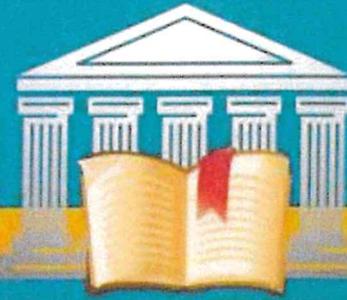


TeLex Anie

NOVITÀ LEGISLATIVE E GIURISPRUDENZIALI



Segnalazioni giuridiche a cura
del Servizio Centrale Legale

N. 2 Anno XXIII
Febbraio 2018

APPALTI PUBBLICI

AVVALIMENTO DI GARANZIA: LA PRESTAZIONE OGGETTO DELL'OBBLIGAZIONE È L'IMPEGNO DELL'AUSILIARIA

Sentenza – Consiglio di Stato, Sez. V, del 15 gennaio 2018, n. 187

La recente pronuncia del Consiglio di Stato (Sez. V – n. 187/2015) chiarisce che la prestazione nel caso di avvalimento di garanzia è costituita dall'impegno dell'impresa ausiliaria a garantire l'ausiliata.

La pronuncia in commento consolida un principio già enunciato lo scorso anno dallo stesso Consiglio di Stato con la sentenza n. 5429/2017; la continuità delle due pronunce consente di tracciare il perimetro di applicazione di tale particolare tipologia di avvalimento (cd. "di garanzia").

I Giudici di Palazzo Spada, pronunciandosi sulla legittimità di un contratto di avvalimento, avente ad oggetto il requisito della capacità economico-finanziaria, hanno chiarito che nel caso di avvalimento di garanzia "la prestazione oggetto specifico dell'obbligazione è costituita non già dalla messa a disposizione da parte dell'impresa ausiliaria di strutture organizzative e mezzi materiali, ma dal suo impegno a garantire con le proprie complessive risorse economiche l'impresa ausiliata".

Peraltro il Consiglio di Stato – conscio del rischio che tale particolare tipologia di avvalimento potrebbe trasformarsi in un prestito di requisiti soltanto astratto e cartolare – specifica inoltre in cosa si sostanzia l' "impegno a garantire" chiesto all'ausiliaria chiarendo che non sarà sufficiente una generica garanzia di quest'ultima ma che, al contrario, dal tenore testuale del contratto dovrà desumersi l'idoneità dell'atto "ad assolvere la funzione di garanzia", in altre parole dovrà essere svolta un indagine in concreto circa il contenuto del contratto.

La continuità di orientamento segnata dalla sentenza in commento risulta particolarmente rilevante in ragione del fatto che l'istituto dell'avvalimento di garanzia, come accennato, rappresenta da sempre per gli operatori economici del settore un tema piuttosto ostico, ciò perché il legittimo ricorso a tale strumento giuridico si scontra, non di rado, con la difficoltà di dimostrare l'effettiva messa a disposizione di requisiti la cui peculiarità è proprio quella di avere una natura immateriale.

Il chiarimento del Consiglio di Stato è oltremodo opportuno se si pensa che all'indomani della pubblicazione del nuovo Codice appalti (D.Lgs. 50/2016) e della nuova disciplina in materia di avvalimento si era fortemente dubitato circa la possibilità di poter ricorrere a tale istituto per il prestito di requisiti di natura economico-finanziaria (avvalimento di garanzia).

L'art. 89, co.9, prevede infatti che l'ente appaltante: "esegue in corso di esecuzione le verifiche sostanziali circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto dell'avvalimento (...), nonché l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto".

La strada tracciata dalle pronunce dei Giudici di Palazzo Spada è stata ripresa anche dall'Autorità nella bozza di Linee Guida sui "casi e le modalità di avvalimento" attualmente in discussione.

Servizio Centrale Appalti ANIE

CONTRATTUALISTICA

COMMENTO ALLA RECENTE SENTENZA DELLA CASSAZIONE A SEZIONI UNITE IN TEMA DI APPLICABILITÀ DELLE NORME PREVISTE PER LA MEDIAZIONE ANCHE AI PROCACCIATORI D'AFFARI

Con sentenza n. 19161 del 2 agosto 2017 le Sezioni Unite della Suprema Corte hanno chiarito il contrasto giurisprudenziale sorto in merito all'applicabilità o meno delle norme previste per la mediazione tipica (ossia la legge 39/1989 e, più di recente, il d.lgs. 59/2010) anche alle ipotesi di mediazione atipica e quindi anche alla fattispecie del procacciatore d'affari. Prima di soffermarsi sulle questioni di diritto alla base della decisione, è bene riepilogare brevemente i fatti di causa all'origine della controversia.

Il caso

La titolare di uno studio tecnico citava in giudizio la società in favore della quale affermava di aver svolto attività di intermediazione per ottenere il pagamento della relativa provvigione. La società convenuta contestava la ricostruzione dei fatti proposta dall'attrice ed eccepiva la nullità della pattuizione sulla provvigione, non essendo parte attrice iscritta nell'elenco dei mediatori. In primo grado il Giudice adito, il Tribunale di Verona, condannava la società convenuta al pagamento di una somma di denaro in favore dell'attrice, ritenendo quindi inapplicabile al caso di specie la disciplina della nullità delle pattuizioni sulla provvigione se stipulate da un mediatore non iscritto

all'albo, in quanto parte attrice era una semplice procacciatrice d'affari. La sentenza veniva impugnata dalla società soccombente e la Corte d'Appello di Venezia la riformava, poiché riteneva che per aver diritto alla provvigione la creditrice avrebbe dovuto dimostrare di essere iscritta all'albo dei mediatori professionali, condizione ritenuta essenziale ai fini dell'esistenza del diritto alla provvigione.

La titolare dello studio tecnico ricorreva allora in Cassazione. La seconda sezione civile investita del ricorso, in considerazione del contrasto giurisprudenziale sorto sul tema, con ordinanza n. 22558 del 4 novembre 2015 ha devoluto la questione alle Sezioni Unite.

Il contrasto giurisprudenziale

Sulla questione se il procacciatore d'affari, quale mediatore atipico, abbia diritto alla provvigione in difetto di iscrizione al ruolo dei mediatori, nella giurisprudenza della Corte di legittimità si sono sviluppati due orientamenti divergenti.

Alcuni precedenti, mettendo in evidenza la profonda differenza tra la mediazione tipica (in cui il mediatore assume una posizione di assoluta terzietà ed imparzialità rispetto alle parti che mette in relazione) e la mediazione atipica (nella quale invece il procacciatore è legato da un rapporto di collaborazione con la parte/preponente nell'interesse della quale agisce), hanno escluso l'applicabilità della disciplina sulla mediazione tipica (legge 39/1989 e, più di recente, il d.lgs. 59/2010) a quella atipica. Ed hanno escluso, quindi, che la previsione contenuta nell'art. 6 della legge del 1989, che subordina il diritto del mediatore a percepire la provvigione all'obbligo di iscrizione al relativo albo (oggi, sostituito dalle iscrizioni previste dall'art. 73 del d.lgs. 59/2010, c.d. "Decreto Bersani bis"), sia applicabile anche alla figura del procacciatore d'affari (in tal senso cfr. Cass. 16.12.2005, n. 27729; Cass. 25.01.2005, n. 1441; Cass. 24.02.2009, n. 4422; Cass. 19.08.2011, n. 17398).

Altre decisioni invece, pur riconoscendo la differenza di cui sopra, hanno dato rilievo al nucleo comune alle due figure, rappresentato dalla interposizione tra più soggetti al fine di metterli in contatto per la conclusione di un affare e, in considerazione di ciò, hanno ritenuto che anche l'ipotesi della mediazione atipica (o del procacciatore d'affari) rientra nell'ambito di applicabilità della disciplina prevista per la mediazione (cfr. 05.09.2006, n. 19066; Cass. 08.07.2010, n. 16147).

I due orientamenti sopra citati tendono a soddisfare esigenze diverse: il primo, più aderente al dato normativo, mira a garantire comunque un compenso ad un'attività che di fatto è stata svolta, quanto meno a

beneficio del preponente; il secondo è invece volto a combattere la piaga dell'abusivismo di persone moralmente e professionalmente inidonee, privandole di eventuali guadagni.

La soluzione adottata dalle Sezioni Unite

Le Sezioni Unite con la sentenza in commento, nel comporre il contrasto giurisprudenziale, hanno ritenuto di aderire al secondo dei due orientamenti.

A giudizio della Suprema Corte, infatti, con la previsione della riserva di svolgimento dell'attività di mediazione (tipica o atipica che sia) soltanto a soggetti in possesso di determinati requisiti di idoneità (garantiti appunto dall'osservanza di certe formalità: iscrizione al ruolo prima e dichiarazione di inizio attività nonché iscrizione nel registro delle imprese o nel REA dal 2010) e la conseguente assenza di tutela per il mediatore "non iscritto", il Legislatore ha voluto espressamente tutelare l'interesse ad un ordinato e corretto sviluppo di un'attività, quella di intermediazione appunto, che è ormai di centrale importanza negli scambi commerciali e che rappresenta in concreto uno dei maggiori strumenti per concludere affari.

A ciò va aggiunto inoltre che, in sede di legittimità, si assiste al progressivo stabilizzarsi dell'indirizzo che nega al mediatore non iscritto nei ruoli (e quindi anche al procacciatore d'affari) l'azione di ingiustificato arricchimento ex art. 2041 c.c., sulla base della natura sanzionatoria della previsione di cui all'art. 8 della legge 39/1989.

E così, la Suprema Corte ha espresso il seguente principio di diritto: *"è configurabile, accanto alla mediazione ordinaria, una mediazione negoziale atipica, fondata su un contratto a prestazioni corrispettive, con riguardo anche ad una soltanto delle parti interessate (c.d. mediazione unilaterale). Tale ipotesi ricorre nel caso in cui una parte, volendo concludere un singolo affare, incarichi altri di svolgere un'attività intesa alla ricerca di una persona interessata alla relativa conclusione del medesimo affare a determinate, prestabilite condizioni, e proprio per il suo estrinsecarsi in attività di intermediazione, rientra nell'ambito di applicabilità dell'art. 2, comma 4, della l. n. 39 del 1989, che disciplina anche ipotesi atipiche di mediazione per il caso in cui oggetto dell'affare siano beni immobili o aziende. Ove oggetto dell'affare siano altre tipologie di beni - e segnatamente beni mobili - l'obbligo di iscrizione sussiste solo per chi svolga la detta attività in modo non occasionale bensì professionale o continuativo. Ove ricorra tale ipotesi, anche per l'esercizio di questa attività è richiesta l'iscrizione nell'albo degli agenti di affari in mediazione di cui al menzionato art. 2 della citata l. n. 39 del 1989*

(ora, a seguito dell'abrogazione del ruolo dei mediatori, la dichiarazione di inizio di attività alla Camera di commercio, ai sensi dell'art. 73 del d.lgs. n. 59 del 2010), ragion per cui il suo svolgimento in difetto di tale condizione esclude, ai sensi dell'art. 6 della stessa legge, il diritto alla provvigione”.

In buona sostanza, con la sentenza in esame le Sezioni Unite hanno chiarito che, eccezion fatta per il caso del procacciatore d'affari che opera stabilmente con un determinato preponente (che ovviamente risulta assimilabile al rapporto di agenzia, con conseguente inoperatività dell'art. 6 della legge n. 39 del 1989), il contratto di procacciamento d'affari configura una mediazione atipica e, poiché tale fattispecie rientra nell'ambito della figura più generale della mediazione ordinaria, è soggetto alle disposizioni previste dalla relativa normativa sulla necessità di iscrizione (prima: nell'apposito ruolo ex legge n. 39 del 1989, oggi: nel registro delle imprese o nel REA ex art. 73 del d.lgs. 59 del 2010); ciò non solo per il caso in cui oggetto dell'affare siano beni immobili o aziende, bensì anche quando l'affare riguardi beni mobili, a condizione però – in tal caso - che l'attività di intermediazione sia svolta in modo continuativo o professionale (e, quindi, non occasionale).

In conclusione

A seguito del principio di diritto espresso dalle Sezioni Unite della Corte di legittimità, assume estrema importanza la natura dell'incarico svolto dall'intermediario, in quanto a seconda del carattere “professionale” o “meramente occasionale” con cui viene svolta l'attività di intermediazione da parte del procacciatore, quest'ultimo sarà tenuto all'iscrizione nei relativi registri (o meno) per vedersi riconosciuto il pagamento delle provvigioni.

Non va tralasciato inoltre il fatto che, in caso di mancata iscrizione, l'intermediario (ritenuto professionale) che abbia contribuito alla conclusione di un affare non percepirà alcun compenso, poiché non potrà nemmeno esercitar l'azione di arricchimento senza causa. E' consigliabile quindi che tali aspetti siano regolati e determinati in maniera chiara e inequivoca all'interno di un testo contrattuale.

*Avv. Arianna Ruggieri
BBM Partners, Buffa, Bortolotti & Mathis*

LEGISLAZIONE OSSERVATORIO

LA NUOVA LEGGE SUL WHISTLEBLOWING: LA RIVELAZIONE DEL SEGRETO SCIENTIFICO ED INDUSTRIALE

Con la legge in commento il legislatore italiano ha definitivamente introdotto nel nostro ordinamento il c.d. whistleblowing, ovverosia un insieme di disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato.

Attraverso le suddette disposizioni vengono approntate una serie di tutele ai soggetti denunciati, volte a garantire l'anonimato delle segnalazioni, il divieto di atti ritorsivi o discriminatori, diretti od indiretti, nei confronti del segnalante per motivi attinenti alla segnalazione stessa, la reintegra in caso di licenziamento illegittimo a causa della segnalazione e l'onere della prova in capo al datore di lavoro in merito all'estraneità, rispetto alla segnalazione, delle misure discriminatorie o ritorsive eventualmente adottate.

Oltre a quanto sopra, il perseguimento dell'integrità delle amministrazioni, pubbliche e private e la prevenzione e la repressione delle malversazioni, divengono interessi primari a tal punto da costituire giusta causa di rivelazione di notizie coperte dall'obbligo di segreto (tra cui il segreto d'ufficio, il segreto professionale, il segreto scientifico o industriale) oppure dell'obbligo, in capo al prestatore di lavoro, di non divulgare notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa.

Per comprendere gli effetti dell'esimente relativa alla rilevazione dei segreti scientifici industriali, in particolare, è necessario soffermarsi sulla portata della norma, l'art. 623 c.p., che si pone quale fattispecie specifica del segreto professionale e punisce chiunque rivela o impiega, a proprio o altrui profitto, notizie destinate a rimanere segrete, in merito a scoperte o invenzioni scientifiche o applicazioni industriali di cui è venuto a conoscenza per ragioni sostanzialmente professionali.

La norma penalistica costituisce una sanzione del più generico obbligo di fedeltà e mira a tutelare non solo la segretezza delle notizie che possono rientrare specificatamente nelle mansioni a cui il lavoratore è preposto ma anche di quelle che lo stesso lavoratore è venuto a conoscenza in modo del tutto causale.

Con la legge sul whistleblowing, pertanto, l'interesse all'integrità delle amministrazioni pubbliche o private acquisisce un valore nuovo, idoneo a superare quello patrimoniale relativo allo sfruttamento economico ed esclusivo dell'innovazione.

Tuttavia, al fine di evitare inutili, pericolose o dannose divulgazioni, la legge prevede espressamente che le notizie e i documenti coperti da segreto

- (i) vengano comunicati esclusivamente agli organismi preposti e
- (ii) siano limitati a quelli strettamente necessari all'eliminazione dell'illecito (nell'ottica complessiva della legge stessa che è, appunto, quella di preservare l'integrità dell'amministrazione e non certo quella di consentire un'indebita rivelazione di segreti industriali o scientifici).

Peraltro è bene rilevare che la stessa normativa esclude l'applicabilità della giusta causa nel caso in cui l'obbligo di segreto professionale gravi su chi sia venuto a conoscenza della notizia a causa del rapporto di consulenza professionale o di assistenza con l'ente, l'impresa o la persona fisica interessata.

*Avv. Giacomo Gori
Cocuzza & Associati, Studio Legale*

LA NUOVA LEGGE SUL WHISTLEBLOWING: ASPETTI GIUSLAVORISTICI

Whistleblower, letteralmente colui che "soffia nel fischietto", è il dipendente, pubblico o privato, che denuncia episodi di corruzione e irregolarità alla

magistratura o all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC).

Sulla base di quanto stabilito dal testo di legge in commento, il whistleblower sarà tutelato in maniera assoluta ed in due direzioni: verso l'esterno, dal momento che è vietato rivelarne l'identità; internamente, dato che non potrà essere punito per il suo gesto.

In particolare la legge prevede, a carico del datore di lavoro, l'istituzione di appositi canali di "segnalazione" che garantiscano la riservatezza dell'identità del segnalante nell'ambito delle attività di gestione della segnalazione.

Altresì, il legislatore fa espresso divieto di atti di ritorsione o discriminatori, diretti o indiretti, nei confronti del segnalante per motivi collegati, direttamente o indirettamente, alla segnalazione.

In ultimo, a completamento dello specifico sistema sanzionatorio che dovrebbe tutelare il segnalante e mettere al sicuro il datore di lavoro dal ricevere segnalazioni strumentali e fraudolente, viene prevista l'adozione di specifiche sanzioni nei confronti di chi viola le misure di tutela del segnalante, nonché di chi effettua con dolo o colpa grave segnalazioni che si rivelano infondate. Il meccanismo che abbiamo sinteticamente delineato risulta certamente volto a garantire la funzionalità del sistema e l'insieme di tutele ad oggi delineato, in astratto, appare del tutto razionale oltre che consoni alla delicata situazione di riferimento.

Qualche perplessità nasce nel momento in cui si prova ad immaginare quale potrebbe essere la deriva applicativa della normativa, soprattutto a fronte del fatto che la norma non ha ancora passato il vaglio di interpreti e magistratura. Tra i punti che destano maggiore interesse, in questa sede segnaliamo quello relativo alla nullità degli atti che saranno classificati dal giudice del lavoro ritorsivi o discriminatori, che daranno luogo ad una sentenza di condanna del datore di lavoro e, se del caso, al reintegro del lavoratore nel posto di lavoro e ripristino della situazione esistente originariamente. Il licenziamento ritorsivo è ben noto alla giurisprudenza italiana che, con un orientamento ormai consolidato, stabilisce che al fine di ottenere il riconoscimento della natura ritorsiva dell'atto impugnato è necessario che ricorrano due elementi:

- (i) il motivo di ritorsione (o motivo illecito);
- (ii) l'assenza di altre ragioni determinanti il recesso, ovvero, l'esclusività del motivo.

Altresì, sempre per la giurisprudenza, il lavoratore che contesti il carattere ritorsivo del licenziamento ha

l'onere, completamente a proprio carico, di provare, con sufficiente certezza ed elementi specifici, sia l'intento di rappsaglia, sia che tale intento ha avuto efficacia determinativa ed esclusiva della volontà espulsiva del datore di lavoro. La suddetta prospettiva viene completamente capovolta laddove il licenziamento (od altro provvedimento) riguardi il whistleblower dato che, in questa ipotesi, l'onere della prova, sulla base della nuova norma, risulterà completamente invertito.

Spetterà cioè al datore di lavoro dimostrare che le misure adottate e contestate sono motivate da ragioni estranee al processo di segnalazione avviato dal dipendente.

La novità non è di poco conto. Alla luce di quanto precede, infatti, ciascun datore di lavoro sarà chiamato a valutare preventivamente ed attentamente ogni e qualsivoglia iniziativa volta a modificare il rapporto di lavoro del personale coinvolto in un processo di whistleblowing.

Il rischio maggiore, a parere di chi scrive, è rappresentato dalla possibilità che anche provvedimenti del tutto legittimi e tutelabili, in quanto giustificati dal ricorrere di esigenze di carattere squisitamente imprenditoriale, per il semplice fatto di coinvolgere un whistleblower, possano cadere nelle maglie della nuova disciplina in materia di onere della prova.

L'esempio più banale è rappresentato dall'esigenza di trasferire oppure variare le mansioni, iniziative del tutto ordinarie e ricorrenti nella vita dell'impresa di oggi. E gli esempi potrebbero essere infiniti dato che la norma in esame parla genericamente di "atti di ritorsione o discriminatori, diretti o indiretti", senza fare alcuna casistica.

Ebbene, a fronte del dettato normativo, tutte le iniziative suscettibili di "peggiore", seppur in senso lato, l'attività lavorativa del whistleblower risultano potenzialmente, e strumentalmente, contestabili sotto il profilo della natura ritorsiva, per il solo fatto di affliggere un whistleblower.

E mentre in passato era onere del dipendente dimostrare il carattere ritorsivo dell'iniziativa datoriale, in maniera puntuale e convincente, rischiando anche la condanna alle spese del giudizio in caso di mancata prova, oggi l'intero processo giustificativo sarà a carico del datore di lavoro.

Ovviamente la nostra è una prospettiva di analisi "de iure condendo", in attesa di vedere quali saranno gli effetti sul campo di una normativa che, a prescindere

dagli aspetti critici appena evidenziati, pone obiettivi e tutele del tutto ragionevoli e pienamente condivisibili.

*Avv. Domenica Cotroneo
Cocuzza & Associati, Studio Legale*

LA NUOVA LEGGE SUL WHISTLEBLOWING: QUALE "TENUTA" PER IL SEGRETO E LA RISERVATEZZA?

Di recente, è stata introdotta nel nostro ordinamento la legge per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato.

Tale legge, nella parte privatistica, modifica – innovandolo – il DLG 231/2001 in tema di responsabilità amministrativa degli enti per i reati commessi dai dipendenti.

Ai sensi della nuova disciplina, le società che adottano il Modello Organizzativo previsto dal DLGS 231/2001 devono infatti prevedere uno o più canali che consentano di presentare segnalazioni circostanziate di condotte illecite, rilevanti ai sensi del DLGS 231/2001, fondate su elementi di fatto precisi e concordanti, o di violazioni del modello di organizzazione e gestione, di cui siano venuti a conoscenza in ragione delle funzioni svolte.

Tali canali devono garantire la riservatezza dell'identità del segnalante nelle attività di gestione della segnalazione e vi deve essere almeno un canale alternativo di segnalazione idoneo a garantire, con modalità informatiche, la riservatezza dell'identità del segnalante.

Sono, poi, previste sanzioni nei confronti di chi viola le misure di tutela del segnalante, nonché di chi effettua con dolo o colpa grave segnalazioni che si rivelano infondate.

La nuova legge sulle segnalazioni, introdotta nell'ambito del DLGS 231/2001 fa eco all'art. 38 del DLGS 231/2007 in tema di anticiclaggio, ove si afferma che "i soggetti obbligati e gli organismi di autoregolamentazione adottano tutte le misure idonee ad assicurare la riservatezza dell'identità delle persone che effettuano la segnalazione".

A differenza, però, delle disposizioni sulle segnalazioni inserite nel DLGS 231/2001, il DLGS 231/2007 prevede espressamente che "in ogni fase del procedimento, l'autorità giudiziaria adotta le misure necessarie ad assicurare che l'identità del segnalante sia mantenuta riservata. In ogni caso, il nominativo del segnalante non può essere inserito nel fascicolo del Pubblico Ministero né in quello per il dibattimento e la sua identità non può

essere rivelata, a meno che l’Autorità giudiziaria non disponga altrimenti, con provvedimento motivato ed assicurando l’adozione di ogni accorgimento idoneo a tutelare il segnalante [...] quando lo ritenga indispensabile ai fini dell’accertamento dei reati per i quali si procede. In ogni caso, il nominativo del segnalante può essere rivelato solo quando l’autorità giudiziaria, disponendo a riguardo con decreto motivato, lo ritenga indispensabile ai fini dell’accertamento dei reati per i quali si procede”.

Le segnalazioni, dunque, effettuate in sede di DLGS 231/2001 (responsabilità amministrativa degli enti) rimangono riservate solamente fino a quando un Pubblico Ministero non si occupa della fattispecie segnalata: al momento della chiusura dell’indagine e del rinvio a giudizio dell’indagato il nome del segnalante verrà conosciuto da tutti coloro che sono interessati dal procedimento penale.

Le segnalazioni, invece, effettuate nell’ambito del DLGS 231/2007 (antiriciclaggio), sono tutelate per così dire “ad oltranza” e l’identità del segnalante non sarà – nella maggioranza dei casi – rivelato neppure nel corso del procedimento penale.

Certamente il legislatore – sulla base dell’esperienza acquisita in tema di DLGS 231/2007 – poteva adottare un testo sulle segnalazioni in ambito DLGS 231/2001 migliore e più vicino allo spirito della legge stessa. Ciò anche per stimolare in misura maggiore le segnalazioni. Era sufficiente ispirarsi alle disposizioni contenute nel DLGS 231/2007: ma così non è stato fatto. Peccato, un’occasione perduta per rendere il sistema più coerente.

Fortunatamente, il legislatore si è però ricordato, della fortissima diatriba sorta in sede di approvazione del testo del DLGS 231/2007 in tema di riservatezza delle informazioni acquisite dai professionisti ed in particolare degli avvocati, che ha portato ad affermare in ambito antiriciclaggio il principio per il quale gli avvocati che acquisiscono informazioni in tema di riciclaggio che in astratto dovrebbero essere segnalate, sono esentati da tale obbligo quando tali affermazioni sono state acquisite in sede di disamina di una fattispecie contenziosa o pre-contenziosa.

Infatti, anche nel DLGS 231/2001 il legislatore ha precisato che non è obbligato a segnalare all’Organismo di Vigilanza violazioni di legge o di protocolli colui che sia venuto a conoscenza della notizia in ragione di un rapporto di consulenza professionale o di assistenza con l’ente, l’impresa o la persona fisica interessata.

*Avv. Claudio Cocuzza
Cocuzza & Associati, Studio Legale*

LA NUOVA LEGGE SUL WHISTLEBLOWING: IL TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI

La segnalazione di condotte illecite e irregolarità da parte dei dipendenti del settore pubblico e privato (c.d. **whistleblowing**), materia che ha trovato una disciplina specifica con legge approvata dalla Camera il 15 novembre scorso, implica ovviamente il trattamento di dati personali e cioè la raccolta, registrazione, conservazione, comunicazione e cancellazione di dati personali (del segnalante, del segnalato, di eventuali terze persone fisiche).

Nell’adozione di un tale sistema di segnalazione occorre quindi non perdere di vista i principi della disciplina in materia di protezione di dati personali e le garanzie riconosciute dalla stessa agli interessati in materia, ad esempio, di individuazione dei ruoli e relative nomine, informative, misure di sicurezza.

La legge in commento lascia purtroppo aperti alcuni interrogativi circa il coordinamento di tale disciplina con quella relativa alla protezione dei dati personali, emersi peraltro ancor prima che il sistema di segnalazione, seppur adottato in diverse realtà lavorative, avesse una specifica disciplina in Italia, e che sono stati oggetto a livello europeo di un parere del Gruppo di lavoro ex articolo 29 (organo consultivo europeo indipendente) e a livello nazionale di una Segnalazione al Parlamento e al Governo del Garante per la protezione dei dati personali, entrambi del 2009.

Un primo punto critico è quello del presupposto di liceità del trattamento dei dati personali del segnalato.

È infatti evidente che tale trattamento non potrà basarsi sul consenso dello stesso (che mai lo presterebbe) e pertanto per legittimarlo si dovrà fare riferimento a uno dei casi, specificamente previsti dalla disciplina in materia di protezione dei dati personali, in cui il trattamento dei dati personali è lecito anche senza il consenso dell’interessato. Il trattamento potrebbe ad esempio in astratto essere considerato lecito perché necessario per perseguire un legittimo interesse del titolare o di un terzo destinatario dei dati, ritenendosi prevalente l’interesse del titolare al contrasto di condotte illecite sugli interessi e i diritti dell’interessato.

Un altro punto dibattuto è quello dell’esercizio del diritto di accesso ai dati personali da parte del soggetto segnalato. La nuova disciplina impone infatti al datore di lavoro, sia nel settore pubblico sia in quello privato, di garantire la riservatezza dell’identità del segnalante nelle attività di gestione della segnalazione: si tratta ovviamente di una necessaria tutela del soggetto

lavoratore, volta a favorire la funzionalità del sistema di segnalazione e quindi l'emersione di fatti illeciti.

Questa tutela si scontra però con uno dei diritti fondamentali che la disciplina in materia di protezione dei dati personali riconosce all'interessato (e cioè al segnalato, in questo caso), ovvero quello di avere accesso ai propri dati personali e in particolare di conoscerne l'origine. Chiaro è che se questo diritto fosse riconosciuto al segnalato anche nell'ambito del sistema di segnalazioni, non sarebbe possibile garantire la riservatezza dell'identità del segnalante e si avrebbe un effetto dissuasivo sulle segnalazioni.

Avv. Marta Margiocco
Cocuzza & Associati, Studio Legale

PRIVACY

PRIVACY: CON L'ENTRATA IN VIGORE DEL REGOLAMENTO EUROPEO È NECESSARIO OTTENERE UN NUOVO "CONSENSO"?

La risposta a tale interrogativo è data dallo stesso Regolamento. Ai sensi del Considerando 171 *"qualora il trattamento si basi sul consenso a norma della direttiva 95/46/CE, non occorre che l'interessato presti nuovamente il suo consenso, se questo è stato espresso secondo modalità conformi alle condizioni del presente regolamento, affinché il titolare del trattamento possa proseguire il trattamento in questione dopo la data di applicazione del presente regolamento"*.

Il tema è, quindi, non è quello di raccogliere un nuovo consenso bensì quello di verificare se il consenso già raccolto sia conforme alle prescrizioni del Regolamento. Qualora la verifica portasse ad una risposta negativa, sarà necessario approntare tutte le misure necessarie per l'adeguamento alla nuova normativa.

LA DISCIPLINA DEL CONSENSO

La disciplina del consenso è contenuta sia nei Considerando sia in alcuni articoli specifici del Regolamento. Qui di seguito una sintesi dei principi generali.

Il consenso dell'interessato si esprime in qualsivoglia manifestazione di volontà libera, specifica, informata e inequivocabile dell'interessato, con la quale lo stesso manifesta il proprio assenso, mediante dichiarazione o azione positiva inequivocabile, che i dati personali che lo riguardano siano oggetto di trattamento (*art. 4 del Regolamento*)

Il trattamento di dati personali, per essere lecito, dovrebbe fondarsi sul consenso dell'interessato oppure su altra base legittima prevista per legge dal Regolamento o dal diritto dell'Unione o degli Stati membri, tenuto conto della necessità di ottemperare all'obbligo legale al quale il titolare del trattamento è soggetto o della necessità di esecuzione di un contratto di cui l'interessato è parte o di esecuzione di misure precontrattuali adottate su richiesta dello stesso (*Considerando 40*).

In applicazione di quanto sopra: il trattamento dei dati è lecito solo e nella misura in cui ricorra una delle condizioni previste dall'art. 6 del Regolamento; la lettera a) del primo comma prevede: *"l'interessato ha espresso il consenso al trattamento dei propri dati personali per una o più specifiche finalità"*.

Per assicurare la libertà di espressione del consenso è opportuno che il consenso non costituisca un valido presupposto per il trattamento dei dati personali in un caso specifico, qualora esista un evidente squilibrio tra l'interessato e il titolare del trattamento; ciò specie quando il titolare del trattamento è un'autorità pubblica e ciò rende pertanto improbabile che il consenso sia stato espresso liberamente in tutte le circostanze di tale situazione specifica (*Considerando 43*).

Il consenso dovrebbe essere espresso mediante un atto positivo inequivocabile con il quale l'interessato manifesta l'intenzione libera, specifica, informata e inequivocabile di accettare il trattamento dei dati personali che lo riguardano.

L'accettazione al trattamento può essere rilasciata mediante dichiarazione scritta (anche attraverso mezzi elettronici) oppure in forma orale (*Considerando 32*).

Non dovrebbe configurare consenso il silenzio, l'inattività o la preselezione di caselle. Quindi, è necessario un qualche "comportamento" che indichi chiaramente che l'interessato accetta il trattamento proposto.

Qualora il trattamento abbia più finalità, il consenso dovrebbe essere prestato per tutte queste. Se il consenso dell'interessato è richiesto attraverso mezzi elettronici, la richiesta deve essere chiara, concisa e non interferire immotivatamente con il servizio per il quale il consenso è espresso.

Quando il trattamento è basato sul consenso, il titolare del trattamento deve essere in grado di dimostrare che l'interessato ha prestato il proprio consenso al trattamento dei propri dati personali.

Se il consenso dell'interessato è prestato nel contesto di una dichiarazione scritta che riguarda anche altre questioni, la richiesta di consenso è presentata in modo chiaramente distinguibile dalle altre materie, in forma comprensibile e facilmente accessibile, utilizzando un linguaggio semplice e chiaro. Nessuna parte di una tale dichiarazione che costituisca una violazione del Regolamento è vincolante.

Nel valutare se il consenso sia stato liberamente prestato, si tiene nella massima considerazione l'eventualità, tra le altre, che l'esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, sia condizionata alla prestazione del consenso al trattamento di dati personali non necessario all'esecuzione di tale contratto (*Art. 7 del Regolamento*). L'interessato ha il diritto di revocare il proprio consenso in qualsiasi momento. La revoca del consenso non pregiudica la liceità del trattamento basata sul consenso prima della revoca. Prima di esprimere il proprio consenso, l'interessato deve essere informato della possibilità di revocarlo. Il consenso è revocato con la stessa facilità con cui è accordato (*Art. 7 del Regolamento*).

L'articolo 9, paragrafo 1, dispone il divieto di trattamento dei dati che rivelano l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, nonché trattare

dati genetici, dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona. Una delle deroghe a tale divieto è prevista dal comma 2: il caso in cui l'interessato abbia prestato il proprio consenso esplicito al trattamento di tali dati personali per una o più finalità specifiche, salvo nei casi in cui il diritto dell'Unione o degli Stati membri dispone che l'interessato non possa revocare il divieto.

LE SANZIONI

Come innanzi detto, si ribadisce la necessità di verificare che il consenso al trattamento dei dati raccolto prima dell'entrata in vigore del Regolamento sia in regola con la disciplina che entrerà in vigore nel maggio 2018.

L'articolo 83, paragrafo 4, assoggetta alla sanzione fino a 20 milioni di euro/4% fatturato annuo mondiale totale delle imprese la violazione dei principi a base del trattamento, comprese le condizioni relative al consenso, a norma, tra gli altri degli *articoli 6 ("liceità del trattamento"), 7 ("condizioni per il consenso") e 9 ("trattamento di categorie particolari di dati personali")*

*Avv. Damiana Lesce, Avv. Paola Lonigro e
Avv. Valeria De Lucia, Studio legale Trifirò & Partners*

DIRETTORE RESPONSABILE

Maria Antonietta Portaluri

REDAZIONE

Alessandra Toncelli – Mirella Cignoni – Mattia Ciribifera

LA REDAZIONE RINGRAZIA PER LA COLLABORAZIONE

Avv. Arianna Ruggieri, BBM Partners, Buffa, Bortolotti & Mathis (Torino) – Avv. Claudio Cocuzza, Avv. Domenica Cotroneo, Avv. Giacomo Gori e Avv. Marta Margiocco, Cocuzza & Associati, Studio Legale (Milano) - Avv. Cecilia Carli e Avv. Mario Cistaro, Freshfields Bruckhaus Deringer (Milano) - Avv. Riccardo G. Cajola, Cajola e Associati (Milano) – Avv. Damiana Lesce, Avv. Paola Lonigro e Avv. Valeria De Lucia, Trifirò & Partners Avvocati (Milano).

Proprietario ed editore:
Federazione ANIE
Viale Lancetti 43, 20158, MI
Telefono (02) 3264.1
Direttore Responsabile
Maria Antonietta Portaluri
Registrazione del Tribunale
di Milano al n° 116 del
19/2/1996

TeLex Anie



FEDERAZIONE NAZIONALE
IMPRESSE ELETTRONICHE
ED ELETTRONICHE



Pubblicazione a cura di:
Servizio Centrale Legale
Viale Lancetti 43, 20158, MI
Telefono (02) 3264.246
e-mail legale@anie.it
Diffusione via web www.anie.it