

C) Giurisprudenza della Corte di cassazione

65. Sull'accesso dello straniero al fondo di garanzia per le vittime della strada.

Cass. civ., sez. III, sentenza 11 gennaio 2011, n. 450 – Pres. Preden, Est. Segreto, P.M. Sgroi – L.A. (Avv. Chibarro, Tufariello) c. Italiana Assicurazioni S.p.A.

Il risarcimento dei danni, patrimoniali e non, subiti dallo straniero, anche extracomunitario, che a seguito di un sinistro stradale abbia subito la lesione di diritti inviolabili della persona umana, quali il diritto alla salute e all'integrità psicofisica e il diritto ai rapporti parentali-familiari, può essere fatto valere, indipendentemente dalla condizione di reciprocità, non solo con l'azione risarcitoria contro il danneggiante, ma anche mediante l'azione diretta nei confronti dell'assicuratore o del fondo di garanzia per le vittime della strada.

(Omissis)

Svolgimento del processo

L.A., quale procuratore speciale di L.D., albanese madre del defunto LL.La. conveniva con citazione notificata il 20.2.1997 davanti al tribunale di S. Maria Capua Vetere C.G. e la sua assicuratrice la Italiana Assicurazioni s.p.a., per sentirli condannare al risarcimento del danno che essa L.D. aveva subito a seguito del decesso del figlio investito dall'auto Mercedes del C. mentre viaggiava su una bicicletta nella frazione (*Omissis*).

Si costituiva l'Italiana Assicurazioni s.p.a. e tra l'altro eccepiva la mancanza della condizione di reciprocità ai sensi dell'art. 16 preleggi, in relazione all'attrice albanese. Il tribunale adito dichiarava inammissibile la domanda per tale ragione con sentenza n. 757 del 29.1.2003.

La Corte di appello di Napoli, adita dall'attrice, con sentenza depositata il 20 luglio 2009 rigettava l'appello, ritenendo che nella fattispecie operava la condizione di reciprocità di cui all'art. 16 preleggi, in relazione all'ordinamento albanese; che tale condizione doveva essere provata dall'attrice; che nessuna prova era stata offerta. L'attrice veniva condannata al pagamento delle spese processuali in favore dell'assicuratrice. Avverso questa sentenza ha proposto ricorso per cassazione l'attrice.

Non hanno svolto attività difensiva gli intimati.

Motivi della decisione

1. Con l'unico motivo di ricorso la ricorrente lamenta la violazione e falsa applicazione dell'art. 6 del Trattato della Comunità europea, ratificato con l. 14 ottobre 1957, del d.lgs. n. 286 del 1998, art. 2, nonché degli artt. 2, 3, 10, 24, e 32 Cost.

Assume la ricorrente che, poiché il diritto alla salute ed all'integrità fisica sono costituzionalmente garantiti, nella fattispecie non operava la condizione di reciprocità di cui all'art. 16 preleggi.

2.1. Il motivo è fondato e va accolto.

L'art. 16 preleggi, in tema di trattamento dello straniero, statuisce al comma 1, che: "Lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti al cittadino a condizione di reciprocità e salve le disposizioni contenute in leggi speciali". La giurisprudenza afferma pacificamente che l'esistenza della condizione di reciprocità prevista dall'art. 16 preleggi si pone come fatto costitutivo del diritto azionato dallo straniero, che deve essere provato in caso di contestazione; che conseguentemente, la contestazione da parte del convenuto italiano della condizione di reciprocità attiene alla mera difesa nel merito e non integra l'eccezione di difetto di giurisdizione (Cass. sez. un. n. 24814/2007).

2.2. Il problema si pone in relazione all'applicabilità della condizione di reciprocità in tema di risarcimento del danno alla persona da circolazione stradale. Sul punto vi è nella giurisprudenza di merito ampio contrasto.

Accanto a sentenze che escludono ogni forma di risarcimento in assenza della condizione di reciprocità (quale è quella impugnata), ve ne sono altre (antecedenti alla sentenza delle sez. un. n. 26972/2008) che ammettono tale risarcimento anche indipendentemente dalla prova sull'esistenza della condizione di reciprocità per il solo danno biologico, quale diritto fondamentale. Altre estendono il risarcimento anche al danno morale della sola vittima; altre dispongono il risarcimento anche del danno morale sofferto dal prossimo congiunto. La maggioranza delle sentenze di merito esclude, in assenza della condizione di reciprocità, il risarcimento del danno patrimoniale, anche se conseguente della lesione alla persona.

2.3. La giurisprudenza di legittimità ha trattato la questione con la sentenza 10/02/1993, n. 1681 in un procedimento in cui la domanda risarcitoria era stata proposta da un soggetto egiziano contro il fondo di garanzia ed ha statuito che, in caso di sinistro stradale causato da un veicolo o natante non identificato o non coperto di assicurazione, lo straniero che vuole esercitare il diritto al risarcimento del danno nei confronti del fondo di garanzia per le vittime della strada, previsto dalla l. 24 dicembre 1969, n. 990, art. 19, deve solo dimostrare, ai sensi dell'art. 16 preleggi, che lo Stato cui appartiene riconosce, senza limitazioni discriminatorie per il cittadino italiano, i diritti civili connessi al risarcimento del danno ed all'istituto dell'assicurazione, essendo del tutto irrilevante la carenza, nell'ordinamento straniero, di un istituto analogo a quello del fondo di garanzia che, avendo funzione risarcitoria e non indennitaria, attiene non al diritto ma alle modalità attraverso le quali nello Stato italiano è assicurato il risarcimento del danno.

In effetti la sentenza in questione, pur riconoscendo la tutela dei diritti inviolabili dello straniero, individuati dalla Costituzione, quanto alla tutela risarcitoria degli stessi attraverso il sistema assicurativo, ribadiva l'operatività in materia dell'art. 16 preleggi, comma 1.

La questione relativa alla possibilità della domanda (da parte di danneggiato extracomunitario) di risarcimento del danno con azione diretta nei confronti dell'assicuratore per la rea, a prescindere dalla condizione di reciprocità, non risulta successivamente affrontata da questa Corte.

2.4. Nelle sentenze di questa Corte n. 10504 del 07/05/2009 e n. 4484 del 24.2.2010, risulta affermato il principio per cui l'art. 16 preleggi, sulla condizione di reciprocità è applicabile solo in relazione ai diritti non fondamentali della persona dal momento che i diritti fondamentali, come quelli alla vita, all'incolumità ed alla salute, siccome riconosciuti dalla Costituzione, non possono essere limitati da tale articolo, con la conseguenza che la relativa tutela deve essere assicurata, indipendentemente dalla cittadinanza (italiana, comunitaria ed extracomunitaria).

Tuttavia entrambe le sentenze, al di là dell'affermazione suddetta di principio, non si pongono il diverso problema se l'inviolabilità del diritto leso comporti che il cittadino straniero, a prescindere dalla condizione di reciprocità, possa esperire la tutela risarcitoria non solo nei confronti del danneggiante, ma anche nei confronti di soggetto responsabile per fatto altrui (quale il proprietario, non conducente dell'auto, a norma dell'art. 2054 c.c., ovvero il padrone o il committente a norma dell'art. 2049 c.c.) ovvero possa proporre tale domanda risarcitoria direttamente nei confronti dell'assicuratore della rea.

In altri termini, come avevano ben osservato Cass. 10/02/1993, n. 1681 e la dottrina che la criticò, una questione è quella della risarcibilità del danno da lesione di diritto inviolabile dell'uomo, tutelabile ex art. 2 Cost., a prescindere dalla condizione di reciprocità anche se trattasi di cittadino extracomunitario, altra cosa è l'allocazione del costo del risarcimento di tale danno, e cioè oltre che nella sfera del danneggiante (come è nella logica delle cose), anche direttamente in quella di un soggetto diverso dal danneggiante (segnatamente l'assicuratore).

Le due sentenze suddette (n. 10504 del 07/05/2009 e n. 4484 del 24.2.2010) hanno condannato al risarcimento del danno alla persona da sinistro stradale due Società assicuratrici della rea, ma non emerge il percorso attraverso cui sono giunti a tale conclusione, non essendo da sola sufficiente l'applicazione del richiamato principio di cui all'art. 2 Cost. (che si limita ad assicurare la tutela).

Ciò è invece importante, non tanto a fini dogmatici, che atomisticamente considerati – non interessano questa sede, ma perché, solo individuando i principi attraverso i quali si giunge a questa diversa allocazione della pretesa risarcitoria nella sfera di soggetti estranei al sinistro stradale (quelli che rispondono per il fatto del conducente ovvero l'assicuratore della rea), si possono individuare i confini ed il contenuto della responsabilità di questi altri soggetti e quindi risolvere i contrasti esistenti nella giurisprudenza di merito, sopra richiamati.

3.1. Ritiene questa Corte che l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 16 preleggi, comporti non solo che della condizione di reciprocità non debba tenersi conto ai fini di assicurare allo straniero il risarcimento della lesione di un diritto inviolabile della persona costituzionalmente garantito (fin qui in applicazione dell'art. 2 Cost.), ma anche che lo straniero danneggiato possa avvalersi di tutti gli strumenti risarcitori apprestati per il cittadino, anche se essi sono diretti verso un soggetto diverso da quello che ha provocato la lesione.

Il codice del 1865, in omaggio ad un principio di solidarietà dei popoli, ispirato, in parte, dalle vicende risorgimentali, aveva operato un'equiparazione nel trattamento giuridico, ammettendo lo straniero a godere incondizionatamente dei diritti civili riconosciuti al cittadino (art. 3).

In un clima più sensibile al principio di nazionalità, nonché a tutela dell'aumentato flusso migratorio degli italiani verso l'estero, il codice del 1942 (tanto le preleggi che il libro primo erano stati approvati, peraltro, già con il R.D. 12 dicembre 1938, n. 1852), pur ripetendo la medesima formula iniziale del codice del 1865, ha subordinato il godimento dei diritti da parte dello straniero nel territorio dello Stato alla "condizione di reciprocità".

È da sottolineare, tuttavia, come è stato rilevato da più parti, che tale condizione, derivante dal rilievo della diversità di trattamento riservata allo straniero da numerosi ordinamenti, costituisce una forma di "ritorsione" (o, per alcuni, secondo un paradigma ben noto al diritto internazionale, di "rappresaglia"), idonea a stimolare i vari ordinamenti statuali verso una parificazione dei trattamenti.

Non è inopportuno precisare inoltre, in proposito, che l'art. 16 si riferisce esclusivamente alla capacità di diritto privato, concernente la materia familiare, testamentaria, contrattuale, etc., laddove i cosiddetti diritti politici rimangono in linea di massima riservati ai cittadini, indipendentemente da qualsiasi riferimento alla regolamentazione che assumono negli altri Stati.

3.2. L'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, in un clima del tutto nuovo, ha fatto sorgere - e pone - il problema se l'art. 16, debba ritenersi tuttora in vigore o non ne sia, quanto meno, in qualche modo derogato: una tale verifica costituisce il necessario presupposto di ogni ulteriore esame.

Si è fatto riferimento, allo scopo agli artt. 2, 3, 10 e 24 Cost.

Si è affermato (con riferimento all'art. 24) che l'attribuzione a "tutti" (e quindi anche agli stranieri) della facoltà di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi, senza alcun riferimento alla reciprocità (in tal senso, ad es., Corte cost. 15 marzo 1972, n. 50) comporterebbe l'incondizionata ammissione dello straniero al godimento anche di detti diritti ed interessi.

Il richiamo è, in realtà, frutto di una confusione concettuale tra le posizioni di diritto sostanziale e la loro tutela giudiziale. Il diritto di accesso a tale forma di tutela non risolve, in realtà, il problema di diritto sostanziale, ma lo presuppone, nel senso che allorché sia riconosciuto dall'ordinamento un determinato diritto, si prescinde da ogni condizione di reciprocità ai fini della sua tutela giurisdizionale.

3.3. Diverso è il rapporto tra l'art. 2 Cost., e l'art. 16 preleggi.

L'art. 2 Cost., "riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo", escludendo quindi, in tale ambito, qualsiasi distinzione fondata sul criterio della reciprocità.

Il criterio della gerarchia delle fonti ed il principio c.d. di "ndrittwirkung" delle norme costituzionali (per cui le norme costituzionali di garanzia dei diritti fondamentali della persona sono pienamente e direttamente operanti, anche nei rapporti tra privati, cfr. Corte cost., n. 184 del 1986), impongono quindi un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 16 preleggi, per cui i diritti inviolabili della persona umana sono riconosciuti dal nostro ordinamento in favore di ogni individuo (sia esso anche extracomunitario), indipendentemente dal riconoscimento di eguale diritto in favore del cittadino italiano nello Stato a cui appartiene lo straniero.

3.4. La sentenza di questa Corte n. 1681/1993, come notato dalla dottrina più attenta, finiva per limitare i diritti inviolabili dell'uomo a quelli successivamente e specificamente elencati dalla stessa Carta costituzionale (art. 13 e segg.).

Va invece osservato che il catalogo dei diritti inviolabili dell'uomo, costituzionalmente garantiti, non costituisce numero chiuso.

La tutela non è ristretta ai casi di diritti inviolabili della persona espressamente riconosciuti dalla Costituzione nel presente momento storico, ma, in virtù dell'apertura dell'art. 2 Cost., ad un processo evolutivo, deve ritenersi consentito all'interprete rinvenire nel complessivo sistema costituzionale indici che siano idonei a valutare se nuovi interessi emersi nella realtà sociale siano, non genericamente rilevanti per l'ordinamento, ma di rango costituzionale attenendo a posizioni inviolabili della persona umana (Cass. sez. un. 11 novembre 2008 n. 26972) Ne consegue che l'art. 2 Cost. non ha comportato l'abrogazione dell'art. 16 preleggi, ma ha solo escluso che tra i diritti, la cui tutela è sottoposta alla condizione di reciprocità, rientrino anche quei diritti inviolabili dell'uomo, costituzionalmente garantiti, rimandando tale norma, invece operativa per tutti gli altri "diritti civili". 3.5. Questa interpretazione costituzionalmente orientata trova riscontro nella l. 6 marzo 1998, n. 40, art. 2, (poi trasfuso nel t.u. d.P.R. n. 286 del 1998, art. 2, sulla condizione dello straniero), che statuisce al comma 1: "Allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti".

Detta norma è quindi sul punto ricognitiva dell'esistente, proprio perché il riconoscimento di tali diritti inviolabili già derivava in favore dello straniero direttamente dall'art. 2 Cost.

Senonché la tutela somministrata dall'art. 2 Cost., nei confronti dello straniero è ben più ampia di quella di cui alla l. n. 40 del 1998.

Anzitutto la l. n. 40 del 1998, art. 2, è norma di diritto sostanziale (non apparente predicabile una possibile diversa natura della stessa), con la conseguenza che essa dispone solo per il tempo successivo alla sua entrata in vigore (1998).

Tale norma non è quindi applicabile nella fattispecie, poiché il sinistro stradale mortale si verificò nel 1996.

Inoltre il riconoscimento dei diritti fondamentali è accordato dalla l. n. 40/1998 allo straniero, solo a condizione che questi si trovi alla frontiera o nel territorio nazionale.

Il che significa che al momento della lesione del diritto fondamentale, lo straniero danneggiato deve trovarsi in Italia, non essendo sufficiente che egli lo sia solo successivamente, quando la fattispecie lesiva è ormai esaurita.

Quindi l'attuale attrice sulla base della l. n. 40 del 1998, art. 2, non verrebbe tutelato il suo diritto all'inviolabilità del rapporto parentale con il figlio, in quanto nel momento dell'uccisione del giovane, essa non si trovava in Italia, ma in Albania (anche in questo giudizio essa è presente per il tramite di un procuratore speciale).

Invece l'art. 2 Cost., "riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo", indipendentemente dal luogo in cui si trovi il titolare, essendo – ovviamente – solo necessario che la lesione di tali diritti avvenga nel territorio dello Stato italiano.

3.6. Pertanto allo straniero, indipendentemente dalla condizione di reciprocità, compete il risarcimento dell'intero danno non patrimoniale, di cui all'art. 2059 c.c., allorché esso sia liquidato non come ipotesi espressamente prevista dalla legge (nella formulazione letterale ed originaria della norma), ma quale risarcimento della lesione di un valore della persona umana, costituzionalmente garantito, giusta l'interpretazione formatasi a seguito del *revirement* inaugurato dalle sentenze n. 8827 ed 8828 del 2003.

Anche per il danno non patrimoniale risarcibile allo straniero vale quanto affermato dalle Sezioni Unite di questa Corte con sentenza 11.11.2008 n. 26972, per cui il danno non patrimoniale da lesione della salute costituisce una categoria ampia ed omnicomprensiva, nella cui liquidazione il giudice deve tenere conto di tutti i pregiudizi concretamente patiti dalla vittima, ma senza duplicare il risarcimento attraverso l'attribuzione di nomi diversi a pregiudizi identici. Ne consegue che è inammissibile, perché costituisce una duplicazione risarcitoria, la congiunta attribuzione alla vittima di lesioni personali, ove derivanti da reato, del risarcimento sia per il danno biologico, sia per il danno morale, inteso quale sofferenza soggettiva, il quale costituisce necessariamente una componente del primo (posto che qualsiasi lesione della salute implica necessariamente una sofferenza fisica o psichica), come pure la liquidazione del danno biologico separatamente da quello c.d. estetico, da quello alla vita di relazione e da quello cosiddetto esistenziale. Il riferimento a determinati tipi di pregiudizio, in vario modo denominati (danno morale, danno biologico, danno da perdita del rapporto parentale), risponde ad esigenze descrittive, ma non implica il riconoscimento di distinte categorie di danno. È compito del giudice accertare l'effettiva consistenza del pregiudizio allegato, a prescindere dal nome attribuitogli, individuando quali ripercussioni negative sul valore – uomo si siano verificate e provvedendo alla loro integrale riparazione, ma senza duplicazioni.

3.7. In questo concetto unitario di danno non patrimoniale e della sua conseguente liquidazione, non ha più senso discutere se allo straniero com-

peta oltre al risarcimento del danno biologico anche quello del danno morale: anche lo straniero ha diritto al risarcimento integrale dell'intero danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 c.c.

4. Egualmente nei confronti dello straniero va applicata la giurisprudenza di questa Corte in tema di risarcimento del danno non patrimoniale subito dai prossimi congiunti della vittima deceduta.

Ciò è conseguenza del fatto che il danno subito in conseguenza dell'uccisione del prossimo congiunto, per la definitiva perdita del rapporto parentale, concretandosi nell'interesse all'intangibilità della sfera degli affetti e della reciproca solidarietà nell'ambito della famiglia, nonché all'inviolabilità della libera e piena esplicazione delle attività realizzatrici della persona umana nell'ambito della famiglia, la cui tutela – alla stregua dei principi sanciti con le sentenze nn. 8827 e 8828 del 2003 della Corte di cassazione – è individuabile negli artt. 2, 29 e 30 Cost., si colloca nell'area del danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 c.c., (Cass. 19/01/2007, n. 1203).

Anche in questa ipotesi la perdita di una persona cara implica necessariamente una sofferenza morale, la quale non costituisce un danno autonomo, ma rappresenta un aspetto – del quale tenere conto, unitamente a tutte le altre conseguenze, nella liquidazione unitaria ed omnicomprensiva – del danno non patrimoniale (Cass. sez. un., 11/11/2008, n. 26972).

5.1. Negli stessi termini, relativamente all'inoperatività della condizione di reciprocità, si pone la questione del risarcimento in favore dello straniero del danno patrimoniale, purché conseguente alla lesione di un valore della persona umana costituzionalmente garantito.

Infatti il danno risarcibile, nella struttura della responsabilità aquilana, sia esso patrimoniale che non patrimoniale, è sempre un danno conseguenza di un fatto lesivo.

Per "fatto lesivo" deve intendersi: una condotta (commissiva o omissiva), un nesso causale ed un evento lesivo.

Allorché questo evento lesivo attinge un valore della persona umana costituzionalmente garantito e quindi un diritto inviolabile della persona, scatta la tutela dell'ordinamento.

La riparazione mediante indennizzo (ove non sia praticabile quella in forma specifica) costituisce la forma minima di tutela, ed una tutela minima non è assoggettabile a specifici limiti, poiché ciò si risolve in rifiuto di tutela nei casi esclusi (v. Corte cost., sent. n. 184/86, che si avvale tuttavia dell'argomento per ampliare l'ambito della tutela ex art. 2043 c.c., al danno non patrimoniale da lesione della integrità biopsichica; nonché Cass. n. 8828/2003; ma l'argomento si presta ad essere utilizzato anche in questa sede).

Se il danno patrimoniale è conseguenza della lesione del diritto inviolabile alla salute e quindi all'integrità psicofisica, la tutela risarcitoria apprestata investe ogni danno conseguente a tale lesione della persona umana: è il bene lesa che caratterizza la diretta copertura costituzionale della tutela, mentre il danno conseguenza (patrimoniale e non patrimoniale) individua solo la perdita (o il pregiudizio) in concreto verificatasi e risarcibile.

5.2. Eguale discorso va effettuato in caso di uccisione di congiunto dello straniero.

Anche in questo caso la tutela risarcitoria (non derogata dalla condizione di reciprocità), derivando dall'evento lesivo dei valori costituzionali attinenti alla famiglia ed al rapporto parentale (artt. 2, 29 e 30 Cost.), e quindi integranti diritti inviolabili dell'uomo, copre sia il danno conseguenza patrimoniale che quello non patrimoniale.

5.3. Non potrà invece essere fatto valere, in assenza della condizione di reciprocità, il danno da perdita o danneggiamento di cose (generalmente il veicolo) subito dallo straniero extracomunitario (per i cittadini dell'Unione europea, invece, opera l'art. 6 del Trattato CE, ratificato con l. n. 3 del 1957, per cui essi non possono essere discriminati dalla legislazione italiana nell'esercizio dei diritti civili).

In questo caso, infatti, ciò che è lesa è il diritto alla proprietà di quello specifico bene e tale diritto non costituisce, secondo l'opinione prevalente, un diritto inviolabile della persona umana.

6.1. L'ulteriore problema che si pone è se tale tutela risarcitoria dello straniero per il danno alla persona o al prossimo congiunto della vittima deceduta possa essere fatto valere, oltre che contro il responsabile del sinistro, anche contro l'assicuratore dello stesso con l'azione diretta di cui alla l. n. 990 del 1969, art. 18, (ed ora d.P.R. n. 209 del 2005, art. 144) ovvero nei confronti del Fondo di garanzia per le vittime della strada (l. n. 990 del 1969, art. 19 e segg., ed ora d.P.R. n. 209 del 2005, art. 283 e segg.).

Anche sul punto vi è contrasto nella giurisprudenza di merito.

6.2. Coloro che hanno sostenuto l'esperibilità da parte dello straniero dell'azione diretta nei confronti dell'assicuratore o del fondo di garanzia hanno affermato che era sufficiente per ritenere esistente la condizione di reciprocità di cui all'art. 16 preleggi, che non vi fossero nei confronti del cittadino italiano discriminazioni nell'ordinamento dello straniero, indipendentemente da quale fosse la tutela ivi accordata.

La tesi non può essere condivisa perché la condizione di reciprocità esige di essere verificata sotto un duplice e concorrente profilo.

Sia nel senso che lo Stato a cui lo straniero appartiene riconosca nel proprio ordinamento un diritto corrispondente, in via generale ed astratta, a quello che egli intende esercitare in Italia, sia nel senso che tale ordinamento non ponga discriminazioni a danno del cittadino italiano in ordine all'esercizio di quel diritto nello Stato estero. Da ciò consegue che il diritto dal cui godimento il cittadino italiano risulti escluso sul territorio dello Stato straniero, per il difetto dell'uno o dell'altro dei due requisiti, sarà negato in Italia al cittadino di quello Stato.

6.3. Altra giurisprudenza ha ritenuto ammissibile l'azione diretta attraverso un'interpretazione lata del sintagma "diritti civili" e del concetto di "reciprocità".

Questa giurisprudenza ha ritenuto, sulla base del precedente di questa Corte 10.2.1993, n. 1681 che, per potersi esperire l'azione contro il fondo di garanzia per le vittime della strada era sufficiente che nello stato estero vi fosse l'istituto dell'assicurazione per la responsabilità civile senza discriminazioni nei confronti del cittadino italiano, essendo la mancanza del Fondo di garanzia irrilevante, in quanto costituiva solo una modalità del risarcimento e

non atteneva al diritto. La suddetta sentenza, quindi, riteneva applicabile nella fattispecie la condizione di reciprocità di cui all'art. 16 preleggi, ma svalutava le disposizioni di cui alla l. n. 990 del 1969, artt. 19 e 20, a mere modalità di esercizio di un diritto risarcitorio genericamente riconosciuto, attesa l'attribuita possibilità di azionarlo nei confronti di soggetti ulteriori, accanto al conducente ed al proprietario.

La dottrina ha rilevato che nella fattispecie non si trattava di una generica modalità di esercizio dello stesso diritto risarcitorio ma della creazione di un'ulteriore situazione giuridica soggettiva in capo al danneggiato, consentendo l'indirizzarsi della pretesa risarcitoria direttamente nei confronti di soggetti che non lo sarebbero altrimenti (nella fattispecie esaminata il Fondo di garanzia, ma l'osservazione vale anche per l'assicuratore convenuto con azione diretta), così accordando un'effettività risarcitoria altrimenti inesistente, poiché l'astratto riconoscimento di un diritto risarcitorio nei confronti di persona sconosciuta equivale a un "non diritto". Le critiche suddette non paiono prive di fondamento.

7.1. Sennonché la soluzione della questione la si trova sullo stesso piano costituzionale, in cui ci si è posti.

Infatti una volta adottato il criterio dell'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 16 preleggi, tale percorso interpretativo non può arrestarsi al solo art. 2 Cost., ma va compiuto per intero, per cui in tutte le ipotesi per le quali lo straniero può far valere la tutela risarcitoria in deroga alla disciplina di cui all'art. 16 preleggi, per la lesione di un diritto inviolabile dell'uomo, essendo questo direttamente riconosciuto dall'art. 2 Cost., tale tutela gli andrà accordata anche in osservanza del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., e cioè nelle stesse forme in cui viene somministrata al cittadino italiano, salvo che non sia espressamente previsto in modo diverso dalla legge (la quale peraltro non si deve prestare a vizio di irragionevolezza sindacabile dal Giudice delle Leggi).

7.2. A tal proposito la Corte costituzionale ha statuito che, per quanto il principio di eguaglianza (art. 3 Cost.) si riferisca espressamente ai soli cittadini, esso vale anche per lo straniero, quando si tratta di tutelare i diritti fondamentali ed inviolabili della persona individuati dalla Carta costituzionale, e ciò anche in sintonia con l'art. 10 Cost., comma 2, in relazione con l'art. 14 della Convenzione europea che sancisce il diritto dello straniero all'eguaglianza, proclamato anche dagli artt. 2 e 7 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (Corte cost., 23/11/1967, n. 120; Corte cost. 27/04/1988, n. 490; Corte cost., 24/02/1994, n. 62; Corte cost., 23/11/1967, n. 120; Corte cost., 23/07/1974, n. 244; Corte cost., 20/01/1977, n. 46).

7.3. Da ciò deriva che, poiché, in tema di risarcimento del danno da circolazione stradale, al cittadino italiano non solo gli è riconosciuta ex art. 2043 c.c., la generica azione da responsabilità aquiliana nei confronti dell'autore del fatto illecito (generalmente il conducente), ma anche ex art. 2054 c.c., l'azione per responsabilità solidale nei confronti del proprietario e del conducente dell'automezzo, assistita da presunzione di colpa, ed altresì l'azione diretta nei confronti dell'assicuratore della responsabilità civile (o del Fondo di garanzia) nelle ipotesi già previste dalla l. n. 990 del 1969, ed attualmente

dal codice delle assicurazioni, di cui al d.P.R. n. 209 del 2005, eguali azioni vanno riconosciute in favore dello straniero, anche extracomunitario, per ogni tipo di danno (patrimoniale o non patrimoniale) conseguente alla lesione dell'integrità psicofisica ovvero di altro valore della persona umana, costituzionalmente garantito (quale quello relativo al rapporto parentale – familiare).

Per quanto, invece, riguarda l'azione risarcitoria da circolazione stradale per danni alle cose (generalmente il veicolo), al cittadino straniero, ma comunitario, egualmente competono le suddette azioni, nei casi in cui esse competono al cittadino italiano, stante il divieto di discriminazione tra cittadino italiano e cittadino comunitario.

Per il cittadino straniero extracomunitario in tale ultima ipotesi opera la condizione di reciprocità e quindi il risarcimento per danni alle cose conseguenti a sinistro stradale è accordato nei limiti in cui eguale azione risarcitoria è esperibile dal cittadino italiano nella nazione dell'extracomunitario.

8.1. Alla legittimità dell'azione diretta nei confronti del solo assicuratore contraente da parte del danneggiato extracomunitario si può giungere anche attraverso una via tutta civilistica, fondata sul contratto di assicurazione con quello specifico assicuratore.

La premessa è sempre che, per effetto della lettura costituzionalmente orientata dell'art. 16 preleggi, alla luce dell'art. 2 Cost., la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo non è sottoposta alla condizione di reciprocità e quindi che essa va sempre accordata, con allocazione del costo del risarcimento quanto meno a carico del danneggiante.

Senonché questa è la prospettiva del danneggiato, avulsa dal contesto in cui si sia precedentemente mosso il danneggiante. La diversa prospettiva da cui porsi è appunto quella del danneggiante, il quale abbia stipulato un contratto per la rea a norma della l. n. 990 del 1969 (ora d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209) per vedersi coperto da ogni rischio risarcitorio nei confronti di ogni soggetto danneggiato, e tra questi, proprio per effetto della lettura costituzionale dell'art. 16 preleggi, vi è necessariamente anche la persona extracomunitaria relativamente alle sole lesioni di diritti inviolabili.

8.2. Tale contratto, secondo la dottrina maggioritaria, attribuisce al creditore danneggiato un diritto autonomo di natura sostanziale (e non solo una mera legittimazione) nei confronti dell'assicuratore, cui corrisponde l'obbligo di quest'ultimo di pagare a lui direttamente il risarcimento. Proprio per tale struttura il contratto in questione è stato ritenuto da parte della dottrina come contratto a favore di terzo, da altra come contratto per conto dello stesso danneggiato ed infine, da altri Autori, come contratto atipico a favore di terzo. Sta di fatto che, se si ritenesse nella fattispecie non possibile l'azione diretta nei confronti dell'assicuratore da parte del danneggiato extracomunitario, anzitutto il danneggiante si vedrebbe scoperto sotto il profilo assicurativo ai fini risarcitori della lesione del diritto inviolabile dell'extracomunitario (a cui egli è invece tenuto ex art. 2 Cost.), mentre egli ha stipulato un contratto perché (in conformità alla legge sull'assicurazione obbligatoria della rea) ogni danneggiato sia risarcito direttamente dall'assicuratore. Inoltre il danneggiato extracomunitario, che ha acquisito dal predetto contratto un diritto autonomo di natura sostanziale relativo alla tutela risarcitoria di un diritto inviolabile

(che – come detto – è la forma minima di tutela, non assoggettabile a specifici limiti) si vedrebbe limitato in tale sua tutela ad agire solo nei confronti del danneggiante, non essendogli riconosciuto quel diritto che gli deriva direttamente dal contratto nei confronti dell'assicuratore contraente.

9.1. Va, quindi, affermato il seguente principio di diritto:

“Interpretando l'art. 16 preleggi alla luce degli artt. 2, 3 e 10 Cost., per il principio della gerarchia delle fonti, poiché costituiscono diritti inviolabili della persona umana sia il diritto alla salute ed all'integrità psicofisica sia il diritto ai rapporti parentali-familiari, il risarcimento dei danni (patrimoniali e non patrimoniali) subiti dallo straniero (anche extracomunitario) in conseguenza della lesione di tali diritti, può essere fatto valere con l'azione risarcitoria, indipendentemente dalla condizione di reciprocità di cui all'art. 16 preleggi, senza alcuna disparità di trattamento rispetto al cittadino italiano, e quindi non solo contro il danneggiante (o contro il soggetto tenuto al risarcimento per fatto altrui), ma anche con l'azione diretta nei confronti dell'assicuratore o del Fondo di Garanzia per le vittime della strada”.

9.2. La sentenza impugnata, che non ha fatto corretta applicazione di tale principio, va cassata, con rinvio, anche per le spese del giudizio di cassazione, alla Corte di appello di Napoli, in diversa composizione, che si uniformerà al suddetto principio di diritto.

(Omissis)

66. Sulla natura tributaria del contributo annuale previsto a carico degli avvocati ed a favore del Consiglio nazionale forense.

Cass. civ., sez. un., sentenza 26 gennaio 2011, n. 1782 – Pres. Vittoria, Est. Botta, P. G Esposito (concl. diff.) – Consiglio nazionale forense (avv.ti Izzo, Menisi) c. M.A., M.S., Ma.St. (avv. Bucci), A.M., B.F., B.K., F.D.C., F.L., m.m., S.A. (avv.ti Bucci, Ceré, Bolognesi, Galeani, Galletti, Mazzoni, Micioni, Perugini, Rubeo, Scialla, Sposato, Testa, Voltaggio)

La controversia concernente il pagamento del contributo annuale previsto dall'art. 14 del d.lgs.lgt. 23 novembre 1944, n. 382 a carico degli avvocati ed a favore del Consiglio nazionale forense (C.N.F.) è devoluta alla giurisdizione tributaria, in quanto il contributo in questione, a dispetto del nome, va considerato un tributo, sia perché, riferendosi anche ad esso, il comma 2 dell'art. 7 del medesimo d.lgs.lgt. parla di "tassa annuale", sia per il suo carattere di doverosità, sia, infine, perché la prestazione in questione è collegata alla necessità di fornire la provvista dei mezzi finanziari necessari all'ente delegato dall'ordinamento per il controllo dell'albo professionale.

(Omissis)

Svolgimento del processo

La controversia nasce a seguito dell'invio da parte di Equitalia Gerit di un avviso per la riscossione in favore del Consiglio nazionale forense a carico degli avvocati del foro di Roma non abilitati al patrocinio innanzi alle giurisdizioni superiori per la riscossione del contributo annuale previsto dal d.lgs.lgt. n. 382 del 1944, art. 14, contributo che il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma aveva deciso di non continuare a riscuotere a decorrere dal 2001, ritenendo che lo stesso non fosse dovuto.

Contestando radicalmente la legittimità del preteso contributo, un gruppo di avvocati ha citato innanzi al Giudice di pace di Roma il Consiglio nazionale forense, il quale in questa sede ricorre per regolamento preventivo di giurisdizione a favore del giudice amministrativo, o, in via subordinata, a favore, del giudice tributario. Si sono costituiti con distinti controricorsi, da un lato, gli avv.ti M.A., M.S. e M. S., dall'altro, gli avv.ti A.M., B.F., B.K., F.D.C., F.L., m.m., S.A. Tutte le parti hanno depositato memoria.

Motivi della decisione

1. Preliminarmente va rilevata l'infondatezza della contestazione svolta dal difensore delle parti controricorrenti (esclusivamente in sede di udienza di discussione) circa un supposto difetto di rappresentanza del Presidente del

C.N.F. Infatti, l'art. 6, comma 1, del "Regolamento per le attività del Consiglio nazionale forense" approvato nell'ottobre 1992 prevede che "il Presidente rappresenta, dirige, presiede il Consiglio nazionale forense e ne coordina l'attività".

2. Il Consiglio nazionale forense, nella prospettazione principale del proprio ricorso, pone in evidenza come dalla lettura dell'atto di citazione emerga che gli attori contestano, non il singolo provvedimento adottato nei loro rispettivi confronti, ma "l'atto generale presupposto con cui il C.N.F. ha deciso di richiedere a tutti gli avvocati il contributo annuale di Euro 25,8, ai sensi del d.lgs.lgt. n. 382 del 1944, art. 14". Oggetto della contestazione è Vati della pretesa del Consiglio nazionale forense, non l'avviso di pagamento, o il quantum della pretesa o la possibile conseguenza derivante dal mancato pagamento. Per queste ragioni, la giurisdizione spetterebbe al giudice amministrativo.

3. Il Consiglio nazionale forense, nella prospettazione subordinata del proprio ricorso, prospetta la possibilità che la controversia sia attribuibile alla giurisdizione del giudice tributario, stante la nuova formulazione del d.lgs. n. 546 del 1992, art. 2, il quale assegna a tale giurisdizione, appunto, tributi di ogni genere e specie comunque denominati.

4. È questa la soluzione che appare più corretta e coerente con il sistema. Anche se il d.lgs.lgt. n. 382 del 1944, art. 14, denomina "contributo", la prestazione dovuta dagli iscritti nell'albo per le spese del funzionamento del Consiglio (nazionale forense), tale denominazione è irrilevante al fine di determinare (od escludere) la natura tributaria della prestazione. Questa, infatti, ha le stesse caratteristiche e scopi della "tassa" (così denominata, secondo un linguaggio tipico del diritto tributario) prevista dall'art. 7 del medesimo decreto. Tale norma, al comma 2, prevede che "il Consiglio (dell'Ordine) può, entro i limiti strettamente necessari a coprire le spese dell'ordine o collegio, stabilire una tassa annuale, una tassa per l'iscrizione nel registro dei praticanti e per l'iscrizione nell'albo, nonché una tassa per il rilascio di certificati e dei pareri per la liquidazione degli onorari".

5. Il sistema normativo riconosce, in questa prospettiva, all'ente "Consiglio", una potestà impositiva rispetto ad una prestazione che l'iscritto deve assolvere obbligatoriamente, non avendo alcuna possibilità di scegliere se versare o meno la tassa (annuale e/o di iscrizione nell'albo), al pagamento della quale è condizionata la propria appartenenza all'ordine. Siffatta "tassa" si configura come una "quota associativa" rispetto ad un ente ad appartenenza necessaria, in quanto l'iscrizione all'albo è conditio sine qua non per il legittimo esercizio della professione.

6. Sussiste in tal modo, uno degli elementi che caratterizzano il "tributo": la doverosità della prestazione. Chi intenda esercitare una delle professioni per le quali è prevista l'iscrizione ad uno specifico albo, deve provvedere ad iscriversi sopportandone il relativo costo (la tassa di iscrizione e la tassa annuale), il cui importo non è commisurato al costo del servizio reso od al valore della prestazione erogata, bensì alle spese necessarie al funzionamento dell'ente, al di fuori di un rapporto sinallagmatico con l'iscritto.

7. Ecco, quindi, il secondo elemento perché sia riconoscibile la "natura tributaria" della prestazione: il collegamento della prestazione imposta alla spesa pubblica riferita a un presupposto economicamente rilevante. Il presupposto, nella specie, è costituito dal legittimo esercizio della professione per il quale è condizione l'iscrizione in un determinato albo. La spesa pubblica è quella relativa alla provvista dei mezzi finanziari necessari all'ente delegato dall'ordinamento al controllo dell'albo specifico nell'esercizio della funzione pubblica di tutela dei cittadini potenziali fruitori delle prestazioni professionali degli iscritti circa la legittimazione di quest'ultimi alle predette prestazioni.

8. Tali considerazioni trovano conforto nella giurisprudenza di queste Sezioni Unite che hanno riconosciuto, proprio sulla base della nuova formulazione del d.lgs. n. 546 del 1992, art. 2, (introdotta con la riforma del 2001), la giurisdizione del giudice tributario per le controversie concernenti il pagamento del diritto annuale di iscrizione in albi e registri delle Camere di commercio, il c.d. diritto camerale (Cass. sez. un. nn. 13549 del 2005, 10469 del 2008, 1667 del 2009): una situazione non dissimile da quella che concerne la tassa di iscrizione agli albi relativi all'esercizio di determinate professioni.

9. Pertanto, deve essere dichiarata nella specie la giurisdizione del giudice tributario.

(Omissis)

67. Sul diritto a conservare e ad esibire i documenti, anche successivamente alla revoca del mandato, al fine di riscuotere la parcella.

Cass. civ., sez. un., 8 febbraio 2011, n. 3033 – Pres. Vittoria – Est. Piccininni – A.G. (avv.ti Cosmelli, Mazzoni) c. Z.V.E. (avv.ti Panzarani, Pergami) e Autorità Garante Protezione Dati Personali (Avv. dello Stato)

Non costituisce violazione della disciplina a tutela della privacy l'utilizzo di dati esibiti, raccolti o gestiti nell'ambito di un processo; in esso, infatti, la titolarità del trattamento spetta all'autorità giudiziaria e in tal sede vanno composte le diverse esigenze – rispettivamente, di tutela della riservatezza e di corretta esecuzione del processo. In ogni caso è codice di rito a regolare le modalità di svolgimento in giudizio del diritto di difesa e dunque, con le sue forme, a prevalere su quelle del codice della privacy. Ne consegue, pertanto, che l'avvocato può conservare i documenti, anche successivamente alla revoca del mandato, se la causa della conservazione è quella di riscuotere la parcella.

(Omissis)

Svolgimento del processo

Con ricorso proposto ai sensi del d.lgs. n. 196 del 2003, art. 152, A.G., dopo aver premesso di essere parte di un procedimento di divorzio pendente presso il tribunale di Milano; di aver, nel corso del giudizio, revocato il mandato al difensore avv. Z.V.E., chiedendo contemporaneamente in restituzione la documentazione relativa all'incarico svolto; che l'avv. Z.V., pur avendo aderito alla detta richiesta, aveva trattenuto presso di sé fotocopie di parte della documentazione e gli originali della corrispondenza intercorsa con esso ricorrente, manifestando l'intenzione di conservarne la disponibilità fino al pagamento della parcella; che tale iniziativa risultava illegittima, essendo consentito al difensore in attesa del pagamento del dovuto trattenere gli atti da lui redatti a dimostrazione dell'attività svolta, ma non anche conservare dati sensibili o personali relativi all'assistito; chiedeva che il tribunale adito volesse disporre la restituzione dei documenti trattenuti dall'avv. Z.V., l'inibizione di ogni loro utilizzazione, la condanna infine di quest'ultima al risarcimento del danno.

L'avv. Z.V., costituitasi, sosteneva di aver restituito al nuovo difensore la documentazione in suo possesso in originale, ad eccezione della corrispondenza personale, e che peraltro il mancato pagamento degli onorari maturati l'avrebbe autorizzata a trattenere copia della documentazione detenuta fino alla data dell'effettivo pagamento (non ancora intervenuto), indipendentemente

dal consenso della parte assistita, e ciò al fine di poter dare dimostrazione dei presupposti di fatto necessari per conseguire la relativa liquidazione.

Il tribunale, acquisiti presso l'Ordine degli Avvocati gli atti del procedimento relativo alla liquidazione della parcella dell'avv. Z. (consistenti unicamente – secondo quanto riferito dallo stesso Ordine – nell'istanza, nella parcella e nel successivo provvedimento), rigettava le domande, ritenendo che il comportamento dell'avv. Z., il quale aveva trattenuto presso di sé copia di atti e documenti della causa di divorzio ricevuti dalla parte da lei assistita per l'esercizio del mandato di difensore, non consentisse di configurare la denunciata violazione della disciplina in materia di dati personali. In particolare il giudice del merito rilevava in proposito che l'originale dei documenti consegnati dalla parte all'avv. Z. era stata restituita; che il detto legale aveva trattenuto unicamente "la copia di atti difensivi e di alcuni documenti soprattutto fiscali", in quanto funzionali alla sollecitata liquidazione della parcella; che i documenti in originale rimasti nella disponibilità del legale riguardavano esclusivamente la corrispondenza intercorsa con il proprio assistito e con il legale della controparte ovvero atti elaborati dal difensore, "oggetto della proprietà intellettuale di chi li ha redatti"; che comunque e per di più il trattenimento dei dati personali, oltre a non essere illegittimo per le ragioni sopra considerate, non avrebbe determinato "alcun danno per l'A., in concreto neppure genericamente descritto".

Avverso la detta decisione A. proponeva ricorso per cassazione affidato a diciassette motivi, poi ulteriormente illustrati da memoria, cui resisteva Z.V. con controricorso.

Successivamente la controversia veniva decisa all'esito dell'udienza pubblica del 7.12.2010.

Motivi della decisione

1 – Con i motivi di impugnazione A. ha rispettivamente denunciato:

1) nullità della sentenza per violazione dell'art. 112 c.p.c., derivante dal fatto che il tribunale, cui era stata proposta la relativa domanda, aveva ignorato la domanda cautelare che era stata proposta, e ciò in contrasto con l'obbligo del giudice "di pronunciarsi su tutta la domanda" (p. 13);

2) nullità della sentenza per violazione dell'art. 112 c.p.c., sotto il profilo che la pronuncia non avrebbe preso in considerazione tutto quanto richiesto, ed in particolare avrebbe ommesso di riferirsi al nucleo essenziale della prospettazione, consistente nell'affermata illiceità della pretesa di un legale di disporre ed utilizzare documenti contenenti dati personali e sensibili del cliente, da lui ricevuti al solo fine della difesa;

3) vizio di motivazione poiché il tribunale, nel richiamare i documenti trattenuti dall'avv. Z., avrebbe fatto riferimento ad "alcuni documenti soprattutto fiscali", senza considerare quindi quelli medici e quelli personalissimi; avrebbe pertanto emesso una decisione illogica, in quanto basata soltanto sulla parte meno significativa della documentazione esistente; avrebbe infine emesso una decisione incongruente, essendo questa incentrata sull'attenzione ai diritti economici della resistente e non anche, viceversa, ai diritti personalissimi e prevalenti del ricorrente;

4) violazione di legge con riferimento all'affermata esistenza del diritto d'autore della resistente sui documenti, basata sulla circostanza che in maggioranza sarebbero stati da lei elaborati o redatti, affermazione che sarebbe errata atteso che i documenti provenienti da quest'ultima costituirebbero una minoranza rispetto a quelli complessivamente acquisiti, e che la tutela del diritto di autore non sarebbe stata correttamente evocata, non risultando connotati gli elaborati in questione dal necessario requisito della creatività;

5) violazione di legge per l'errato richiamo della normativa posta a tutela del diritto di autore, erroneità che sarebbe derivata dall'omessa distinzione fra diritto morale di autore (incontestabilmente esistente nella specie) e diritto di utilizzo, di cui viceversa sarebbe titolare il committente, e cioè il soggetto rappresentato nel giudizio;

6) vizio di motivazione con riferimento al giudizio secondo il quale i dati personali e sensibili dei quali era stato denunciato l'illegittimo trattamento sarebbero stati prevalentemente rilevabili negli atti elaborati o redatti dal legale, essendo viceversa evidente che nessuno di quelli rispetto ai quali era stato lamentato l'indebito trattamento potesse essere compreso fra quelli provenienti dal professionista;

7) violazione di legge in relazione all'indebito trattenimento di copia di documentazione attinente a dati personali e sensibili, stante la loro irrilevanza in un procedimento finalizzato alla liquidazione degli onorari spettanti al legale per l'attività svolta nel corso del giudizio;

8) violazione di legge per l'omessa considerazione del divieto di utilizzazione, da parte del legale, della documentazione e delle informazioni ricevute dal cliente nel corso dell'espletamento del mandato, circostanza da cui discenderebbe comunque l'illegittimità dell'avvenuta ritenzione di alcuni atti connessi alla trattazione del processo;

9) violazione di legge per essere stati del tutto ignorati i principi e le norme in tema di trattamento dei dati personali e sensibili, nonostante che gli stessi fossero stati espressamente ed ampiamente richiamati;

10) violazione di legge in relazione al negato diritto al risarcimento, che viceversa si sarebbe dovuto affermare in ragione dell'illiceità della condotta posta in essere dal resistente e della conseguente responsabilità civile che ne sarebbe derivata;

11) violazione di legge per l'affermata inesistenza del danno che, contrariamente a quanto sostenuto, sarebbe stato non solo descritto ma anche specificamente trattato, ed in particolare: con il richiamo allo stato di sofferenza derivante da depressione che lo avrebbe indotto ad abbandonare l'attività legale precedentemente svolta;

alla sofferenza cagionata dalla constatata violazione di legge posta in essere dal legale di sua fiducia; ai timori da ciò causati, con collaterale incremento della patologia sofferta; alla consapevolezza della detenzione di documenti riservati da parte di professionista che aveva manifestato la propria inaffidabilità ed i cui scopi rimanevano incontrollabili;

12) vizio di motivazione rispetto alla dichiarata inconsistenza del rilievo secondo cui l'indebita ritenzione di documenti non avrebbe potuto giustificare preoccupazioni per il rischio di una loro differente utilizzazione, giudizio che

avrebbe dovuto essere in realtà capovolto ove correttamente interpretati gli atti acquisiti;

13) vizio di motivazione in relazione al risalto attribuito al riferimento che il ricorrente avrebbe fatto al contenuto di "documenti altrimenti rimasti del tutto riservati", affermazione che non sarebbe in linea con quanto effettivamente verificatosi e che comunemente non potrebbe essere interpretata come espressione di una rinuncia a far valere la lesione del diritto al corretto trattamento dei dati personali e sensibili;

14) violazione di legge per l'omessa compensazione delle spese di lite, che viceversa avrebbe dovuto essere dichiarata trattandosi di questione nuova, avente ad oggetto il rispetto di diritti fondamentali, proposta per di più dalla parte debole del rapporto;

15) violazione delle leggi relativamente al diritto inviolabile dell'uomo "alla privacy", sotto il profilo dell'arretramento della tutela rispetto al diritto al compenso fatto valere dal legale per l'attività svolta in un procedimento giudiziario e che, contrariamente a quanto sostenuto, non legittimerebbe l'utilizzazione di documenti contenenti dati personali e sensibili ricevuti dal cliente per la difesa, ai fini del suo soddisfacimento;

16) violazione di legge con riferimento al privilegio che, con la soluzione adottata, verrebbe ad essere indirettamente riconosciuto all'avvocato già difensore di una delle parti del giudizio. Questi avrebbe infatti modo di avvalersi di copia di documenti contenenti dati personali e sensibili del cliente senza dover sottostare al rispetto delle norme di protezione, e ciò in conflitto con il principio di uguaglianza costituzionalmente garantito;

17) violazione di legge sotto un duplice profilo, vale a dire con riferimento a quanto già dedotto nella trattazione dell'ottavo motivo di ricorso (e sotto tale riflesso sarebbe irrilevante l'avvenuta produzione in giudizio da parte di esso ricorrente del contenuto di alcuni dei documenti in questione, che non potrebbe in ogni modo essere interpretata come espressione di una rinuncia a far valere il diritto alla tutela dei dati personali), nonché in relazione al contrasto con la normativa connotata dal rafforzamento della tutela del diritto della parte a veder rispettato il segreto professionale dal legale che lo ha assistito, contenuta in ordinamenti sovraordinati.

2 - Osserva il Collegio che le questioni poste a fondamento della pretesa erroneità della sentenza impugnata, quali si desumono dall'esame dei singoli motivi, attengono:

a) alla nullità della decisione in esame, per l'omessa pronuncia in relazione alla richiesta di emissione di provvedimento cautelare (primo motivo);

b) alla illegittimità della copiatura, ritenzione ed utilizzazione di documenti detenuti in relazione alla trattazione del processo dopo la revoca del mandato (secondo, terzo, sesto, settimo, ottavo, tredicesimo motivo, quest'ultimo segnatamente incentrato sull'inesistente rinuncia - che sarebbe stata implicitamente desumibile - a far valer eccezioni al riguardo);

c) all'insussistenza di un diritto del legale di utilizzare gli atti da lui redatti, quale espressione del diritto di autore, in quanto tale meritevole di tutela (quarto, quinto, nono motivo);

d) alla negata configurabilità del danno (decimo e undicesimo motivo), anche sotto il profilo del rischio di futura utilizzazione (dodicesimo motivo);

e) alla condanna di esso ricorrente al pagamento delle spese processuali, che sarebbero state viceversa da compensare (quattordicesimo motivo);

f) al contrasto con i principi di inviolabilità del diritto alla protezione dei dati personali affermati in sede internazionale (quindicesimo, sedicesimo, diciassettesimo motivo).

3 – Se quelle indicate *sub* 2 risultano dunque essere le questioni sottoposte all'esame della Corte, occorre tuttavia rilevare che alcuni dei motivi di censura sono inammissibili per violazione del disposto dell'art. 366 *bis* c.p.c., all'epoca vigente.

Ed infatti detto articolo disponeva che l'illustrazione di ciascun motivo, nei casi previsti dall'art. 360 c.p.c., comma 1 nn. 1, 2, 3 e 4, dovesse concludersi con un quesito di diritto, e in quello previsto dall'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, dovesse invece contenere la chiara indicazione del fatto controverso, prescrizioni che sono state costantemente interpretate da questa Corte nel senso che, nel primo caso, il ricorrente debba procedere all'enunciazione di un principio di diritto specificamente attinente alla decisione diverso da quello posto a base del provvedimento impugnato e, nel secondo, debba enucleare un momento di sintesi rappresentativo dei fatti controversi in relazione ai quali la motivazione si assume viziata. Tali connotati non sono riscontrabili nel terzo, nel sesto, nell'undicesimo, nel dodicesimo, nel tredicesimo e nel quindicesimo motivo, che sostanzialmente prospettano una non condivisa valutazione di merito in relazione al materiale probatorio acquisito e che pertanto risultano inammissibili.

4 – Venendo poi alle singole questioni sopra delineate, se ne rileva l'infondatezza per le ragioni appresso considerate.

4.1. La pretesa nullità della sentenza per mancata pronuncia sull'istanza di emissione di provvedimento cautelare è insussistente in quanto, indipendentemente da ogni valutazione in ordine al merito della doglianza prospettata, ogni eventuale censura al riguardo avrebbe dovuto essere rappresentata con il reclamo, che viceversa non è stato proposto.

Tale omissione rende quindi il motivo inammissibile.

4.2. Il secondo aspetto oggetto di doglianza attiene sostanzialmente al contestato diritto di un legale di trattenere copia di documenti contenenti dati personali e sensibili, consegnatigli dal cliente per lo svolgimento dell'attività difensiva in un processo in corso, dopo la revoca del mandato.

In proposito va rilevato che la Corte di appello ha negato la sussistenza della denunciata violazione non già in ragione di un astratto diritto del legale di mantenere nella propria disponibilità copia della documentazione precedentemente affidatagli, ma piuttosto in considerazione del mancato pagamento degli onorari professionali, omissione che avrebbe legittimato l'avvenuta ritenzione, in funzione dello svolgimento del procedimento di liquidazione della parcella. In via di principio l'affermazione secondo cui è legittima la ritenzione di copia di documenti consegnati dal cliente per la relativa utilizzazione nel processo per cui era stato conferito il mandato pur dopo l'intervenuta revoca di esso, quando si tratti di far valere in altra sede processuale il di-

ritto al compenso per l'attività professionale svolta, va condivisa. Ed infatti al riguardo occorre precisare quanto segue:

a) nella specie è certamente ravvisabile una ipotesi di trattamento di dati personali (riscontrabile, ai sensi del d.lgs. n. 196 del 2003, art. 4, comma 1, lett. b, in costanza di qualunque informazione relativa a persona fisica) ed il ricorrente assume inoltre che fra essi vi siano dati sensibili, per tali dovendosi intendere per la parte di interesse (ai sensi dello stesso art. 4, comma 1, lett. d) quelli idonei a rivelare lo stato di salute del soggetto cui i dati si riferiscono;

b) i dati personali oggetto di trattamento devono essere gestiti secondo correttezza, utilizzati in operazioni diverse da quelle che avevano dato luogo alla raccolta se compatibili con le prime e comunque non devono essere eccedenti rispetto alle finalità che avevano dato causa alla raccolta (art. 11, d.lgs. cit.);

c) il consenso dell'interessato al trattamento dei dati, ordinariamente necessario, non è viceversa richiesto nei casi indicati nell'art. 24 d.lgs. cit., fra i quali in particolare, per quanto rileva nella fattispecie in esame, va ricordata la prescrizione contenuta nel primo comma lett. f), che contempla l'ipotesi di utilizzazione dei dati per far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria, "sempre che i dati siano trattati esclusivamente per tali finalità e per il periodo strettamente necessario al loro perseguimento".

Dalla disciplina vigente cui si è fatto sintetico riferimento si desume dunque che il legislatore ha dettato, per le ipotesi di trattamento di dati personali, dei criteri ispirati a rigorosa cautela, sia per quanto concerne gli obblighi del titolare del trattamento (sostanzialmente improntati ai doveri di correttezza e buona fede), sia per quel che attiene all'effettività del rapporto fra la raccolta del dato e lo scopo che ad essa ha dato causa, stabilendo tuttavia l'esigenza di un bilanciamento ove siano ravvisati diversi interessi ugualmente tutelati dall'ordinamento, quale quello di far valere in giudizio un proprio diritto.

Di tale indirizzo si trova poi specifica conferma nel Codice di deontologia e di buona condotta per i trattamenti di dati personali effettuati per svolgere investigazioni difensive, adottato con Provvedimento del Garante n. 60 del 6.11.2008 in attuazione dell'art. 12 d.lgs. cit. (che conferisce al Garante il compito di promuovere codici di deontologia e di buona condotta per il trattamento di dati personali in alcuni settori), provvedimento cui va riconosciuta efficacia normativa (C. 10690/08, che ha precisato come tale efficacia sia subordinata alla legge, "dovendo limitarsi a concretizzare diritti ed obblighi che hanno nella legge la loro fonte") e che, seppur all'epoca non in vigore (il relativo termine iniziale di vigenza era stato infatti fissato alla data dell'1.1.2009), rappresenta ulteriore conferma del contenuto delle opzioni effettuate dal legislatore.

L'ambito di applicazione del provvedimento in questione è stato infatti espressamente indicato nel "trattamento di dati personali per.. far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria" (art. 1), ed è stata poi prevista la possibilità di conservazione di atti e documenti in originale o in copia anche una volta esaurito l'incarico, ove "necessario in relazione ad ipotizzabili altre esigenze della parte assistita o del titolare del trattamento" (art. 4).

D'altra parte anche la giurisprudenza di questa Corte, nelle non frequentissime decisioni in merito, si è costantemente attestata nell'affermazione dei medesimi principi.

Al riguardo devono essere invero ricordate, oltre alla già citata C. 10690/08, C. 15327/09, C. 3358/09, C. 12285/08, che hanno sostanzialmente affermato la derogabilità della disciplina dettata a tutela dell'interesse alla riservatezza dei dati personali quando il relativo trattamento sia esercitato per la difesa di un interesse giuridicamente rilevante e nei limiti in cui ciò sia necessario per la tutela di quest'ultimo interesse.

Dunque applicando i principi come sopra delineati al caso di specie, deve dedursi che il trattenimento da parte del legale revocato dall'incarico di copie di documenti precedentemente a lui consegnate dal rappresentato, al fine di consentire la predisposizione di adeguata difesa, integra una ipotesi di trattamento dei dati personali; che tale trattenimento può in via astratta essere considerato legittimo, atteso l'incontestato mancato pagamento degli onorari professionali e la conseguente connessione con il diritto di azione del legale insoddisfatto, finalizzato alla determinazione, liquidazione e riscossione del compenso dovuto; che nel concreto il tribunale avrebbe però dovuto tener conto del contenuto dei documenti conservati, e ciò allo scopo di verificare, da un lato, l'esistenza di un rapporto di funzionalità fra i detti documenti e l'azione intrapresa (nel senso cioè della necessità della produzione per il pieno esercizio del diritto di difesa, essendo solo questo il presupposto della legittimità della loro detenzione) e, dall'altro, l'avvenuto rispetto dei doveri di correttezza, pertinenza e non eccedenza incombenti sul titolare del trattamento; che tuttavia il ricorrente, pur a fronte della generica ed in sé insoddisfacente indicazione del tribunale, secondo cui era stata trattenuta soltanto la copia di atti difensivi (fatto assolutamente legittimo e del tutto diverso da quello concernente la pretesa assenza di titolo per conservare copia di atti altrui) e "di alcuni documenti soprattutto fiscali" (P. 5), non ha specificato di quali documenti si trattasse e quale ne fosse il contenuto.

Da ciò consegue dunque che la censura risulta viziata sul piano dell'auto-sufficienza, non essendo consentito al Collegio, per effetto della rilevata omissione, verificare la correttezza dell'assunto per il quale non vi sarebbe stato reale collegamento fra la documentazione trattenuta dall'avv. Z.V. e l'azione dalla stessa proposta per la liquidazione del compenso professionale.

4.3. L'infondatezza della doglianza concernente l'asserita illegittima ritenzione di documenti di causa dopo la revoca del mandato (secondo, settimo ed ottavo motivo) determina poi l'assorbimento delle censure aventi ad oggetto l'erroneità della decisione, nelle parti in cui: sarebbe stato a torto affermato il diritto del legale di conservare gli atti da lui redatti come effetto della tutela riconosciuta dal legislatore in tema di diritto d'autore (quarto, quinto e nono motivo); era stata negata la configurabilità del danno, pur puntualmente indicato anche sotto l'aspetto di una possibile futura utilizzazione (decimo, undicesimo e dodicesimo motivo); non sarebbe stata rilevata la compatibilità della decisione con i principi dettati in sede sovranazionale di inviolabilità del diritto alla privacy (sedicesimo e diciassettesimo motivo), principi che fra

l'altro trovano attuazione nel nostro ordinamento nei termini e nei limiti entro i quali vengono ad essere recepiti dalla normativa interna.

4.4. Quanto poi alla contestata statuizione sulle spese processuali, che erroneamente non sarebbero state compensate, è sufficiente rilevare in proposito che la decisione sul punto è in linea con il dettato normativo che addebita le spese al soccombente, mentre l'eventuale compensazione delle stesse è rimessa alla valutazione discrezionale del giudice del merito che nella specie, con decisione insindacabile in questa sede, non ha ritenuto di avvalersi della detta facoltà.

5 - Conclusivamente il ricorso deve essere rigettato, con compensazione delle spese processuali del giudizio di legittimità, tenuto conto della novità e della delicatezza delle questioni proposte.

(Omissis)

68. Sulla qualificazione del rapporto di lavoro subordinato in relazione al praticantato professionale.

Cass. civ., sez. lav., 22 febbraio 2011, n. 4271 – Pres. Vidiri, Est. Bandini, P.M. Lettieri – G.I. (avv.ti Pieretti, Lidano) c. B.A.L. (avv.ti Gentile, Pomenti)

La verifica della sussistenza del praticantato in luogo del rapporto di lavoro subordinato non giustificata solo dal mero mancato rilascio del certificato di avvenuta accettazione alla pratica, bensì dal concorso di circostanze e di elementi testimoniali assunti in istruttoria conforta la legittimità dell'operato del giudice del merito in ordine alla non qualificabilità del rapporto in termini di praticantato.

(Omissis)

Svolgimento del processo

Con sentenza del 27.10.2006-1.2.2007, la Corte d'appello di Roma, pronunciando in sede di rinvio dalla Cassazione, in parziale riforma della decisione di prime cure, dichiarò che tra B.A.E. e G.I. era intercorso, nel periodo dal giugno 1992 all'8.3.1995, un rapporto di lavoro subordinato, con inquadramento della B. nel 4° livello del CCNL Studi professionali, e condannò lo G. al pagamento delle differenze retributive dovute. A sostegno del *decisum* la Corte territoriale, per quanto ancora qui specificamente rileva, ritenne, sulla scorta delle esaminate risultanze processuali, la sussistenza nel caso di specie delle principali ed esclusive caratteristiche della subordinazione e, in particolare, della sottoposizione della B. al potere organizzativo e gerarchico dello G.; osservò inoltre la Corte che dalla documentazione prodotta non emergeva alcun elemento idoneo a suffragare che l'attività svolta dalla B. fosse stata di pratica professionale, secondo quanto dedotto dalla parte datoriale, che il mancato rilascio alla B. del certificato relativo all'ammissione alla pratica rendeva irrilevante il rilievo della mancata richiesta dell'attestato di compiuta pratica e che le dichiarazioni di alcuni dei testi sulla qualità di praticante della B., per la loro genericità e in mancanza del predetto necessario adempimento formale, non apparivano idonee, alla luce anche delle ulteriori risultanze istruttorie, a far ritenere la natura di pratica professionale dell'attività espletata dalla B.

Avverso la suddetta sentenza G.I. ha proposto ricorso per cassazione fondato su sette motivi e illustrato con memoria.

L'intimata B.A.E. ha resistito con controricorso.

Motivi della decisione

1. Con il primo motivo il ricorrente denuncia vizio di motivazione, assumendo che la Corte territoriale ha erroneamente ritenuto la natura subordinata del rapporto, escludendo il praticantato. Con il secondo motivo il ricorrente denuncia vizio di motivazione, assumendo che la Corte territoriale ha omesso ogni indagine e valutazione in ordine alla possibilità di configurare

l'apprendistato. Con il terzo motivo il ricorrente denuncia violazione di norme di diritto (art. 2094 c.c., in relazione all'art. 1322 c.c.; artt. 1322 e 2094 c.c., in relazione all'art. 116 c.p.c., e art. 2697 c.c.; artt. 19 e 20 regolamento per l'esecuzione della l. n. 327 del 1906 sull'esercizio della professione di ragioniere; art. 246 c.p.c.), nonché vizio di motivazione, lamentando che la Corte territoriale abbia ritenuto raggiunta la prova degli elementi qualificanti in via esclusiva il rapporto di lavoro subordinato, essendo restato invece del tutto indimostrato l'assoggettamento della B. al potere direttivo – gerarchico del datore di lavoro. Con il quarto motivo il ricorrente denuncia violazione di norme di diritto (art. 2094 c.c.; art. 20 regolamento per l'esecuzione della l. n. 327 del 1906, sull'esercizio della professione di ragioniere; l. n. 327 del 1906, art. 2, comma 2; l. n. 183 del 1992, art. 1; art. 116 c.p.c.) assumendo che contrariamente a quanto ritenuto dalla Corte territoriale, doveva ritenersi priva di rilevanza, ai fini della esclusione della qualificazione del rapporto in termini di praticantato, il mancato rilascio di un certificato di attestazione della pratica al fine dell'iscrizione nel relativo registro.

Con il quinto motivo il ricorrente denuncia violazione degli artt. 246 e 116 c.p.c., nonché vizio di motivazione, dolendosi che la Corte territoriale abbia ritenuto non completamente attendibile un teste in quanto tuttora dipendente dallo studio di esso ricorrente.

Con il sesto motivo il ricorrente denuncia violazione dell'art. 2697 c.c., e art. 116 c.p.c., nonché vizio di motivazione, rilevando che non incombeva ad esso ricorrente dimostrare la sussistenza degli elementi del praticantato, bensì alla lavoratrice la ricorrenza di quelli qualificanti la subordinazione, e dolendosi della valutazione fatta dalla Corte territoriale delle risultanze istruttorie.

Con il settimo motivo il ricorrente assume che all'accoglimento del ricorso dovrà seguire il totale aggravio sulla B., oltre che di quelle del presente giudizio di cassazione, delle spese del giudizio di secondo grado, compensate per un terzo dalla Corte territoriale.

2. Osserva preliminarmente la Corte che l'art. 366 *bis* c.p.c., è applicabile ai ricorsi per cassazione proposti avverso i provvedimenti pubblicati dopo l'entrata in vigore (2.3.2006) del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 (cfr. d.lgs. n. 40 del 2006, art. 27, comma 2) e quindi anche al presente ricorso.

In base alla norma suddetta, nei casi previsti dall'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 1), 2), 3) e 4), l'illustrazione di ciascun motivo si deve concludere, a pena di inammissibilità, con la formulazione di un quesito di diritto, mentre, nel caso previsto dall'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5), l'illustrazione di ciascun motivo deve contenere, sempre a pena di inammissibilità, la chiara indicazione del fatto controverso in relazione al quale la motivazione si assume omessa o contraddittoria, ovvero le ragioni per le quali la dedotta insufficienza della motivazione la rende inidonea a giustificare la decisione. Secondo l'orientamento di questa Corte, il principio di diritto previsto dall'art. 366 *bis* c.p.c., deve consistere in una chiara sintesi logico-giuridica della questione sottoposta al vaglio del giudice di legittimità, formulata in termini tali per cui dalla risposta – negativa od affermativa – che ad esso si dia, discenda in modo univoco l'accoglimento od il rigetto del gravame (cfr., *ex plurimis*, Cass., sez.

un., n. 20360/2007), mentre la censura concernente l'omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione deve contenere un momento di sintesi (omologo del quesito di diritto) che ne circoscriva puntualmente i limiti, in maniera da non ingenerare incertezze in sede di formulazione del ricorso e di valutazione della sua ammissibilità (cfr, *ex plurimis*, Cass., sez. un., n. 20603/2007).

2.1 Nel caso che ne occupa i primi due motivi di ricorso, così come il terzo, il quinto e il sesto, nei profili di doglianza relativi ai dedotti vizi di motivazione, sono privi della formulazione del suddetto momento di sintesi diretto a circoscrivere i limiti delle censure inerenti ai lamentati vizi motivazionali e, pertanto, vanno ritenuti inammissibili.

2.2 Secondo la Giurisprudenza di questa Corte, ai sensi dell'art. 366 *bis* c.p.c., è inammissibile il motivo del ricorso per cassazione che si concluda con la formulazione di un quesito di diritto in alcun modo riferibile alla fattispecie o che sia comunque assolutamente generico (cfr, *ex plurimis*, Cass., sez. un., nn. 36/2007; 20360/2007). A conclusione del terzo motivo il ricorrente ha formulato i seguenti quesiti di diritto:

"se ai fini della qualificazione di un rapporto di lavoro come subordinato o come autonomo sia rilevante ed essenziale l'accertamento da parte del Giudice del merito della effettiva modalità di svolgimento dell'attività ed in particolare l'accertamento dell'effettivo assoggettamento del prestatore di opera al potere direttivo e gerarchico dell'altra parte del rapporto, ovvero sia sufficiente il solo accertamento dei contenuti delle attività svolte"; "se ai fini della qualificazione di un rapporto di lavoro come subordinato o come autonomo il Giudice di merito sia tenuto a ricercare la effettiva volontà delle parti ai fini della individuazione della concreta disciplina giuridica del rapporto quale voluta dalle parti stesse nell'esercizio della loro autonomia contrattuale"; "se la parte che afferma la sussistenza in fatto dell'elemento della subordinazione in un rapporto debba fornire la prova del proprio effettivo assoggettamento al potere direttivo e gerarchico dell'altra parte del rapporto o se, in assenza di tale prova, l'elemento della subordinazione possa essere presunto dal Giudice"; "se la continuità della prestazione di attività in uno studio professionale sia o meno elemento connotante in modo esclusivo il rapporto di lavoro subordinato, o se tale continuità connoti anche altri tipi di rapporti di natura autonoma, quali il praticantato".

Si tratta di quesiti assolutamente generici e, come tali, inidonei a far discendere in modo univoco, in base alla risposta positiva o negativa che agli stessi venga data, l'accoglimento o il rigetto del gravame.

Parimenti è a dirsi per i quesiti formulati a conclusione del sesto motivo:

"se la parte che afferma la sussistenza in fatto dell'elemento della subordinazione in un rapporto debba fornire la prova degli elementi qualificanti della subordinazione stessa, e segnatamente il proprio effettivo assoggettamento al potere direttivo e gerarchico dell'altra parte del rapporto";

"se ai fini della qualificazione di un rapporto di lavoro come subordinato o come autonomo il Giudice del merito debba accertare ed apprezzare la effettiva modalità di svolgimento dell'attività tenendo conto di tutti gli elementi obiettivamente desumibili dalla documentazione e dalle prove orali, che siano determinanti ai fini della qualificazione del rapporto".

Detti motivi appaiono quindi inammissibili anche in relazione alle censure di violazione di norme di diritto.

3. Il quarto motivo di ricorso è infondato.

Infatti la Corte territoriale non ha escluso la sussistenza del praticantato sol perché non era stato rilasciato il certificato di avvenuta accettazione alla pratica, valutando invece, nella ricorrenza di tale incontestata emergenza fattuale, la rilevanza di alcune delle testimonianze assunte e della mancata richiesta dell'attestato di compiuta pratica, e traendo quindi, anche alla luce del complesso dell'istruttoria testimoniale, conclusioni sulla non qualificabilità del rapporto in termini di praticantato, le quali, siccome inerenti ad accertamenti di merito coerenti con i dati acquisiti e immuni da vizi logici, risultano intangibili in questa sede di legittimità.

4. Parimenti infondato, per quanto inerente alla denunciata violazione di norme di diritto, è altresì il quinto motivo di ricorso, atteso che la Corte territoriale non ha affatto ritenuto l'incapacità a testimoniare, ai sensi dell'art. 246 c.p.c., del dipendente dello studio del ricorrente, ma, in aderenza alla generale disposizione di cui all'art. 116 c.p.c., ne ha prudentemente valutato l'attendibilità alla luce della sua peculiare posizione lavorativa.

5. L'inammissibilità o l'infondatezza dei precedenti motivi comportano l'assorbimento del settimo.

6. In definitiva il ricorso va rigettato.

(Omissis)

69. Sulle attività riservate dalla legge ai professionisti in possesso di abilitazione.

Cass. pen., sez. VI, sentenza 11 marzo 2011, n. 10100 – Pres. De Roberto, Est. Garribba, P.M. De Santis (concl. diff.) – Imp. D.N. (Avv. Perfetti)

Il consulente del lavoro, avendo competenza in materia di redditi di lavoro dipendente, può legittimamente occuparsi della liquidazione e del pagamento delle relative imposte, ma ove invece presti assistenza fiscale e contabile anche a lavoratori autonomi e imprese, incorre nel reato di abusivo esercizio della professione di dottore commercialista ex art. 348 c.p., in quanto tali prestazioni costituiscono atti tipici, caratteristici di una professione per il cui esercizio manca l'abilitazione.

(Omissis)

Svolgimento del processo – Motivi della decisione

1. Con ordinanza del 22 ottobre 2010 il Tribunale di Lucca rigettava la richiesta di riesame proposta da D.N. avverso il decreto di sequestro preventivo dello studio professionale, ritenuto bene pertinente ai reati di esercizio abusivo della professione di ragioniere commercialista e di appropriazione indebita aggravata di somme affidategli con l'incarico di pagare imposte e contributi.

D. ricorre per cassazione e denuncia:

1. violazione dell'art. 348 c.p., perché non commetterebbe esercizio abusivo della professione di dottore commercialista il consulente del lavoro – e tale egli era – che presti attività di consulenza tributaria e curi la redazione e il controllo dei bilanci d'impresa, attesa la natura non riservata delle anzidette attività;

2. insussistenza del *fumus commissi delicti* per i residui reati di appropriazione indebita, perché la denuncia presentata da B. R. sarebbe stata smentita dai documenti prodotti dalla difesa, mentre quelle provenienti da altri clienti non sarebbero ancora state istruite;

3. insussistenza del *periculum in mora*, perché, a partire dall'anno 2007, con l'entrata in vigore della regola che impone il pagamento di imposte e contributi con procedura telematica di addebito diretto sul c/c del contribuente, la commissione di appropriazioni indebite del tipo di quelle perseguite è divenuta impossibile;

4. insussistenza del nesso pertinenziale tra i locali oggetto del sequestro e l'esercizio abusivo della professione, perché i fatti di reato per cui si procede si fondano sul rapporto fiduciario che si instaura tra cliente e professionista, mentre l'immobile non è mezzo indispensabile per l'attuazione e protrazione della condotta illecita. p.2.1 Il primo motivo di ricorso è infondato. L'art. 348 c.p., punisce l'esercizio abusivo di una professione per la quale è richiesta una speciale abilitazione dello Stato. Per esercitare la professione di dotto-

re/ragioniere commercialista la legge richiede il superamento dell'esame di Stato e l'iscrizione nell'apposito albo professionale e, pertanto, quella del commercialista è una professione protetta e le attività proprie di essa possono esplicarsi esclusivamente dal soggetto abilitato e iscritto all'albo.

Va precisato che, per stabilire se una determinata prestazione integri il reato previsto dall'art. 348 c.p., non è necessario rinvenire nella legge che regola la professione in tesi abusivamente esercitata una clausola di riserva esclusiva riguardante quella specifica prestazione, ma è sufficiente l'accertamento che la prestazione erogata costituisce un atto tipico, caratteristico di una professione per il cui esercizio manca l'abilitazione.

Orbene il consulente del lavoro, avendo competenza in materia di redditi di lavoro dipendente, può legittimamente occuparsi della liquidazione e del pagamento delle relative imposte. Ma l'indagato prestava assistenza fiscale e contabile anche a lavoratori autonomi e imprese e, quindi, operava in un campo per il quale non aveva la necessaria abilitazione. Ne deriva che, allo stato, non può negarsi la sussistenza del *fumus delicti*. p.2.2 Il secondo motivo è infondato.

Per l'adozione di un provvedimento di sequestro preventivo è sufficiente la sussistenza del *fumus commissi delicti*, vale a dire l'astratta sussumibilità del fatto nella fattispecie di reato considerata. Pertanto, in sede di impugnazione dei provvedimenti cautelari reali, l'accertamento del *fumus commissi delicti* è limitato alla verifica della configurabilità, quale fattispecie astratta di reato, del fatto contestato così come può essere desunto dall'imputazione, rimanendo preclusa ogni valutazione riguardo alla sussistenza degli indizi di colpevolezza e alla gravità degli stessi (v. Cass., sez. 6^a, 28.2.1996 n. 932, Manelli, rv 204799; sez. un., 23.2.2000, Mariano).

Ne deriva che le doglianze sull'omesso esame dei documenti prodotti dalla difesa e sull'omessa acquisizione di ulteriori elementi a sostegno delle denunce presentate da Ba. e M., comportando il sindacato – riservato al giudice della cognizione – sulla concreta fondatezza dell'accusa, non possono essere proposte nel presente giudizio cautelare. p.2.3 Il terzo motivo, chiedendo direttamente a questo giudice di legittimità di valutare la cessata attualità del *periculum in mora* sotto il profilo che è sopravvenuta una diversa disciplina delle modalità di pagamento delle imposte e contributi, che renderebbe impraticabile la reiterazione della condotta appropriativa, è inammissibile ai sensi dell'art. 606 c.p.p., comma 3.

Infatti la questione dedotta, comportando una valutazione di merito, doveva come tale essere sollevata nel giudizio d'appello, salva poi la possibilità di impugnare la relativa decisione con ricorso per cassazione nei limiti segnati dall'art. 606 c.p.p., comma 1, lett. c). p.2.4 È fondato invece il quarto e ultimo motivo di ricorso. Secondo l'insegnamento consolidato della giurisprudenza di legittimità, nel sequestro preventivo di un immobile, finalizzato a impedire la protrazione dell'attività illecita, il vincolo di pertinenzialità si esprime in un'infedeltabile correlazione strumentale tra immobile e reato, nel senso che l'immobile non sia semplicemente il luogo di consumazione del reato, ma costituisca il mezzo strettamente indispensabile per l'attuazione e protrazione della condotta illecita (Cass., sez. 6^a, 24.9.2010 n. 36201, Musacchio, rv

248635; idem, 8.6.1998 n. 2098, Chiaberti, rv 212118; idem, 5.12.2002 n.11892, Russano, rv 224790).

Nell'ordinanza impugnata, a sostegno dell'affermata pertinenzialità si rappresenta "la sistematicità delle condotte di appropriazione indebita e l'esistenza di un rapporto privilegiato presso lo studio in questione con il concorrente pubblico ufficiale dell'Agenzia delle Entrate", espressioni che, però, mentre evidenziano la reiterazione di una condotta criminosa attuata in concorso con un pubblico ufficiale, appaiono invece silenti e insignificanti ai fini della dimostrazione del rapporto di pertinenzialità strumentale sopra delineato.

Pertanto l'ordinanza impugnata deve essere annullata per mancanza di motivazione e violazione di legge, con rinvio allo stesso Tribunale che, in diversa composizione, accerterà se tra l'attività illecita esercitata dall'indagato e il bene sottoposto a sequestro esiste un rapporto di pertinenzialità nel senso sopra indicato.