.

Entrambi, all'esito di un giudizio abbreviato incardinato dalla sfortunata paziente, venivano condannati alla pena di un anno e sei mesi di reclusione per aver cagionato volontariamente alla medesima gravi lesioni all'apparato dentale.

A seguito di ricorso promosso dall'odontoiatra e dell'abusivo, il giudice di appello riteneva non sussistente il reato di lesioni dolose non essendo stata provata, a suo dire, la volontà di cagionare la malattia ed i postumi invalidanti invece verificatisi.

Contro la sentenza d'appello proponevano ricorso per Cassazione sia il Procuratore Generale, che la parte civile.

Il giudizio dinanzi la Suprema Corte ruotava attorno all'individuazione dell'elemento soggettivo che sorregge l'odontoiatra quando compie un intervento chirurgico facendosi aiutare da un soggetto privo delle dovute abilitazioni: in sostanza la sentenza va ad indagare la valenza dell'elemento soggettivo del "prestanome".

La Corte, in questo senso, ha ritenuto sussistere in capo al dentista il dolo indiretto in quanto il fatto che l'abusivo" non avesse i titoli rendeva molto più elevato il rischio che si verificassero complicazioni che il medesimo non fosse poi in grado di gestire.

Avv. Claudia Patti

DELOCALIZZAZIONE DELLA FARMACIA NEL PERIMETRO DELLA SEDE AUTORIZZATA

CONSIGLIO DI STATO – SEZ. III; SENT. N. 1714 DEL 26.03.2012

L'art. 22, comma quarto, della L.R. Campania n. 13 del 1985 recante il "Riordino delle funzioni in materia di igiene e sanità pubblica e di vigilanza sulle farmacie", introdotto dall'art. 2 della più recente L.R. n. 10 del 2011, ha previsto che:

"*Per garantire il pubblico servizio, in casi di necessità o di urgenza per comprovati eccezionali motivi, la Giunta Regionale, sentiti il Comune e l'ordine provinciale dei farmacisti*

competenti per territorio, con decreto dirigenziale autorizza il trasferimento dei locali di una farmacia anche al di fuori, purché nelle immediate adiacenze "

Il Consiglio di Stato è stato chiamato ad interpretare la portata della disposizione in questione in deroga al sistema della legge statale che si basa invece sul principio del numero chiuso delle farmacie e sul conseguente sistema della ripartizione sul territorio.

La pianificazione del sistema farmacia sul territorio è infatti uno strumento di razionalizzazione previsto dal legislatore nazionale, al fine di assicurare la capillarità del servizio su tutto il territorio regionale e, quindi, salvaguardare la maggiore tutela della salute dei cittadini. La ratio è da sempre quella di garantire alla popolazione l'agevole accessibilità ad un presidio farmaceutico nella propria zona, secondario è il diritto di esclusiva contro la "invasione" del rispettivo territorio da parte di un concorrente.

Il Collegio, investito della questione da un punto di vista esegetico, si è espresso circa la compatibilità dell'art. 22 della L.R. ai principi della legislazione statale "(…) *SOLO in quanto si assuma l'espressione –purché nelle immediate adiacenze– nel senso più restrittivo possibile, giacché in caso contrario la farmacia allontanatasi dalla sua sede originaria adempirebbe la sua funzione non più in favore dei propri utenti designati, bensì in favore di altri utenti i quali peraltro dispongono già di un apposito presidio (…)"*

Il Consiglio di Stato ha evidenziato che la scelta lessicale del legislatore che unisce le parole "adiacente" e "immediatezza", quasi a rafforzarsi vicendevolmente, implica di per sè la manifesta intenzione di escludere ogni ipotesi interpretativa meno rigorosa.

Nel caso di specie, nonostante l'impossibilità di definire ad oggi un parametro oggettivo che rimandi in modo chiaro al limite massimo di distanza compatibile con la regola delle "immediate adiacenze", i Giudici hanno ravvisato motivi sufficienti per accogliere l'istanza cautelare. Si è ritenuto insostenibile che la scelta di nuovi locali posti ad una distanza di 400/500 metri dal confine della zona assegnata potesse ritenersi tanto ridotta da risultare praticamente trascurabile, a maggior ragione se calata in un contesto urbano.

Dott. Federico Breschi

STUDIO LEGALE

STEFANELLI & STEFANELLI

COMUNICAZIONI

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

Seguite il nostro aggiornamento quotidiano su twitter @studistefanelli

AVV. ANDREA STEFANELLI
AVV. SILVIA STEFANELLI

AVV. ADRIANO COLOMBAN
AVV. ALESSANDRA DELLI PONTI
AVV. EDOARDO DI GIOIA
AVV. VALERIA FABBRI
AVV. ELEONORA LENZI
DOTT. FEDERICO BRESCHI
DOTT. ANNAMARIA CICERONE
DOTT. ANDREA MARINELLI
DOTT. CLAUDIA PATTI
DOTT. SILVIA PARI
DOTT. FABIO CARUSO

Via Calanco, 11
40139 Bologna
tel. 051 6241209
fax 051 0821641

WWW.STUDIOLEGALESTEFANELLI.IT