

Newsletter n. 1/2016 del 04.01.2016

Hanno collaborato: Avv. Biagio Parmaliana - Avv. Marina Italiano

## **CIVILE**

### **VALIDA E LECITA LA CLAUSOLA A RICHIESTA FATTA (CLAIMS MADE) DELLE POLIZZE PROFESSIONALI**

Una delle questioni giuridiche più attuali relative alla contrattualistica riguarda la validità e la natura giuridica delle clausole claims made (ossia "a richiesta fatta"), generalmente inserite nei contratti assicurativi stipulati dai professionisti a copertura della responsabilità professionale per errori e danni causati nell'esercizio della professione.

La clausola "claims made" in deroga alla norma contenuta nell'art. 1917 co. 1 c.c., ed estende la copertura assicurativa, e quindi l'obbligo per l'assicuratore di tenere indenne l'assicurato, a tutti i danni denunciati per la prima volta durante il tempo di vigenza della polizza assicurativa anche se riferiti ad un fatto precedente alla stipula.

In passato si è dubitato della legittimità di tale clausola che sembra estendere oltre modo la responsabilità dell'assicuratore.

Con una recente sentenza, confermando un orientamento ormai consolidato, la Corte di Cassazione ha ritenuto lecita e non vessatoria la clausola contrattuale cosiddetta "a richiesta fatta".

La norma contenuta nell'art. 1917 co. 1 c.c., infatti, precisa la Suprema Corte, è liberamente ed autonomamente derogabile dalle parti anche per effetto dell'autonomia contrattuale che l'art. 1322 c.c. assegna alle parti entro il limite giuridico della liceità.

### **AUTONOMAMENTE RISARCIBILE IL DANNO MORALE IN CASO DI LESIONI MACROPERMANENTI: A VOLTE RITORNANO!**

Ritorna alla ribalta, autonomamente risarcibile rispetto al danno biologico, la categoria del danno morale in caso di lesioni di non lieve entità.

Come è noto, le celebri sentenze della Corte di Cassazione n. 26972 e n. 26976 dell'11 Novembre 2008 (meglio note come le sentenze di San Martino) avevano negato autonomia giuridica alle diverse voci di danno non patrimoniale fino a quel momento autonomamente risarcibili (danno biologico, danno morale, danno esistenziale, ecc) riconducendole alla generale e omnnicomprensiva categoria del danno non patrimoniale.

Di recente, invece, la Corte di Cassazione, con una pronuncia dal sapore retrò, ha dichiarato il danno morale autonomamente risarcibile qualora collegato ad un interesse tutelato dalla Costituzione purchè non riconducibile a lesioni micropermanenti (ossia di lieve entità) di cui all'art. 139 del Dlgs 209/2005.

Della serie: a volte ritornano!!

## LAVORO

### **ANCHE PRIMA DEL JOB ACTS, LECITO ADIBIRE IL LAVORATORE A MANSIONI INFERIORI SE E' L'UNICA ALTERNATIVA POSSIBILE AL LICENZIAMENTO**

Con una pronuncia destinata a far discutere, la Corte di Cassazione ha recentemente individuato l'effettiva portata del potere del datore di lavoro di adibire il lavoratore a mansioni diverse a quelle per le quali è stato assunto ovvero successivamente acquisite in alternativa al licenziamento.

La sentenza in commento, spingendosi ben oltre alla consolidata interpretazione del "repechage", impone al datore di lavoro che in seguito ad interventi di ristrutturazione aziendale abbia soppresso le mansioni svolte dal lavoratore, di adibire quest'ultimo a mansioni persino inferiori in alternativa al licenziamento.

Secondo la Suprema Corte, pertanto, il licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo è illegittimo qualora il datore di lavoro abbia omesso di prospettare al lavoratore, a prescindere dalla volontà o dalla richiesta dello stesso, la possibilità di essere reimpiegato in mansioni inferiori.

Tale pronuncia rappresenta una deroga all'articolo 2103 c.c. ed anticipa la riforma del job act.

Oggi, infatti, il citato articolo 2103 c.c. consente definitivamente al datore di lavoro di adibire il lavoratore a mansioni inferiori a quelle di assunzione, salvo l'obbligo formativo, in caso di riassetto organizzativi aziendali che incidono sulla posizione del lavoratore, ovvero nei casi previsti dalla contrattazione collettiva.

## **AMMINISTRATIVO**

### **AFFIDAMENTO IN HOUSE: LA SCELTA DEVE ESSERE ADEGUATAMENTE MOTIVATA**

Il Consiglio di Stato chiarisce con una interessante pronuncia il limite e la portata del ricorso da parte della pubblica amministrazione all'affidamento in house (c.d. in house providing).

Nel settore pubblico la regola è l'esternalizzazione mediante procedure ad evidenza pubblica per l'acquisizione di beni e l'affidamento di servizi.

L'affidamento in house rappresenta, pertanto, un'eccezione a tale regola e deve risultare adeguatamente motivata.

E', infatti, illegittimo, palesemente illogico o irrazionale, nonché contrario ai principi di imparzialità e buon andamento della p.a. di cui all'art. 97 Cost., il ricorso arbitrario a tale procedura in assenza di una adeguata istruttoria e motivazione.

Partendo da queste premesse, il Consiglio di Stato ha confermato la statuizione del Giudice di primo grado che aveva annullato gli atti con cui una Azienda Sanitaria Locale aveva deciso di affidare in house il servizio di pulizia e sanificazione dei propri locali revocando tra l'altro una precedente gara pubblica.

La motivazione adottata dalla P.A. rinvenuta nell'apparente convenienza economica di un affidamento in house non risultava suffragata da un'istruttoria adeguata e la scelta è risultata più onerosa rispetto all'esternalizzazione.

Nessuna convenienza economica e, quindi, nessuna esternalizzazione. Per l'ASL tutto da rifare!!

### **NESSUN OBBLIGO DI INDICARE IL NOMINATIVO DELL'IMPRESA SUBAPPALTANTE IN CASO DI APPALTO NECESSARIO**

L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato mette finalmente un punto all'annosa questione relativa alla necessità di indicare in sede di partecipazione alla gara il nominativo del subappaltante nel caso in cui l'impresa partecipante non possieda la qualificazione per alcune categorie scorporabili.

Superando i contrasti interpretativi e partendo dal dato normativo, l'adunanza plenaria ha chiarito una volta per tutte che l'impresa partecipante non è tenuta ad indicare sin da subito il nominativo dell'impresa appaltatrice ma è sufficiente che possieda la qualificazione necessaria nella categoria prevalente, partecipi per l'importo totale dei lavori ed indichi sin da subito le lavorazioni che intenda subappaltare (purchè si tratti di categorie scorporabili).

In caso di aggiudicazione, sarà onere dell'impresa vincitrice che aveva manifestato l'intenzione di subappaltare comunicare alla stazione appaltatrice il contratto di subappalto almeno venti giorni prima dell'inizio dei lavori subappaltati.

In caso contrario, l'impresa risponderà di inadempimento contrattuale e l'appaltante potrà legittimamente trattenere la cauzione.

## **VALIDA E REGOLARE LA NOTIFICA A MEZZO POSTA ELETTRONICA CERTIFICATA ANCHE NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO**

Perfettamente valida ed efficace la notifica a mezzo pec eseguita in proprio dall'avvocato ai sensi della L. n. 53/1994 anche nel processo amministrativo a prescindere dal PAT (processo amministrativo telematico).

A chiarirlo definitivamente (?) è il Consiglio di Stato che in tal modo ha posto fine ad un dubbio interpretativo che aveva diviso con pronunce divergenti molti Tribunali Amministrativi Regionali.

In particolare, il Consiglio di Stato precisa che il potere per gli avvocati di notificare in proprio gli atti del processo amministrativo non è subordinata dalla preventiva autorizzazione presidenziale prevista dall'art. 52 comma 2 del c.p.a. e discende direttamente dalla legge che consente agli avvocati di eseguire la notificazione di atti in materia civile amministrativa e stragiudiziale a mezzo posta elettronica certificata.

Date queste premesse, a parere di chi scrive la recente proroga dell'entrata in vigore del processo amministrativo telematico, già prevista per il 1° gennaio, disposta dal decreto mille proroghe non sembra incidere su tale pronuncia.