



## Cinque e Soci s.r.l. - Società tra avvocati

Newsletter n. 9\_2019



### Indice

**1. DIRITTO AMMINISTRATIVO.** LE SEZIONI UNITE INTERVENGONO SUL TEMA DELLA RESPONSABILITA' DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE PER FATTO DEL DIPENDENTE.

**2. DIRITTO AMMINISTRATIVO.** ACCESSO ORDINARIO E ACCESSO CIVICO, UNA CONVIVENZA DIFFICILE. APPUNTI SUL TAR PER LA TOSCANA, SEZ. III, 17 APRILE 2019, N.577.

**3. DIRITTO BANCARIO.** ANATOCISMO E DIVIETO DI

CAPITALIZZAZIONE.

**4. DIRITTO AMMINISTRATIVO.** LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE RISPONDE DEL FATTO ILLECITO DEL DIPENDENTE COSTITUENTE REATO.

**5. DIRITTO INFORMATICO.** QUANDO L'HOSTING PROVIDER E' OBBLIGATO A RIMUOVERE CONTENUTI ILLECITI: INTERVIENE LA CASSAZIONE.

**6. DIRITTO DEL LAVORO.** MOBBING DOPO UN LUNGO PERIODO DI MALATTIA: SE C'E' L'INTENTO PERSECUTORIO.

**7. DIRITTO DEL LAVORO.** LE CATTIVE MANIERE, LE LUNGHE ATTESE E LE PAROLACCE NON SONO MOBBING SENZA L'INTENTO PERSECUTORIO.

**8. DIRITTO DEL LAVORO.** VALIDO IL LICENZIAMENTO PER L'ALTERAZIONE DEI RIMBORSI SPESE.

**1. DIRITTO AMMINISTRATIVO.** LE SEZIONI UNITE INTERVENGONO SUL TEMA DELLA RESPONSABILITA' DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE PER FATTO DEL DIPENDENTE.

Sezioni Unite della Cassazione, sentenza 16 maggio 2019 n. 13246

Le Sezioni Unite della Cassazione, con la sentenza 16 maggio 2019 n. 13246, hanno stabilito che lo Stato e gli Enti Pubblici sono responsabili verso i terzi del danno subito per fatto illecito del dipendente, pur se quest'ultimo agisce per fatti estranei all'Amministrazione.

Nel redimere un contrasto sorto in seno alla Sezioni Semplici, le Sezioni Unite hanno affermato che sono fonte di responsabilità dello Stato o dell'ente pubblico i danni determinati da condotte del funzionario o dipendente, pur se devianti o contrarie rispetto al fine istituzionale del conferimento del potere di agire.

Affinché vi sia responsabilità è necessario che si tratti di condotte legate al fine istituzionale del potere di agire da un nesso di occasionalità necessaria.

In difetto dell'estrinsecazione di detto potere, la condotta illecita dannosa - e quindi, quale sua conseguenza, il danno ingiusto - non sarebbe

stato possibile.

Analogamente si ha responsabilità dello Stato o dell'Ente pubblico quando il dipendente pone in essere condotte raffigurabili o prevenibili oggettivamente come sviluppo non anomalo dell'esercizio del conferito potere di agire, rientrando nella normalità statistica che il potere possa essere impiegato per finalità diverse da quelle istituzionali o ad esse contrarie e dovendo farsi carico il preponente delle forme, non oggettivamente improbabili, di inesatta o infedele estrinsecazione dei poteri conferiti o di violazione dei divieti imposti agli agenti.

**2. DIRITTO AMMINISTRATIVO. ACCESSO ORDINARIO E ACCESSO CIVICO, UNA CONVIVENZA DIFFICILE. APPUNTI SUL TAR PER LA TOSCANA, SEZ. III, 17 APRILE 2019, N. 577.**

Tar Toscana, Sez. III, 17 aprile 2019, n. 577

Sull'ambito di operatività dell'accesso civico ed in particolare sulla sua applicabilità nella materia degli appalti pubblici, la giurisprudenza ha finora espresso orientamenti non univoci.

Secondo un primo indirizzo i documenti afferenti alle procedure di affidamento ed esecuzione sono esclusivamente sottoposti alla disciplina di cui all'art. 53 d.lgs. 50/2016 e, pertanto, restano esclusi dall'accesso civico c.d. generalizzato di cui all'art. 5, comma 2, d.lgs. 33/2013.

In base ad un diverso indirizzo l'art. 53, d.lgs. n. 50 del 2016 non va inteso come un rinvio fisso ma come volontà del legislatore di sottoporre l'accesso ai documenti di gara generici (non sensibili) alle norme ordinarie in tema di accesso, nella loro evoluzione storica e, pertanto, attualmente alla disciplina introdotta dal d.lgs. n. 33 del 2016, oltre tutto successivo al codice dei contratti, che afferma la regola generale dell'integrale trasparenza, la quale implica il diritto di chiunque, senza la prova di una particolare legittimazione e senza onere di motivare la relativa istanza, di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione obbligatoria, compresi

tutti quelli attinenti alla fase del rapporto contrattuale tra stazione appaltante ed aggiudicatario dell'appalto.

A ciò aggiungasi che l'art. 37, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 33 del 2013, sostituito dall'art. 31, comma 1, d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97, prevede che "Le pubbliche amministrazioni e le stazioni appaltanti pubblicano: b) gli atti e le informazioni oggetto di pubblicazione ai sensi del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50". La norma da ultimo citata è coerentemente inserita nel capo V (rubricato come "Obblighi di pubblicazione in settori speciali") del decreto legislativo, che sottopone ad accesso civico generalizzato tutta la documentazione oggetto di pubblicazione obbligatoria secondo il codice degli appalti. Ne consegue una disciplina complessa, risultante dall'applicazione dei diversi istituti dell'accesso ordinario e di quello c.d. civico, che hanno un diverso ambito di operatività con effetti diversificati con riferimento al settore speciale dei pubblici appalti.

In particolare, per quanto riguarda gli atti e documenti della fase pubblicistica del procedimento, oltre all'accesso ordinario è consentito anche l'accesso civico generalizzato, "allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico"; per quanto riguarda atti e documenti della fase esecutiva del rapporto contrattuale tra stazione appaltante ed aggiudicataria, l'accesso ordinario è consentito ai sensi degli artt. 22 e seguenti della legge n. 241 e nel rispetto delle condizioni e dei limiti individuati dalla giurisprudenza, che nella fattispecie non risultano osservati.

### **3. DIRITTO BANCARIO. ANATOCISMO E DIVIETO DI CAPITALIZZAZIONE.**

Corte di Cassazione, con l'ordinanza 7 settembre 2018, n. 21875

La Corte di Cassazione, con l'ordinanza 7 settembre 2018, n. 21875, ha ribadito un principio consolidato nella giurisprudenza di legittimità in materia di interessi anatocistici.

A partire dalla sentenza della Cassazione n. 24418/2010, è stato

affrontato il profilo relativo alle conseguenze della declaratoria di nullità della clausola anotocistica in contrasto con il divieto espresso dall'art. 1283 c.c..

In particolare ci si è domandati se la clausola anotocistica di capitalizzazione trimestrale, dichiarata nulla per contrasto con l'art. 1283 c.c., potesse essere sostituita con quella diversa, pattuita nello schema negoziale, che prevede la capitalizzazione annuale degli interessi maturati a credito del correntista.

A tal proposito la giurisprudenza di legittimità ha affermato il principio di diritto per il quale, dichiarata la nullità della clausola di capitalizzazione trimestrale, gli interessi a debito del correntista debbono essere calcolati senza operare capitalizzazione alcuna.

Siffatta conclusione muove dall'assunto che la clausola di capitalizzazione annuale concerne gli interessi a credito e non a debito del correntista, di conseguenza difetterebbe proprio la base negoziale di una clausola siffatta.

Sotto un differente profilo la giurisprudenza precisa che la stessa impossibilità di ravvisare usi normativi, ex art. 1283, comma 1, c.c. in relazione alla capitalizzazione trimestrale si acuisce in riferimento alla cosiddetta capitalizzazione annuale degli interessi anotocistici, la cui pratica non si rinviene nemmeno nella realtà storica dell'ultimo cinquantennio e cioè a partire da quelle NUB del 1951 che prevedevano esclusivamente l'uso (negoziale) della capitalizzazione trimestrale.

L'operatività di tale principio, riferita ai contratti di conto corrente bancario antecedenti alla delibera del CICR del 2000, viene ribadita nell'ordinanza in commento, nella quale i giudici di legittimità hanno riaffermato il principio di diritto per il quale una volta dichiarata la nullità della previsione negoziale di capitalizzazione trimestrale, per contrasto con il divieto di anatocismo stabilito dall'art. 1283 c.c. (il quale osterebbe anche ad un'eventuale previsione negoziale di capitalizzazione annuale), gli interessi a debito del correntista devono essere calcolati senza operare

alcuna capitalizzazione.

**4. DIRITTO AMMINISTRATIVO. LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE RISPONDE DEL FATTO ILLECITO DEL DIPENDENTE COSTITUENTE REATO.**

Lo Stato o l'ente pubblico risponde civilmente del danno cagionato a terzi dal fatto penalmente illecito del dipendente, in applicazione del principio di causalità adeguata ed in base ad un giudizio contro fattuale riferito al tempo della condotta, anche quando questi abbia approfittato delle sue attribuzioni ed agito per finalità esclusivamente personali od egoistiche ed estranee a quelle della amministrazione di appartenenza, purché la sua condotta sia legata da un nesso di occasionalità necessaria con le funzioni o poteri che il dipendente esercita o di cui è titolare.

Secondo la giurisprudenza civile di legittimità (sul solco di quella penale) il nesso di occasionalità necessaria (e la responsabilità del preponente) sussiste nella misura in cui le funzioni esercitate abbiano determinato, agevolato o reso possibile la realizzazione del fatto lesivo, nel qual caso è irrilevante che il dipendente abbia superato i limiti delle mansioni affidategli, od abbia agito con dolo e per finalità strettamente personali, alla condizione tuttavia che la condotta del preposto costituisca pur sempre il non imprevedibile sviluppo dello scorretto esercizio delle mansioni, non potendo il preponente essere chiamato a rispondere di un'attività del preposto che non corrisponda, neppure quale degenerazione od eccesso, al normale sviluppo di sequenze di eventi connesse all'espletamento delle sue incombenze.

**5. DIRITTO INFORMATICO. QUANDO L'HOSTING PROVIDER E' OBBLIGATO A RIMUOVERE CONTENUTI ILLECITI: INTERVIENE LA CASSAZIONE.**

Corte di Cassazione, sentenza 19 marzo 2019 n. 7708

L'hosting provider è un servizio di pubblica fruizione di video, mediante il quale i singoli utenti possono caricare dei contenuti ed altri utenti possono gratuitamente visionarli e commentarli, senza che l'hosting provider abbia

l'obbligo di verificare l'eventuale violazione del diritto d'autore.

Con la sentenza 19 marzo 2019 n. 7708 la Corte di cassazione ha stabilito che la responsabilità civile dell'hosting provider sussiste allorquando non abbia provveduto alla immediata rimozione dei contenuti illeciti pubblicati da altri, ma ne abbia appunto continuato la pubblicazione, quando ricorrono congiuntamente le seguenti condizioni: a) sia a conoscenza legale dell'illecito perpetrato dal fruitore del servizio, per averne avuto notizia dal titolare del diritto leso o aliunde, b) l'illiceità dell'altrui condotta sia ragionevolmente constatabile, onde egli sia in colpa grave per non averla prontamente riscontrata, alla stregua del grado di diligenza che è ragionevole attendersi da un operatore professionale della rete in un dato momento storico, c) abbia la possibilità di attivarsi utilmente, in quanto reso edotto in maniera sufficientemente precisa, attraverso la conoscenza dell'URL, dei contenuti illeciti da rimuovere.

**6. DIRITTO DEL LAVORO. MOBBING DOPO UN LUNGO PERIODO DI MALATTIA: SE C'E' L'INTENTO PERSECUTORIO.**

Corte di Cassazione, sentenza 17 aprile 2019 n. 10725

La Cassazione Civile, Sezione Lavoro, con sentenza 17 aprile 2019, n. 10725, ha stabilito che, ai fini della configurabilità del mobbing lavorativo, l'elemento qualificante, che deve essere provato da chi assuma di avere subito la condotta vessatoria, va ricercato non nell'illegittimità dei singoli atti bensì nell'intento persecutorio che li unifica: ne consegue che è legittima la condanna inflitta al datore per il risarcimento del danno da mobbing laddove la condotta persecutoria si è esplicitata nelle continue e pressanti richieste di chiarimenti al dipendente sulle sue assenze per malattia e sulle cure mediche, nella privazione della parte più rilevante delle mansioni al rientro dalla malattia e nella richiesta di dimissioni rifiutata dal medesimo.

**7. DIRITTO DEL LAVORO. LE CATTIVE MANIERE, LE LUNGHE ATTESE E LE PAROLACCE NON SONO MOBBING SENZA L'INTENTO PERSECUTORIO.**

Corte di Cassazione, ordinanza 10 aprile 2019, n. 10043

Lo ha deciso la Cassazione Civile, con ordinanza 10 aprile 2019, n. 10043, secondo cui il dipendente preso a parolacce dal capoufficio non ha diritto a essere risarcito per il presunto *mobbing* subito. Sono, infatti, irrilevanti le lunghe attese per essere ricevuto e i cattivi rapporti. È necessario provare l'intento persecutorio e di allontanamento, sicché rientrano nell'ambito di un utilizzo lecito della discrezionalità propria del dirigente tutti quegli atti che ben possono essere giustificati da necessità di espletamento del servizio.

**8. DIRITTO DEL LAVORO. VALIDO IL LICENZIAMENTO PER L'ALTERAZIONE DEI RIMBORSI SPESE.**

Cassazione Civile, Sezione Lavoro, 16 aprile 2019, n. 10566

La Cassazione Civile, Sezione Lavoro, 16 aprile 2019, n. 10566 ha stabilito che è legittimo il licenziamento per giusta causa adottato nei confronti del dipendente che altera negli importi i rimborsi spese dovendosi ritenere che i comportamenti fraudolenti posti in essere da chi riveste un ruolo di responsabilità come il quadro direttivo non possono che ledere irrimediabilmente il vincolo fiduciario con il datore.

*Cinque & Soci s.r.l.*

*Società tra avvocati*