

LETTERA INFORMATIVA
OTTOBRE 2013

In questo numero

Ultime dallo studio

Appalti

- ONERI SICUREZZA: non è ancora chiaro se è obbligatorio indicarli oppure no
- PROCESSO AMMINISTRATIVO: non è necessaria la "prova" ma è sufficiente il "principio di prova"
- A.T.I.: la capogruppo deve possedere i requisiti in misura maggioritaria rispetto all'oggetto della gara e non in termini assoluti
- CAMPIONATURA: serve solo a dimostrare la serietà dell'offerta
- ACCESSO ATTI: il diniego per la tutela di segreti tecnici o commerciali
- CONCLUSIONE PROCEDIMENTO: il rispetto del termine per la conclusione del procedimento non è requisito di validità del provvedimento amministrativo

Imprese

- RESPONSABILITA': Limiti di responsabilità tra committente e appaltatore nel caso d'infortunio sul luogo di lavoro
- Crediti verso le PP.AA.:rilascio del DURC
- LAVORO: il mero svuotamento di mansioni non è automaticamente mobbing
- PRIVACY: il Parlamento Europeo approva il Nuovo Regolamento sulla protezione dei dati personali

Sanità

- AUTORIZZAZIONE E ACCREDITAMENTO: si allargano sempre più le maglie per i soggetti che chiedono l'autorizzazione
- RESPONSABILITA': i contenuti della responsabilità per colpa lieve secondo gli ultimi orientamenti della Suprema Corte
- No alla condanna dell'odontoiatra al risarcimento dei danni se il dolore lamentato dal paziente ha origine psicosomatica
- Contatto fisico "finalizzato alla cura" escluso dalle prove assunte: libero l'odontotecnico sorpreso ad indossare un camice odontoiatrico in compagnia della paziente

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

Lo Studio Legale Stefanelli segnala che dal 4 NOVEMBRE 2013 sarà online il nuovo sito Internet

L'ATTIVITA' CONTRATTUALE DELLA P.A.: i contratti pubblici, l'esercizio privato di funzioni pubbliche e le convenzioni pubblico-private

Bologna 15 novembre 2013

Relatore: **avv. Andrea Stefanelli**

Lezione nell'ambito del **Corso di preparazione al concorso di magistratura** tenuto dal dott. ZINCANI

Per approfondimenti

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

APPALTI

ONERI SICUREZZA: NON È ANCORA CHIARO SE È OBBLIGATORIO INDICARLI OPPURE NO

CONSIGLIO STATO III° 18/10/2013, N. 5070

In una gara indetta per la fornitura di un prodotto veniva contestata all'aggiudicataria la mancata indicazione, nella propria offerta economica, dell'ammontare degli oneri di sicurezza dell'appalto che, sebbene la lex specialis non lo prevedesse espressamente, secondo l'appellante andavano comunque separatamente annotati. Questo in quanto lo scorporo dei cd. "oneri specifici" di sicurezza consentono alla P.A. appaltante di valutare la congruità delle proposte formulate dai concorrenti, da cui ne consegue che la loro indicazione costituisce un elemento essenziale delle offerte stesse e la cui mancanza, di conseguenza, deve comportare l'esclusione ai sensi dell'art. 46, comma 1-bis D.Lgs.n. 163/06.

Il Consiglio di Stato non nasconde la mancanza d'univocità di posizioni giurisprudenziali al riguardo ma ritiene tuttavia, nei settori diversi da quello dei lavori pubblici (ove vige la specifica regola ex art. 131 Codice appalti), come proprio in ragione della mancata sussistenza di una specifica norma che commini l'esclusione nel caso d'assenza di determinazione dei costi della sicurezza, il loro ammontare non possa di per sé ritenersi "essenziale" ma che rilevi se – e solo se – l'offerta in questione venga poi accertata come anomala.

In altri termini secondo il Consiglio di Stato la mancata indicazione degli oneri di sicurezza, nel caso in cui non vengano espressamente richiesti in lex specialis, non assume alcun rilievo a meno che l'offerta medesima non risulti anomala, nel qual caso dovendosi allora accertare la congruità della proposta economica e, allorquando si rinvenga la mancata indicazione di detti oneri, solo allora

l'amministrazione appaltante potrà legittimamente procedere all'esclusione del concorrente.

Si rammenti come la questione dell'obbligatorietà dell'indicazione degli oneri di sicurezza è questione annosa e solo di recente ha dato adito a pronunce contrastanti dello stesso Consiglio di Stato, addirittura della medesima III° sezione, quali la sentenza 3/7/2013, n. 3565, la 10/7/2013, n. 3706 nonché l'ordinanza 19/7/2013, n. 2801, quadro giurisprudenziale che oggi si arricchisce di questo nuovo contributo; non si nasconde che l'approccio "sostanzialistico" della sentenza in commento è apprezzabile nella misura in cui mira a superare quel concetto di "corsa ad ostacoli" che sempre più rischiano di diventare le gare d'appalto, allorquando le PP.AA. appaltanti non dispongono di norme partecipative chiare ed esaustive; per questo motivo è certamente auspicabile al più presto un intervento legislativo al fine di sciogliere questo nodo interpretativo che, con sempre maggior frequenza, rende difficile l'attività del concorrente – nonché quella della P.A. appaltante – in fase di partecipazione alle pubbliche gare.

avv. Andrea Stefanelli

PROCESSO AMMINISTRATIVO: NON È NECESSARIA LA "PROVA" MA È SUFFICIENTE IL "PRINCIPIO DI PROVA"

CONSIGLIO STATO, V°, 2/10/2013, N. 4880

Un dipendente ha impugnato la sentenza con cui il TAR si era limitato al riconoscimento dell'indennità di missione al di fuori della sede di lavoro solo per un limitato periodo, sebbene detto riconoscimento fosse stato richiesto in giudizio per un periodo più ampio ed il Consiglio di Stato, nel rigettare l'appello, rammenta un principio fondamentale del giudizio amministrativo ovvero come anche in

questo incomba – come nel piu' "ordinario" processo civile – sulla parte che agisce in giudizio l'onere di provare i fatti alla base delle proprie pretese. con la particolarità tuttavia che, dal momento che molto spesso la documentazione a suffragio delle proprie pretese risulta in possesso della medesima P.A. chiamata in giudizio, il cd. "onere della prova" risulta in questo caso "affievolito", dovendosi quindi parlare piu' correttamente di "onere del principio di prova".

In altri termini il ricorrente in un giudizio amministrativo ha l'obbligo di produrre tutte le prove a sua disposizione nonché d'indicare quelle di cui è a conoscenza. che tuttavia non sono nella sua disponibilità (in quanto in possesso della P.A.), permettendo in tal modo al giudice di disporre d'ufficio l'acquisizione, tramite l'ordine d'esibizione alla stessa Amministrazione; nel caso in questione, avendo il dipendente chiesto il riconoscimento d'indennità per un lungo periodo, ma essendosi limitato a provare il proprio diritto solo per un piu' ristretto lasso temporale, né avendo richiesto l'acquisizione di prove in possesso dell'amministrazione-datore di lavoro, correttamente il TAR ha limitato il riconoscimento alle sole indennità relative al periodo di cui il lavoratore ha dato piena prova.

avv. Andrea Stefanelli

A.T.I.: LA CAPOGRUPPO DEVE POSSEDERE I REQUISITI IN MISURA MAGGIORITARIA RISPETTO ALL'OGGETTO DELLA GARA E NON IN TERMINI ASSOLUTI

CONSIGLIO STATO, III°, 24/9/2013, N. 4711

La società capogruppo di un'a.t.i. deve possedere i requisiti di partecipazione richiesti in gara in misura maggioritaria e non in termini assoluti; è questa la soluzione resa dal Consiglio di Stato relativamente alla questione sollevata in una causa in cui veniva contestato come la mandataria di un raggruppamento

avesse un fatturato inferiore rispetto a quello della propria mandante, sebbene superiore comunque a quello richiesto per essere capogruppo nell'appalto in questione e come ciò, di conseguenza, violasse le disposizioni di cui all'art. 95, comma 2° D.P.R. n. 554/99, oggi trasfuso nell'art. 275, comma 2° D.P.R. n. 207/2010, secondo cui "La mandataria [...] deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria".

Per il Consiglio di Stato la contestazione non ha pregio in quanto la norma dispone che il possesso dei requisiti deve risultare, da parte della capogruppo-mandataria, in misura maggioritaria, riferendosi quindi alla sua quota di partecipazione all'associazione temporanea e non in relazione ai valori "assoluti" di detti requisiti rispetto a quelli delle altre associate. Pertanto nel caso in questione la capogruppo doveva possedere un fatturato sufficiente a potersi intestare la quota maggioritaria di partecipazione alla gara e svolgere, di conseguenza, le relative prestazioni, ciò indipendentemente dal fatto poi che il suo fatturato complessivo era inferiore a quello della mandante; se così non fosse, infatti, si creerebbe un illegittimo vincolo restrittivo al mercato, con la necessaria "nomina" a capogruppo solo ed esclusivamente delle imprese di maggiori dimensioni.

avv. Claudia Patti

CAMPIONATURA: SERVE SOLO A DIMOSTRARE LA SERIETÀ DELL'OFFERTA

TAR VENETO, I° 24/9/2013, N. 1132

In una gara per l'affidamento del servizio di lavaggio e noleggio di biancheria piana e vestiario la lex specialis prescriveva l'obbligo del deposito di campionatura della biancheria ed una società si è aggiudicata la procedura, pur avendo depositato un campione di lenzuola di peso inferiore a quello richiesto. La seconda classificata ha impugnato la graduatoria di gara ed il Tar Veneto ha accolto il ricorso,

precisando come il deposito della campionatura non dovesse affatto servire, in sede di gara, a valutare il prodotto offerto quanto piuttosto, e ben diversamente, a dimostrare la serietà delle concorrenti nonché la loro capacità tecnico-professionale "effettiva".

Ciò in quanto la stazione appaltante ha già indicato in lex specialis le specifiche tecniche descrittive dell'oggetto, per cui la Commissione deve limitarsi a valutare le condizioni dell'offerta come formulata e, nell'ipotesi in cui dette non corrispondano alle richieste, comminare allora l'esclusione del partecipante dalla procedura in questione.

avv. Claudia Patti

**ACCESSO ATTI: IL DINIEGO PER LA TUTELA DI
SEGRETI TECNICI O COMMERCIALI
TAR PUGLIA LECCE III° 13/09/2013**

Si è già avuto modo di affrontare in questa sede (Newsletter marzo 2013) il tema relativo al diritto d'accesso agli atti all'interno delle procedure ad evidenza pubblica.

Anche in tale ambito, infatti, è prevista la libera accessibilità alla documentazione relativa alle offerte delle concorrenti, secondo quanto stabilito dalla legge 241/1990; tuttavia l'art. 13 comma 5° del D.lgs. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici) prevede una speciale deroga alla disciplina sul procedimento amministrativo, allorché inibisce l'accesso in ragione della tutela di segreti tecnici e commerciali evidenziati dall'offerente. La ragione di tale disposizione è insita nella tutela stessa della concorrenza che, vietando l'accesso ai documenti (specificamente relativi all'offerta tecnica), in tal modo intende tutelare le partecipanti alla gara ed evitare che operatori economici in concorrenza fra loro possano venire a conoscenza di dati tecnici di altri competitors; per questo motivo, molto spesso, l'impresa partecipante s'opponesse all'ostentazione di

propria documentazione (temendo di rivelare un know-how industriale o commerciale).

La sentenza in oggetto ribadisce tale principio e consolida un indirizzo giurisprudenziale ormai affermato in materia (in termini Cons.Stato n. 6996/2011 e 110/2012) secondo cui, in presenza di segreti tecnici o commerciali evidenziati e motivati già in sede di presentazione delle offerte, il diritto d'accesso può essere negato anche in presenza di legittime ragioni inerenti il diritto di difesa dell'istante; è bene sottolineare tuttavia come anche la società di cui si chiede l'accesso alla documentazione abbia il preciso onere d'offrire una comprensibile motivazione del perché intende negare l'accesso ai propri documenti (ad esempio in quanto contenenti segreti industriali o commerciali ecc.) e tali ragioni dovranno poi essere valutate dall'Amministrazione, oltre che portate a conoscenza di chi richieda l'accesso (che può insistere con la propria richiesta ed opporsi al diniego avversario), in quanto tutte queste argomentazioni costituiranno gli elementi decisivi per consentire alla P.A. di decidere in merito alla concessione o meno della richiesta ostensione.

A tal proposito si sottolinea come non possa considerarsi sufficiente - ai fini del diniego - un generico riferimento alla tutela di segreti industriali o commerciali dovendosi, al contrario, esporre specificamente le ragioni che facciano ritenere tale accesso "dannoso" ed in caso contrario, in assenza di elementi significativi di giustificazione, il richiesto accesso ben potrà essere concesso.

Dott. Fabio Caruso

**IL RISPETTO DEL TERMINE PER LA CONCLUSIONE
DEL PROCEDIMENTO NON È REQUISITO DI
VALIDITÀ DEL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO**

CONSIGLIO DI STATO SEZ. V DEL 11/10/2013 N.
4980

**Il provvedimento amministrativo non è di
per sé invalido per il solo mancato**

rispetto da parte dell'amministrazione precedente del termine previsto per la conclusione del procedimento.

Interessante la sentenza del Consiglio di Stato in commento in quanto definisce in maniera precisa l'ambito di operatività della disciplina dei termini procedurali previsti in generale all'art. 2 della L 241/1990.

IL FATTO

Un privato impugnava innanzi al TAR Campania il provvedimento con il quale l'amministrazione comunale aveva negato la concessione edilizia per la costruzione di un immobile sulla base del fatto che l'opera era in contrasto con lo strumento urbanistico vigente. Il ricorrente sosteneva che il provvedimento concessorio fosse in realtà già stato rilasciato a seguito di un parere positivo della Commissione Edilizia e che il provvedimento sopravvenuto, oggetto dell'impugnativa, fosse da considerarsi comunque immotivato ed invalido perché adottato oltre il termine di conclusione del procedimento edilizio.

Il TAR rigettava il ricorso ed il privato impugnava la negativa sentenza innanzi al Consiglio di Stato per i medesimi motivi del ricorso di prima istanza.

LA DECISIONE

Il supremo giudice amministrativo tuttavia rigettava il ricorso ritenendo in primo luogo del tutto impossibile considerare il parere della Commissione edilizia quale atto provvedimento in quanto carente dei requisiti di legge. Inoltre, ed è questa la parte più

interessante della sentenza, il Consiglio di Stato ha espressamente sancito, sulla scorta della propria precedente giurisprudenza, come i termini imposti dalla legge ai procedimenti amministrativi vadano intesi come termini acceleratori e non perentori. Essi sono fissati al fine di scandire i tempi dell'azione amministrativa e di rendere conseguentemente esperibile per i privati la tutela amministrativa di cui all'art. 2 L 241/1990 (poteri sostitutivi del dirigente o del superiore gerarchico nei confronti del responsabile del procedimento in ritardo) e la tutela giudiziale prevista nel Codice del Processo amministrativo (giudizio avverso il silenzio dell'amministrazione ex art. 117 CPA). A ciò si aggiunga la possibilità di esperire una azione per il risarcimento dei danni che derivino dal ritardo dell'amministrazione, sempre secondo le regole del processo amministrativo.

Resta fermo tuttavia che l'amministrazione precedente non perde il potere di decidere per il solo scadere del termine procedimentale, anzi tale perdurare del potere è conseguenza necessaria delle caratteristiche di "doverosità e continuità" dell'azione amministrativa, pertanto laddove il provvedimento venga adottato esso dovrà essere valutato sulla base dei requisiti di validità di legge e non sulla base del mero ritardo dell'amministrazione.

Avv. Edoardo Di Gioia

IMPRESE

SICUREZZA SUL LAVORO

RESPONSABILITÀ: LIMITI DI RESPONSABILITÀ TRA COMMITTENTE E APPALTATORE NEL CASO D'INFORTUNIO SUL LUOGO DI LAVORO

CASS. PENALE, 24/9/2013, N. 39491

Nell'ambito del contratto di appalto quali sono i limiti delle responsabilità fra il datore di lavoro committente e quello appaltatore?

Nel caso di infortunio occorso ad un lavoratore dipendente dell'appaltatore, ma accaduto nell'area di lavoro del committente, chi risponde?

A queste domande tenta di dare una risposta organica la sentenza in epigrafe, cercando di risolvere la diatriba che spesse volte si incontra analizzando statuizioni di stampo differente l'una dall'altra.

Secondo la suprema Corte, così come del resto è indicato nelle disposizioni di cui al D. Lgs. 81/2008 e s.m.i., l'appaltatore non risponde per l'infortunio occorso ad un suo dipendente se il rischio che ha portato all'evento infortunistico risulta essere tale che, per la sua eliminazione, sarebbe dovuto intervenire il committente stesso.

Il caso in esame prende le mosse da una condanna inflitta in primo grado al committente, sanzionato penalmente per il delitto di lesioni colpose aggravate, poiché, dati in appalto i lavori di nettezza urbana e di pulizia dell'area del mercato di un Comune, era occorso un infortunio ad un lavoratore dipendente della ditta appaltatrice.

La Corte di Appello confermava la sentenza di condanna.

Giunto la causa in Cassazione, la suprema Corte ha osservato come in merito alla individuazione della responsabilità dell'imputato ai sensi dell'art. 4 del D. Lgs.

626 del 1994 (vigente all'epoca dei fatti e recepito nel T.U. 81 del 2008), il datore di lavoro deve garantire il suo dipendente dai rischi di infortuni connessi alla attività da svolgere, dall'altro ha concluso *"che l'imputato non poteva ritenersi onerato di un quotidiano controllo della funzionalità della barriera, controllo che peraltro, in un'impresa di medie dimensioni, grava sul preposto operante 'sul campo' e non sull'imprenditore a cui carico non possono esser posti oneri di prevenzione di rischi non specifici della sua attività, occulti e solo occasionalmente manifestatisi"*.

Ha proseguito la suprema Corte, come non possa essere definito quale 'rischio specifico' della attività dell'imputato, tenuto conto che sono 'rischi specifici' solo quelli riguardo ai quali sono dettate precauzioni e regole richiedenti una specifica competenza tecnica settoriale.

In definitiva, quindi, i rischi specifici presenti in un determinato luogo di lavoro ricadono sotto la responsabilità della ditta appaltatrice (e non del committente) se detta (e solo tale ditta) ha diretta cognizione di tali rischi rispetto ai cui, infatti, sarebbero necessarie regole e precauzioni richiedenti una specifica competenza.

Tale competenza generalmente manca alla stazione appaltante che, appunto, appalta i lavori a ditte esterne ed esperte nei determinati settori richiesti; in conclusione, dunque, la regola "non scritta" espressa da tale sentenza potrebbe forse riassumersi nella seguente frase: ognuno si prenda le proprie responsabilità!

avv. Adriano Colombari

SOCIETA'**CREDITI VERSO LE PP.AA.:RILASCIO DEL DURC**
CIRCOLARE MINISTERO LAVORO E POLITICHE SOCIALI
N. 40 DEL 21/10/2013

Con la circolare n. 40/2013 il Ministero del Lavoro ha fornito i primi chiarimenti operativi per il rilascio del DURC da parte degli enti previdenziali nel caso previsto dal Decreto 13/3/2013, ovvero qualora un'impresa, debitrice nei confronti degli enti previdenziali, richieda in DURC *"in presenza di una certificazione che attesti la sussistenza e l'importo di crediti certi, liquidi ed esigibili vantati nei confronti delle pubbliche amministrazioni di importo almeno pari agli oneri contributivi accertati e non ancora versati da parte di un medesimo soggetto"*.

La circolare indica gli elementi che debbono essere contenuti nel DURC e le modalità di rilascio; in sintesi:

- gli enti previdenziali sono tenuti a rilasciare il DURC alle imprese che abbiano ottenuto la certificazione di uno o più crediti certi, liquidi ed esigibili; il soggetto richiedente dovrà fornire gli estremi delle certificazioni di credito così da permettere agli enti previdenziali, che dovranno rilasciare il DURC, di verificare tramite piattaforma informatica l'esistenza del credito certificato;
- qualora il DURC debba essere acquisito d'ufficio da una P.A., il soggetto interessato nella fase d'avvio del procedimento dovrà dichiarare di vantare crediti nei confronti della P.A. per cui ha ottenuto la certificazione e fornire il relativo codice.

La circolare chiarisce inoltre come il DURC così ottenuto possa essere utilizzato per tutte le finalità previste dalla legge e come sarà considerato valido per la durata di 120 giorni dalla data del rilascio.

avv. Eleonora Lenzi

LAVORO**IL MERO SVUOTAMENTO DI MANSIONI NON È AUTOMATICAMENTE MOBBING**

CASS. CIV. SEZ. LAV. 02/04/2013 N° 7985

Eccoci nuovamente sul c.d. mobbing, questa volta però in una fattispecie inedita.

Gli Ermellini infatti, nell'ipotesi sottoposta al loro insindacabile giudizio, hanno decretato l'incompatibilità dell'automatismo tra lo svuotamento di mansioni e la configurazione del mobbing.

La fattispecie in parola (mobbing) infatti, affinché possa ritenersi propriamente configurata, richiede la necessaria presenza di quattro elementi costitutivi:

- a) plurimi comportamenti persecutori, posti in essere in modo sistematico e prolungato contro il dipendente;
- b) intento persecutorio, ossia volontà di perseguitare o emarginare il dipendente;
- c) evento lesivo sul piano professionale, morale, psicologico o fisico del lavoratore;
- d) nesso causale tra la condotta del datore di lavoro ed il pregiudizio alla salute o alla personalità del dipendente.

Pertanto non può essere sufficiente, per dare prova della condotta mobbizzante, allegare la mancanza di qualsiasi ordine direttivo impartito al dipendente, di talchè lo stesso sia privo di qualsiasi mansione (fatto piuttosto frequente nelle società di grandi dimensioni), in quanto risulta invece necessario provare – in maniera rigorosa – gli atti persecutori posti in essere dal datore di lavoro, con il preciso fine di emarginare il dipendente.

La condotta mobbizzante, spiegano i giudici di legittimità, non può avere una connotazione omissiva, ma commissiva, poiché è solo da quest'ultima che è possibile apprezzare la c.d. "volontà di nuocere", di avere cioè "il preciso intento di emarginare quel lavoratore".

In mancanza della prova di tutti gli elementi qui sopra elencati, al datore di lavoro non può essere addebitata alcuna condotta

mobbizzante, e pertanto lo stesso va mandato esente da censura.

Resta quindi il plauso per i Supremi giudici di non consentire che le aule di Tribunale siano piene di contenziosi su condotte che, prive di qualsiasi possibilità di essere rigorosamente provate, costringano il datore di lavoro a doversi difendere da domande speculative e proposte per vedersi risarcito qualsiasi "malumore" patito dal lavoratore nei luoghi dove questi opera durante la giornata.

avv. Andrea Marinelli

PRIVACY

IL PARLAMENTO EUROPEO APPROVA IL NUOVO REGOLAMENTO SULLA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI

Lo scorso 21 ottobre il Parlamento Europeo ha approvato le modifiche al progetto di Regolamento.

L'iter di approvazione del regolamento è partito nel Gennaio 2012, ma da allora ha subito qualche rallentamento. Basti, infatti, pensare che nel gennaio scorso erano stati pubblicati oltre 3000 emendamenti al testo.

La normativa è di grande importanza perché sostituisce le attuali normative nazionali con un'unica normativa e un'unica autorità di vigilanza.

In attesa del testo ufficiale si segnalano due importanti novità che si apprendono da fonti ufficiali.

La prima novità è la modifica dei presupposti in presenza dei quali le imprese avranno l'obbligo di designare un Data Protection Officer. Attualmente vengono indicati, quali parametri, sia quello del numero di interessati i cui dati personali siano trattati per un periodo consecutivo di un anno (numero fissato in oltre 5.000 persone), sia quello legato alla natura dei dati trattati per lo svolgimento della propria attività principale (si pensi ai trattamenti delle strutture sanitarie).

La seconda è il rafforzamento degli strumenti sanzionatori. Le multe potranno arrivare fino a 100 milioni di euro (contro un milione proposto dalla Commissione) o al 5% del fatturato dell'azienda giudicata colpevole. L'approvazione del Parlamento apre ora la strada all'accordo con il Consiglio dei governi e con la Commissione europea, con l'obiettivo di arrivare all'approvazione finale entro la legislatura in scadenza nel maggio 2014.

avv. Alessandra Delli Ponti

DIRITTO DELLA SANITÀ

AUTORIZZAZIONE ED ACCREDITAMENTI

SI ALLARGANO SEMPRE PIÙ LE MAGLIE PER I SOGGETTI CHE CHIEDONO L'AUTORIZZAZIONE

CONSIGLIO DI STATO N. 4788-2013 DEL 26

SETTEMBRE 2013

Ma è legittimo vietare l'apertura di una nuova struttura sanitaria sostenendo che è "fabbisogno è soddisfatto"?

Dopo il Consiglio di Stato 550/2013 e Consiglio di Stato 4574/2013 con questa terza sentenza il Consiglio di Stato ribadisce che il diritto del privato che vuole fornire prestazioni sanitarie a titolo privato non può essere condizionato a monte da «un apposito strumento pianificatore generale» della Regione, ma soltanto «da una valutazione dell'idoneità della nuova struttura a soddisfare il fabbisogno complessivo di assistenza».

Nel caso di specie la regione Sardegna aveva negato l'apertura di una nuova struttura sostenendo che il numero di prestazioni erogate nel 1999 e nel 2000 risultavano superiori al parametro di 12 per abitante indicato in una delibera della Giunta come obiettivo tendenziale per il contenimento delle prestazioni convenzionate.

Secondo la regione poi era da considerarsi del tutto influente il parere favorevole del Comune interessato che sosteneva l'assenza sul territorio di strutture simili: secondo la regione la vicinanza con il capoluogo vanificava la necessità di una nuova struttura.

A fronte di un Tar Sardegna positivo nei confronti della regione, il Consiglio di Stato capovolge il verdetto.

Interessante l'interpretazione dell'art. 8 ter del Dlgs 502/1992.

Affermano infatti i giudici che la realizzazione di nuove strutture sì è condizionata alla verifica di compatibilità da parte della Regione, ma questa regola di principio non può

risolversi, alla luce degli articoli 32 e 41 della Costituzione, «in uno strumento oblatorio delle prerogative dei soggetti che intendano offrire, in regime privatistico (vale a dire senza rimborsi o sovvenzioni a carico della spesa pubblica, e con corrispettivi a carico unicamente degli utenti), mezzi e strumenti di diagnosi, di cura e di assistenza sul territorio». Il Consiglio di Stato ribadisce quanto già espresso nella decisione di pochi giorni prima: *«Una politica di contenimento dell'offerta sanitaria non può tradursi in una posizione di privilegio degli operatori del settore già presenti nel mercato, che possono incrementare la loro offerta a discapito dei nuovi entranti».*

Avv. Silvia Stefanelli

RESPONSABILITÀ SANITARIA

I CONTENUTI DELLA RESPONSABILITÀ PER COLPA LIEVE SECONDO GLI ULTIMI ORIENTAMENTI DELLA SUPREMA CORTE

SENTENZA CASS. CIV. 12 SETTEMBRE 2013 N. 20904/2013 – ARTT. 1176, 1218, 2236 C.C.

Interessante in tema di responsabilità medica la recente sentenza della Corte di Cassazione 12 settembre 2013 n. 20904, con cui vengono chiariti i contenuti della responsabilità per colpa lieve della struttura sanitaria.

Il caso su cui la Suprema Corte si è pronunciata ruota attorno all'art. 2236 c.c. sulla responsabilità del prestatore d'opera, nella cui categoria rientra anche il medico.

L'art. 2236 c.c. introduce in favore del medico una limitazione di responsabilità di rilievo: e, cioè, ove la prestazione medica sia connotata da particolare difficoltà, il professionista risponde dei danni cagionati solo in caso di dolo o colpa grave. Ergo, non risponderà dei danni procurati per colpa lieve nell'erogazione della prestazione richiesta.

E così speravano di “cavarsela” i sanitari coinvolti nella vicenda in esame, ma la Corte di Cassazione non ha dato loro ragione.

Il fatto: il sig. X, ricoverato presso la struttura Y, veniva curato in base all’anamnesi fornita ai sanitari in sede di ingresso. I sanitari, pur nell’evidenza di un peggioramento progressivo, proseguivano nelle cure intraprese senza discostarsi dalle problematiche inizialmente denunciate dal paziente.

La superficialità dei medici portava così al decesso del paziente. In seguito, durante la causa intentata dai parenti della vittima, si accertava come la morte del paziente fosse stata determinata da un’infezione le cui cause, nel caso del sig. X, ben difficilmente avrebbero potuto essere individuate e, conseguentemente, curate con successo.

Di qui, secondo i giudici di primo e secondo grado, l’avverarsi dei “problemi tecnici di particolare difficoltà” utili a scagionare la struttura, la cui condotta nei confronti del paziente era stata ricondotta alla fattispecie della colpa lieve.

Tuttavia, come sopra anticipato, la Suprema Corte non si è trovata d’accordo per i seguenti motivi:

- iniziato il rapporto curativo, è onere del medico indagare sulla situazione psicofisica esistente in capo al paziente, senza chiaramente potersi “fermare” alle sole dichiarazioni rese dal malato in sede di ingresso in struttura;
- in questo senso, l’insorgere di complicazioni e/o di patologie di rara incidenza e/o difficili da diagnosticare – inquadabili, come tali, tra le prestazioni di particolare difficoltà atte a far operare la scusante ex art. 2256 c.c. – scagiona il medico solo in caso di imperizia e non anche in caso di manifesta negligenza nell’erogazione delle prestazioni.

In applicazione di tali assunti, la Suprema Corte ha reputato che la struttura sanitaria, dimostratasi superficiale a partire dalle scarse

e/o erronee indagini cliniche condotte, abbia tenuto una condotta a tutti gli effetti negligente e, come tale, non coperta dalla limitazione di responsabilità ai sensi dell’art. 2256 c.c.

Quest’ultimo, infatti, ci ricorda la Suprema Corte, opera solo in caso di imperizia, ma non anche in caso di negligenza manifesta.

Avv. Valeria Fabbri

NO ALLA CONDANNA DELL’ODONTOIATRA AL RISARCIMENTO DEI DANNI SE IL DOLORE LAMENTATO DAL PAZIENTE HA ORIGINE PSICOSOMATICA

Cassazione, Sez. III Civile, sent. n. 23575/2013

“(…) Ai fini dell’attribuzione della responsabilità del sanitario, occorre, innanzitutto, accertare, sul piano della causalità materiale (rettamente intesa come relazione tra la condotta e l’evento di danno), l’efficienza eziologica della condotta del sanitario rispetto all’evento (...) così da ascrivere l’evento di danno interamente all’autore della condotta illecita (...). Ciò posto, si deve rilevare che la Corte di merito (...) ha escluso la certezza di un rapporto causale tra i danni lamentati dalla paziente e la condotta del sanitario, affermando che la compiuta istruttoria in definitiva accreditava l’ipotesi che la sintomatologia dolorosa fosse solo di origine psicosomatica (...).”

Così ha deciso la Corte di Cassazione, rigettando il ricorso presentato dal paziente che pretendeva di ottenere la condanna dell’odontoiatra che lo aveva avuto in cura al risarcimento dei danni derivati dal confezionamento e dalla allocazione di una protesi dentaria nell’arcata dentaria superiore cui erano, a suo dire, seguiti dolori alla testa e difficoltà di pronuncia.

Secondo il paziente infatti sarebbe esistito un nesso di causalità tra l’installazione della protesi, effettuata dall’odontoiatra, e la

sintomatologia dolorosa con conseguente spostamento della mandibola.

Al contrario la Cassazione ha ritenuto condivisibile la posizione già assunta dal giudice di merito che aveva escluso il nesso di causalità in ragione della presenza di concause naturali, quali lo stato depressivo-ansioso del paziente, ed altresì il successivo rimaneggiamento dell'apparato da parte di altri sanitari.

Niente da fare, dunque, per il paziente che, oltre a non vedersi riconoscere alcun risarcimento, viene altresì condannato al pagamento delle spese di giudizio.

Dott.sa Silvia Pari

**CONTATTO FISICO "FINALIZZATO ALLA CURA"
ESCLUSO DALLE PROVE ASSUNTE
LIBERO L'ODONTOTECNICO SORPRESO AD
INDOSSARE UN CAMICE ODONTOIATRICO IN
COMPAGNIA DELLA PAZIENTE**

Corte di Cassazione Penale- Sez. VI; Sent. n.
43225 del 22/10/2013

"Nelle condizioni descritte emerge una totale assenza di risultanze chiaramente individuabili, situazione che consente di ritenere che, ove l'interessato avesse esercitato il suo diritto al silenzio, non sarebbe stato possibile individuare nel concreto la condotta abusiva oggetto della contestazione"
E' quanto stabilito con la sentenza 22 ottobre 2013, n. 43225 della Corte di Cassazione – Sesta Sezione Penale. Il finto dentista può essere condannato per esercizio abusivo della professione qualora l'accusa riesca a provare il contatto fisico col paziente ed il tipo di attività svolta identificando in maniera univoca la condotta contestata.

IL CASO

Gli agenti del NAS sorprendono l'imputato odontotecnico nello studio dove lavorava solo con una paziente. L'attività di competenza del dentista e abusivamente svolta dall'odontotecnico non essendo stata concretamente individuata veniva desunta da

una serie di circostanze quali l'abbigliamento e la presenza di un calco della protesi. Condannato a due gradi di giudizio di merito per aver svolto abusivamente l'attività professionale riservata al medico dentista la difesa dell'imputato propone ricorso per cassazione.

LA DECISIONE DELLA CORTE DI CASSAZIONE

In particolare la Suprema Corte ha posto alla base dell'accoglimento del motivo di nullità rilevato la connaturata genericità della accusa di cui all'art. 348 c.p. che, quale norma penale in bianco, non prevede descrizione alcuna della condotta vietata. Delle due l'una: o è chiara la fattispecie normativa richiamata nel descrivere il comportamento sanzionabile o è chiaramente individuabile la condotta abusiva oggetto di contestazione. Nel caso di specie è emersa una totale assenza di risultanze chiaramente individuabili che combinata ad un eventuale esercizio del legittimo diritto al silenzio dell'interessato avrebbe reso impossibile l'individuazione della condotta abusiva.

Il risultato? Nullo il decreto di citazione a giudizio di primo grado, nulle entrambe le pronunce di merito, annullato il verdetto di colpevolezza insomma e trasmissione degli atti al PM per l'ulteriore corso. Per il futuro: *"Beato l'uomo il quale, non avendo nulla da dire, si astiene dal dimostrare con le parole l'evidenza del fatto."*

dott. Federico Breschi

