

STUDIO LEGALE

# STEFANELLI & STEFANELLI



LETTERA INFORMATIVA  
SETTEMBRE 2013

In questo numero

## Ultime dallo studio

### Appalti

- DECRETO-FARE: le novità in materia di appalti
- REQUISITI MORALI: la dichiarazione ex art. 38 D.lgs. n. 163/06 è obbligatoria anche per i procuratori speciali ?
- ACCESSO ATTI: quando è consentito l'accesso ai verbali ispettivi dell'INPS
- Silenzio della PA: il pronunciamento dell'organo consultivo non costituisce valida risposta al privato!
- L'incameramento della cauzione consegue

### Imprese

- PAGAMENTI P.A.: emanate le Linee-guida per i pagamenti elettronici
- CONTRATTO DI RETE: iscrizione nel Registro Imprese dei contratti di rete con soggettività giuridica
- OBBLIGHI SICUREZZA: la ripartizione degli obblighi di sicurezza e delle responsabilità nelle ipotesi di distacco del lavoratore
- CONTRATTI A TERMINE: Focus sui contratti a termine dopo le modifiche introdotte dal Decreto-Lavoro Dispositivi medici: nuovi termini per concludere la registrazione in Banca Dati
- PUBBLICITÀ E PRIVACY: le nuove norme del garante

### Sanità

- Quel consenso "difettoso" sottoposto dalla segretaria
- Stop della Cassazione alla sottoscrizione di moduli prestampati pre-intervento
- DANNO "ESISTENZIALE": sì' al risarcimento se si verifica una modificazione peggiorativa della vita quotidiana

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  
AVV. CLAUDIA PATTI  
DOTT. FEDERICO BRESCHI  
DOTT. ANNAMARIA CICERONE  
DOTT. SILVIA PARI  
DOTT. FABIO CARUSO

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



## ULTIME DALLO STUDIO



BOLOGNA 15 OTTOBRE 2013-07-05

### **GLI APPALTI IN SANITÀ'**

**Docenti: avv. Andrea Stefanelli e avv. Silvia Stefanelli**

Per informazioni e iscrizioni: <http://www.convegni.maggioli.it/vedicorso.php?id=1023-Convegno-GLI-APPALTI-IN-SANITA->

### ***CRITICITA' E RIMEDI NELLE GARE D'APPALTO***

**Milano 25 ottobre 2013,**

Incontro organizzato da **Roga Italia**

Tra i relatore: avv. Andrea Stefanelli

Il programma completo è disponibile al link:

<http://www.studiolegalestefanelli.it/diritto-degli-appalti/convegni/strategie-di-gara-52458eebe0aa730d9f10cd2f.html>

### **ESSERE COMPETITIVI CON IL CONTRATTO DI RETE**

**22 ottobre 2013 dalle 9.30 alle 12.30 , presso lo Studio Legale Stefanelli**

Incontro informativo gratuito sul Contratto di Rete.

Relatori:

avv. Silvia Stefanelli e avv. Eleonora Lenzi – Studio Legale Stefanelli

dott. Gianluca Chiarioni

Per informazioni o iscrizioni: [a.delliponti@studiolegalestefanelli.it](mailto:a.delliponti@studiolegalestefanelli.it)

## Per approfondimenti

Chiunque fosse interessato a ricevere copia dei documenti relativi alle notizie segnalate può richiederla direttamente all'indirizzo [s.stefanelli@studiolegastefanelli.it](mailto:s.stefanelli@studiolegastefanelli.it)

## APPALTI

### DECRETO-FARE: LE NOVITÀ IN MATERIA DI APPALTI

D.L. 21/6/2013 N. 69 CONV. LEGGE 9/8/2013, N. 98

Con la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana in data 20/8/2013 (e conseguente entrata in vigore il successivo 21/8/2013) il cd. "Decreto-Fare" diventa definitivamente legge; ecco in sintesi le più importanti novità in materia di appalti pubblici:

**art. 13-bis:** entro 180 gg. verranno pubblicate le Linee-guida per l'accreditamento di conformità delle piattaforme tecnologiche per le aste on-line e per il mercato elettronico, utilizzabili per gli acquisti di beni e servizi di IT;

**art 19:** sono apportate alcune novità agli artt. 143, 144, 154, 174 e 175 del D.Lgs.n. 163/06 in materia di Concessioni e di Finanza di progetto;

**art. 21:** il termine di cui all'art. 357, comma 5 del D.P.R n. 207/2010 (Regolamento d'esecuzione del D.Lgs.n. 163/06) è prorogato al 30/6/2014 relativamente all'entrata in vigore dell'obbligo della cd. "Garanzia globale di esecuzione";

**art. 26:** sono prorogati i seguenti termini dell'art. 253 D.Lgs.n. 163/06, ovvero:

- al 31/12/2015 quello delle SOA relativamente alla dimostrazione del requisito della cifra d'affari realizzata con lavori svolti mediante attività diretta ed indiretta, dell'adeguata dotazione di attrezzature tecniche e dell'adeguato organico medio annuo;
- al 31/12/2015 per la dimostrazione dei requisiti di capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria per le procedure

d'affidamento di incarichi di progettazione;

- al 31/12/2015 quello d'applicazione, per le stazioni appaltanti, delle disposizioni di cui agli artt.122, comma 9 (esclusione automatica delle offerte anomale nelle gare per lavori d'importo inferiore a 1.000.000 €) ed 124, comma 8 (esclusione automatica delle offerte anomale nelle gare per forniture e servizi d'importo inferiore a 100.000 €);

**art. 26-bis:** E' poi previsto l'obbligo, nella determina a contrarre relativa all'indizione di una gara, di motivare la NON suddivisione in lotti dell'appalto (art. 2, comma1-bis D.Lgs.n. 163/06), in quanto la suddivisione in lotti di una procedura ad evidenza pubblica diventa regola generale (vds. anche modifiche all'art. 6, comma 5° ed all'art. 7, comma 8);

**art. 26-ter:** per le gare di lavori indette dopo il 21/8/2013 e fino al 31/12/2014 è consentita l'anticipazione del 10% dell'importo contrattuale a favore dell'appaltatore;

**art. 31:** sono apportate sostanziali modifiche alla disposizioni in materia di DURC:

- è soppresso l'obbligo del DURC per la concessione di benefici normativi e contributivi;
- viene eliminato l'obbligo di richiesta del DURC per i lavori privati di manutenzione (quando non si ricorre ad imprese in economia);
- viene confermato l'obbligo di acquisizione d'ufficio del DURC (art. 38, comma 3° D.Lgs.n. 163/2006), anche per i pagamenti (art. 118, comma 6);
- le stazioni appaltanti che rinvergono un DURC irregolare devono trattenere la somma di cui l'appaltatore risulta debitore

e versarla direttamente agli Enti previdenziali e assicurativi o alle Casse edili;

- le amministrazioni devono acquisire (d'ufficio) il DURC per la verifica delle dichiarazioni ex art. 38, per l'aggiudicazione e stipula del contratto d'appalto, per il pagamento dei SS.AA.LL. e per il rilascio del certificato di collaudo;

- il DURC ha validità 120 gg. e può venir utilizzato anche per tutte le altre cause (oltre a quelle sopraevidenziate); inoltre le PP.AA., dopo la stipula contrattuale, devono acquisire il DURC d'ufficio ogni 120 gg. ed inoltre devono acquisirlo (sempre d'ufficio anche relativamente i subappaltatori);

- è inoltre previsto che gli Enti preposti al rilascio del DURC, prima di emettere un DURC negativo, invitino gli interessati a regolarizzare la loro posizione entro un termine non superiore a 15 gg., indicando specificamente le cause della loro "non regolarità";

- infine la durata di 120 gg. del DURC vale anche per i lavori edili privati.

**art. 32:** sono apportate alcune modifiche anche al D.lgs.n. 81/2008, tra cui è disposto:

- che non è piu' necessaria la predisposizione del DUVRI nel caso di servizi di natura intellettuale, di mere forniture di materiale e di lavori o servizi la cui durata non è superiore a 5 uomini-giorno (intesa come somma delle giornate-lavoro necessarie per effettuare lavori o servizi, considerata con riferimento all'arco temporale di 1 anno);

- è poi modificato l'art. 131 D.Lgs.n. 163/06 con la previsione di predisposizione di modelli semplificati per la redazione del piano di sicurezza e coordinamento;

- è infine modificato l'art. 82 D.Lgs.n. 163/06 con l'introduzione del comma 3-bis in cui è previsto che anche nelle gare al

prezzo piu' basso detto prezzo dev'essere determinato "al netto delle spese relative al costo del personale valutato sulla base dei minimi salariali";

**art. 49-ter:** viene infine stabilito che a far data dal 7/11/2013 la documentazione comprovante il possesso dei requisiti generali, quelli tecnico-professionali e quelli economico-finanziari deve essere acquisita esclusivamente attraverso la Banca-dati di cui all'art. 6-bis D.Lgs.n. 163/06.

avv. Andrea Stefanelli

#### **REQUISITI MORALI: LA DICHIARAZIONE EX ART. 38 D.LGS. N. 163/06 È OBBLIGATORIA ANCHE PER I PROCURATORI SPECIALI ?**

TAR TOSCANA, I°, 10/9/2013, N. 1258

Il Tar Toscana si è trovato ad affrontare la dibattuta questione relativa all'applicabilità, anche ai procuratori delle imprese partecipanti ad una gara di appalto, degli obblighi dichiarativi sanciti dall'art. 38 D.lgs. n. 163/06.

Sul punto due diversi orientamenti giurisprudenziali da sempre si contrappongono: da un lato vi è chi sostiene che i procuratori sarebbero da assimilarsi agli amministratori delle società e quindi, come tali, titolari di un significativo ruolo decisionale e gestionale all'interno dell'impresa, al punto da giustificare l'assoggettamento all'obbligo della dichiarazione ex art. 38 D.lgs. n. 163/06, dall'altro lato invece alberga chi sostiene che l'obbligo di dichiarazione sarebbe circoscritto ai soli amministratori muniti di poteri di rappresentanza legale della società (oltre anche ai Direttori tecnici), con esclusione quindi dei procuratori speciali.

Il Tribunale fiorentino, pur facendo presente che sul punto si attende una decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, per risolvere la questione sottopostogli ha tuttavia deciso di aderire all'indirizzo che limita gli obblighi dichiarativi ai soli amministratori

muniti di poteri di rappresentanza, ritenendo che l'applicazione dell'art. 38 richiede la coesistenza di due requisiti, ovvero la carica formale d'amministratore ma altresì pure la titolarità del potere amministrativo, ragion per cui l'onere di dichiarazione ex art. 38 non può trovare applicazione nei confronti di coloro che, seppur muniti di poteri di rappresentanza, non siano anche amministratori della società concorrente alla gara.

avv. Claudia Patti

#### **ACCESSO ATTI : QUANDO È CONSENTITO L'ACCESSO AI VERBALI ISPETTIVI DELL'INPS**

CONS.STATO, VI°, 31/7/2013 N. 4035

Il diritto d'accesso agli atti pubblici è da considerarsi soggetto a limitazioni solo qualora si scontri con altre posizioni soggettive tutelate dall'ordinamento.

Nel caso in questione una società (che era stata chiamata a rispondere in solido di alcune sanzioni pecuniarie) si era vista negare dall'INPS l'accesso al verbale d'accertamento degli Ispettori del lavoro relativamente alla violazione di obblighi contributivi e previdenziali (di cui era stata condannata a pagare in solido), in quanto detto ricorso era stato notificato alla sola società obbligata al pagamento della sanzione e non anche ai singoli dipendenti della stessa.

In detto caso si scontrano chiaramente il diritto d'accesso (della società istante) con quello alla riservatezza (dei lavoratori che hanno rilasciato le dichiarazioni) ed, a tal riguardo, l'art. 24 L.n. 241/90 preveda la possibilità di sottrarre particolari documenti (che riguardino la vita privata e la riservatezza delle persone fisiche) tramite l'adozione d'apposito regolamento ed i documenti contenenti notizie acquisite nel corso d'attività ispettive risultano espressamente classificati, dal Decreto Ministeriale 4/11/1994 n. 757/1994, proprio tra quelli "particolari" sottraibili all'accesso.

Già in passato, pertanto, il Consiglio di Stato aveva negato l'accesso alla documentazione acquisita dagli ispettori Inps nell'ambito della loro attività di controllo (Cons.Stato, VI°, 27/01/1999 n. 65), precisando tuttavia come occorra valutare "caso per caso" quando debba prevalere il diritto alla riservatezza rispetto a quello di pieno accesso ai documenti richiesti.

Anche nel caso in questione il supremo Consesso di giustizia amministrativa nega dunque l'ostensione documentale ma tuttavia in ragione di un'altra argomentazione, ovvero a causa dell'omessa notifica del ricorso anche ai lavoratori che avevano rilasciato le dichiarazioni agli Ispettori del lavoro; infatti, argomenta il Consiglio di Stato, i lavoratori a cui si riferivano le omissioni contributive si trovano in una posizione contrapposta tanto rispetto alla società datrice di lavoro (che ha omesso i versamenti) quanto nei confronti della società ricorrente (che è stata chiamata a rispondere in solido delle sanzioni pecuniarie comminate) e pertanto l'omessa notifica del ricorso a detti lavoratori non consente loro di difendersi ovvero di salvaguardare la propria riservatezza.

Per questo motivo, quindi, il diritto d'accesso deve essere negato.

Dott. Fabio Caruso

#### **SILENZIO DELLA PA: IL PRONUNCIAMENTO DELL'ORGANO CONSULTIVO NON COSTITUISCE VALIDA RISPOSTA AL PRIVATO!**

TAR SICILIA PALERMO SENT. 10 SETTEMBRE 2013  
N. 1671

**Solo il provvedimento finale ha rilevanza ai fini del rispetto da parte dell'Amministrazione del termine per la conclusione del procedimento ex art. 2 L 241/1990.** A tal fine invece a nulla rileva il pronunciamento di un organo consultivo che ha rilievo meramente interno.

Questo il principio sancito, o meglio confermato dal giudice amministrativo palermitano nella sentenza in commento.

### **IL FATTO**

Nel caso considerato dal TAR un professore dell'Università di Palermo aveva richiesto di essere trasferito ad un Dipartimento diverso da quello in cui era inquadrato, senza ottenere tuttavia alcun riscontro dall'amministrazione. Successivamente era venuto a conoscenza per vie informali di una determinazione di sospensione del procedimento adottata dal Senato Accademico. Il professore aveva dunque impugnato il silenzio dell'Amministrazione non essendoci stato alcun riscontro alla propria istanza da parte dell'Organo competente (il Rettore).

### **LA DECISIONE**

Il TAR Palermo ha accolto il ricorso statuendo una volta di più come gli atti interni al procedimento non equivalgono ad un provvedimento finale, l'unico in grado di rappresentare una risposta definitiva all'istanza di tutela inoltrata dal provato alla Amministrazione. In particolare il

provvedimento può essere adottato solo dall'Organo competente e **per nulla rilevano pareri o altri atti di Organi, quali quelli consultivi, che per definizione non hanno il potere di decidere e dunque di stabilire in via definitiva l'assetto degli interessi in gioco.**

La sentenza è sostanzialmente in linea con la giurisprudenza ormai pacifica in tema di inadempimento della PA all'obbligo di conclusione del procedimento. In tale materia, ormai, a una piena tutela offerta dalla giurisdizione amministrativa ex art. 117 cpa, corrisponde, l'implementazione, sul piano amministrativo di strumenti, come quelli previsti con l'art. 2 L 241/1990, in ipotesi sempre più efficaci per contenere la tendenza alla mancata risposta che ancor oggi non si riesce a superare del tutto in molte amministrazioni pubbliche.

Avv. Edoardo Di Gioia

## IMPRESE

### SOCIETA'

**PAGAMENTI P.A.: EMANATE LE LINEE-GUIDA  
PER I PAGAMENTI ELETTRONICI**  
AGENZIA ITALIA DIGITALE – SPECIFICHE ATTUATIVE  
(VERSIONE 1.0.1 – LUGLIO 2013)

[WWW.DIGITPA.GOV.IT](http://WWW.DIGITPA.GOV.IT)

Le Linee-guida predisposte dall'Agazia per l'Italia digitale delineano le attività che le PPAA ed i gestori di pubblici servizi dovranno mettere in atto per consentire l'esecuzione dei pagamenti attraverso strumenti elettronici, tenendo conto del quadro di riferimento rappresentato dal D.Lgs. 82/2005 "Codice dell'amministrazione digitale" (CAD) e dalle sue successive modifiche e/o integrazioni.

Tenute ad accettare i pagamenti elettronici sono tutte le Pubbliche Amministrazioni, le società interamente partecipate da enti pubblici (o con prevalente capitale pubblico) nonché i gestori di pubblici servizi, quando richiedono pagamenti agli utenti per i servizi resi loro; le operazioni di pagamento afferiscono a quanto dovuto agli enti creditori a seguito di obblighi di legge, all'erogazione di servizi e, comunque, per pagamenti dovuti a qualsiasi titolo.

I pagamenti elettronici potranno essere effettuati sia tramite bonifico (bancario o postale), oppure attraverso bollettino postale nonché con versamenti effettuati con carte di debito, di credito o prepagate.

L'Agazia per l'Italia digitale ha inoltre predisposto una piattaforma tecnologica, idonea ad assicurare l'interconnessione e l'interoperabilità tra le PPAA ed i prestatori di servizi di pagamento (c.d. "nodo dei pagamenti-SPC") e le PPAA dovranno necessariamente aderire a tale piattaforma, ferma restando la possibilità di ottenere l'autorizzazione ad utilizzare sistemi alternativi, ma solo in via transitoria (e non

oltre il 31/12/2015); al contrario i gestori di pubblici servizi potranno continuare a ricevere pagamenti a mezzo bonifico senza l'utilizzo della piattaforma di cui sopra.

Data la peculiarità dell'attività svolta dall'Agazia delle Entrate quest'ultima definirà, di concerto con l'Agazia per l'Italia digitale, tempi e modalità per l'implementazione delle proprie procedure telematiche di incasso.

Alle linee guida seguono due allegati tecnici, il tutto pubblicato sul sito dell'Agazia per l'Italia digitale fino al 30/9/2013, dopodichè l'Agazia provvederà alla pubblicazione di una Circolare (contenente le suddette Linee-guida) in Gazzetta Ufficiale.

avv. Eleonora Lenzi

**CONTRATTO DI RETE: ISCRIZIONE NEL  
REGISTRO IMPRESE DEI CONTRATTI DI RETE CON  
SOGGETTIVITÀ GIURIDICA**

NOTA MINISTERO SVILUPPO ECONOMICO 9/8/2013

PROT. N. 136118

Con la nota in esame il Ministero dello Sviluppo Economico ha chiarito che per i contratti di rete con soggettività giuridica gli adempimenti pubblicitari previsti dall'art. 3 comma quater del D.L. n. 5/09 si esauriscono con la sola iscrizione nel Registro delle Imprese ove ha sede il contratto di rete; detta iscrizione dovrà avvenire su un'autonoma posizione nella sezione ordinaria del registro delle imprese.

L'identità dei soggetti partecipanti al contratto di rete verrà anch'essa evidenziata mediante l'allegazione di un apposito elenco, da iscrivere anch'esso sull'autonoma posizione del contratto di rete.

Se così non fosse, chiarisce ancora il Ministero, si arriverebbe all'assurda conclusione per cui ciascun contratto dovrebbe

essere iscritto su un'autonoma posizione e contemporaneamente sulla posizione di ciascuna delle imprese partecipanti.

avv. Eleonora Lenzi

## SICUREZZA SUL LAVORO

### OBBLIGHI SICUREZZA: LA RIPARTIZIONE DEGLI OBBLIGHI DI SICUREZZA E DELLE RESPONSABILITÀ NELLE IPOTESI DI DISTACCO DEL LAVORATORE

CASS.PENALE, IV°, 22/7/2013, N. 31300

Con la sentenza in epigrafe la Corte di Cassazione affronta ed esamina la questione relativa alla ripartizione degli obblighi di sicurezza tra il Datore di lavoro distaccante e quello distaccatario; come noto la disciplina del distacco, frequentemente utilizzata nella pratica lavorativa quotidiana, consiste nel mettere temporaneamente a disposizione, da parte di un Datore di lavoro (detto distaccante) ad altro Datore di lavoro (detto distaccatario), uno o più lavoratori per l'esecuzione di una determinata attività.

Tale istituto trova la propria disciplina legislativa nell'art. 30 D.Lgs. n. 276/2003 (la cd. "Legge Biagi").

In tema di sicurezza sul lavoro si pone tuttavia la questione su chi ricadono tutti gli obblighi ed i relativi oneri formativi.

Il caso in commento riguarda un sinistro avvenuto all'interno di un cantiere; nel corso dei lavori l'impresa edile aveva trasferito l'esecuzione di alcune opere ad una ditta subappaltatrice ed altre opere (lavorazione in ferro) ad altra ditta sempre subappaltatrice ed, a sua volta, l'impresa prima subappaltatrice aveva distaccato un proprio dipendente a favore dell'altra impresa subappaltatrice (quella delle lavorazioni in ferro).

Era tuttavia accaduto che il lavoratore "distaccato" era caduto dall'altezza di sei metri, riportando lesioni che gli avevano cagionato una malattia di durata superiore a

sessanta giorni; in 1° grado al Datore di lavoro distaccante era stato contestato di non aver predisposto adeguate protezioni, ed eguale censura era stata mossa anche al Datore di lavoro distaccatario, e la Corte di Appello, accertata l'esistenza di un distacco, aveva condiviso la decisione del primo giudice in quanto, ai sensi del comma 3 dell'art. 30 D. Lgs. n. 276/2003, il distaccante era tenuto a vigilare sui luoghi dove il proprio lavoratore risultava distaccato, così come il distaccatario doveva verificare che venissero adottate tutte le misure di sicurezza necessarie.

Non si discosta molto la Suprema Corte di Cassazione, che nella pronuncia in oggetto sancisce che per quanto attiene alla ripartizione degli obblighi prevenzionistici tra Datori di lavoro distaccanti e distaccatari gli obblighi di sicurezza graverebbero su entrambi; specifica poi la Cassazione che, prima del momento in cui il lavoratore distaccato materialmente esegua la prestazione lavorativa, la posizione del Datore di lavoro distaccante non può che essere ricostruita secondo la consueta griglia normativa, con ciò a significare che il Datore di lavoro distaccante, prima che abbia corso il distacco, ha la piena titolarità degli obblighi tipici della posizione datoriale mentre, nel momento in cui trova esecuzione la prestazione del lavoratore distaccato, detti obblighi li assume il Datore di lavoro distaccatario, **eccezion fatta però per quelli d'informazione e di formazione sui rischi tipici generalmente connessi allo svolgimento delle mansioni per le quali vi è il distacco.**

Tale principio giurisprudenziale è stato confermato dall'art. 3. comma 6 D. Lgs. 9/4/2008 n. 81, che prevede esplicitamente come "passino" a carico del Datore di lavoro distaccatario tutti gli obblighi di prevenzione e protezione, salvo quello d'informare e formare il lavoratore sui rischi tipici generalmente connessi allo svolgimento delle mansioni per



cui viene distaccato, obbligo pertanto che "rimane" in capo al Datore di lavoro distaccante.

avv. Adriano Colombari

## DIRITTO DEL LAVORO

### CONTRATTI A TERMINE: FOCUS SUI CONTRATTI A TERMINE DOPO LE MODIFICHE INTRODOTTE DAL DECRETO-LAVORO.

D.L. N. 76/2013 CONV. DA L. N. 99/2013

Il Decreto lavoro corregge (finalmente) il tiro della Riforma Fornero su alcune storture che si erano create in relazione ai contratti a termine.

Senza dubbio, la prima novità che merita di essere segnalata è proprio quella del "ritorno al passato" sugli intervalli tra due contratti a termine, riportati a 10 giorni per contratti di durata inferiore ai 6 mesi ed a 20 giorni per quelli con durata superiore ai 6 mesi.

La modifica introdotta appare necessaria tenuto conto che la L.92/2012 (la c.d. "Fornero") aveva portato i due intervalli rispettivamente a 60 e 90 giorni; le giustificazioni, si era detto, andavano ricercate nell'abuso di tale tipo contrattuale e l'obiettivo, mai celato, di disincentivarlo a favore del rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato. Tuttavia non si era tenuto conto dell'impatto della nuova normativa sui lavoratori, che sarebbero rimasti senza reddito fino a 3 mesi, e sulle aziende, che sarebbero state costrette a privarsi per un tempo così lungo di quel dipendente. Giustamente quindi si torna alla vecchia disciplina, ritenuta più conforme alle esigenze delle due parti contrattuali.

Altra importante novità riguarda i contratti a termine c.d. "acausal".

E' noto infatti come la Riforma Fornero abbia introdotto nell'ordinamento italiano la possibilità di stipulare contratti a tempo determinato, senza che ricorrano quelle ragioni tecniche, produttive o sostitutive prima

ritenute necessarie per l'utilizzo di tale fattispecie contrattuale.

Le parti cioè (datore di lavoro e lavoratore) possono, nel limite dei 12 mesi, sottoscrivere contratti "liberi", senza alcuna ragione espressa; il Decreto-Lavoro ha però previsto un'importante novità, e cioè che il contratto a termine "acausale" possa essere prorogato almeno una volta, tenuto conto del limite complessivo, da quantificarsi per l'intero sempre nei 12 mesi.

La novità merita di essere segnalata poiché oggi il Datore di lavoro può "provare" il Lavoratore anche per soli 30 giorni, e successivamente decidere di prorogare il termine per ulteriori 11 mesi, senza incorrere neppure nelle criticità tipiche della prova apposta al contratto.

Ultima modifica del Decreto-Lavoro, sempre in tema di contratti a termine, è quella introdotta a favore dei soggetti individuati dalla L.223/1991, e cioè i lavoratori in mobilità; questi ultimi sono quei soggetti che si trovano a conseguire un contributo statale di sostegno a reddito, a seguito di licenziamento collettivo, soggetti che "ex lege" vengono sollevati da tutti i limiti della contrattazione e termine, e pertanto agli stessi non si applicano né le limitazioni temporali sugli intervalli, né quelle del contratto a termine acausale, né ancora i limiti numerici.

Il Legislatore, in altre parole, ha preteso che per tali soggetti la riassunzione, da parte di un altro datore di lavoro, venga agevolata, con buona pace delle altre categorie.

avv. Andrea Marinelli

## DISPOSITIVI MEDICI

### DISPOSITIVI MEDICI: NUOVI TERMINI PER CONCLUDERE LA REGISTRAZIONE IN BANCA DATI

Nella Sezione dispositivi medici del sistema NSIS del Ministero della Salute sono state pubblicate nuove indicazioni riguardo la

**registrazione dei fabbricanti** di dispositivi medici di classe.

In particolare, il Ministero ha stabilito **che a partire dal 1 settembre 2013** le prime notifiche dei dispositivi medici dovranno essere concluse, mediante l'apposizione della firma digitale da parte dell'azienda o del delegato per la registrazione, **entro 30 gg. dal primo inserimento dei dati**, che coincide con la creazione del numero progressivo attribuito dal sistema al dispositivo oggetto dell'iscrizione. **Nel caso il termine non venga rispettato i dati immessi verranno cancellati automaticamente dal sistema.**

Termine invece **di 7 gg. per completare l'iter di modifica di un dispositivo già registrato** e pubblicato (rimessa in lavorazione), **pena la completa inefficacia delle modifiche inserite.**

Verranno **cancellati** dal sistema anche i dispositivi medici la cui iscrizione è iniziata prima del 31/8/2013 e **non venga conclusa entro il 30 settembre p.v.**

Lo studio è ovviamente a disposizione per ogni ulteriore informazione.

Avv. Edoardo Di Gioia

## PRIVACY

### PUBBLICITÀ E PRIVACY: LE NUOVE NORME DEL GARANTE

LINEE GUIDA IN MATERIA DI ATTIVITÀ PROMOZIONALE E CONTRASTO ALLO SPAM – PROV. GARANTE N. 330 DEL 4 LUGLIO 2013, G.U. N. 174 DEL 26 LUGLIO 2013

Offerte commerciali a utenti di social network o di servizi di messaggistica come Skype e WhatsApp, e-mail e sms indesiderati, sono in veloce aumento gli strumenti di marketing sul web che espongono gli utenti a rischio di frodi, ma il Garante è intervenuto a dare qualche elemento in più per combattere il marketing selvaggio e favorire pratiche commerciali "amiche" di utenti e consumatori. Si tratta

delle nuove "Linee guida in materia di attività promozionale e contrasto allo spam" varate nel mese di Luglio.

Queste in sintesi le principali regole contenute nelle Linee guida.

### **Offerte commerciali e spam**

Il Garante ribadisce che la regola generale per l'uso di dati per pubblicità: l'invio di offerte commerciali può essere fatto solo con il consenso preventivo. Per poter inviare comunicazioni promozionali e materiale pubblicitario tramite sistemi automatizzati (telefonate preregistrate, e-mail, fax, sms, mms) è necessario aver prima acquisito il consenso dei destinatari (cosiddetto opt-in). Tale consenso deve essere specifico, libero, informato e documentato per iscritto.

La regola dell'opt-in si applica anche all'utilizzo degli indirizzi PEC contenuti nell'indice nazionale degli indirizzi PEC di imprese e dei professionisti. Diverso discorso invece per il telemarketing per il quale continuano ad applicarsi le norme del Registro pubblico delle opposizioni.

Il consenso non può essere libero quando è preimpostato quindi la pre-compilazione o pre-flag della casella di consenso non è corretta.

Maggiori controlli su chi realizza campagne di marketing. Il titolare del trattamento che commissiona campagne promozionali deve esercitare adeguati controlli per evitare che agenti, subagenti o altri soggetti a cui ha demandato i contatti con i potenziali clienti effettuino spam.

**Consenso per l'uso dei dati presenti su Internet e social network**. E' necessario lo specifico consenso del destinatario per inviare messaggi promozionali agli utenti di Facebook, Twitter e altri social network (ad esempio pubblicandoli sulla loro bacheca virtuale) o di altri servizi di messaggistica e Voip sempre più diffusi come Skype, WhatsApp, Viber, Messenger, etc. Il fatto che i dati siano

accessibili in Rete non significa che possano essere liberamente usati per inviare comunicazioni promozionali automatizzate o per altre attività di marketing "virale" o "mirato".

**Libero invece il "Passaparola".** Non è necessario il consenso per inviare e-mail o sms con offerte promozionali ad amici a titolo personale (il cosiddetto "passaparola").

### **Semplificazioni per le aziende in regola**

**E-mail promozionali ai propri clienti.** È lecito l'invio di messaggi promozionali, tramite e-mail, ai propri clienti su beni o servizi analoghi a quelli già acquistati, il cosiddetto soft spam previsto dall'art. 130 comma 4 del Codice Privacy.

**Promozioni per "fan" di marchi o aziende.** Una impresa o società può inviare offerte commerciali ai propri "follower" sui social network quando dalla loro iscrizione alla pagina aziendale si evinca chiaramente l'interesse o il consenso a ricevere messaggi pubblicitari concernenti il marchio, il prodotto o il servizio offerto.

**Consenso unico valido per diverse attività.** Basta un unico consenso per tutte le attività di marketing (come l'invio di materiale pubblicitario o lo svolgimento di ricerche di mercato); il consenso prestato per l'invio di comunicazioni commerciali tramite modalità automatizzate (come e-mail o sms) copre anche quelle effettuate tramite posta cartacea o con telefonate tramite operatore. Le aziende che intendono raccogliere i dati personali degli utenti per comunicarli o cederli ad altri

soggetti a fini promozionali, possono acquisire un unico consenso valido per tutti i soggetti terzi indicati nell'apposita informativa fornita all'interessato.

**Gruppi di imprese.** Il titolare deve comunque prestare molta attenzione alla comunicazione dei dati a terzi. Secondo il Garante i soggetti appartenenti al medesimo gruppo societario, al fine di adempiere all'obbligo di consenso devono essere ritenuti di regola quale autonomi e distinti titolari del trattamento.

### **Tutele e sanzioni contro lo spam**

**Tutele per i singoli utenti.** Le persone che ricevono spam possono presentare segnalazioni, reclami o ricorsi al Garante e comunque esercitare tutti i diritti previsti dal Codice privacy, inclusa la richiesta di sanzioni contro chi invia messaggi indesiderati (nei casi più gravi possono arrivare fino a circa 500.000 euro).

**Tutele per le società.** Le "persone giuridiche", pur non potendo più chiedere l'intervento formale del Garante per la privacy, possono comunque comunicare eventuali violazioni. Hanno invece la possibilità di rivolgersi all'Autorità giudiziaria per azioni civili o penali contro gli spammer.

Contestualmente alle Linee guida, il Garante ha adottato anche un apposito provvedimento generale sul consenso al trattamento dei dati personali (Garante Privacy , provvedimento 15.05.2013 n° 242 , G.U. 26.07.2013).

avv. Alessandra Delli Ponti

## DIRITTO DELLA SANITÀ

### LA REGIONE NON PUÒ LIMITARE L'ACCESSO AL MERCATO DEI SERVIZI SANITARI AI NUOVI EROGATORI

Cons.St. III° sezione 2013

Il nostro ordinamento sanitario prevede che le prestazioni vengano erogate ai pazienti non solo da strutture pubbliche ma anche da strutture private accreditate e titolari di contratto con il SSR.

Il paziente poi è titolare di un diritto di libera scelta tra soggetti pubblici e privati.

I soggetti privati (prima convenzionati e ora contrattualizzati) sono poi "storicamente" sempre gli stessi: e tra tali soggetti viene "diviso" il c.d. budget storico.

Cosa succede quando un nuovo soggetto ottiene l'accreditamento e chiede di entrare nella "lista" degli erogatori privati?

Può la Regione "chiudere" tale accesso sostenendo che gli erogatori "storici" sono sufficienti e che quindi non ci sono spazi (economici) per nuovi soggetti?

No, tale diniego non può essere considerato oggi legittimo.

Sulla scia di una serie di altre sentenze di apertura del mercato sanitario di principi della concorrenza il Consiglio di Stato con la decisione che si commenta sancisce principi che le Regioni sono chiamate ad attuare.

I punti cardine della sentenza sono i seguenti:

#### **a) sulla concorrenza in ambito di erogazione di servizi sanitari**

10.1- Si deve, infatti, convenire con il giudice di primo grado quando ha affermato che «sebbene... il sistema sanitario nazionale legittimamente risulti ispirato alla necessità di coniugare il diritto alla salute degli utenti con l'interesse pubblico al contenimento della spesa, esso non può... prescindere dal contemplare anche ... (la) tutela della

concorrenza, irrimediabilmente lesa dall'automatica preclusione alla messa a contratto di nuovi soggetti accreditati».

#### **b) sull'obbligo della Regione di aprire le porte ai nuovi erogatori**

11.- Si deve quindi ritenere che la Regione, tenendo conto delle peculiarità del mercato delle prestazioni sanitarie, possa stabilire criteri per l'assegnazione delle risorse alle diverse strutture accreditate e consentire l'inserimento (anche graduale) nel mercato di nuovi operatori in possesso di tutti i requisiti richiesti per erogare prestazioni sanitarie in favore del servizio sanitario pubblico.

Mentre la Regione non può rivolgersi, a tempo indefinito, solo ai soggetti che per primi (con le convenzioni e poi con l'accreditamento) hanno avuto accesso al mercato e far riferimento solo al criterio della spesa storica che evidentemente avvantaggia solo coloro che operano in un mercato chiuso all'accesso di nuovi operatori.

#### **c) sui criteri per affidare i "nuovi" incarichi e scegliere gli erogatori**

Richiamando altre sentenze già intervenute sul tema il consiglio di stato suggerisce i seguenti criteri

In particolare, in tali decisioni, si è ritenuto legittimo il riferimento non più al solo costo storico ma ad una molteplicità di elementi

- sia di carattere oggettivo, come la potenzialità dei singoli distretti, determinata dalla popolazione residente e dalle prestazioni richieste,
- sia di carattere soggettivo, con la ripartizione delle risorse secondo apposite griglie di valutazione che tengono conto di molteplici fattori qualitativi come dotazioni; unità di personale e tipologia del rapporto di

lavoro; collegamento al CUP; accessibilità della struttura; correttezza del rapporto con l'utenza; rispetto degli istituti contrattuali; ulteriori standard finalizzati all'accoglienza, quali sale d'attesa, biglietto elimina code, riscaldamento e climatizzazione, apertura al sabato e misura degli spazi.

Oramai le sentenze che cercano di introdurre i principi della concorrenza in sanità sono molte: forse è tempo, per la pubblica amministrazione, di cominciare a cambiare modo di ragionare anche in questo ambito

Avv. Silvia Stefanelli

**DANNO "ESISTENZIALE": SI' AL  
RISARCIMENTO SE SI VERIFICA UNA  
MODIFICAZIONE PEGGIORATIVA DELLA  
VITA QUOTIDIANA**  
CASS, CIVILE, SEZIONE III, 22/08/2013, N.

19402

Il tema della risarcibilità del danno non patrimoniale è da sempre al centro di diatribe in dottrina e giurisprudenza, specie in ordine alla corretta e puntuale individuazione delle diverse voci che lo compongono.

Il rischio, da sempre avvertito, è quello della c.d. "duplicazione delle poste di danno", che si verifica quando il medesimo aspetto (o la medesima voce di danno) venga computato due o più volte, sulla base di mere diversificazioni di carattere nominalistico - formale. Dall'altro lato, però, da sempre parimenti avvertito é il rischio – uguale e contrario – dei c.d. "vuoti risarcitori" derivanti da una mancata corretta valutazione delle diverse prospettive di analisi del medesimo evento lesivo.

Ed ecco che, con la sentenza qui in commento, la III Sezione della Corte di Cassazione ha colto non soltanto l'occasione per fornire una ampia ed articolata ricostruzione storica della materia ma ha altresì cercato di indicare alcuni

criteri per distinguere – all'interno della generale categoria del "danno non patrimoniale" – fra danno biologico, danno morale e danno "esistenziale".

Il caso è quello di una famiglia che aveva agito in giudizio per ottenere il risarcimento di tutti i danni patiti a seguito della prematura scomparsa del figlio vent'enne a seguito di un incidente stradale.

In primo ed in secondo grado la madre, il padre ed il fratello della vittima avevano visto riconoscersi una somma a titolo di risarcimento del danno biologico e morale subito, ritenuto però dagli stessi insufficiente, specie alla luce del fatto che sarebbe mancata, in tale computo, la valutazione dell'entità del danno c.d. "esistenziale", ritenuto meritevole di autonomo risarcimento.

Detta voce di danno, nell'opinione dei ricorrenti, doveva essere singolarmente considerata in quanto chiamata a risarcire la lesione di un diverso interesse, che è quello "(...) correlato alla intangibilità della sfera degli affetti reciproci e della scambievole solidarietà che connota la famiglia (...)".

Ed ecco che la Suprema Corte, dopo aver tratteggiato le linee della evoluzione giurisprudenziale in materia (dalle c.d. "sentenze gemelle" del 2003 sino alle più recenti pronunce), ha ritenuto di dover dare continuità ai richiamati precedenti, affermando che "(...) il danno biologico, il danno morale ed il danno alla vita di relazione rispondono a prospettive diverse di valutazione del medesimo evento lesivo. In altre parole, un determinato evento può causare, nella persona stessa della vittima come in quelle dei familiari, un danno alla salute medicalmente accertabile, un dolore interiore ed una alterazione della vita quotidiana (...) Appare evidente che la Corte ha confuso i piani sopra ricordati, in quanto ha dimostrato di non aver adeguatamente valutato (...) i profili della lesione del rapporto parentale conseguenti alla morte del ragazzo. La tragica fine di un

vent'enne, infatti, potrebbe avere effetti anche devastanti sui genitori e sul fratello superstite, che il giudice di merito è tenuto a valutare anche alla luce degli insegnamenti di questa Corte. Ciò non si traduce (...) in un automatismo risarcitorio, ma implica comunque l'obbligo di prendere in considerazione il problema, potendosi altrimenti determinare la conseguenza di un vuoto risarcitorio che non risponde alla logica dell'art. 2059 c.c. e dei valori fondanti della nostra Costituzione (...).

Cassata, dunque, la sentenza di secondo grado con rinvio alla Corte d'Appello, in diversa composizione, affinché quest'ultima accerti se, a seguito del fatto lesivo, si sia effettivamente verificato per i superstiti uno sconvolgimento delle normali abitudini tale da imporre scelte di vita radicalmente diverse e da giustificare, dunque, il risarcimento in via autonoma del danno "esistenziale".

Dott.sa Silvia Pari

**QUEL CONSENSO "DIFETTOSO" SOTTOPOSTO  
DALLA SEGRETARIA  
STOP DELLA CASSAZIONE ALLA SOTTOSCRIZIONE  
DI MODULI PRESTAMPATI PRE-INTERVENTO  
Corte di Cassazione- Sez. III; Sent. n. 19220  
del 20/08/2013**

A quanti non è mai capitato di firmare un consenso informato sottoforma di modulo prestampato da una segretaria nella penombra di una sala d'aspetto (letteralmente dalla sentenza in commento)? Nei nosocomi la chiamano burocrazia. Esattamente così è accaduto ad un avvocato prima di finire sotto i ferri e proprio per questo ha proposto ricorso per cassazione dopo una sentenza di secondo grado che rigettava il gravame e compensava le spese. Esattamente così può succedere alla stragrande maggioranza delle strutture che nel nostro Paese si occupano di prestazioni

sanitarie. Perché la finalità dell'informazione che il medico è tenuto a dare è quella di assicurare il diritto all'autodeterminazione del paziente, perché "nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge", per citare la Carta Costituzionale. Ma soprattutto perché l'assenso del malato deve essere pienamente consapevole e cioè basato su "informazioni dettagliate fornite dal medico" sulla portata dell'intervento, sui rischi e sulle possibili conseguenze negative.

Per questo solo motivo la Cassazione ha annullato (in parte) la sentenza con la quale la Corte d'Appello di Roma aveva rigettato la richiesta del paziente che, peggiorato nella vista dopo un intervento agli occhi, sosteneva di non essere stato reso edotto dei possibili esiti negativi dell'intervento.

E' irrilevante la qualità del paziente, avvocato nel caso di specie, dunque presumibilmente più accorto d'altri nel firmare documenti, al fine di stabilire se vi sia stato o meno il consenso informato. Per avere un consenso cosciente non basta allegare informative sull'intervento, ci ricorda la Corte Suprema, dovendo l'informazione sostanziarsi "in spiegazioni dettagliate ed adeguate al livello culturale del paziente (...) con l'adozione di un linguaggio che tenga conto del suo particolare stato soggettivo" in funzione di un consenso "completo, effettivo e consapevole".

Il sì del malato alle terapie deve essere reale ed effettivo non può essere presunto ed è onere del medico provare di avere adempiuto a tale obbligazione. Pena? L'inadempimento di un autonomo obbligo della prestazione sanitaria, quello dell'informazione, ed il proliferarsi di costosi risarcimenti. E vediamo quanti di noi, nel futuro, scorderanno le differenze.

dott. Federico Breschi