

STUDIO LEGALE

STEFANELLI & STEFANELLI



LETTERA INFORMATIVA

Maggio 2012

In questo numero

Convegni

Diritto degli Appalti

- SPENDING REVIEW – “Disposizioni urgenti per la razionalizzazione della spesa pubblica”
- Convertiti in Legge con modifiche i decreti “Libera Italia” e “Semplifica Italia”
- Una nuova pronuncia dell’ Adunanza Plenaria sul diritto d’ accesso agli atti
- L’ Adunanza Plenaria dispone l’ obbligo di produzione della dichiarazione ex art. 38 D.Lgs.n. 163/2006 anche del Legale Rappresentante e Direttore Tecnico delle imprese acquisite/incorporate alla società concorrente
- L’ Adunanza Plenaria chiarisce anche la nozione di “grave violazione” nella regolarità contributiva ai sensi dell’ art. 38 D.Lgs. n. 163/2006
- Rimessione all’ adunanza plenaria circa il corretto procedimento d’ adottare dopo che una gara è stata annullata oppure un concorrente riammesso ma la commissione tecnica abbia nel frattempo completato la valutazione delle offerte
- L’ istanza d’ accesso agli atti nella fase esecutiva dell’ appalto: segnali di apertura da parte della giurisprudenza amministrativa

Diritto delle Imprese

- Legittimo il licenziamento per telefonate private sul luogo di lavoro
- Il Giudice “sanziona” la mancata partecipazione alla mediazione
- Mediazione obbligatoria: aggirata in tema di risarcimento per danni derivanti dalla circolazione dei veicoli
- Infortunio sul luogo di lavoro – il contenuto precettivo dell’ art. 2087 c.c. – coresponsabilità del datore di lavoro
- Ritardo della P.A. e risarcimento del danno: un matrimonio non così semplice da celebrarsi.

Diritto della Sanità

- Responsabilità della casa di cura anche se il medico non è dipendente
- I procedimenti disciplinari devono concludersi in 5 anni
- Non può essere convertito a tempo indeterminato il rapporto di lavoro con un ente pubblico anche ove, in alcuni casi, vengano impartiti “ordini”.

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

VIA CALANCO, 11

40139 BOLOGNA

TEL. 051 6241209

FAX 051 0821641





CONVEGNI

APPALTI

avv. Andrea Stefanelli **15 giugno 2012 – Milano**
La “Spending Review” e l’obbligo di riduzione dei costi negli appalti pubblici

avv. Andrea Stefanelli **19 giugno 2012 – Milano**
Il Decreto “Semplifica Italia” (DL n. 5/2012) e Fisco, la “decertificazione”

MEDIAZIONE

avv. Silvia Stefanelli **5 giugno 2012 – Ravenna**
La responsabilità sanitari in mediazione



DIRITTO DEGLI APPALTI

SPENDING REVIEW – “DISPOSIZIONI URGENTI PER LA RAZIONALIZZAZIONE DELLA SPESA PUBBLICA”

DECRETO-LEGGE 7/5/2012, N. 52

Tanto clamore sulla stampa nazionale ha sortito l'adozione del D.L.n. 52/2012, che il governo ha approvato nel tentativo di dare un ulteriore taglio alla spesa pubblica. Lo scopo del decreto è infatti quello di “*revisionare i programmi di spesa*” nonché “*ridurre le spese per l'acquisto di beni e servizi*” (art. 1) e, per realizzare ciò, si è proceduto in primo luogo a nominare un Commissario straordinario, il cui compito è quello di “*definire il livello di spesa per acquisti di beni e servizi, per voci di costo, delle amministrazioni pubbliche*” (art. 3), ricomprendendo in detta categoria tutte le amministrazioni statali (Ministeri), gli enti locali (Regioni, Province e Comuni), le amministrazioni scolastiche e sanitarie (UU.SS.LL. ed Aziende sanitarie) nonché tutte le società a partecipazione pubblica (diretta o indiretta), con l'unica esplicita esclusione della Presidenza della Repubblica, della Camera, del Senato e della Corte Costituzionale. Il potere di cui gode il Commissario straordinario è molto ampio, in quanto **può sospendere, revocare o annullare le procedure di gara** non in linea con le sue determinazioni di spesa, nonché segnalare alle amministrazioni interessate le misure da adottare ed i termini entro cui provvedervi (art. 5). Molto interessante è poi quanto previsto all'art. 7, che stabilisce come tutte le amministrazioni – fermo restando la loro possibilità d'adottare le convenzioni Consip ovvero utilizzare “*i suoi parametri prezzo-qualità come limiti massimi*” (configurandosi, in caso contrario, una causa di responsabilità amministrativa del funzionario nonché un profilo di danno erariale ex art. 26, comma 3, L.n. 488/1999) – possano indire proprie gare ma con l'espresso obbligo d'adottare parametri prezzo-qualità “migliorativi” rispetto a quelli Consip. Viene poi riconosciuto l'importante ruolo di banca-dati di tutte le informazioni all'Osservatorio dei Contratti Pubblici tenuto dall'Autorità di Vigilanza (art. 8), mentre all'art. 9 viene introdotta all'art. 11, comma 10-bis, lett. b) del D.Lgs.n. 163/06 una nuova causa di mancata applicazione del termine sospensorio (standstill) – i 35 giorni dalla comunicazione d'aggiudicazione fino alla firma del contratto – nel

caso d'acquisto di beni tramite M.E.P.A (Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione). Infine viene introdotta una modifica al Regolamento al Codice appalti agli art. 120, comma 2 e 283, comma 2 D.P.R. n. 207/2010, prevedendo in entrambi i casi l'obbligo, per legge, d'apertura in seduta pubblica delle buste contenenti le offerte tecniche delle concorrenti per procedere alla verifica del loro contenuto (in ossequio a quanto statuito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 28/7/2011, n. 13), con espressa previsione d'applicazione di detto nuovo obbligo anche per le gare già in corso.

Avv. Andrea Stefanelli

CONVERTITI IN LEGGE CON MODIFICHE I DECRETI “LIBERA ITALIA” E “SEMPLIFICA ITALIA”

LEGGE 18/5/2012, N. 62

Nella precedente Newsletter di febbraio si era commentato il decreto-legge 24/1/2012 n.1 “Libera Italia” (o anche “Cresci Italia”), poi convertito in Legge 24/3/2012, n.27, mentre nella Newsletter di gennaio si era commentato il decreto-legge 6/12/2011 n.201 “Salva Italia”, poi convertito in Legge 22/12/2011, n.214; entrambe dette disposizioni di legge (n.27/2012 e n. 214/2011) sono state successivamente oggetto di modificazioni ed integrazioni da parte del decreto-legge 24/3/2012, n.29, oggi definitivamente convertito in Legge 18/5/2012, n. 62. Con il presente commento si riassumono le principali novità in materia di contrattualistica pubblica introdotte da dette nuove disposizioni: è stato istituito il “Tribunale delle Imprese”, competente anche in materia di appalti pubblici di opere, forniture e servizi soprasoglia, con entrata in vigore decorsi 180 giorni dalla pubblicazione del decreto (quindi il 19/7/2012); è previsto che anche le società “in house” debbano applicare il Codice dei contratti pubblici; è consentito alle società di progetto di emettere obbligazioni mentre, infine, è stato introdotto il cd. “contratto di disponibilità”.

Avv. Andrea Stefanelli

UNA NUOVA PRONUNCIA DELL' ADUNANZA PLENARIA SUL DIRITTO D' ACCESSO AGLI ATTI

ADUNANZA PLENARIA CONSIGLIO STATO 24/4/2012,N. 7

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si è occupata di una richiesta d'accesso alle delibere assembleari della SIAE formulata da alcuni associati ed ha dovuto riconoscere, in primo luogo, che la documentazione richiesta, ancorché di natura privatistica, risultava correlata ad un'attività amministrativa (in quanto la SIAE è gestore di un servizio pubblico) e dunque, come tale, soggetta all'obbligo d'ostensione, così come ha individuato, nella corretta amministrazione del patrimonio della SIAE, un interesse *"diretto, concreto ed attuale"* dei richiedenti tale da giustificare la loro richiesta d'accesso, con l'importante precisazione tuttavia che il diritto d'accesso non coincide esattamente con quello d'impugnazione, nel senso che ben si può vantare il diritto all'accesso anche quando (e se) non si ha poi diritto ad impugnare gli atti di cui si chiede (ed ottiene, appunto) il suddetto accesso.

Avv. Andrea Stefanelli

L'ADUNANZA PLENARIA IMPONE L'OBLIGO DI PRODUZIONE DELLA DICHIARAZIONE EX ART. 38 D.LGS.N. 163/2006 ANCHE DEL LEGALE RAPPRESENTANTE E DIRETTORE TECNICO DELLE IMPRESE ACQUISITE/INCORPORATE ALLA SOCIETÀ CONCORRENTE

ADUNANZA PLENARIA CONSIGLIO STATO, 4/5/2012,N.10
CONSIGLIO GIUSTIZIA AMMIN. REGIONE SICILIA
29/3/2012, N. 365

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha stabilito che la società che acquista o affitta un'altra azienda (o un ramo d'azienda) è obbligata a depositare, in sede di partecipazione ad una pubblica gara successiva a detta acquisizione, anche la dichiarazione ex art. 38 relativa al/i Legale/i Rappresentante/i (e Direttore/i Tecnico/i) della società titolare dell'azienda (o ramo d') acquisita, oltre, ovviamente, alle dichiarazioni relative al/i propri/o Legale/i Rappresentante/i (e Direttore/i Tecnico/i); ciò in quanto si ritiene che la cessione/acquisizione di un'azienda "confonde" il profilo soggettivo dell'acquirente con quello del cedente e che quindi la P.A. appaltante ha il diritto/dovere di verificare il profilo di moralità non solo degli organi che rappresentano la società concorrente, ma anche di quelli della società che, nell'anno antecedente la gara indetta, sono stati acquisiti dalla concorrente medesima. Allo stesso

modo (Consiglio Giustizia amm. regione Sicilia n. 365/2012), nel caso di fusione – per unione o per incorporazione – tra due o più società, ha stabilito che le dichiarazioni da rendere ai sensi dell'art. 38 ai fini partecipativi devono provenire non solo dalla società incorporante ma anche dagli organi delle società incorporate, in quanto i profili soggetti delle medesime si "confondono" anche in tale caso.

Avv. Andrea Stefanelli

L'ADUNANZA PLENARIA CHIARISCE ANCHE LA NOZIONE DI "GRAVE VIOLAZIONE" NELLA REGOLARITÀ CONTRIBUTIVA AI SENSI DELL'ART. 38 D.LGS. N. 163/2006

ADUNANZA PLENARIA CONSIGLIO STATO, 4/5/2012,N.
8

Ai sensi dell'art. 38, comma 1) lett. i) D.Lgs.n. 163/2006, secondo cui è causa d'esclusione dalle gare le violazioni "gravi" alle norme in materia previdenziale e assistenziale, la nozione di "gravità" non può essere rimessa alla valutazione della P.A. appaltante "caso per caso", ma deve necessariamente desumersi dalla disciplina previdenziale ed, in particolare, dal documento unico di regolarità contributiva (DURC); ne consegue pertanto che la verifica della regolarità contributiva dei concorrenti è demandata agli istituti di previdenza, le cui certificazioni (DURC) vincolano le Stazioni appaltanti relativamente all'esclusione (o meno) dalle gare, senza che le PP.AA. appaltanti possano, in alcun modo, sindacare il contenuto del DURC che, se negativo, deve obbligatoriamente comportare l'estromissione dalla gara, non residuando alcuna discrezionalità in capo al Seggio di gara.

Avv. Andrea Stefanelli

RIMESIONE ALL'ADUNANZA PLENARIA CIRCA IL CORRETTO PROCEDIMENTO D'ADOPTARE DOPO CHE UNA GARA È STATA ANNULLATA OPPURE UN CONCORRENTE RIAMMESSO MA LA COMMISSIONE TECNICA ABBA NEL FRATTANTO COMPLETATO LA VALUTAZIONE DELLE OFFERTE

CONSIGLIO STATO, ORDINANZA 2/5/2012, N. 2515

Interessantissima ordinanza del Consiglio di Stato che rinvia all'Adunanza Plenaria l'annosa questione circa il corretto iter procedimentale da adottare nel caso di una gara, da aggiudicarsi all'offerta economicamente più vantaggiosa, in cui, a seguito di

un provvedimento giudiziale, è necessario rinnovare alcune fasi dell'iter di valutazione delle offerte tecniche – ma dopo che la Commissione Giudicatrice ha già avuto conoscenza delle offerte economiche delle concorrenti – oppure nel caso in cui una concorrente esclusa, al termine del procedimento di gara, venga giudizialmente riammessa e quindi la sua offerta (sia tecnica che economica) deve essere valutata, sebbene la Commissione di gara abbia già avuto contezza delle altre offerte (nonché dei punteggi finali alle medesime assegnati). L'ordinanza di rimessione conta 4 o 5 posizioni giurisprudenziali diversamente assunte, in questi anni, da parte dei TT.AA.RR. periferici nonché dello stesso Consiglio di Stato relativamente alla questione sollevata, invocando pertanto una decisione (che ci si augura definitiva) su un problema tanto complesso quanto delicato (ma, ahimè, anche facilmente riscontrabile) in molte pubbliche gare d'appalto.

Avv. Andrea Stefanelli

L'ISTANZA D' ACCESSO AGLI ATTI NELLA FASE ESECUTIVA DELL'APPALTO: SEGNALI DI APERTURA DA PARTE DELLA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA

CONSIGLIO DI STATO III° 16/5/2012, N. 2812

CONSIGLIO STATO V° 25/5/2012 N. 3079

L'art. 22 lett. b) L.N. 241/90 specifica come il diritto d'accesso non possa essere considerato quale azione volta al controllo generalizzato sull'attività della p.a., ma come strumento di tutela individuale d'interessi particolari, che devono trovare giustificazione in un interesse del singolo, posto in collegamento con una situazione giuridica tutelata dall'ordinamento. Nella materia degli appalti pubblici è tuttavia necessario fare una distinzione tra la fase relativa all'aggiudicazione, precedente la conclusione del contratto (e regolata quindi da atti avente forma e contenuto pubblicitario) dalla fase che fa seguito

alla stipula, quindi la fase d'esecuzione del contratto (in cui si applicano le norme del codice civile e che viene investita dalla giurisdizione del Giudice Ordinario). La questione affrontata nella sentenza in oggetto riguarda l'accessibilità degli atti relativi alla fase esecutiva di un contratto d'appalto; così il Consiglio di Stato, chiamato a pronunciarsi sulla legittimità dell'accesso richiesto da una società (Abbott S.r.l.), che non aveva partecipato ad una gara pubblica indetta da Soresa (Società regionale per la sanità della Campania) ma che, ciononostante, formulava richiesta di copia agli ordini (quindi già in fase contrattuale), motivando sul fatto che Soresa avrebbe, in seguito alla stipula, ampliato l'oggetto della commessa senza procedere, invece, all'indizione di una gara pubblica, ha diniegato detto accesso ma motivandolo non in merito alla "natura dell'atto" (in quanto già "contratto") ma solo (ed esclusivamente) in ragione di una carenza d'interesse del ricorrente che, come sopra ricordato, dev'essere attuale, concreto e diretto. Sempre in tema d'accesso, ma questa volta con riguardo alle modalità d'esecuzione dello stesso, è interessante segnalare un'altra pronuncia del Consiglio di Stato, (Sez. V 25 maggio 2012 n. 3079) in cui viene stabilita l'illegittimità di un generico invito espresso dalla P.A. appaltante a prendere visione degli atti di gara, qualora la ditta richiedente abbia formulato una specifica istanza che prevede il rilascio delle copie degli atti. "Orbene, poiché l'accesso agli atti può essere esercitato con diverse modalità (visione ed estrazione di copia, ovvero mediante il rilascio di copia), avendo la [...] optato per la modalità di rilascio di copia, l'amministrazione era tenuta a rilasciare copia degli atti indicando la somma dovuta per ottenere la copia, non essendo nella sua disponibilità scegliere altra modalità di esecuzione".

Dott. Fabio Caruso

DIRITTO DELLE IMPRESE

LEGITTIMO IL LICENZIAMENTO PER TELEFONATE PRIVATE SUL LUOGO DI LAVORO

CASS. CIV. SEZ. LAV. SENTENZA N° 5371 DEL 04/04/2012

Nuova pronuncia della Suprema Corte di Cassazione sull'annoso problema delle telefonate private fatte dai dipendenti sui luoghi di lavoro.

Occorre preliminarmente rammentare come, ai sensi dell'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori, al datore di lavoro risulti preclusa ogni possibilità di controllo, mediante apparecchiature o impianti di videosorveglianza, circa l'attività dei propri dipendenti e come l'eventuale prova raccolta con dette modalità risulterebbe in giudizio assolutamente inutilizzabile; d'altro canto, poi, pregia ricordare come il datore di lavoro possa licenziare il lavoratore che si dovesse rendere colpevole di telefonate sui luoghi di lavoro per circostanze diverse da quelle attinenti all'attività lavorativa, in quando detta attività compromette il rapporto fiduciario tra le parti. Ciò posto, dunque, il più delle volte il problema che si pone per il datore di lavoro è come "provare" le circostanze contestate (le telefonate) non potendo dimostrare che le stesse (telefonate) sono state appunto effettuate sul luogo di lavoro proprio dal dipendente che si intende licenziare.

In questo contesto s'inserisce la pronuncia in commento, relativa ad un lavoratore di una società di vigilanza privata che operava in appalto presso un ospedale del Sud Italia; la struttura ospedaliera, nel corso di una verifica per spese anomale di telefonia dalla postazione occupata da quel lavoratore nonché relativa al controllo egli ingressi notturni all'interno dell'ospedale, rilevava come le telefonate (di lunga durata) venivano registrate sempre nei turni di lavoro di quel singolo dipendente dalla società di vigilanza. Trasmesse dunque queste risultanze al datore di lavoro, questi, ritenuto grave il comportamento del proprio dipendente, lo licenziava per giusta causa. Nel corso dei vari gradi di giudizio il provvedimento datoriale veniva confermato, ed anche i giudici di legittimità respingevano il ricorso del lavoratore, in quanto le apparecchiature per controllare quell'utenza telefonica non erano state attivate dal datore di lavoro del soggetto licenziato ma dalla struttura ospedaliera, e pertanto non era stato leso l'art. 4 dello Statuto atteso che il

controllo – e la successiva sanzione comminata – non erano state esercitate per verificare le attività del lavoratore, ma poste in essere da un soggetto terzo, che non poteva avere quindi come obiettivo diretto quello della verifica dei lavoratori estranei ai propri dipendenti, ma della sola razionalizzazione delle spese sostenute per telefonate anomale. Per tali ragioni, verificato il carattere difensivo del licenziamento, teso ad evitare alla società di vigilanza la perdita dell'appalto con l'ospedale, ed accertato altresì il disvalore della condotta del dipendente che, durante le telefonate dallo stesso effettuate, non prestava la giusta attenzione al rischio d'intrusione nella struttura ospedaliera di soggetti non autorizzati, il licenziamento veniva confermato.

Avv. Andrea Marinelli

IL GIUDICE "SANZIONA" LA MANCATA PARTECIPAZIONE ALLA MEDIAZIONE

TRIBUNALE DI TERMINI IMERESE, PROVVEDIMENTO DEL GIUDICE ISTRUTTORE DELL'UDIENZA DEL 09/05/2012

Probabilmente molti pensavano restasse "solo sulla carta" la previsione dell'articolo l'art. 8, comma 5, del d.lg.vo n. 28 del 2010 secondo cui il giudice può condannare la parte che, nei casi di mediazione obbligatoria, non partecipa al procedimento senza giustificato motivo al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma corrispondente al contributo unificato.

A quanto pare invece i giudici hanno intenzione di applicare questa norma.

Tra i primi a farlo il Giudice del Tribunale di Termini Imerese che ha applicato la "sanzione" prevista in caso di mancata partecipazione alla mediazione perché le motivazioni addotte dai non presenti nel procedimento non ne giustificavano l'assenza. Di seguito i dettagli del provvedimento del Giudice.

Il giudice di Termini Imerese ordina alle parti in corso di causa di procedere ad un tentativo di mediazione poiché la materia oggetto della controversia rientrava tra quelle obbligatorie. L'attore procede alla presentazione della domanda ma i convenuti non partecipano e la mediazione termina con un verbale negativo a causa della mancata partecipazione. Quindi il processo riprende a seguito della mancata

conciliazione e davanti al giudice i convenuti giustificavano la propria assenza *“affermandone la inutilità in ragione del fatto che tale tentativo era stato espletato dopo la sezione civile proposizione del giudizio ed affermando l’impossibilità di una rinuncia anche parziale alle contrapposte ragioni delle parti “anche in ragione della acclarata ed atavica litigiosità tra le suddette”*

Secondo il Giudice l’assenza dei convenuti non era giustificata.

In particolare per il Giudice le *“giustificazioni addotte non possono in alcun modo ritenersi valide, in considerazione del fatto che l’espletamento del tentativo obbligatorio di mediazione anche successivamente alla proposizione della controversia è espressamente contemplato dall’art. 5 del decreto legislativo n. 28/2010, ed in considerazione altresì del fatto che la sussistenza di una situazione di litigiosità tra le parti non può di per se sola giustificare il rifiuto di partecipare al procedimento di mediazione, giacché tale procedimento è precipuamente volto ad attenuare la litigiosità, tentando una composizione della lite basata su categorie concettuali del tutto differenti rispetto a quelle invocate in giudizio e che prescindono dalla attribuzione di torti e di ragioni, mirando al perseguimento di un armonico temperamento dei contrapposti interessi delle parti”*

Quindi i convenuti che non hanno partecipato alla mediazione sono stati condannati al versamento in favore dell’Erario di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio in virtù della ingiustificata mancata partecipazione al procedimento obbligatorio di mediazione.

Avv. Alessandra Delli Ponti

MEDIAZIONE OBBLIGATORIA: AGGIRATA IN TEMA DI RISARCIMENTO PER DANNI DERIVANTI DALLA CIRCOLAZIONE DEI VEICOLI

SENTENZA G. DI P. NAPOLI 23/3/2012

Con una sentenza del 23/3/2012 il Giudice di Pace di Napoli ha fornito un’interpretazione, in materia di mediazione obbligatoria relativa ad una richiesta risarcitoria derivante dalla circolazione di autoveicoli, certamente originale ma che, qualora dovesse trovare generale accoglimento, porterebbe di fatto alla disapplicazione dell’istituto della mediazione. In un giudizio avanti a detto Giudice di pace, infatti, una parte aveva eccepito l’improcedibilità della domanda

promossa dall’attore a causa del mancato esperimento del tentativo di conciliazione ed il Giudice ha respinto detta eccezione argomentando in base al dettato dell’art. 311 cpc, secondo cui è previsto che il procedimento dinanzi al G.d.P. sia regolato dalle norme del Titolo II del Libro II del Codice di Procedura Civile e che solo per ciò che non è ivi espressamente regolato possono trovare applicazione le norme sul procedimento avanti al Tribunale in composizione monocratica. A ciò s’aggiunga poi che il procedimento innanzi al Giudice di Pace prevede già sia una fase di tentata conciliazione in sede contenziosa (ex art. 320, comma 1 c.p.c.), sia una fase di tentata conciliazione in sede non contenziosa (ex art. 322 c.p.c.), tanto da prevedere – in entrambi i casi – che l’eventuale processo verbale di conciliazione sottoscritto dalle parti costituisca poi titolo esecutivo fra le medesime. Poiché il D.Lgs.n. 28/2010 (quello che ha introdotto la mediazione obbligatoria) non dispone espressamente l’abrogazione dei succitati artt. 320 e 322 c.p.c., da ciò ne deriva, secondo il Giudice di pace napoletano, che nel procedimento avanti allo stesso vadano applicate dette due ultime disposizioni (anzichè il D.Lgs. n. 28/2010), norme peraltro introdotte a suo tempo nei giudizi avanti i G.d.P. proprio con l’intento di favorire la conciliazione e, dunque, con il medesimo intento deflattivo di cui al D.Lgs. 28/2010.

Avv. Eleonora Lenzi

INFORTUNIO SUL LUOGO DI LAVORO – IL CONTENUTO PRECETTIVO DELL’ART. 2087 C.C. – CORESPONSABILITÀ DEL DATORE DI LAVORO

CASS. CIV. SEZ. LAVORO – SENT. 6337/2012

Una recente sentenza della Corte Suprema di Cassazione (Sez. Lavoro) ha stabilito o, per meglio dire, ha confermato alcuni principi relativi alla (annosa) questione concernente gli infortuni sul luogo di lavoro. Il fatto in questione riguardava un incidente mortale occorso ad un lavoratore il quale, nell’utilizzare in cantiere la betoniera collegata (per il suo funzionamento) con l’energia elettrica, rimaneva folgorato nel tentativo d’operare un collegamento tra detta betoniera ed il cavo d’alimentazione della corrente in tensione, mentre regole di prudenza avrebbero imposto di disattivarla prima di procedere a detto collegamento. A carico del datore di lavoro il Giudice d’appello ravvisava tuttavia gravi violazioni delle norme di prevenzione degli infortuni sul lavoro,

quali il pessimo stato della betoniera, l'assenza dell'interruttore differenziale salvavita ecc.. La Corte di Cassazione ha confermato che nè il dipendente, nè il datore di lavoro potevano andare esenti da colpa nella causazione dell'infortunio sul lavoro, così riconoscendo un concorso di colpa al 50%. La difesa del datore di lavoro, tuttavia, già in sede di appello lamentava la propria totale estraneità in quanto:

1) il tentativo di operare un collegamento diretto tra la betoniera ed il cavo di alimentazione non rientrava nelle mansioni del lavoratore (essendo egli manovale generico), ragion per cui la sua condotta autonoma (che gli costava la vita) era da considerarsi abnorme, arbitraria ed imprevedibile da parte del datore di lavoro,

2) non vi era alcuna necessità di predisporre un interruttore differenziale in mancanza di una specifica disposizione antinfortunistica in tal senso. Diverse, invece, le conclusioni cui è giunta la Suprema Corte al riguardo.

Premesso infatti che era pacifico che il dipendente stesse lavorando nel cantiere e che fosse morto, fulminato, mentre era intento nella sua attività lavorativa, non si poteva di conseguenza sostenere che l'infortunato stesse facendo qualcosa che esulava dalle consuete mansioni affidategli, ragion per cui la Cassazione ha respinto le tesi difensive datoriali richiamando il contenuto precettivo dell'art. 2087 c.c.; detta disposizione, fondata sul generico dovere di prudenza, diligenza, osservanza delle norme tecniche e di esperienze – parallela all'art. 43 codice penale – stabilisce che l'imprenditore è tenuto ad adottare tutte le misure che secondo le particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro avendo tale precetto, come tutte le clausole generali, funzione di adeguamento dell'ordinamento alla sottostante realtà socio-economica e, pertanto, "valevole a supplire alle lacune di una normativa che non può prevedere ogni fattore di rischio con adeguamento di essa al caso concreto".

La sicurezza del lavoratore, pertanto, secondo la Cassazione costituisce un bene di rilevanza costituzionale che impone – a chi si avvalga di una prestazione eseguita in stato di subordinazione – d'anteporre al proprio (legittimo) profitto la sicurezza di chi esegue tale prestazione, adottando ogni cautela che lo specifico contesto lavorativo

necessariamente richieda (vedasi anche Cass.Civ., n. 17314/2004).

avv. Adriano Colombari

RITARDO DELLA P.A. E RISARCIMENTO DEL DANNO: UN MATRIMONIO NON COSÌ SEMPLICE DA CELEBRARSI.

TAR CALABRIA CATANZARO, SEZ. I SENT. N. 450 DEL 14/5/2012

Non è risarcibile il c.d. danno da ritardo, ossia quello cagionato dalla mancata decisione della amministrazione entro i termini procedurali previsti dalla legge, laddove il cittadino avrebbe potuto evitarne la causazione utilizzando gli ordinari strumenti di tutela previsti dall'ordinamento.

Questo il principio affermato dal giudice amministrativo calabrese nella decisione in commento.

Il TAR in questione veniva chiamato a pronunciarsi su ricorso di una società che anni prima aveva richiesto ad un comune calabrese ed alla Regione Calabria una concessione demaniale per poter realizzare e gestire un porticciolo turistico. Trascorso già molto tempo dall'originaria istanza, Regione e Comune si erano sostanzialmente rimpallati la competenza per il rilascio del provvedimento, indicendo una serie di inutili a quel punto adempimenti istruttori non previsti peraltro dalla legge e lasciando il procedimento amministrativo in una fase di stallo sine die che veniva sanzionata dallo stesso giudice amministrativo calabrese che annullava in quell'occasione i provvedimenti comunali e regionali. La società istante, vista la perdurante inerzia delle amministrazioni, le sollecitava nuovamente mediante formale messa in mora a concludere il procedimento avviato già da tempo con il rilascio della concessione richiesta. Non avendo ottenuto alcuna risposta dagli Enti, la società istante proponeva ricorso al TAR Calabria chiedendo il risarcimento dei danni cagionati dal silenzio della amministrazione pubblica a seguito della prima sentenza del giudice amministrativo e dei solleciti inoltrati per ottenere la concessione.

Tra le componenti di danno risarcibile la società istante includeva pure il c.d. "danno da perdita di chance" consistente nella perdita della possibilità di un risultato favorevole, e dunque chiedendo sia il rimborso delle ingenti spese sostenute sia il corrispettivo dei canoni di ormeggio e gestione che avrebbe potuto ricavare dai potenziali ormeggiamenti dei posti barca realizzandi come da progetto.

Netta la risposta del TAR Calabria al ricorso della società in questione.

Non v'è dubbio, ammette il giudice amministrativo, che a mente dell'art. 2 bis della L 241/1990, sia risarcibile il danno cagionato dal mero mancato rispetto da parte di una pubblica amministrazione del termine per la conclusione del procedimento previsto dalla legge. Purché, tuttavia, tale danno sia ingiusto e la condotta dell'amministrazione dolosa o colposa, secondo lo schema dell'art. 2043 c.c. . A condizione, inoltre, che il privato che aspiri ad ottenere un provvedimento amministrativo non concorra colposamente con la propria condotta al mancato raggiungimento del risultato.

In sostanza al cittadino non si chiede solamente di tenere una condotta che eviti l'aggravamento del danno che poi si cagiona per l'inerzia oltre i termini previsti dall'amministrazione, ma che adotti tutte

“quelle condotte, anche positive, esigibili, utili e possibili, rivolte ad evitare o ridurre il danno”.

Insomma, il giudice amministrativo ha ritenuto sussista in capo al privato un obbligo di promuovere le azioni, anche giudiziali (rito semplificato avverso il silenzio della), che “non avrebbero implicato un sacrificio significativo ed avrebbero inciso” elidendo del tutto o riducendo significativamente il danno poi cagionatosi.

Danno che in definitiva il TAR Calabria ritiene causato non solo dall'inerzia dell'amministrazione ma pure dalla condotta contraria all'ordinaria diligenza ed alla buona fede del privato istante. Il quale, pertanto, ai sensi dell'art. 30 comma 3 del Codice del Processo amministrativo, non può essere risarcito.

Avv. Edoardo Di Gioia

DIRITTO DELLA SANITÀ

RESPONSABILITÀ DELLA CASA DI CURA ANCHE SE IL MEDICO NON È DIPENDENTE”

TRIB. PIACENZA 6.3.2012 N. 146

TRIBUNALE DI NOLA – SEZ. II; SENT. DEL 16.01.2012

Due sentenze a distanza di due mesi che sanciscono un principio giurisprudenziale che potremmo ormai definire pacifico: la casa di cura risponde dei danni causati al paziente anche quando il medico è libero professionista esterno, scelto dal paziente stesso.

In altre parole: anche quando è accertata la colpa del medico in via esclusiva – senza che emergano profili autonomi di responsabilità in capo alla struttura sanitaria (cd. colpa organizzativa), la casa di cura risponde comunque dei danni in solido col medico, quand’anche ciascuno di essi abbia stipulato col malato un contratto distinto ed autonomo; ciò in ragione del fatto che la prestazione della casa di cura e quella del medico sono collegate così strettamente da configurare una obbligazione soggettivamente complessa con prestazione indivisibile ad attuazione congiunta, con la conseguenza che l’inadempimento di uno soltanto dei coobbligati obbliga anche l’altro al risarcimento.

Si riportano alcuni passaggi “illuminanti” della sentenza di Nola: *“traendo la casa di cura un utile dall’attività l’impresa ospedaliera non può sottrarsi ai conseguenti rischi, poichè all’adempimento dell’obbligazione è collegata la remunerazione della prestazione promessa, comprendente anche il costo inteso come rischio dell’esercizio dell’attività di impresa...”* e ancora *“... se quindi l’utilizzo di un determinato professionista costituisce elemento rilevante per l’impresa commerciale, al fine di implementare la proprio notorietà sul mercato, appare conseguenziale che la stessa struttura debba rispondere dell’operato di tali ausiliari, laddove questi non abbiano adempiuto pienamente le obbligazioni contrattuali assunte”*

Avv. Silvia Stefanelli

I PROCEDIMENTI DISCIPLINARI DEVONO CONCLUDERSI IN 5 ANNI

CORTE DI CASSAZIONE, N. 3706 DEL 9 MARZO 2012

Il procedimento disciplinare nei confronti dei medici deve concludersi in cinque anni.

È quanto ribadito con la recente sentenza della Corte di Cassazione, n. 3706 del 9 marzo 2012.

Nella fattispecie esaminata dalla Suprema Corte, un Consiglio dell’Ordine dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri applicava a un proprio iscritto la sanzione disciplinare della sospensione di un mese dall’esercizio della professione, per pubblicità scorretta.

In particolare, al sanitario veniva addebitata l’esposizione mediante targa, e inserimento nelle Pagine Gialle, di un testo, concernente la propria qualificazione professionale, diverso da quello autorizzato dall’Ordine, essendo stato pubblicizzato un testo in cui la specificazione “estetica” seguiva a medicina e chirurgia, nonostante la specificazione fosse stata espunta in sede di autorizzazione rilasciata dall’Ordine Professionale.

La Commissione Centrale per gli esercenti le professioni sanitarie rigettava il ricorso proposto dal medico, il quale impugnava il provvedimento dinanzi la Corte di Cassazione.

La Suprema Corte, alla luce dei motivi sollevati con ricorso del sanitario, rigettava il medesimo ritenendo del tutto ingiustificate le difese sollevate dal medico.

L’ordine, infatti, aveva espunto il termine estetica, mancando il necessario titolo di specializzazione e avendo il medico adottato solo un “diploma attestato” conseguito presso un Ospedale.

Nelle sue motivazioni, la Corte rigettava anche il primo motivo sollevato con ricorso del medico, con il quale si riteneva ormai prescritta l’azione disciplinare, essendo decorsi più di cinque anni dalla data dell’interruzione, avvenuta con la sua convocazione dinanzi al Consiglio dell’Ordine, alla data del deposito della decisione.

Per tale ragione, la Suprema Corte ribadiva un principio ormai pacifico nella giurisprudenza di legittimità, secondo cui: in base a quanto disposto dal D.P.R. n. 221/1950, il procedimento disciplinare nei confronti degli esercenti una professione sanitaria deve concludersi entro cinque anni a pena di prescrizione dell’azione, salvo il compimento di atti interruttivi.

Si considera tale la delibera del Consiglio dell’Ordine di apertura del procedimento disciplinare, ma non anche la convocazione del medico davanti al Presidente del Consiglio dell’Ordine.

Tale conclusione si fonda sulla considerazione che la previsione di un termine di prescrizione che delimita

nel tempo l'inizio dell'azione disciplinare, vale ad assicurare il rispetto dell'esigenza che il tempo per l'applicazione della sanzione non sia protratto in modo indefinito.

Esigenza che resterebbe frustrata se si riconoscesse capacità interruttiva anche alla convocazione.

Dott.sa Claudia Patti

NON PUÒ ESSERE CONVERTITO A TEMPO INDETERMINATO IL RAPPORTO DI LAVORO CON UN ENTE PUBBLICO ANCHE OVE, IN ALCUNI CASI, VENGANO IMPARTITI "ORDINI".

TRIBUNALE DI MILANO – SEZ. LAVORO– SENT. 16/03/2012

La ricorrente chiamava in giudizio la Fondazione presso la quale aveva esercitato la professione deducendo di aver svolto per tale convenuta attività, in via di fatto, di carattere subordinato. La ricercatrice sostenendo la natura privatistica del rapporto lavorativo ricorreva al Tribunale di Milano al fine di ottenere la conversione del rapporto di lavoro in una relazione di tipo subordinato a tempo indeterminato. La Fondazione si costituiva regolarmente in giudizio contestando la pretesa attorea e sostenendo in particolare:

- la natura pubblicistica della struttura;
- l'impossibile conversione del rapporto di lavoro da tempo determinato a subordinato indeterminato, causa i divieti esistenti in materia di pubblico impiego che impongono il concorso pubblico quale meccanismo di selezione a presidio delle

esigenze di imparzialità ed efficienza dell'azione amministrativa (ex. art. 97 Cost.);

L'adito Tribunale rigettava il ricorso in primo luogo in quanto acclarata la natura pubblicistica della struttura, un ex Istituto di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico regolarmente autorizzato, ai sensi di quanto previsto dagli artt. 2 e 3 del D.Lgs. 288/2003, alla trasformazione in "fondazioni di rilievo nazionale (...) aperte alla partecipazione di soggetti pubblici e privati". In secondo luogo, in via del tutto consequenziale al riconoscimento della natura pubblicistica della resistente, il Giudice ha evidenziato l'inapplicabilità alla fattispecie delle norme di cui agli artt. 61 e ss del D. lgs. 276/2003 – che esigono la riconducibilità del rapporto di collaborazione coordinata e continuativa ad un progetto– prevista dallo stesso Decreto Biagi all'art. 1 comma II:

"Il presente decreto non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni e per il loro personale."

Ad abundantiam il Tribunale si preoccupa inoltre di specificare che il rapporto lavorativo illustrato dalla ricorrente nell'atto introduttivo del giudizio non può che confermare la natura autonoma dell'esecuzione dell'incarico. L'attore infatti descrive come le direttive impartite dal primario, compatibili con un rapporto di collaborazione, solo "in alcuni casi" divenivano "veri e propri ordini" lasciando intendere che la prevalente autonomia del rapporto lavorativo fosse soltanto sporadicamente minacciata dall'impartizione di ordini da parte del primario.

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](https://twitter.com/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

