

**COMMENTO ALLE DISPOSIZIONI PENALI DELLA L. N. 3/2018
DI RIORDINO DELLE PROFESSIONI SANITARIE***

Elio Lo Monte**

SOMMARIO. 1. - Premessa. 2. - L'esercizio abusivo di una professione protetta: l'inasprimento sanzionatorio. 3. - Il nuovo comma 2 dell'art. 348 c.p. 4. - Le disposizioni introdotte al comma 3 dell'art. 348 c.p. 5. - Le modifiche degli artt. 589 e 590 c.p. 6. - La nuova circostanza aggravante: art. 61 n. 11-sexies c.p. 7. - La depenalizzazione della detenzione di medicinali scaduti, guasti o imperfetti. 8. - L'esercizio abusivo di un'arte sanitaria ausiliaria: l'aumento della sanzione pecuniaria. 9. - La 'stretta' sanzionatoria nell'attività di mediazione'. 10. - L'aggiunta...abrogata del comma 7-bis all'art. 9 l. n. 376/2000, in materia di doping.

1.Premessa.

La l. 11.1.2018 n. 3¹, cd. di riordino delle professioni sanitarie, entrata in vigore il 15 febbraio 2018, delega il Governo ad adottare, entro dodici mesi, uno o più decreti legislativi per il riassetto e la riforma delle disposizioni vigenti in materia di sperimentazione clinica dei medicinali per uso umano. La riorganizzazione deve porsi in linea con il Regolamento U.E. n. 536/2014², e deve rispettare gli standard internazionali per l'etica nella ricerca medica sugli esseri umani, come stabilito dalla Dichiarazione di Helsinki dell'Associazione medica mondiale del 1964³ successivamente emendata (Capo I, artt. 1-3).

Con le disposizioni di cui al Capo II (artt. 4 -16) il legislatore, nel prevedere il rassetto della disciplina degli Ordini delle professioni sanitarie, ha apportato rilevanti modifiche di diritto penale sostanziale (artt. 12 -14⁴). Non mancano, inoltre, innovazioni di natura processuale e interventi sulla

* Relazione svolta al seminario organizzato dalla Cattedra di Diritto penale parte speciale su: "Abusivismo professionale e sistema penale", Salerno 14 novembre 2018.

** Professore Associato di Diritto penale - Università degli Studi di Salerno.

¹ Recante: «Delega al Governo in materia di sperimentazione clinica di medicinali nonché disposizioni per il riordino delle professioni sanitarie e per la dirigenza sanitaria del Ministero della salute», in Gazz. Uff. n.25 del 31/1/2018.

² Regolamento (UE) n. 536/2014 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014 sulla sperimentazione clinica di medicinali per uso umano e che abroga la direttiva 2001/20/CE, in <https://eur-lex.europa.eu>.

³ Dichiarazione di Helsinki della World Medical Association, Principi etici per la ricerca biomedica che coinvolge essere umani, in www.evidence.it

⁴ L. 11/1/2018, n. 3 - Art. 12 - Esercizio abusivo di una professione

1. L'articolo 348 del codice penale è sostituito dal seguente:

«Art. 348 (Esercizio abusivo di una professione). - Chiunque abusivamente esercita una professione per la quale è richiesta una speciale abilitazione dello Stato è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da euro 10.000 a euro 50.000.

La condanna comporta la pubblicazione della sentenza e la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e, nel caso in cui il soggetto che ha commesso il reato eserciti regolarmente una professione o attività, la trasmissione della sentenza medesima al competente Ordine, albo o registro ai fini dell'applicazione dell'interdizione da uno a tre anni dalla professione o attività regolarmente esercitata.

Si applica la pena della reclusione da uno a cinque anni e della multa da euro 15.000 a euro 75.000 nei confronti del professionista che ha determinato altri a commettere il reato di cui al primo comma ovvero ha diretto l'attività delle persone che sono concorse nel reato medesimo».

2. All'articolo 589 del codice penale, dopo il secondo comma è inserito il seguente:

«Se il fatto è commesso nell'esercizio abusivo di una professione per la quale è richiesta una speciale abilitazione dello Stato o di un'arte sanitaria, la pena è della reclusione da tre a dieci anni».

3. All'articolo 590 del codice penale, dopo il terzo comma è inserito il seguente:

«Se i fatti di cui al secondo comma sono commessi nell'esercizio abusivo di una professione per la quale è richiesta una speciale abilitazione dello Stato o di un'arte sanitaria, la pena per lesioni gravi è della reclusione da sei mesi a due anni e la pena per lesioni gravissime è della reclusione da un anno e sei mesi a quattro anni».

4. Il terzo comma dell'articolo 123 del testo unico delle leggi sanitarie, di cui al regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265, è sostituito dal seguente:

legislazione speciale (testo unico delle leggi sanitarie, tutela sanitaria delle attività sportive, disciplina della professione di mediatore, lotta contro il doping).

La *ratio* della riforma è facilmente rinvenibile nella preoccupazione connessa al fenomeno delle pratiche abusive nello specifico settore delle scienze sanitarie, come si coglie, d'altronde, dall'analisi dei vari antecedenti della l. n. 3/2018⁵. A titolo esemplificativo può essere ricordata la proposta di legge A.C. n. 6846⁶, che richiama espressamente le situazioni illecite di abuso dell'esercizio dell'attività medica e odontoiatrica; non diversamente, il d.d.l. A.S. n. 471⁷ ribadisce le dimensioni preoccupanti del fenomeno dell'abusivismo professionale nel settore delle arti sanitarie, evidenziando le dirette ricadute sulla salute dei cittadini. A tal fine viene ipotizzata, nel disegno di legge appena ricordato, una riforma dell'art. 348 c.p., con la previsione di nuove disposizioni che, da un lato, «ritagliano» e puniscano più severamente fatti ritenuti più gravi in quanto mettono in pericolo la salute degli utenti e, dall'altro, si facciano carico di interdire la reiterazione delle condotte abusive che rappresentano un'ulteriore nota dolente del fenomeno⁸. Nella stessa ottica può essere letto un altro progetto di legge che, nel sottolineare l'ampiezza dei comportamenti abusivi in ambito medico e odontoiatrico, pone in risalto «le dirette conseguenze sull'incolumità fisica e psichica delle persone»⁹.

«La detenzione di medicinali scaduti, guasti o imperfetti nella farmacia è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 1.500 a euro 3.000, se risulta che, per la modesta quantità di farmaci, le modalità di conservazione e l'ammontare complessivo delle riserve, si può concretamente escludere la loro destinazione al commercio».

5. Il primo comma dell'articolo 141 del testo unico delle leggi sanitarie, di cui al regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265, è sostituito dal seguente:

«Chiunque, non trovandosi in possesso della licenza prescritta dall'articolo 140 o dell'attestato di abilitazione richiesto dalla normativa vigente, esercita un'arte ausiliaria delle professioni sanitarie è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 2.500 a euro 7.500».

6. All'articolo 8, comma 2, della legge 3 febbraio 1989, n. 39, le parole: «siano incorsi per tre volte» sono sostituite dalle seguenti: «siano già incorsi».

7. Alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, dopo l'articolo 86-bis è inserito il seguente:

«Art. 86-ter (Destinazione dei beni confiscati in quanto utilizzati per la commissione del reato di esercizio abusivo della professione sanitaria). - 1. Nel caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice per l'esercizio abusivo di una professione sanitaria, i beni immobili confiscati sono trasferiti al patrimonio del comune ove l'immobile è sito, per essere destinati a finalità sociali e assistenziali».

8. Al comma 2 dell'articolo 1 della legge 14 gennaio 2013, n. 4, dopo le parole: «delle professioni sanitarie» sono inserite le seguenti: «e relative attività tipiche o riservate per legge».

⁵ Il d.d.l. n. 730 del 30 maggio 2013 (poi assorbito nel d.d.l. A.S. n. 471) recante «Modifiche al codice penale concernenti l'esercizio abusivo delle professioni e nuova disciplina dell'esercizio abusivo della professione di medico e odontoiatra» prevedeva l'introduzione di una nuova fattispecie: «Art. 348-bis. – (Esercizio abusivo della professione di medico ed odontoiatra) – Chiunque abusivamente esercita la professione di medico-chirurgo e di odontoiatra è punito con la reclusione da dodici a ventiquattro mesi e con la multa da un minimo di 5.000 euro ad un massimo di 50.000 euro. Il condannato è soggetto al sequestro dei locali ed alla confisca delle attrezzature e degli strumenti utilizzati per commettere il reato. I beni mobili ed immobili di cui al periodo precedente vengono destinati alle strutture pubbliche e private che offrono cure e assistenza a persone in difficoltà economica e sociale». L'ipotizzata fattispecie mirava a proteggere in modo più incisivo la salute delle persone dai possibili danni arrecati da finti professionisti del settore medico e trattandosi di un bene garantito esplicitamente dall'art. 32 del dettato costituzionale, appariva meritevole di particolare tutela, in www.senato.it.

⁶ Recante: «Modifica all'articolo 348 del codice penale in tema di esercizio abusivo della professione», presentata l'8 marzo 2000, in *Atti Parlamentari – Camera dei Deputati – XIII Legislatura – Disegni di legge e Relazioni–Documenti*, p. 2, ove si ribadisce, tra l'altro, censurando in tal modo il modesto regime sanzionatorio dell'art. 348 c.p., «l'incapacità di tale norma ad avere una qualsiasi efficacia di prevenzione generale, nel senso di indurre i consociati ad astenersi dalla condotta vietata, non fosse altro che per evitare le conseguenti sanzioni».

⁷ *Relazione* al d.d.l. A.S. n. 471 del 10.4.2013: «Modifiche all'articolo 348 del codice penale e all'articolo 141 del testo unico delle leggi sanitarie, di cui al regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265, in materia di esercizio abusivo di una professione», in *Atti parlamentari – Senato della Repubblica – N. 471 XVII Legislatura – Disegni di Legge e Relazioni – Documenti*, p. 2.

⁸ *Relazione* al d.d.l. A.S. n. 471, cit., p.3.

⁹ Cfr. la *Relazione* al d.d.l. n. A.S. 596 del 30.4.2013, recante: «Modifica dell'articolo 348 del codice penale, in materia di inasprimento della pena per l'abusivo esercizio di una professione» in *Atti parlamentari – Senato della Repubblica – N. 596 XVII Legislatura – Disegni di Legge e Relazioni – Documenti*, p. 2.

Va salutato con favore lo sforzo del legislatore nel cercare di contrastare condotte professionali abusive, così come il tentativo di adeguare la vigente normativa a un mutato quadro socio-storico di riferimento, con particolare riguardo allo specifico settore medico. Del resto, basta riflettere sulle nuove figure specialistiche (si pensi al chiropratico) che, se da un lato hanno determinato una parcellizzazione dell'offerta volta al perseguimento del benessere psico-fisico della persona, dall'altro hanno finito per affiancare e in molti casi erodere compiti e mansioni spettanti originariamente all'area medica e più in generale, alle professioni sanitarie¹⁰. Emergenti specializzazioni e conseguenti nuove qualifiche tecniche, connesse allo sviluppo scientifico, hanno affiancato il medico 'tuttofare' con figure professionali, fino a qualche tempo fa sconosciute, che si muovono in una zona i cui margini appaiono, alla persona comune, privi di quel rassicurante nitore che sempre dovrebbe assistere il destinatario bisognoso della prestazione medica o para-medica, nella scelta dello specialista. Il singolo individuo spesso non riesce a districarsi tra le varie professioni che presentano, seppur solo apparentemente, aspetti comuni: ad esempio chiropratica, fisiatria, fisioterapia, massoterapia.

Non sempre, tuttavia, le buone intenzioni del legislatore vengono trasfuse in adeguati provvedimenti normativi.

Le innovazioni – al di là delle consuete carenze che contraddistinguono l'operato del legislatore, sempre più indifferente ad ogni sollecitazione funzionale a migliorare la tecnica di normazione¹¹ – si concentrano, essenzialmente, sull'art. 348 c.p., ritenuto lo strumento idoneo a risolvere i problemi sottesi al particolare settore sanitario. Una tale impostazione, nella misura in cui ripone eccessiva fiducia nella fattispecie descritta all'art. 348 c.p., presta il fianco a un duplice ordine di riserve.

In primo luogo, la fattispecie di esercizio abusivo di una professione viene ridipinta a tinte monistiche, mentre, essa, concerne la pluralità delle professioni cd. liberali o protette¹² e, quindi, non può essere concepita come un rimedio applicabile allo specifico settore medico/sanitario, caratterizzandosi, quest'ultimo, per delle peculiarità non riscontrabili in altri ambiti. L'inasprimento sanzionatorio che ha interessato la fattispecie incriminatrice descritta all'art. 348 c.p. ('giustificato' dal fine di garantire una più incisiva tutela della salute delle persone) si applica, però, anche all'operato del ragioniere per aver invaso lo spazio professionale del dottore commercialista, che certamente non offende l'incolumità o la vita delle persone. Il duro regime sanzionatorio pensato per salvaguardare la salute delle persone appare sproporzionato rispetto all'attività abusiva posta in essere dal praticante avvocato che assume una difesa non consentita per non essere in possesso della prescritta abilitazione.

Non bisogna dimenticare che la concreta applicabilità dell'art. 348 c.p. - ed è la seconda obiezione - dipende, per *communis opinio*, anche dalle disposizioni sparse nella legislazione speciale, e che queste sono formulate tenendo conto delle specifiche caratteristiche dei singoli settori. Sotto questo profilo va evidenziato che la stratificazione legislativa ha finito per dare vita a un «coacervo di norme»¹³, da cui discendono rilevanti problemi sia in ordine all'individuazione delle competenze della singola professione sia in rapporto alle competenze delle professioni affini. L'eterogeneità di queste ultime¹⁴ e

¹⁰ Cfr. M. Pinelli, *La «perdermostimolazione oculare» al vaglio dei giudici di legittimità: un caso particolare di violazione dell'art. 348 c.p.*, in *Cass. pen.* 2009, 2820.

¹¹ Sul punto mantengono piena attualità le considerazioni precedentemente svolte da F. Palazzo, *Scienza penale e produzione legislativa: paradossi e contraddizioni di un rapporto problematico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1997, 694 ss. L'auspicio a una migliore redazione delle fattispecie incriminatrici viene sottolineato da M. Donini, *Lettura critica di Corte costituzionale n. 115/2018. La determinatezza ante applicationem e il vincolo costituzionale alla prescrizione sostanziale come contro limiti alla regola Taricco nella decisione della C. cost. n. 115/2018*, in *www.penalecontemporaneo.it* (11.7.2018) 26, quando afferma che «la Corte sposa una declinazione "forte" della determinatezza, che suggerisce al Parlamento e alla magistratura, non solo all'UE, un diverso rigore definitorio ed ermeneutico».

¹² Sull'individuazione delle professioni protette v. *infra* § 1.4.

¹³ Cfr. Cass., Sez. U., 23/12/2012, n. 11545, in *DPP* 2012, 8, 994, con il commento di D. Notaro, 998 ss.; in *Cass. pen.* 2012, 9, 2875 ss. con nota di A. Scarcella, *Esercizio abusivo della professione tra vecchie rigidità e nuove certezze*, in *Cass. pen.* 2012, 2885.

¹⁴ Valga l'esempio dell'attività di installatore che ha visto il Tribunale di Milano (sentenza 25 gennaio 2008, n. 99, in *www.puntosicuro.it*) configurare l'esercizio abusivo della professione di installatore nei confronti di un cittadino italiano che aveva agito e operato impropriamente, senza esserne abilitato, su una caldaia, provocando con il proprio intervento

la diversità degli interessi collettivi e individuali sottesi alle diverse professioni, fanno sì che la figura delittuosa di cui all'art. 348 c.p. difficilmente possa essere intesa come razionale rimedio in grado di risolvere i problemi dell'abusivismo professionale nel particolare comparto sanitario.

Del resto, la «difficoltosa e contorta elaborazione giurisprudenziale della norma»¹⁵ pone in rilievo l'esistenza di precisi limiti che connotano la fattispecie in questione. Il contrastante andamento della prassi, quale naturale esito di una norma inficiata da macroscopici, quanto risalenti, difetti strutturali, e le ampie, ancorché non sempre concordanti¹⁶, riflessioni dottrinali spingevano in maniera decisa verso una completa riformulazione della fattispecie concernente l'abusivo esercizio di una professione. Le innovazioni apportate dalla l. n. 3/2018 non hanno risolto pregresse questioni come quelle afferenti al rispetto dei principi di legalità – *sub species* determinatezza/tassatività dell'illecito penale nonché riserva di legge – e di offensività.

Si assiste, invero, ad un mero inasprimento sanzionatorio, come dimostra l'innalzamento dei limiti edittali della figura delittuosa di esercizio abusivo di una professione, senza aver posto in essere una preliminare, quanto fondamentale, risistemazione della legislazione speciale. Le modifiche del regime sanzionatorio s'innestano su di una norma che, anche sotto lo specifico aspetto della comminatoria edittale, già presentava vistosi profili di irragionevolezza, con conseguente rischio di perdita di credibilità del sistema.

Alla luce di tali presupposti occorre verificare come le novità introdotte dalla l. n. 3/2018 interagiscono con le disposizioni di cui all'art. 348 c.p., e con le altre norme del codice penale modificate dalla stessa legge.

2. - L'esercizio abusivo di una professione protetta: l'inasprimento sanzionatorio.

L'art. 12 co.1 della l. n. 3/2018, come si anticipava, modifica il regime sanzionatorio dell'art. 348 c.p. non solo attraverso un aumento dei limiti edittali (dalla reclusione fino a sei mesi o dalla multa da 103 a 516 euro si passa all'attuale previsione della reclusione da sei mesi a tre anni e della multa da euro 10.000 a euro 50.000) ma anche facendo venir meno l'alternativa tra pena limitativa della libertà e sanzione pecuniaria. Quest'ultima – decisamente accresciuta – si aggiunge alla prima diversamente dall'impostazione del legislatore del '30 che aveva fondato l'opzione tra pena detentiva e pena pecuniaria sulla possibilità di «consentire al giudice di adeguare i limiti della condanna alla entità del fatto, che spesso può essere di minima importanza»¹⁷.

Ancora una volta il legislatore emana provvedimenti finalizzati ad una semplicistica valorizzazione della funzione general-preventiva della pena.

L'inasprimento sanzionatorio, invece, poteva avere un senso solo se fosse stato inserito nell'ambito di un più ampio intervento di riforma che avesse (ri)concepito l'art. 348 c.p. nei termini di norma deputata a tutelare non solo l'interesse generale riconducibile alla P.A. ma anche altri beni come l'incolumità delle persone. Del resto, il legislatore fascista – che certamente non può essere accusato di 'parsimonia' nella previsione del *quantum* delle sanzioni – aveva previsto limiti edittali contenuti e, in alternativa, la pena pecuniaria proprio perché la fattispecie incriminatrice era finalizzata a salvaguardare l'interesse generale della P.A. e non l'incolumità personale.

imprudente e imperito, nonché violatore di leggi, regolamenti e discipline tecniche, la morte dei coinquilini per intossicazione da monossido di carbonio. L'imputato è stato condannato, oltre che per omicidio colposo e per violazione della normativa vigente sugli impianti a gas (artt. 1, 3 e 5 l. n. 1083/1971), per esercizio abusivo della professione di installatore. L'art. 5 della legge n. 1083/71 prevede l'arresto fino a due anni o l'ammenda fino ad € 2.065 per colui che realizza gli impianti senza essere iscritto agli specifici albi presso le Camere di Commercio come previsto dalla l. n. 46/1990 e dal d.m. n. 37/2008).

¹⁵ Così S. Seminara, *sub art. 348 c.p.*, in G Forti, S. Seminara e G. Zuccalà, *Commentario breve al codice penale*⁶, Padova 2017, 1138.

¹⁶ Rimarca M. Pinelli, *op. cit.*, 2818, come l'art. 348 c.p. sia foriero «di rilevanti divergenze interpretative sia in giurisprudenza che in dottrina».

¹⁷ *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale. Volume V. Progetto definitivo di un nuovo codice penale con la Relazione del Guardasigilli on. Alfredo Rocco. Parte II. Relazione sui Libri II e III del Progetto*, Roma 1929, 154.

Aver lasciato la figura criminosa dell'esercizio abusivo di una professione nella versione originaria – e, dunque, aver lasciato in vita tutti i profili problematici precedentemente richiamati – reca con sé il rischio di porre in essere l'ennesima riforma monca e come tale destinata, si teme, alla sterilità sul piano dell'effettività.

Con questo non si vuol avallare o, in qualche modo, disconoscere la rilevanza del fenomeno criminoso; né, tanto meno, significa mettere in dubbio la necessità dell'intervento statale punitivo, per gravi fatti di reato. Tuttavia ci preme evidenziare come la riproposizione di schemi consueti, improntati a meri irrigidimenti sanzionatori, sia funzionale ad una logica più attenta al soddisfacimento di esigenze diffuse di punizioni esemplari, che all'effettiva risoluzione del problema¹⁸. E, infatti, l'intervento del legislatore appare, spesso, superfluo se solo si riflette sul dato che il sistema già possiede al proprio interno molteplici strumenti idonei a contrastare gli stessi fatti di reato (dalle ipotesi di falso, alla truffa, alle lesioni, all'omicidio, solo per richiamarne alcune), evitando tra l'altro problematiche ipotesi di cd. tipicità doppia o plurima¹⁹.

Infine non va dimenticato che l'inasprimento sanzionatorio rischia di apparire irragionevole a fronte di una fattispecie – così come è venuta affermandosi sul piano dell'interpretazione e conseguente applicazione – che punisce anche comportamenti inoffensivi del bene giuridico tutelato. La Corte costituzionale ligit al principio, da sempre sostenuto, che appartiene alla discrezionalità del legislatore la determinazione della quantità e qualità della sanzione penale e, quindi, non avendo alcuna facoltà di rimodulare le scelte punitive dallo stesso effettuate, né stabilire quantificazioni sanzionatorie, ribadisce quale suo compito la sola verifica dell'uso della discrezionalità legislativa in relazione al principio di ragionevolezza²⁰.

In linea con tale impostazione, è stato, recentemente, affermato che la discrezionalità legislativa deve essere pur sempre esercitata nel rispetto del principio di ragionevolezza e in modo tale da non determinare ingiustificabili sperequazioni di trattamento tra fattispecie omogenee²¹. In precedenza la stessa Corte aveva sostenuto che la sanzione penale non è l'unico strumento attraverso il quale il legislatore può cercare di perseguire l'effettività dell'imposizione di obblighi o di doveri. Vi può essere uno spazio nel quale tali obblighi e doveri sono operanti, ma non assistiti da sanzione penale, bensì accompagnati da controlli e da responsabilità solo amministrative o politico-amministrative²². Viene così rimesso alla scelta discrezionale del legislatore, purché non manifestamente irragionevole, valutare quando e in quali limiti debba trovare impiego lo strumento della sanzione penale, che per sua natura

¹⁸ E' facile cogliere su qualunque sito *web* le sollecitazioni delle varie 'categorie' verso un inasprimento delle sanzioni, con evidenti richiami alla 'tolleranza zero' anche in questo settore; solo per fare qualche esempio: «*Esercizio abusivo della professione giornalistica, in arrivo pesanti sanzioni*»: importante novità dal Parlamento: per chi esercita abusivamente la professione di giornalista è in arrivo una condanna penale più «pesante», carcere compreso. Stanno infatti per scomparire le attuali blande sanzioni per i redattori e collaboratori abusivi non iscritti all'Albo, (8 luglio 2014), in www.odg.it; «*Contro l'esercizio abusivo della veterinaria*»: «Le pene attualmente previste non sono assolutamente sufficienti, non hanno alcun effetto deterrente e molti sono gli escamotage giuridici per cui l'abusivo riesce alla fine a pagare una poco significativa ammenda amministrativa e a non scontare alcuna pena detentiva» (23 aprile 2011), in www.trentagiorni.it; «*Ddl Lorenzin è legge: stroncherà l'abusivismo?* Per quanto riguarda l'odontoiatria, non possiamo certo lamentare che le istanze portate dalla Cao nazionale siano rimaste inascoltate: molti saranno gli effetti positivi di questa legge sulla nostra professione. Innanzitutto l'inasprimento delle pene per i reati di esercizio abusivo della professione», (13 febbraio 2018), in www.dentaljournal.it.

¹⁹ Sul tema già F. Sgubbi, *Meccanismo di «aggiramento» della legalità e della tassatività nel codice Rocco*, in *Quest. crim.* 1981, 319 ss.

²⁰ Cfr. Corte cost., 22/7/1994, n. 341, in www.giurcost.org.

²¹ Cfr. Corte cost., 19/5/2014, n. 143, in www.cortecostituzionale.it, a proposito della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 157, sesto comma, del codice penale, nella parte in cui prevede che i termini di cui ai precedenti commi del medesimo articolo sono raddoppiati per il reato di incendio colposo (art. 449, in riferimento all'art. 423 c.p.).

²² Più in generale sulla maggiore effettività della risposta sanzionatoria attraverso sanzioni amministrative, v. G. De Francesco, *Diritto penale. 2. Forme del reato*, Torino 2013, p. 15 ss.; sulla trasformazione dei reati in illeciti amministrativi quale opzione politico-criminale tradizionale, da tempo collaudata (sia pur con sorti alterne) nel nostro ordinamento, alla quale si ricorre periodicamente, con finalità di modernizzazione del sistema e di riduzione del carico giudiziario, cfr. A. Gargani, *Tra sanzioni amministrative e nuovi paradigmi punitivi: la legge delega di 'riforma della disciplina sanzionatoria* (art. 2 l. 28.4.2014 n. 67), in www.lalegislazionepenale.eu (7 luglio 2015), p. 2.

costituisce *extrema ratio*, da riservare ai casi in cui non appaiano efficaci altri strumenti per la tutela di beni ritenuti essenziali²³.

Si tratta di indicazioni di estrema rilevanza perché riaffermano, espressamente, il ruolo fondamentale svolto del principio di uguaglianza, di cui all'art. 3, primo co. Cost. nel sistema penale; quest'ultimo, come già sostenuto²⁴, esige che la pena sia proporzionata al disvalore del fatto illecito commesso, in modo che il sistema sanzionatorio adempia nel contempo alla funzione di difesa sociale nonché a quella di tutela delle posizioni individuali²⁵. Le valutazioni all'uopo necessarie rientrano nell'ambito del potere discrezionale del legislatore, il cui esercizio può essere censurato, sotto il profilo della legittimità costituzionale, soltanto nei casi in cui non sia stato rispettato il limite della ragionevolezza²⁶.

Più in generale, è stato affermato che il principio di proporzione, nel campo del diritto penale equivale a negare legittimità alle incriminazioni che, anche se presumibilmente idonee a raggiungere finalità statuali di prevenzione, producono, attraverso la pena, danni all'individuo (ai suoi diritti fondamentali) ed alla società sproporzionatamente maggiori dei vantaggi ottenuti (o da ottenere) da quest'ultima con la tutela dei beni e valori offesi dalle predette incriminazioni²⁷.

Senonché in una fase sociale connotata da una generale perdita di credibilità del sistema penale nel fronteggiare situazioni criminose, amplificata da una sensazione collettiva di paura – quanto reale, quanto amplificata dal circuito *mass*-mediale e quanto strumentalizzata dalla ‘politica’ non è dato sapere²⁸ – il legislatore preferisce, ad una politica criminale di più ampio respiro e di maggiore impegno, fondata su soluzioni strutturali, la scorciatoia di una ‘penalizzazione a tappeto’, valorizzando, in tal modo, gli aspetti simbolici della repressione. L’obiettivo di fondo del simbolismo repressivo è, infatti, proprio quello di attirare il consenso dei cittadini verso lo Stato, avvalorando fra gli stessi l’illusione di sicurezza, capacità ed efficienza. Non è un caso che il ricorso a fattispecie simboliche sia, solitamente, accompagnato e sostenuto da un sempre più massiccio ricorso alla ‘politica dell’informazione’²⁹, cui è attribuita una funzione indispensabile: quella di orientare e di rassicurare i consociati sulla ‘controllabilità’ dei fenomeni criminali più allarmanti³⁰. Che tutto ciò poi si traduca nell’assestare le

²³ Cfr. Corte cost., 18/7/1996, n. 317, in www.giurcost.org.

²⁴ Cfr. Corte cost., 18/7/1989, n. 409, in www.giurcost.org.

²⁵ V. nello stesso senso sentenze Corte cost., nn. 343 e 422 del 1993 in www.giurcost.org.

²⁶ Cfr., ad es., Corte cost., 5/5/1979, n. 26; Corte cost., 8/5/1980, n. 72; Corte cost., 20/5/1982, n. 103; Corte cost., 9/2/1989, n. 49, in www.giurcost.org.

²⁷ Cfr. Corte cost., 18/7/1989, n. 409, cit.

²⁸ Sull’utilizzazione, a fini politici, dello slogan ‘legge e ordine’ diventato “forse il principale *selling point* dei manifesti politici”, cfr. Z. Bauman, *Modus vivendi. Inferno e utopia nel mondo liquido* (2006), trad. it. di S. D’Amico, Roma-Bari 2007, 12.

²⁹ Evidenza Z. Bauman, *Modus*, cit. 12, come le minacce all’incolumità personale siano diventate una delle principali, “se non la principale guerra negli ascolti tra i mass media, rimpinguando continuamente il capitale della paura e rendendone ancora più efficace l’utilizzo, sia commerciale che politico”; più in generale sulle varie forme di ‘paura’ cfr. Id., *Paura liquida* (Cambridge 2006), trad. it. di M. Cupellaro, Roma-Bari 2008, *passim*.

³⁰ Sul tema, nell’ambito di una letteratura vastissima, seppur con diverse accentuazioni, cfr. G. Fiandaca, *Concezioni e modelli di diritto penale tra legislazione, prassi giudiziaria e dottrina*, in *La riforma del diritto penale*, a cura di L. Pepino, Milano 1993, p. 20 ss.; E. Resta, *Paradossi del consenso*, in *Verso un nuovo codice penale. Itinerari - Problemi - Prospettive*, a cura del Centro Studi Giuridici e Sociali Cesare Terranova, Milano 1993, p. 133 ss.; E. Musco, *Consenso e legislazione penale*, ivi, p. 151 ss.; C.E. Paliero, *Diritto penale e consenso sociale*, ivi, p. 167 ss.; S. Moccia, *La perenne emergenza*², Napoli 1997, p. 28; F. Sgubbi, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2001, p. 1193. Com’è stato autorevolmente segnalato la legislazione penale simbolica è un esempio di quella tecnologia del potere denominata ‘la politica come spettacolo’; «in essa il rapporto tra ‘politici’ e cittadini assume la forma della relazione teatrale tra attori e pubblico, invece di essere il consenso (sui valori costituzionali) la base di legittimità delle decisioni legislative, il sostegno elettorale è il prodotto cui esse vengono finalizzate, in un processo di legittimazione, in cui viene realizzato lo scambio tra illusioni di sicurezza e voti», cfr. A. Baratta, *Prefazione a La perenne emergenza*, cit., p. XVI.

Rimarca D. Pulitanò, *Intervento*, in *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista. Un dibattito promosso dall’Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale*, in www.penalecontemporaneo.it (21.12.2016) come nel campo di battaglia della politica a tutto tondo, il penale non è una pura risorsa tecnica, quale che ne sia il rivestimento retorico e ideologico. Di fronte a domande (di tutela o di ritenuta giustizia) provenienti dalla società e trasmesse

pulsioni più retrive della collettività adoperando formule assurde che esprimono una mera valenza reazionaria³¹ poco importa, a fronte del 'ritorno' sul piano dell'immagine ancorché il risultato sia stato conseguito attraverso una politica-criminale utilizzata *ad usum serenissimi Delphini*.

3. - Il nuovo comma 2 dell'art. 348 c.p.

L'art. 12 co. 1 della l. n. 3/2018 aggiunge all'art. 348 c.p. un nuovo comma che prevede, in caso di condanna, la pubblicazione della sentenza e la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e, qualora il soggetto che ha commesso il reato eserciti regolarmente una professione o attività, la trasmissione della sentenza medesima al competente Ordine, albo o registro ai fini dell'applicazione dell'interdizione da uno a tre anni dalla professione o attività regolarmente esercitata.

La nuova disposizione, nel prevedere due pene accessorie ed una misura di sicurezza patrimoniale, non appare immune da qualche obiezione e, come si anticipava, risulta poco coordinata con il primo co. dell'art. 348 c.p.

In primo luogo, da un punto di vista sistematico il legislatore poteva procedere in maniera più ordinata e razionale disciplinando prima le pene accessorie e poi la misura di sicurezza patrimoniale³².

La norma si apre con la formula: «La condanna comporta»; l'inciso va inteso nel senso che 'alla condanna conseguono', come effetto naturale, tre distinti esiti: a) la pubblicazione della sentenza di condanna, b) la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e, c) la trasmissione della sentenza stessa all'Ordine, albo o registro – dove è iscritto il 'professionista abusivo' – per l'applicazione dell'interdizione. Si tratta di conseguenze 'obbligatorie' sottratte alla discrezionalità

dai media, la politica cerca risposte volte principalmente a coagulare consenso. La rappresentazione può essere politicamente più importante dell'efficacia reale; i due piani (rappresentazione e realtà) non coincidono. Con malinconico disincanto, dobbiamo considerare i correnti usi populistici della legislazione penale come un prodotto della democrazia, sia pure di una democrazia sfigurata. Sulla sanzione penale funzionale «alla essenziale concretizzazione di esigenze di pura stabilizzazione del consenso sociale» cfr. A. Sessa, *Ostinata criminalizzazione della clandestinità e tenuta democratica del sistema: fondamento e limiti alle opzioni della politica criminale simbolica*, ivi, 20; sul diritto penale «intrinsecamente simbolico» v. C. Sotis, *Intervento*, ivi, 14; sulle molteplici «forme di manifestazione» del simbolismo penale, v. S. Bonini, *Funzione «strumentale» e funzione «simbolica» del diritto penale, fra discorsività «critica» e discorsività «dialogica*, ivi, 28; sul rapporto tra simbolismo penale e organi di informazione v. recentemente Id., *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Napoli 2018, 142 ss. con ampi riferimenti bibliografici.

Si tratta di una tendenza presente in diversi settori; in quello economico, evidenzia le finalità speculative perseguite dal legislatore che lancia segnali di essere intervenuto in maniera imponente, K. Volk, *Diritto penale ed economia*, in *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, a cura di S. Canestrari, Torino, 1998, 177; E. Lo Monte, *Dai diritti dell'uomo al primato del mercato: gli aspetti involutivi del diritto penale dell'economia*, in *Diritti dell'uomo e sistema penale*, a cura di S. Moccia, Napoli 2002, vol. II, 221 ss.; Id., *Politiche neo-liberiste e questione criminale nella post-modernità (dall'atrofia dello Stato sociale di diritto all'ipertrofia dello Stato penale)*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.* 2010, 4, 2 ss.

Più in generale sul problema dell'uso simbolico del diritto penale, già T. Pitch, *Responsabilità limitate. Attori, conflitti e giustizia penale*, Milano 1989, *passim*; D. Garland, *Punishment and Culture: The Symbolic Dimension of Criminal Justice*, in *Studies in Law, Politics and Society*, 1991, 11, p. 191 ss.; L. Chancer e P. Donovan, *A Mass Psychology of Punishment: Crime and the Futility of Rationality-Based Approaches*, in *Soc. Just.* 1994, 3, 50 ss.; K. Günther, *Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe. Eine neue Strafrechtstheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?*, in C. Prittowitz, M. Baurmann, K. Günther, L. Kuhlen, R. Merkel, C. Nestler e L. Schulz, *Festschrift für Klaus Lüderssen. Zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden 2002, 205 ss.

Sul rischio che i «fenomeni sociali vengono camuffati per fatti criminali» cfr. A. BONDI, *Governo e garanzie ... e altri dualismi*, in *Ind. pen.* 2017, 701 ss.

³¹ V. con riferimento alla 'tolleranza zero' L. Ferrajoli, *L'abuso del diritto penale nella società della paura*, in *Il modello integrato di scienza penale di fronte alle nuove questioni sociali*, a cura di S. Moccia e A. Cavaliere, Napoli 2016, 106. Sulla 'dottrina' della tolleranza zero, cfr. le lucide riflessioni svolte da L. Wacquant, *Parola d'ordine: tolleranza zero. La trasformazione dello stato penale nella società neoliberale* (1999), Milano 2000, 12 ss.; sul punto E. Lo Monte, *Su un equivoco di fondo della recente legislazione penale: la dicotomia sicurezza/libertà*, in *Scritti in memoria di Fulvio Fenucci*, a cura di A. Barbera, A. Loiodice, M. Scudiero e P. Stanzone, Catanzaro 2010, II, 189 ss.

³² La sistematica «esprime la ricerca costante di unitarietà e coerenza» così M. Romano, *Commentario sistematico al codice penale*, I, Milano 1987, 3; com'è stato efficacemente sostenuto da M. Telesca, *La tutela penale dell'ambiente. I profili problematici della Legge n. 68/2015*, Torino 2016, 20, il termine nella forma aggettivante indica lo specifico procedimento 'secondo sistema', che segue, in altre parole, un metodo rigoroso di tipo tassonomico e, perciò, non occasionale o fortuito.

del giudice che, nell'emettere la sentenza di condanna, deve disporre anche sulla pubblicazione, confisca e trasmissione della sentenza.

In tema di confisca la l. n. 3/2018, art. 12 co. 7, intervenendo sul codice di rito, stabilisce che alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al d. lgs. n. 271/1989 dopo l'articolo 86-*bis* viene inserito l'art. 86-*ter* (Destinazione dei beni confiscati in quanto utilizzati per la commissione del reato di esercizio abusivo della professione sanitaria), che reca: «Nel caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice per l'esercizio abusivo di una professione sanitaria, i beni immobili confiscati sono trasferiti al patrimonio del comune ove l'immobile è sito, per essere destinati a finalità sociali e assistenziali».

Nessun problema solleva la previsione della pena accessoria della pubblicazione della sentenza penale di condanna, ricostruita come forma di riparazione del danno morale³³ (l'art. 186 c.p. utilizza la formula «danno non patrimoniale cagionato dal reato»). La pubblicazione avviene solitamente per estratto, salvo che il giudice disponga la pubblicazione per intero, e a spese del condannato; la durata è stabilita dal giudice in misura non superiore a trenta giorni o in mancanza, la durata è di quindici giorni (art. 36 c.p.)³⁴.

Nel prevedere la misura patrimoniale della confisca il legislatore della l. n. 3/2018, invece, sembra discostarsi dalla disciplina generale prevista dall'art. 240 c.p. E invero l'art. 240 c.p. disciplina: al co. 1 la confisca facoltativa per le cose che servirono o furono destinate a commettere il reato; e al co. 2, n. 1, la confisca obbligatoria delle cose che costituiscono il prezzo del reato. La nuova disposizione con la formula utilizzata [«La condanna comporta (...) la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato»] rende obbligatoria (quella che per l'art. 240 c.p. è facoltativa) la confisca delle «cose che servirono o furono destinate a commettere il reato».

L'impostazione data dal legislatore della l. n. 3/2018 capovolge la disciplina generale; com'è noto, quest'ultima prevede la confisca facoltativa e rimette al potere discrezionale del giudice l'accertamento in concreto della pericolosità della cosa – nel senso che la disponibilità degli oggetti confiscabili in capo all'autore del reato rappresenta un possibile fattore criminogeno³⁵ – derivante dalla diponibilità della cosa stessa nelle mani dell'autore del reato³⁶. Nella confisca obbligatoria, viceversa, la pericolosità è intrinseca alla *res* e per questo presunta³⁷ e la *ratio* va ravvisata nella «forte spinta criminogena che può esercitare la disponibilità del compenso corrisposto per la commissione del reato»³⁸; ciò solleva il giudice da qualunque accertamento in concreto della pericolosità stessa.

Ulteriori conseguenze si hanno sul terreno politico criminale; sotto questo profilo non si comprende per quale ragione colui che abbia esercitato la professione abusiva debba godere del prezzo dell'illecito, vale a dire «le cose o denaro dati all'autore del reato come corrispettivo della realizzazione di questo»³⁹.

Una scelta certamente poco in sintonia con la ricerca di maggiore severità perseguita dal legislatore della riforma.

Non pochi problemi solleva la previsione della pena accessoria dell'interdizione; la norma reca: «La condanna comporta (...) la trasmissione della sentenza medesima al competente Ordine, albo o registro ai fini dell'applicazione dell'interdizione da uno a tre anni dalla professione o attività regolarmente

³³ Cfr. F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*¹⁰, Padova 2017, 868.

³⁴ La pubblicazione della sentenza di condanna è prevista in altri casi, *extra codicem*: ad esempio: per alimenti e bevande (produzione e vendita con sostanze o additivi nocivi o non consentiti): art. 6, l. 30 aprile 1962, n. 283; in materia di assegno bancario (divieto di emissione): art. 7, l. 15 dicembre 1990, n. 386; riguardo alla contraffazione di opere d'arte: art. 127, d.lgs. 29 ottobre 1999, n. 490; per i reati in materia di elezioni: art. 113, d.P.R. 30 marzo 1957, n. 361; a riguardo delle imposte sui redditi e sul valore aggiunto: art. 12, d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74; relativamente alla privacy informatica: art. 38, l. 31 dicembre 1996, n. 675; nello Statuto dei lavoratori: repressione condotta antisindacale e altre sanzioni penali: artt. 28 e 38, l. 20 maggio 1970, n. 300 ed infine per i reati a mezzo stampa: artt. 8 e 9, l. 8 febbraio 1948, n. 47.

³⁵ Sul punto cfr. C.F. Grosso, M. Pelissero, D. Pettrini e P. Pisa, *Manuale di diritto penale. Parte generale*², Milano 2017, 713.

³⁶ Cfr. F. Palazzo, *Corso di diritto penale. Parte generale*⁶, Torino 2016, 568.

³⁷ Cfr. F. Mantovani, *Diritto*, cit., 868.

³⁸ Cfr. F. Palazzo, *Corso*, cit., 568.

³⁹ Così sul prezzo del reato D. Pulitanò, *Diritto penale*, Torino 2015⁶, 532.

esercitata», nel caso in cui il soggetto che ha commesso il reato eserciti «regolarmente» una professione o attività.

Un primo problema si coglie con riferimento al concetto di «attività» che si pone in termini alternativi, per la presenza della disgiuntiva «o», alla professione. A seguito della sentenza di condanna è prevista, in sostanza, la pena accessoria dell'interdizione (da uno a tre anni) per colui che abbia esercitato, sistematicamente, una professione protetta e per colui che abbia esercitato un'attività.

A cosa intenda riferirsi il legislatore con il sostantivo 'attività' – che non compare nell'art. 348 c.p. nella versione originaria – non è di facile comprensibilità. Il termine, quale sinonimo di lavoro, impiego, occupazione, mansione, mestiere, funzione, finisce per ampliare la categoria delle professioni protette fino a ricomprendervi quelle 'arti e mestieri' esclusi unanimemente dalla dottrina⁴⁰.

Del resto, occorre tenere presente che qualunque ampliamento dello spazio riconosciuto alla categoria delle professioni protette comporta un ingiustificato restringimento dell'area di manovra spettante ad altri operatori, con conseguente violazione degli artt. 3, 4, 35 e 41 Cost.

Anche la formulazione della norma nella parte in cui stabilisce la trasmissione della sentenza al competente Ordine, albo o registro ai fini dell'applicazione dell'interdizione non va esente da qualche osservazione. La disposizione di cui al nuovo comma introdotto dalla l. n. 3/2018 non opera alcuna distinzione tra soggetti iscritti ad un determinato albo e soggetti mai iscritti. Si tratta di una parificazione che reca il rischio di porre in essere conclusioni abnormi.

E invero, secondo la previsione normativa gli organismi di disciplina di un dato Ordine, albo o registro, dovrebbero infliggere ad un soggetto condannato per esercizio abusivo della professione la sanzione accessoria dell'interdizione da uno a tre anni dalla professione o attività regolarmente esercitata. Il Collegio, ad esempio, irroga al geometra che ha invaso le competenze dell'ingegnere la sanzione accessoria dell'interdizione, nei limiti stabiliti dal nuovo comma. Si possono avere allora due distinte ipotesi: a) il professionista iscritto all'albo svolge la professione mentre era sottoposto, ad esempio, a provvedimento di sospensione adottato dai competenti organi amministrativi (si prenda il caso del dottore commercialista che continua a seguire i propri clienti; dell'avvocato sospeso che continua a difendere; b) il professionista – e ancor di più un soggetto sfornito di qualunque titolo – svolge normalmente la professione (il non laureato che riceve i clienti per la contabilità; il neo-laureato che difende in Tribunale, l'odontotecnico che cura i denti dei pazienti spacciandosi per odontoiatra) pur non essendo stato mai iscritto all'albo perché privo dei requisiti di legge richiesti per l'iscrizione.

Nel primo caso trattandosi di soggetto già incardinato nell'albo e che dopo il periodo di sospensione riacquisterebbe la piena legittima ad operare, non si riscontrano particolari problemi nell'applicazione della sanzione accessoria dell'interdizione temporanea.

Nella seconda ipotesi, gli organismi dell'Ordine sono impossibilitati ad irrogare la sanzione interdittiva. Tant'è che, per richiamare la professione forense, l'art. 51, co. 3 della l. n. 247/2012⁴¹ dispone che l'autorità giudiziaria è tenuta a dare immediata notizia al consiglio dell'Ordine competente quando: a) è esercitata l'azione penale; b) è disposta l'applicazione di misure cautelari o di sicurezza; c) sono effettuati perquisizioni o sequestri; d) sono emesse sentenze che definiscono il grado di giudizio, nei «nei confronti di un iscritto».

Ne consegue una paradossale, quanto ingiustificata, disparità di trattamento: il professionista iscritto che, seppur in vigenza di un temporaneo provvedimento impeditivo – e dunque soggetto in possesso delle qualità e delle capacità richieste per lo svolgimento della professione – si vede inflitta una sanzione più grave se rapportata a quella inflitta a colui che non solo non era iscritto all'albo ma che era anche privo di abilitazione e, quindi, nulla aveva a che fare con quella determinata professione; e tutto ciò

⁴⁰ Per tutti cfr. V. Manzini, *Trattato di diritto penale*⁵, VI, Torino 1987, 613, secondo cui l'art. 348 c.p. riguarda «esclusivamente» le professioni «e non le arti, le industrie, i commerci e i mestieri», anche laddove per essi sia richiesto uno speciale permesso dell'Autorità e ancorché tali arti costituiscano servizi di pubblica necessità, a norma dell'art. 359 n. 2 c.p., ovvero arti ausiliarie di professioni disciplinate dallo Stato.

⁴¹ Legge 31 dicembre 2012, n. 247, «Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense», in *G. U.* 18 gennaio 2013, n. 15.

nonostante le chiare prese di posizione della Corte costituzionale, precedentemente richiamate, sul principio di ragionevolezza in uno ai principi di proporzione e funzione della pena⁴².

4. - Le disposizioni introdotte al comma 3 dell'art. 348 c.p.

La l. n. 3/2018 aggiunge all'art. 348 c.p. il 3° co. così formulato: «Si applica la pena della reclusione da uno a cinque anni e della multa da euro 15.000 a euro 75.000 nei confronti del professionista che ha determinato altri a commettere il reato di cui al primo comma ovvero ha diretto l'attività delle persone che sono concorse nel reato medesimo».

La disposizione appena richiamata pone una preliminare questione concernente l'accertamento della natura giuridica se circostanza aggravante oppure fattispecie autonoma. La soluzione del problema, «tanto controverso quanto carico di implicazioni»⁴³, è tutt'altro che teorica ed apre a tutta una serie di conseguenze perché diversi, com'è noto, sono gli effetti dal momento che le circostanze hanno un regime particolare in tema di elemento soggettivo e di concorso⁴⁴; ulteriori differenze si rinvengono sul terreno della decorrenza della prescrizione *ex art. 158 co. 1 c.p.*, del concorso di persone⁴⁵ e dell'applicabilità della legge penale italiana⁴⁶. Infine occorre tenere presente il profilo processuale della contestazione all'imputato (art. 517 c.p.p.)⁴⁷.

Nel silenzio del legislatore, che produce fattispecie ostinatamente dubbie⁴⁸ dando così «pessimo esempio di politica legislativa (nel) rimettere all'interprete la soluzione di questioni che involgono scelte di fondo circa la stessa rilevanza edittale di una determinata figura criminosa (e circa la sua dimensione offensiva)»⁴⁹, occorre risolvere la questione attraverso i criteri normalmente utilizzati da dottrina e giurisprudenza, premettendo sin da ora che qualunque canone «non sfugge alla censura di circolo vizioso»⁵⁰, perché, spesso, non esiste un parametro «probante, ma una pluralità di indicazioni indizianti addirittura di segno opposto»⁵¹.

Del resto, «in assenza di indici sicuri forniti dal legislatore»⁵², la difficoltà di rinvenire una differenziazione ontologica tra elementi costitutivi (o essenziali) e elementi circostanziali (a accidentali)

⁴² Sul tema recentemente cfr. E. Cottu, *Giudizio di ragionevolezza e vaglio di proporzionalità della pena: verso un superamento del modello triadico?*, in *Dir. pen. proc.* 2017, 473 ss.

⁴³ Così G. Marinucci-E. Dolcini, *Manuale di diritto penale. Parte generale*⁶, aggiorn. da E. Dolcini e G.L. Gatta, Milano 2017, 560.

⁴⁴ Com'è stato segnalato da G. De Francesco, *Diritto penale*, cit., 5, se si trattasse di elementi costitutivi di una particolare fattispecie criminosa questi dovranno essere abbracciati dalla colpevolezza, mentre se circostanze attenuanti queste dovrebbero imputarsi all'autore per il solo fatto della loro esistenza ai sensi dell'art. 59 co. 1 c.p.; le circostanze aggravanti esigono la colpevolezza (art. 59 co. 2 c.p.) ma secondo un regime di indifferenza tra dolo e colpa, laddove qualora l'elemento dovesse ritenersi costitutivo, esso ove concernente un delitto, verrebbe a richiedere il dolo, salvo il caso in cui la colpa risulti espressamente prevista. E, ancora, le circostanze – aggravanti o attenuanti – devono sottostare al giudizio di prevalenza o di equivalenza con eventuali circostanze di segno opposto, invece qualora l'elemento in questione assumesse il ruolo di un requisito costitutivo della fattispecie lo stesso non potrebbe mai divenire oggetto del giudizio di comparazione con eventuali circostanze siano esse aggravanti o attenuanti.

⁴⁵ In tema di compartecipazione criminosa la distinzione tra figura autonoma e figura circostanziata condiziona alternativamente l'applicazione degli artt. 116 e 117, da un lato, e dell'art. 118, dall'altro, perché nei primi si ipotizza un mutamento del titolo del reato (suscettibile di riferirsi a tutti i compartecipi), nel secondo si impone una valutazione differenziata delle circostanze inerenti al reato in concorso, in tali termini cfr. T. Padovani, *Circostanze del reato*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino 1988, 194.

⁴⁶ Cfr. G. Marinucci-E. Dolcini, *Manuale*, cit., 560. Com'è stato evidenziato da T. Padovani, *Circostanze*, cit., 194, se la circostanza si realizza nel territorio dello Stato, mentre il reato cui essa afferisce è commesso all'estero, la punibilità secondo la legge italiana è senza dubbio esclusa, mentre può discendere dal compimento in Italia di un elemento della fattispecie che rappresenti almeno «parte» dell'azione o dell'omissione, oppure l'evento costitutivo (art. 6 co. 2 c.p.)

⁴⁷ Cfr. F. Mantovani, *Diritto*, cit., p. 398.

⁴⁸ Cfr. D. PULITANÒ, *Diritto*, cit., p. 399; F. Basile, *Reato autonomo o circostanza? Punti fermi e questioni ancora aperte*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2011, 1564 ss.

⁴⁹ Cfr. T. Padovani, *Circostanze*, cit., 194.

⁵⁰ Così D. Pulitanò, *Diritto penale*, p. 398.

⁵¹ Cfr. F. Palazzo, *Corso*, cit., p. 517.

⁵² Cfr. G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*⁶, Bologna 2014, 421.

del reato, viene ribadita dagli artt. 61, 62 e 84 c.p. nella misura in cui riconoscono esplicitamente che lo stesso fatto materiale può essere considerato dalla legge ora come elemento costitutivo ora come circostanza del reato.

Senza ripercorrere le varie fasi di un ampio dibattito scientifico – se non a rischio di ripetitività – si tratta di identificare la *voluntas legis* attraverso diversi parametri che possono essere di natura testuale, formale o topografica (l'uso del termine 'circostanza' oppure la collocazione della norma), strutturale (modalità descrittive del precetto) e teleologica o sostanziale (oggettività giuridica). La dottrina dominante – è stato segnalato – ritiene che l'individuazione delle circostanze resti affidata a criteri estrinseco-formali come la qualificazione normativa, una consolidata tradizione interpretativa, l'adozione da parte del legislatore di un distinto *nomen juris*, l'autonomia della sanzione per pecie o quantità⁵³. Se quindi il legislatore è libero di assumere un dato fattuale nell'una o nell'altra categoria, per risolvere la questione bisogna necessariamente accertare quale sia esattamente la *ratio*, tenendo presente che di circostanza del reato può parlarsi solo in presenza di un rapporto di specialità⁵⁴ (quale condizione necessaria ma non sufficiente) con la figura del reato semplice⁵⁵. La soluzione non è però lineare, perché, come puntualmente sostenuto⁵⁶, gli indizi positivi a disposizione dell'interprete per risalire a questa volontà sono spesso incerti ed ambigui, sicché gli approdi giurisprudenziali e dottrinali risultano travagliati e contrastanti. È stata rimarcata in proposito l'inaffidabilità delle soluzioni tradizionali, atteso che l'attuale assetto legislativo non consente di identificare un solo parametro capace di fornire indicazioni univoche e tassative sui confini costitutivi della categoria delle circostanze del reato⁵⁷.

Una valida chiave di lettura per risolvere il problema derivante dall'introduzione della nuova disposizione si coglie ragionando sul piano pre-legislativo richiamando la diversa *ratio* che distingue circostanze e fattispecie autonome. Il legislatore col prevedere una nuova fattispecie incriminatrice provvede a colmare una lacuna (reale o supposta) della protezione penalistica; mediante la previsione di una circostanza (aggravante o attenuante) il legislatore mira più semplicemente ad adeguare la pena applicabile al maggiore o minore disvalore del fatto tipico «che si ritiene consegua ad una particolare modalità esecutiva del fatto o, più in generale, alla presenza di determinate “circostanze” del suo realizzarsi⁵⁸».

Attraverso l'utilizzazione dei vari parametri prima richiamati possiamo pervenire alla conclusione di qualificare la disposizione introdotta dal legislatore in termini di circostanza aggravante. E invero, una prima conferma si rinviene – non ricevendo alcun ausilio dal legislatore con riferimento alla qualificazione letterale perché la disposizione non contiene cenni al termine 'circostanza come si verifica ad esempio con gli artt. 339, 576, 577, 583 ecc. – nella collocazione della norma nello stesso articolo (348 c.p.) che prevede il reato-base. Dal punto di vista strutturale, poi, prendendo in considerazione le modalità di descrizione, va evidenziato che il legislatore richiama nella nuova disposizione «il reato di cui al primo comma». Una conferma ulteriore potrebbe venire anche ricordando il criterio teleologico, seguito dalla giurisprudenza di legittimità⁵⁹, per il quale assume rilevanza il bene giuridico protetto. Secondo questa impostazione in costanza di un mutamento dell'oggettività giuridica

⁵³ In tal senso cfr. C. Fiore-S. Fiore, *Diritto penale. Parte generale*⁵, Torino 2016, 475 s., i quali evidenziano come nonostante i criteri appena richiamati possono residuare casi dubbi se si tratti di una circostanza o di una fattispecie autonoma.

⁵⁴ Per una valorizzazione del rapporto di specialità tra l'ipotesi circostanziata e l'ipotesi semplice di reato, nel senso che la prima deve porsi in relazione di «specie» e «genere» rispetto alla seconda, in quanto deve includere tutti gli elementi con l'aggiunta di uno o più requisiti specializzanti, G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto*, cit., 422.

⁵⁵ Cfr. G. Marinucci, E. Dolcini, *Manuale*, cit., 561. Sul rapporto di specialità da intendere non come criterio ma come presupposto stesso del problema concernente la differenza tra circostanza e fattispecie autonoma, cfr. T. Padovani, *Circostanze*, cit., 195.

⁵⁶ Cfr. R. Borsari, *Il commento*, cit. 302 ss.

⁵⁷ Cfr. le ampie riflessioni svolte da A. Melchionda, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova 2000, 558 ss., in particolare p. 576.

⁵⁸ Cfr. C. Fiore-S. Fiore, *Diritto*, cit., p. 473.

⁵⁹ Si v. ad es. Cass., Sez. U., 26/11/1982, n. 11399, *CedCass* 156405; Cass. Sez.U., 12/9/1991, n. 9148, *CedCass* 187930; Cass., Sez.U., 8/1/1998, n. 119, *CedCass* 209126.

tutelata si è in presenza di un elemento costitutivo del reato e quindi di fattispecie autonoma, laddove se il bene giuridico non varia siamo al cospetto di una figura circostanziale⁶⁰. Un altro indizio, nell'ottica di comprendere la volontà del legislatore, si rinviene riflettendo sul fatto che il nuovo comma, come vedremo, utilizza le stesse locuzioni già adoperate nelle circostanze descritte agli artt. 111 e 112 c.p.

Sotto altri profili, qualificare la nuova disposizione come circostanza è da preferire «in ossequio al principio che l'esistenza di un reato debba essere espressamente ed inequivocabilmente sancita da parte del legislatore»⁶¹, altrimenti si rischierebbe di attribuire al giudice l'ampio potere di costruire in via interpretativa delle fattispecie autonome di reato in evidente contrasto con il fondamentale canone della legalità e dei suoi corollari garantistici⁶².

Il regime sanzionatorio previsto dal nuovo co. 3 dell'art. 348 c.p. delinea più specificamente una circostanza aggravante ad effetto speciale (art. 63 co. 3, secondo alinea, c.p.).

Il legislatore nella previsione della nuova circostanza sembra aver attinto nell'ambito della compartecipazione criminosa e specificamente negli artt. 111 e 112 c.p. e, quindi, sanziona più gravemente il comportamento di colui che determina altri a commettere il delitto di esercizio abusivo di una professione.

Com'è noto, determinante è colui che fa nascere in altri il proposito criminoso prima inesistente e per questo fatto viene punito in modo più grave. La ragione di tale scelta può rinvenirsi nella maggiore capacità a delinquere e nella maggiore pericolosità sociale, di colui che determina altri a commettere il delitto⁶³.

Le stesse ragioni possono rinvenirsi nel caso di colui che dirige l'attività dei concorrenti. Anche in questa ipotesi appare consono un riferimento alla disciplina del concorso di persone che all'art. 112 n. 2 c.p. prevede la circostanza aggravante, oltre per chi ha promosso od organizzato la cooperazione nel reato, per chi «ha diretto l'attività delle persone che sono concorse nel reato medesimo» (stessa formula utilizzata dalla l. n. 3/2018). L'attività di direzione, nella misura in cui viene svolta da soggetti in posizione apicale, denota una indiscutibile maggiore pericolosità sociale di colui che dirige l'intrapresa criminosa rispetto ai semplici partecipi.

Ciò potrebbe spiegare la differente disciplina rispetto all'altra ipotesi di concorso morale non presa in considerazione da parte del legislatore; si fa riferimento alla figura dell'istigatore di colui, cioè, che rafforza un proposito criminoso già esistente ma non ancora consolidato. E sempre sulla base della minore capacità a delinquere si giustifica il diverso trattamento sanzionatorio per i casi di semplice compartecipazione materiale. In sostanza, l'aggravante si applica solo al caso del professionista che ha

⁶⁰ Diversamente la pronuncia della giurisprudenza, Cass. S.U. 10 luglio 2002 n. 26351, cit., che innovando rispetto al criterio del bene giuridico protetto ha ritenuto che l'art. 640-bis c.p. configuri una circostanza aggravante del reato di truffa di cui all'articolo 640 c.p. Sulla decisione si rinvia alle considerazioni formulate da R. Borsari, *op. cit.*, in particolare p. 507 s., con ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, che nel riconoscere al supremo Collegio il merito di aver distinto tra criteri probanti e criteri indiziari rileva «qualche perplessità sia per la soluzione che prospetta, sia per la presenza di alcuni passaggi non del tutto convincenti». In termini diversi ed a favore dell'autonomia della fattispecie di cui all'art. 640-bis c.p. cfr. Cass., Sez. III, 20/11/2000, Biffo, in *Cass. pen.* 2000, p. 1046 ss. con nota di G. Ariolli, *Ancora sulla natura giuridica della truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche*. Sul criterio del bene giuridico cfr. T. Padovani, *Circostanze*, cit., 195.

⁶¹ Così G. De Francesco, *Diritto*, cit., p. 8.

⁶² In tal senso G. De Francesco, *Diritto*, cit., p. 8; ma sul punto con diverse accentuazioni v. F. Mantovani, *Diritto*, cit., 398 ss.; M. Gallo, *Diritto penale Italiano. Appunti di parte generale*, vol II, Torino 2015, 26 s., l'illustre Autore nel formulare «un caldo invito al legislatore (...) nell'adozione di una semantica tassativa e cogente» evidenzia che «il ricorso al sistema si appalesa (...) inevitabile per l'interprete». E che attraverso l'analogia *iuris* (nel momento in cui questa è imperniata sul riferimento ai principi generali dell'ordinamento si sostanzia in un argomentare che ha poco in comune con quello che caratterizza l'analogia *legis*) «l'ordinamento, nel suo insieme, non è muto davanti a silenzi della legge superabili in forza di una visione globale», anche se residua qualche preoccupazione per la latitudine ermeneutica «che diventa latitudine di potere discrezionale, che si apre all'interprete».

⁶³ Rimarca, con riferimento all'art. 111 c.p., il particolare disvalore insito nel ruolo preminentemente assunto dal determinante nella genesi del reato e la più elevata capacità a delinquere dimostrata dalla strumentalizzazione altrui a fini delittuosi, M. Pelissero, *sub art. 111*, in *Commentario breve*, cit., 502.

determinato altri soggetti o diretto l'attività dei diversi compartecipi; nelle altre ipotesi si commina il regime sanzionatorio derivante dal combinato disposto degli artt. 110 e 348 co. 1 c.p.

Non si comprende, però, perché il legislatore abbia individuato solo nel 'professionista' colui che può assurgere a determinatore con esclusione, pertanto, degli altri soggetti che non rivestono tale particolare qualifica. Il diverso regime sanzionatorio previsto appare poco razionale in considerazione del fatto che, in fin dei conti, il comportamento è lo stesso; anche il non-professionista può assumere il ruolo di determinatore ed avere la direzione dell'iniziativa criminosa. Una spiegazione potrebbe rinvenirsi nella volontà del legislatore di contrastare 'invasioni di campo' da parte di professionisti affini e, quindi, di contrastare specificamente il cd. fenomeno del prestanomismo⁶⁴; spunti in tal senso si colgono nei lavori parlamentari. Invero nel richiamato d.d.l. A.S. n. 596/2013 che – nel rimarcare le preoccupanti dimensioni del fenomeno dell'abusivismo professionale, nel particolare settore medico-odontoiatrico e le incidenze sulla salute dei cittadini – afferma: «Capita frequentemente il caso di odontotecnici che si improvvisano dentisti; ottici che fanno gli oculisti; venditori di protesi acustiche che fanno gli otoiatri; massaggiatori che fanno gli ortopedici; erboristi che fanno diagnosi e prescrivono terapie. Costoro possiedono studi presso i quali visitano, reclamizzano astutamente la loro attività, si fanno pagare parcelle di poco inferiori a quelle professionali, acquistano gli strumenti più sofisticati e somministrano addirittura farmaci».

La stessa proposta di legge prevedeva la sanzione aggiuntiva dell'interdizione perpetua della professione per la collaborazione fornita a colui che avesse esercitato abusivamente una professione; la sanzione è venuta meno durante l'iter parlamentare di approvazione ma era stata prevista proprio per contrastare le ipotesi in cui il professionista assicurava un fattivo supporto all'azione criminosa «che è oggi la concreta esperienza dell'esercizio abusivo»⁶⁵.

5. - Le modifiche degli artt. 589 e 590 c.p.

La l. n. 3/2018, con le previsioni dell'art. 12 co. 2, modifica la disciplina dell'omicidio colposo di cui all'art. 589 c.p. aggiungendo, dopo il secondo comma, il seguente: «Se il fatto è commesso nell'esercizio abusivo di una professione per la quale è richiesta una speciale abilitazione dello Stato o di un'arte sanitaria, la pena è della reclusione da tre a dieci anni».

La nuova disposizione richiede in primo luogo di delineare la portata della locuzione utilizzata dal legislatore «una professione per la quale è richiesta una speciale abilitazione dello Stato o di un'arte sanitaria». Mentre il riferimento alla professione è chiaro perché rientra nel novero degli artt. 348 c.p. e 2229 c.c., qualche problema solleva il concetto di «arte sanitaria».

Infatti, l'art. 348 c.p. con la formula «esercita una professione» si riferisce solo alle cd. professioni protette⁶⁶, quelle cioè richiamate dall'art. 2229 c.c. che al co. 1 stabilisce: «La legge determina le professioni intellettuali per l'esercizio delle quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi o elenchi». Si ritiene che nella categoria generale delle professioni intellettuali, solo quelle determinate dalla legge (art. 2229, co. 1 c.c.) sono tipizzate ed assoggettate all'abilitazione e all'iscrizione in albi ed elenchi;

⁶⁴ Secondo il rapporto *Eures Ricerche Economiche e Sociali Fnomceco* 2013, dal titolo *L'abusivo esercizio della professione medica e odontoiatrica*, 46 s., in www.quotidianosanita.it, il fenomeno del prestanomismo si verifica in particolar modo nel settore dell'odontoiatria ad opera di odontotecnici che, privi del relativo titolo di laurea ma disponendo di elevati capitali, acquistano studi ed attrezzature molto costose e li affidano formalmente a giovani laureati in odontoiatria (i cosiddetti prestanomi).

⁶⁵ *Relazione alla 2ª Commissione permanente – Resoconto sommario* n. 48 dell'8 ottobre 2013, in www.senato.it

⁶⁶ La distinzione tra professioni protette e non protette scaturisce dal requisito dell'abilitazione all'esercizio della professione che attribuisce fondamento costituzionale solo alle prime in quanto rette da Ordine professionale (art. 33 co. 5 Cost.) per attività che, rimesse nella loro determinazione alla legge, restano subordinate nel loro esercizio all'iscrizione in appositi albi o elenchi; in tal senso cfr. Cass., 22/1/2018, n. 2691, Dus, in *Giurisprudenzapenaleweb*, 2018, p. 1, con nota di E. Tomasinelli, *I confini per il legittimo esercizio della professione sanitaria di odontoiatra e i presupposti della configurabilità del reato di esercizio abusivo della medesima*. Sono dette professioni protette perché il loro esercizio è interdetto, già sul piano amministrativo, a coloro che non abbiano conseguito l'abilitazione richiesta oppure non abbiano il possesso dei requisiti ritenuti dal legislatore equivalenti, in tal senso cfr. M. Romano, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei privati. Le qualifiche soggettive. Commentario sistematico*², Milano 2002, 141.

laddove, all'infuori di queste, «vi sono non solo professioni intellettuali caratterizzate per il loro specifico contenuto, ma anche prestazioni di contenuto professionale o intellettuale non specificamente caratterizzate, che ben possono essere oggetto di rapporto di lavoro autonomo»⁶⁷.

L'inciso 'arte sanitaria, invece, ha ovviamente una portata diversa da quella ascrivibile alla professione sanitaria altrimenti la formula si risolverebbe in un superfluo pleonaso; pertanto alla luce di un consolidato principio di interpretazione della legge in generale che afferma di attribuire «agli enunciati linguistici contenuti nelle disposizioni normative, ove possibile, un significato utile invece che di un significato inutile»⁶⁸, le va riconosciuto un autonomo contenuto.

Se il legislatore avesse voluto riferirsi solo alla professione sanitaria avrebbe formulato la disposizione senza richiamare l'arte medica essendo, quest'ultima già compresa nella «professione per la quale è richiesta una speciale abilitazione dello Stato»; allo stesso modo se avesse voluto far riferimento solo alle professioni mediche. Evidentemente, il legislatore con la locuzione «arte sanitaria» ha voluto evocare tutte le varie professioni appartenenti all'ampio *genus* 'sanitario'. Per stabilire quali sono le varie professioni rientranti nella formula «arte sanitaria» occorre far riferimento all'elencazione delle professioni sanitarie e delle arti ausiliarie riconosciute dal Ministero della salute⁶⁹.

L'art. 12 co. 5 l. n. 3/2018 sostituisce il primo comma dell'articolo 141 del T.U.L.S., di cui al regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265, con il seguente: «Chiunque, non trovandosi in possesso della licenza prescritta dall'articolo 140 o dell'attestato di abilitazione richiesto dalla normativa vigente, esercita un'arte ausiliaria delle professioni sanitarie è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 2.500 a euro 7.500». Ne discende che le arti ausiliarie delle professioni sanitarie: massaggiatore capo bagnino stabilimenti idroterapici (r.d. n. 1334/1928, art. 1); ottico (r.d. n. 1334/1928, art. 12); odontotecnico (r.d. n. 1334/1928, art. 11); puericultrice (l. n. 1098/1940) e le altre figure dell'operatore socio-sanitario (Accordo Stato-Regioni 22 febbraio 2001) che pure rientrano nell'elencazione delle professioni sanitarie e delle arti ausiliarie riconosciute dal Ministero della salute non fanno parte della locuzione «arte sanitaria».

Sul piano sanzionatorio va segnalata l'ingiustificata diversità di trattamento – reclusione da tre a dieci anni – rispetto a quanto previsto per colui che cagiona la morte violando le norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro (reclusione da due a sette anni). Non si comprendono le ragioni di una tale opzione considerato che il bene tutelato è lo stesso e, quindi, la norma appare carente sotto il profilo della proporzione/ragionevolezza della comminatoria penale.

⁶⁷ Cfr. Cass. civ., 26/8/1993, n. 9019, *Europa Park Hotel c/ Biliotti*, in P. Dubolino, C. Dubolino e F. Costa, *Codice civile*, Piacenza 2015, 3625.

⁶⁸ Cfr. Cass., 21/3/2017, n.13849, T. e Proc. gen., in www.neldiritto.it

⁶⁹ La classificazione comprende: a) professioni sanitarie: farmacista (d.lgs. n. 258/1991), medico chirurgo (d.lgs. n. 368/1999), odontoiatra (l. n. 409/1985), veterinario (l. n. 750/1984), psicologo (l. n. 56/1989); b) professioni sanitarie infermieristiche e professione sanitaria ostetrica: infermiere (d.m. n. 739/1994, direttive comunitarie 77/452/CEE e 77/453/CEE, l. n. 905/1980), ostetrica/o (d.m. n. 740/1994, direttive comunitarie 80/154/CEE e 80/155/CEE, l. n. 296/1985), infermiere pediatrico (d.m. n. 70/1997); c) professioni sanitarie riabilitative: podologo (d.m. n. 666/1994), fisioterapista (d.m. n. 741/1994), logopedista (d.m. n. 742/1994), ortottista-assistente di oftalmologia (d.m. n. 743/1994), terapeuta della neuro e psicomotricità dell'età evolutiva (d.m. n. 56/1997), tecnico riabilitazione psichiatrica (d.m. n.182/2001), terapeuta occupazionale (d.m. n. 136/1997), educatore professionale (d.m. n.520/1998); d) professioni tecnico sanitarie. Area Tecnico-diagnostica: tecnico audiometrista (d.m. n. 667/1994), tecnico sanitario di laboratorio biomedico (d.m. n. 745/1994), tecnico sanitario di radiologia medica (d.m. n. 746/1994), tecnico di neurofisiopatologia (d.m. n. 183/1995); d1) professioni tecnico sanitarie. Area Tecnico-assistenziale: tecnico ortopedico (d.m. n. 665/1994), tecnico audioprotesista (d.m. n. 668/1994), tecnico della fisiopatologia cardiocircolatoria e perfusione cardiovascolare (d.m. n. 316/1998), igienista dentale (d.m. n. 137/1999), dietista (d.m. n. 744/1994); e) professioni tecniche della prevenzione. Tecnico della prevenzione di interesse sanitario: massofisioterapista (l. n. 403/71, art.1 co. 2 l. n. 43/2006). Il quadro legislativo si completa, oltre con le norme appena richiamate, con: T.U. delle leggi sanitarie del 1934; d.m. 28 novembre 2000, Determinazione delle classi delle lauree universitarie specialistiche; direttiva comunitaria 2005/36 del 7 settembre 2005; d.l.vo 9 novembre 2007 n. 206; d. lgs. 2 maggio 1994, n. 319; d. lgs. 27 gennaio 1992, n. 115; Art. 6, co. 3, d.lgs 30 dicembre 1992, n. 502 e successive modifiche ed integrazioni; l. 10 agosto 2000, n. 251; l. 26 febbraio 1999, n. 42; l. 8 gennaio 2002, n.1; d.m. 29 marzo 2001, Definizione delle figure professionali; d.m. 2 aprile 2001, Determinazione delle classi delle lauree specialistiche universitarie delle professioni sanitarie; Direttive comunitarie 89/48 CEE, 92/51/CEE e 2001/19/CE; d.m. 28 ottobre 1992; d.m. 23 aprile 1992.

L'art. 12 co. 3 l. n. 3/2018 modifica l'art. 590 c.p. in tema di lesioni personali colpose aggiungendo dopo il terzo comma il seguente: «Se i fatti di cui al secondo comma sono commessi nell'esercizio abusivo di una professione per la quale è richiesta una speciale abilitazione dello Stato o di un'arte sanitaria, la pena per lesioni gravi è della reclusione da sei mesi a due anni e la pena per lesioni gravissime è della reclusione da un anno e sei mesi a quattro anni».

Stesso ordine di considerazione è possibile svolgere anche in ordine alle modifiche apportate in materia di lesioni personali colpose, sia per quanto concerne il concetto di «arte sanitaria» che in ordine al regime sanzionatorio, ben più grave di quello previsto nei casi di violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro.

6. - La nuova circostanza aggravante: art. 61 n. 11-sexies c.p.

L'art. 14 della l. n. 3/2018 (rubricato: «Circostanza aggravante per i reati contro la persona commessi in danno di persone ricoverate presso strutture sanitarie o presso strutture sociosanitarie residenziali o semiresidenziali») aggiunge all'art. 61 c.p. la nuova aggravante disciplinata al n. 11-sexies: «l'aver, nei delitti non colposi, commesso il fatto in danno di persone ricoverate presso strutture sanitarie o presso strutture sociosanitarie residenziali o semiresidenziali, pubbliche o private, ovvero presso strutture socio-educative».

Se appare condivisibile l'intento del legislatore di voler apprestare una più incisiva tutela a determinate persone particolarmente vulnerabili, la nuova circostanza solleva, però, due ordini di problemi: il primo concerne l'individuazione dei soggetti destinatari della protezione; il secondo inerisce al rapporto con le altre aggravanti annoverate nello stesso art. 61 c.p.

In relazione al primo aspetto – mentre è chiara la norma con riferimento ai soggetti ricoverati, trattandosi di persone degenti presso strutture sanitarie o presso strutture sociosanitarie residenziali o semiresidenziali, pubbliche o private e, quindi, bisognosi di cure mediche e di peculiari attenzioni – la locuzione «ovvero presso strutture socio-educative» si presenta alquanto generica.

Va escluso in primo luogo che l'espressione possa far riferimento ad ambiti scolastici, in qual caso sarebbe del tutto avulsa dal contesto della disposizione normativa dedicata al settore sanitario. Dal tenore della rubrica, che fa riferimento alle «persone ricoverate presso strutture sanitarie o presso strutture sociosanitarie residenziali o semiresidenziali», si ricava la volontà del legislatore di prevedere un aumento di pena per fatti commessi in ambito sanitario e allora l'inciso 'socio-educative' va letto anche come 'socio-rieducative', 'socio-assistenziali', in qual caso si tratterebbe di persone bisognose di interventi assistenziali-riabilitativi perché portatrici di determinate disabilità, menomazioni o limitazioni delle normali attività.

L'inciso, «ovvero presso strutture socio-educative», rischia di apparire ridondante rispetto all'ampia formula («strutture sanitarie o presso strutture sociosanitarie residenziali o semiresidenziali, pubbliche o private») utilizzata dal legislatore nella stessa disposizione. Evidentemente la locuzione è chiamata a svolgere una funzione di chiusura, ricomprendendo tutte le ipotesi residuali, ed in tal modo amplia la portata della circostanza aggravante. Vi rientrano, pertanto, tutte le strutture che accolgono persone 'in difficoltà'; ad esempio: strutture per anziani (alternative alla domiciliarità e alle strutture residenziali, come comunità alloggio, appartamento protetto); strutture per disabilità adulta (centri socio riabilitativi-residenziali), strutture per assistenza psichiatrica (residenza socio-sanitaria); strutture per assistenza e accoglienza minori (comunità socio educative per minori come comunità di tipo familiare, comunità di pronta accoglienza, comunità educativa); strutture per ammalati di AIDS (case alloggio, centri diurni); strutture per disabili (centri residenziali o semiresidenziali); strutture per persone con disabilità totale o parziale.

In ordine al secondo profilo a venire in evidenza è il rapporto con le altre circostanze ed in particolare con l'aggravante oggettiva⁷⁰ della minorata difesa di cui al n. 5 dell'art. 61 c.p. che, com'è noto,

⁷⁰ Sulla natura oggettiva della circostanza in quanto attiene alle modalità dell'azione cfr. C. Fiore-S. Fiore, *Diritto penale*, cit., p. 500; in giurisprudenza cfr. Cass., 9/10/1997, in *Cass. pen.* 1997, p. 3010; sulla natura soggettiva in quanto

comporta un incremento di pena pari ad 1/3 per aver profittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona, anche in riferimento all'età, tali da ostacolare la pubblica o privata difesa. A ben vedere le condizioni di tempo, di luogo e di persona sono le stesse che troviamo nella nuova aggravante.

Occorre tenere nella debita considerazione come la giurisprudenza abbia da sempre interpretato l'aggravante della minorata difesa in modo alquanto esteso, ritenendo che per la configurabilità della stessa non sia necessario che la pubblica o privata difesa sia stata del tutto impedita o resa impossibile essendo sufficiente che essa sia stata realmente ostacolata o diminuita⁷¹. Non è richiesto, altresì, che l'agente abbia creato ad arte la situazione di minorata difesa ma solo che egli ne abbia coscientemente e obiettivamente tratto vantaggio⁷².

La dottrina, per quanto concerne le circostanze della persona, fa riferimento allo stato di inferiorità fisica e psichica della vittima, come ad esempio l'età avanzata, la deficienza psichica, la presenza di *handicap*.

Alla luce dell'ampia lettura effettuata dalla prassi è stata ritenuta fondata l'aggravante *de qua* anche nel caso di maggiore prestantza fisica dell'aggressore, sebbene in presenza di una condizione particolare ed eccezionale⁷³.

In ordine alle circostanze di tempo e di luogo si ritiene che rilevano, oltre a situazioni quali il posto isolato, deserto o difficilmente raggiungibile, anche luoghi tali da rendere difficile o impossibile la reazione della vittima⁷⁴, come si verifica per chi si trova assistito in una struttura sanitaria.

Lo stesso può dirsi relativamente all'inciso 'anche in riferimento all'età' introdotto dalla l. n. 94/2009 che ricomprende, secondo dottrina e prassi, tra le situazioni di minorata difesa finanche un'età avanzata⁷⁵, dalla quale deriva un decadimento delle capacità fisiche e mentali con la conseguenza di rendere più agevole l'esecuzione del reato; e ciò vale anche per una giovane età⁷⁶ che renda la vittima particolarmente vulnerabile in ragione della sua inesperienza⁷⁷. Si sostiene, ancora, che l'aggravante sia compatibile con il vizio parziale di mente, perché consente all'agente di avvalersi delle più propizie circostanze offerte da particolari condizioni⁷⁸.

Dai brevi richiami appena svolti si evince come i fatti sussumibili nella nuova circostanza aggravante fossero già coperti dalla previsione di cui all'art. 61 n. 5; va da sé che colui che pone in essere «il fatto in danno di persone ricoverate presso strutture sanitarie» profitta della situazione di estrema debolezza della vittima ricoverata non diversamente da colui che commette il fatto in danno di una persona in età avanzata.

Sotto questo profilo la nuova circostanza appare del tutto superflua ed anzi rischia di attivare situazioni di *ne bis in idem* sostanziale⁷⁹; per evitare tale evenienza occorre rifarsi agli artt. 15 e 68 c.p. Com'è noto le disposizioni di cui all'art. 68 c.p. precludono la doppia valutazione dello stesso elemento circostanziale e l'art. 15 disciplina il principio di specialità. L'art. 68 rubricato: «Limiti al concorso di circostanze» regola una determinata tipologia di rapporti tra circostanze, facendo espressamente «salvo quanto disposto dall'art. 15. Ne discende: «che quest'ultima disposizione non distingua, nella sua portata

rappresentativa di una manifestazione di volontà particolarmente riprovevole, cfr. Malinverni, *Circostanze del reato*, in *Enc. dir.*, VII, 1960, 82.

⁷¹ Cfr. Cass., 18/6/1981, Alecci, in *Giust. pen.* 1982, II, 471.

⁷² Cfr. Cass., 9/5/1994, in *Cass. pen.* 1996, 415.

⁷³ Cfr. Cass., 10/6/2009, Nechchafa, *CedCass* 244969. In dottrina cfr. T. Padovani, *Circostanze*, cit. 218.

⁷⁴ Cfr. E. Palermo Fabris-J. Perina, *sub art. 61*, in *Commentario*, cit. 278.

⁷⁵ Sulla aggravante in presenza di età senile già in giurisprudenza Cass., 21/6/1983, Picini, *CedCass* 162876.

⁷⁶ Con particolare accentuazione alla minore età cfr. Cass., 3/4/2008, Ronchetti, *CedCass* 240040; Cass., 25/1/2002, Meneguot, *CedCass* 221265.

⁷⁷ L. Vergine-G.L. Gatta, *sub art. 61*, in *Codice penale commentato*³, a cura di E. Dolcini-G. Marinucci, Milano 2011, 1081 e bibliografia ivi richiamata.

⁷⁸ Cfr. F. Mantovani, *Diritto*, cit., 405 e giurisprudenza ivi richiamata in rapporto all'aggravante di cui al n. 11.

⁷⁹ Sull'esigenza di giustizia sostanziale del principio del *ne bis in idem* sostanziale cfr. le risalenti ma attuali considerazioni svolte F. Mantovani, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna 1966, 71 ss., 387 ss., 392 ss.; recentemente cfr. C. Sotis, *Il "fatto" nella prospettiva del divieto di doppia punizione*, in *IP*. 2017, 468 ss.; A. Vallini, *Tracce di ne bis in idem sostanziale lungo i percorsi disegnati dalla Corti*, in *Dir. pen. proc.* 2018, 4, 525 ss.

normativa, le disposizioni incriminatrici da quelle che contemplan circostanze; e che quindi il concetto di “stessa materia” e la regola della “prevalenza” della legge o disposizione di legge “speciale” sulla legge o disposizione di legge “generale” debbano essere applicati anche alle fattispecie circostanziali»⁸⁰.

Senza entrare nel merito del rapporto «particolarmente complesso»⁸¹ tra le norme appena richiamate autorevole dottrina sostiene che in materia di circostanze l’art. 68 c.p. sia volto a disciplinare il fenomeno dell’«interferenza» tra circostanze, riservando all’art. 15 c.p., come accade nei rapporti tra fattispecie di reato, la disciplina del concorso apparente di circostanze⁸².

Nell’esempio prima prospettato di colui che commette il fatto in danno di una persona ricoverata in una struttura sanitaria troverà applicazione solo la nuova circostanza essendo ‘speciale’ rispetto all’aggravante della minorata difesa da ritenersi disposizione ‘generale’. Né qualche aspetto di novità si rinviene sul piano sanzionatorio essendo le due circostanze supportate dallo stesso aumento di pena.

Se si vuole ascrivere qualche merito alla nuova circostanza bisogna rinvenirlo sul piano del ‘messaggio’ indirizzato a determinati operatori sanitari, di astenersi dal porre in essere comportamenti in danno di persone ricoverate presso strutture sanitarie o riabilitative, perché dal punto di vista sanzionatorio vi era già la copertura dell’aggravante della minorata difesa.

7. - La depenalizzazione della detenzione di medicinali scaduti, guasti o imperfetti.

L’art. 12 co. 4 l. n. 3/2018 sostituisce il co. 3 dell’art. 123 del T.U.L.S. (r.d. 27 luglio 934, n. 1265)⁸³ con la seguente disposizione: «La detenzione di medicinali scaduti, guasti o imperfetti nella farmacia è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 1.500 a euro 3.000, se risulta che, per la modesta quantità di farmaci, le modalità di conservazione e l’ammontare complessivo delle riserve, si può concretamente escludere la loro destinazione al commercio».

La nuova disposizione solleva qualche interrogativo.

Dall’innovazione legislativa si ricava che non vengono applicate le sanzioni di cui all’art. 443 c.p., in relazione alla ‘detenzione di medicinali’⁸⁴ scaduti, guasti o imperfetti’, solo se sussistono precise condizioni: a) la modesta quantità dei farmaci; b) la modalità di conservazione; c) l’ammontare complessivo delle riserve. Dalla valutazione di questi tre presupposti il giudice deve determinare ‘concretamente’ la destinazione al commercio al fine di applicare la sanzione amministrativa pecuniaria.

⁸⁰ Cfr. G. De Francesco, *Lex specialis. Specialità e interferenza nel concorso di norme penali*, Milano 1980, 89 s.

⁸¹ Cfr. G. De Francesco, *Lex specialis*, cit., 90.

⁸² Cfr. G. De Francesco, *Lex specialis*, cit., 117.

⁸³ L’art. 123 co. 3 del T.U.L.S. stabiliva: «Il titolare deve inoltre curare che i medicinali, dei quali la farmacia è provvista, non siano né guasti né imperfetti. In caso di trasgressione a tale obbligo si applicano le pene stabilite dall’articolo 443 del codice penale».

⁸⁴ Il codice penale usa a volte il termine ‘medicinale’ (artt. 443, 445) a volte la locuzione ‘sostanza medicinale’ (artt. 440, 5); sul punto cfr. S. Riondato, *Commento agli artt. 422/452 c.p.*, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di Crespi e Zuccalà, IV ed., Padova 2008, 1104 s. La definizione di ‘medicinale’ o ‘prodotto medicinale’ comprende (ai sensi dell’art. 1 lett. a) del d. lgs. n. 219/2006 recante: «Attuazione della direttiva 2001/83/CE (e successive direttive di modifica) relativa ad un codice comunitario concernente i medicinali per uso umano, nonché della direttiva 2003/94/CE»: 1) ogni sostanza o associazione di sostanze presentata come avente proprietà curative o profilattiche delle malattie umane; 2) ogni sostanza o associazione di sostanze che può essere utilizzata sull’uomo o somministrata all’uomo allo scopo di ripristinare, correggere o modificare funzioni fisiologiche, esercitando un’azione farmacologica, immunologica o metabolica, ovvero di stabilire una diagnosi medica. La lett. b) della stessa disposizione definisce la ‘sostanza’ come: b) ogni materia, indipendentemente dall’origine; tale origine può essere: 1) umana, come: il sangue umano e suoi derivati; 2) animale, come: microrganismi, animali interi, parti di organi, secrezioni animali, tossine, sostanze ottenute per estrazione, prodotti derivati dal sangue; 3) vegetale, come: microrganismi, piante, parti di piante, secrezioni vegetali, sostanze ottenute per estrazione; 4) chimica, come: elementi, materie chimiche naturali e prodotti chimici di trasformazione e di sintesi. La categoria dei medicinali raggruppa le ‘specialità medicinali’ e i ‘preparati galenici’; per ulteriori approfondimenti sul punto si rinvia ad A. Gargani, *Reati contro l’incolumità pubblica*. Tomo II. *Reati di comune pericolo mediante frode*, IX, del *Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani e A. Pagliaro, Milano 2013, 552 s. La giurisprudenza, recentemente, per medicinale, intende qualsiasi sostanza o composizione dotata di proprietà curative o profilattiche delle malattie umane, destinata ad essere somministrata all’uomo per effettuare una diagnosi medica oppure per ripristinare, correggere o modificare funzioni organiche dell’individuo, Cass., 23/9/2013, n. 39187, in www.neldiritto.it.

L'innovazione legislativa presenta il termine 'scaduti' che non compare né nella sostituita disposizione di cui al T.U.L.S. né, tanto meno nell'art. 443 c.p.; entrambe le norme utilizzano, invero, la locuzione «guasti o imperfetti». Tale integrazione ribadisce che anche la detenzione di medicinali scaduti (che si verifica quando viene superato il termine solitamente fissato sulla confezione) e, quindi, non solo guasti o imperfetti, configura – in presenza delle condizioni richieste dalla norma – un fatto penalmente rilevante, tanto da essere punito con la sanzione limitativa della libertà, oltre alla pena pecuniaria. Ma siccome il termine non compariva nella disposizione di cui all'art. 123 co. 3 del T.U.L.S. appare naturale chiedersi del perché di questo inserimento⁸⁵; in altri termini occorre chiarire se in presenza di medicinali 'scaduti' e in assenza delle condizioni stabilite dal nuovo art. 123 co. 3 del T.U.L.S. possa applicarsi il regime sanzionatorio di cui all'art. 443 c.p.

La disposizione con l'aggiunta del termine 'scaduti' si presta ad una duplice interpretazione: a) la novità finisce per essere superflua perché nel concetto di medicinale imperfetto rientra anche quello scaduto; b) da altro punto di vista l'aggiunta potrebbe essere paradossalmente fonte di problemi nel senso di, invocando il principio di determinatezza-tassatività dell'illecito penale, far escludere l'art. 443 c.p. anche nell'ipotesi di assenza delle condizioni richiamate dalla norma stessa.

Sotto il primo profilo (lett. a) va in primo luogo chiarita la portata della locuzione «guasti e imperfetti»; mentre la nozione di medicinale guasto – medicinale originariamente genuino, ma alterato in conseguenza dell'operare di qualsiasi fattore causale di ordine naturale⁸⁶ – assorbe, ad esclusione dei casi adulterazione o contraffazione, la naturale alterazione del prodotto per deperimento, cattiva conservazione, fermentazione, vecchiezza, ecc.⁸⁷; l'imperfezione è «comprensiva di ogni possibile vizio del medicinale»⁸⁸ e, dunque risultano privi o di ridotta efficacia terapeutica o, ancora, affetti da ogni possibile vizio non dipendente da contraffazione o adulterazione⁸⁹.

In tal modo l'aggiunta finisce per essere superflua perché, com'è stato evidenziato⁹⁰, nel concetto di medicinale imperfetto la giurisprudenza ha fatto rientrare qualunque prodotto difettoso, e cioè affetto da qualunque vizio originario e sopravvenuto che renda i medicinali inadatti allo scopo. E' stato, altresì, segnalato⁹¹ l'orientamento della prassi che «ritiene categoricamente che debba essere sussunto nel delitto in esame il commercio o somministrazione di medicinali con termine di validità scaduto»⁹²; anzi

⁸⁵ Nei lavori preparatori ci si limita a sostenere: «Si osserva che dovrebbe continuare ad applicarsi l'art. 443 c.p. nei casi di destinazione al commercio di farmaci scaduti. Si consideri peraltro che la formulazione letterale del nuovo illecito amministrativo fa riferimento alla concreta possibilità di escludere la destinazione al commercio ("si può concretamente escludere"). Occorre pertanto considerare la portata applicativa del nuovo illecito amministrativo», in *Relazione* al Ddl A.S. n. 471, cit.

⁸⁶ Cfr. A. Gargani, *Reati*, cit., 596.

⁸⁷ Cfr. V. Manzini, *op. cit.*, 452; F. Mucciarelli, *op. cit.*, 585; R. Piccinino, *I delitti contro la salute pubblica*, Milano 1969, 274; Cass., 21/6/2004, n. 27923, cit., Cass. 25.2.1983, Graziani, *CedCass* 157584; Cass., 24/2/1972, Stigliano, in *Cass. pen.* 1972, 829.

⁸⁸ *Lavori preparatori*, cit., 231.

⁸⁹ V. Manzini, *Trattato*, cit., 452; G. Fiandaca-E Musco, *Diritto penale. Parte speciale*⁴, I, Bologna 2008, 533; Cass. 9.2.1979, Lecce, *CedCass* 142170.

⁹⁰ Cfr. A. Gargani, *Reati*, cit., 597, che mette in evidenza il rischio di sovrapporre la nozione di medicinale 'imperfetto' a quella di sostanze medicinali 'adulterate' o 'contraffatte',

⁹¹ Cfr. A. Gargani, *Reati*, cit., 598; sul punto cfr. C. Benussi, *Responsabilità del sanitario che detiene farmaci scaduti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2011, 377.

⁹² La detenzione di medicinali scaduti integra il delitto, in quanto da un lato sussiste una presunzione assoluta di pericolosità del medicinale scaduto basata sulla previsione di perdita di efficacia dello stesso e, dall'altra, per la previsione di tale reato è richiesta la semplice imperfezione del farmaco, sussistente dopo la sua scadenza, cfr. Cass., 22/1/2013, n. 11481, in *www.neldiritto.it*; sul presupposto che la norma sanziona la semplice detenzione per la commercializzazione è stato sostenuto che integra la fattispecie incriminatrice la detenzione in farmacia di farmaci scaduti, Cass., 18/1/2008, Abate, in *Rass. dir. farm.* 2008, 279; Cass., 28/8/2008, Saponara, *CedCass* 241154; per un quadro d'insieme degli orientamenti giurisprudenziali v. *sub art. 443*, in *Codice penale*⁴, a cura di T. Padovani, coordinato da G. De Francesco e G. Fidelbo, (t.II), Milano 2007, 2894 ss.; S. Brucellaria, *sub art. 443 c.p.*, in *Codice penale commentato*³, a cura di E. Dolcini e G. Marinucci, coordinato da G.L. Gatta, Milano 2011, 4554 ss.; D. Provolo, *sub art. 443 c.p.*, in *Commentario*, cit., 1426 ss.

in considerazione del bene giuridico tutelato⁹³ la giurisprudenza ha ampliato la portata della fattispecie incriminatrice⁹⁴ fino a sanzionare qualunque vizio, anche meramente formale, nella preservazione dei medicinali. Infatti, senza soffermarsi sulle caratteristiche salienti della figura delittuosa descritta dall'art. 443 c.p. va evidenziato come, in linea con la Relazione ministeriale al progetto preliminare del codice penale⁹⁵, la figura delittuosa in parola venga, dalla giurisprudenza dominante⁹⁶ e da una parte della dottrina⁹⁷, collocata nella categoria dei reati di pericolo astratto/presunto. Anche se non va sottaciuto il problema di fondo rappresentato dalla non perfetta coincidenza tra anticipazione della tutela penale ancorata a fattispecie di pericolo presunto e corretta applicazione del principio di offensività dell'illecito penale⁹⁸; e ancor di più, come spesso si verifica nel settore dell'incolumità pubblica, col sovrapporsi delle categorie del rischio e del pericolo⁹⁹.

Un conferma si ottiene riflettendo sull'ampia applicazione posta in essere dalla prassi, favorita, del resto, da una disposizione caratterizzata da una tendenziale genericità ed ampiezza, per cui un'interpretazione letterale, «avulsa dal profilo sistematico, rischia più che mai di incorporare ipotesi prive di ricaduta offensiva sull'interesse categoriale»¹⁰⁰. La norma posta a tutela della salute pubblica¹⁰¹ ha ricevuto da parte della giurisprudenza un'interpretazione alquanto ampia fino a sanzionare qualsivoglia condotta che renda probabile o possibile la loro concreta utilizzazione¹⁰² al fine di impedire l'impiego, per ragioni terapeutiche, di medicinali imperfetti¹⁰³. Sul presupposto di una presunzione assoluta di pericolosità desunta dalla previsione di un limite temporale per il loro impiego, decorso il quale i medicinali perdono efficacia, divenendo irrilevante ogni accertamento sulla durata della detenzione del farmaco scaduto¹⁰⁴, è stata sostenuta la configurabilità dell'art. 443 c.p. nel caso di

⁹³ Ai fini dell'individuazione del bene giuridico tutelato dalla norma codicistica di cui all'art. 443 c.p., la dottrina evidenzia preliminarmente che i prodotti medicinali, essendo destinati alla cura e alla prevenzione di malattie impongono un allargamento dello spettro della tutela. La protezione penale, pertanto, abbraccia non solo i comportamenti idonei a cagionare esiti dannosi (lesioni personali o morte), ma anche «le condotte teleologicamente correlate alle specifiche funzioni che sono connaturate ai medicinali, quali la prevenzione e la cura di patologie, ovvero gli effetti delle medesime» (cfr. A. Gargani, *Reati*, cit., 562. Alla dualità di forme che assumono l'offesa corrisponde la bipolarità teleologica dell'ambito di prevenzione (prevenzione delle condotte in grado di cagionare esiti dannosi, da un lato, e garanzia della funzione terapeutica del medicinale, dall'altro), in tal senso, cfr. ancora A. Gargani, *Reati*, cit., 563.

⁹⁴ In questa ottica di ampliamento della fattispecie non sono mancate, com'è noto, decisioni che hanno sostenuto la configurabilità dell'art. 443 c.p. finanche in riferimento a medicinali per uso veterinario posto che la salute degli animali non esula dal concetto di salute pubblica (cfr. Cass., 29/4/1997, Prati, in *Cass. pen.* 1998, 445; in senso contrario perché i medicinali per uso veterinario anche se guasti o imperfetti, essendo destinate all'animale, non possono mettere in pericolo l'incolumità pubblica Cass., 9/5/1996, n. 7738, *CEDCass* 205522) o fatto rientrare nel concetto di medicinale, in presenza di determinate condizioni, anche i prodotti erboristici (cfr. Cass., 1/10/1992, Giorgini, *CedCass* 192357).

⁹⁵ Cfr. *Lavori preparatori*, cit. 231

⁹⁶ Cass., 23/9/2013, n. 39187 in *www.neldiritto.it*;

⁹⁷ Cfr. Battaglini-Bruno, *Incolunità pubblica (delitti contro la)*, in *Nss. Dig. it.*, VII, 1962, 565; V. Manzini, *op. cit.*, 452.

⁹⁸ Cfr. Mazza, *L'accertamento e la prova del dolo nel delitto di comune pericolo del commercio o somministrazione di medicinali guasti*, in *Arch. pen.* 1977, p. 156; distingue l'accertamento concreto della pericolosità delle sostanze medicinali dall'accertamento della qualità (guasta o imperfetta) della sostanza, venendo in rilievo la pericolosità della sostanza e non della semplice condotta, F. Mucciarelli, *Medicinali guasti e pericolosi (commercio o somministrazione di)*, in *Dig. disc. pen.*, VII, 1993, 584; sul punto C. Piergallini, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Milano 2004, 293; A. Bell, *Pericolo e incolunità pubblica*, Piacenza, 2015, 135; C. Corra, *La difesa del consumatore dalle frodi in commercio*³, Milano 2002, 245; R. Piccinino, *op. cit.*, 276.

⁹⁹ Contro l'avanzamento della soglia di punibilità fino a sanzionare situazioni di rischio seppur per prevenire danni o pericoli collettivi, cfr. A. Gargani, *Il danno qualificato dal pericolo*, Torino 2005, 97.

¹⁰⁰ Così A. Gargani, *Il danno*, cit., 370.

¹⁰¹ Sulla nozione di salute pubblica cfr. F. Mucciarelli, *op. cit.*, 584.

¹⁰² Cass., 23/9/2013, n. 39187, cit.

¹⁰³ Cass., 28/8/2008 n. 39051, in *www.dirittosanitario.net*, fattispecie relativa al rinvenimento in uno studio medico d'ingente quantitativo di farmaci e altro materiale sanitario, scaduto da molto tempo, frammisto a prodotti in corso di validità e in parte utilizzato; i giudici di legittimità hanno affermato che l'art. 443 c.p. mira ad impedire la utilizzazione a scopo terapeutico di medicinali imperfetti. Si tratta, quindi, di un reato di pericolo, volto a sanzionare le condotte alternativamente descritte nella norma, che rendono probabile, o almeno possibile, la concreta utilizzazione del medicinale guasto.

¹⁰⁴ Cass., 1/7/2003, n. 30283, in P. Fava, *Giurisprudenza penale. Reati di parte speciale del c.p. e delle principali leggi complementari*, Santarcangelo di Romagna, 2009, 422. I medicinali 'inefficaci', è stato sostenuto, «non mettono in moto

medicinali rinvenuti sulla scrivania di un medico, parzialmente usati e conservati con modalità non conformi a quelle indicate nel foglio illustrativo¹⁰⁵.

Da altro punto di vista (lett. *b*) al nuovo termine potrebbe essere attribuito un significato diverso da quelli già usati nel codice penale (art. 443) e nel T.U.L.S. (art. 123 co. 3) altrimenti la formula si risolverebbe in un pleonaso; per dare un senso all'enunciato, altrimenti inutile, potrebbe essere riconosciuto al termine 'scaduto' un autonomo contenuto. In altre parole, la norma del T.U.L.S. e l'art. 443 c.p. non fanno riferimento al medicinale scaduto ma solo a quelli guasti o imperfetti ed il fatto che il legislatore non si sia limitato ad usare la stessa formula della disposizione codicistica è perché avrebbe voluto tenere separati i concetti. In tale ottica si potrebbero invocare ricerche mediche nella misura in cui sostengono che determinati farmaci scaduti – se conservati in condizioni ottimali – si mantengono comunque stabili, anche dopo alcuni anni dalla data di scadenza indicata sulla confezione¹⁰⁶. Una recente ricerca ha evidenziato, infatti, come farmaci perfettamente preservati possano essere tranquillamente assunti anche diversi mesi dopo la loro scadenza. Il risultato di uno studio effettuato sulle scorte di medicinali inutilizzati dall'esercito americano ha dimostrato che l'88% dei lotti di farmaci accumulati nei magazzini rimaneva in ottime condizioni in media 66 mesi dopo la loro scadenza¹⁰⁷.

Altro profilo controverso della nuova disposizione si riscontra, a nostro avviso, per quanto concerne l'inquadramento delle condizioni che rendono inapplicabile l'art. 443 c.p.

L'espressione «modalità di conservazione» non crea particolari problemi venendo in rilievo oltre alla prassi farmaceutica – adoperabili sono altresì le indicazioni spesso riportate nel foglio illustrativo accluso alla confezione del prodotto – il luogo, la temperatura, l'assenza di umidità o di luce, per evitare sbalzi della condizione termica (per alcune tipologie di farmaci, ad esempio antibiotici, vi sono prescrizioni ancora più specifiche come la conservazione in frigorifero), al fine di evitare qualunque alterazione che possa rendere il prodotto inefficace o addirittura pericoloso.

Diversamente si verifica con gli incisi «modesta quantità di farmaci» e «ammontare complessivo delle riserve» che appaiono oltremodo generici, non specificando il legislatore alcunché. Né tanto meno è di qualche ausilio il riferimento alla «destinazione al commercio» perché la norma si riferisce alla detenzione dei medicinali in farmacia che è il luogo naturale per la commercializzazione del prodotto. La 'destinazione al commercio' dovrebbe indicare, allora, il luogo ove si trovano i farmaci scaduti, guasti o imperfetti; di modo che il loro rinvenimento negli appositi scaffali o armadietti deputati alla normale conservazione e, quindi, alla vendita è circostanza diversa dal fatto, ad esempio, che siano stati rinvenuti in scatole collocate in un angolo della farmacia e destinati, verosimilmente, alla restituzione o smaltimento differenziato secondo la vigente normativa in tema di rifiuti speciali. La destinazione aiuta a comprendere meglio la norma ma non chiarisce tutti i dubbi relativamente alla quantità, sia dei farmaci che delle riserve, affidata, pertanto, alla più ampia discrezionalità del giudice che caso per caso stabilirà la concreta esclusione della loro destinazione al commercio. Facile prevedere il rischio di applicazioni discordanti e, quindi, di trattamenti diversificati, con le ben note conseguenze sulla credibilità del sistema.

Da tutt'altro punto di vista le due condizioni «modesta quantità di farmaci» e «ammontare complessivo delle riserve» potrebbero far riferimento non tanto alla farmacia intesa come esclusivo luogo di distribuzione dei medicinali, quanto richiamare anche i locali adibiti a deposito o conservazione degli stessi. 'Quantità' e 'riserve' appaiono termini più appropriati per indicare, ad es., i magazzini annessi alla farmacia dove vengono conservati i farmaci e le scorte. Anche perché difficilmente il

processi causali suscettibili di sfociare in eventi lesivi, ma non sono in grado di prevenire, neutralizzare o ritardare gli effetti di malattie già in atto o di prevenire patologie», così A. Gargani, *Reati*, cit., 563, che utilizza la formula «pregiudizio per omissione» per inquadrare questi fatti di pericolo.

¹⁰⁵ Cass., 21/6/2004, n. 27923, in L. Alibrandi, *Codice penale*, Piacenza 2018, 1996.

¹⁰⁶ Un'indagine di Altroconsumo riporta che più della metà degli intervistati, tra i 25 e gli 84 anni, ha usato nell'ultimo anno antinfiammatori rimasti a casa da tempo, il 48% analgesici utilizzati per precedenti patologie o preso antibiotici rimasti fuori tempo massimo nell'armadietto del bagno, in www.repubblica.it

¹⁰⁷ Si fa riferimento ad una ricerca condotta dalla *Food and drug administration*, l'ente che regola i farmaci in America, in www.altroconsumo.it

farmacista può tenere le ‘riserve’, soprattutto se sono in quantità rilevanti, negli appositi scaffali, armadi, cassetti, ecc., deputati alla vendita. Se il farmacista compera dal grossista un determinato numero di confezioni dei vari prodotti richiesti va da sé che tutte queste confezioni difficilmente possono essere disposte nello stesso luogo destinato alla vendita. Normalmente i medicinali scaduti vengono rimossi sia dagli scaffali collocati nello spazio destinato al pubblico, sia dai locali interni della farmacia, entro e non oltre l’ultimo giorno dal mese di scadenza, e vanno sistemati in appositi contenitori allocati in una specifica zona, separata dai medicinali in corso di validità.

8. - L’esercizio abusivo di un’arte sanitaria ausiliaria: l’aumento della sanzione pecuniaria.

L’art. 12 co. 5 della l. n. 3/2018 sostituisce il primo comma dell’art. 141 del T.U.L.S.¹⁰⁸ con la nuova disposizione che reca: «Chiunque, non trovandosi in possesso della licenza prescritta dall’articolo 140 o dell’attestato di abilitazione richiesto dalla normativa vigente, esercita un’arte ausiliaria delle professioni sanitarie è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 2.500 a euro 7.500».

La norma nel prevedere un incremento sanzionatorio pecuniario non desta particolari problemi se non in riferimento all’individuazione delle arti ausiliarie delle professioni sanitarie, sulle quali ci siamo già soffermati¹⁰⁹.

Le arti ausiliarie delle professioni sanitarie sono quelle svolte «in relazione alle attività professionali che possono essere esercitate in possesso di un titolo abilitante o di un altro titolo equipollente. Gli interventi propri di ciascuna arte, sono svolti in via autonoma, o in collaborazione con altre figure sanitarie, in regime di libera professione, o di dipendenza da strutture sanitarie pubbliche e private»¹¹⁰.

Alla sanzione amministrativa pecuniaria si aggiunge, ai sensi del co. 2 dell’art. 141 T.U.L.S., la misura – che può essere inflitta dal prefetto, indipendentemente dal procedimento giudiziario per l’esercizio abusivo di un’arte ausiliaria delle professioni sanitarie – della chiusura temporanea del locale, nel quale l’arte sia stata abusivamente esercitata e il sequestro del materiale destinato all’esercizio di essa; e aggiunge l’ultimo alinea della norma richiamata che il provvedimento del prefetto è definitivo.

9. - La ‘stretta’ sanzionatoria nell’‘attività di mediazione’.

L’art. 12 co. 6, l. n. 3/2018 prevede che: «All’articolo 8, comma 2, della legge 3 febbraio 1989, n. 39, le parole: “siano incorsi per tre volte” sono sostituite dalle seguenti: “siano già incorsi”».

La l. n. 39/ 1989, recante: «Modifiche ed integrazioni alla legge 21 marzo 1958, n. 253, concernente la disciplina della professione di mediatore», e all’art. 8 co. 1 punisce per colui che esercita l’attività di mediazione senza essere iscritto nel ruolo la sanzione amministrativa del pagamento di una somma compresa tra lire un milione e lire quattro milioni ed è tenuto alla restituzione alle parti contraenti delle provvigioni percepite. Il co. 2 dello stesso articolo prevedeva: «A coloro che siano incorsi per tre volte nella sanzione di cui al comma 1, anche se vi sia stato pagamento con effetto liberatorio, si applicano le pene previste dall’articolo 348 del codice penale, nonché l’articolo 2231 del codice civile».

La disposizione del codice civile condiziona l’esercizio di un’attività professionale all’iscrizione in un albo o elenco, e stabilisce che: «la prestazione eseguita da chi non è iscritto non gli dà azione per il pagamento della retribuzione». Secondo la giurisprudenza di legittimità¹¹¹ la prestazione d’opera di natura intellettuale effettuata da chi non sia iscritto nell’apposito albo, in considerazione della nullità assoluta dell’accordo intercorso tra professionista e cliente nonché della conseguente completa

¹⁰⁸ L’art. 141 T.U.L.S. al co. 1 stabiliva: «Chiunque, non trovandosi in possesso della licenza prescritta nell’articolo precedente o dell’attestato di abilitazione, rilasciato a norma delle disposizioni transitorie del presente testo unico, esercita un’arte ausiliaria è punito con la sanzione amministrativa da lire 100.000 a lire 200.000».

¹⁰⁹ V. *supra* § 1.4.

¹¹⁰ Così riportato nei lavori preparatori alla l. n. 3/2018, «Esercizio abusivo di una professione A.C. 2281 Dossier n. 230 - Schede di lettura 20 ottobre 2014», in *Camera dei Deputati. Servizio studi*.

¹¹¹ Cfr. Cass. civ., sent. n. 305 del 1996; id. sent. n. 11947 del 1993, in G. Bellagamba e G. Cariti, *L’esecuzione civile: rassegna giurisprudenziale della normativa sostanziale e processuale*, Milano 2012, 253.

inefficacia del contratto, non attribuisce al professionista azione per il pagamento della retribuzione¹¹². Allo stesso modo è stato sostenuto, nel caso di prestazione d'opera professionale di natura intellettuale effettuata da chi non sia iscritto nell'apposito albo previsto dalla legge, che se l'attività svolta non integra una fattispecie di rilevanza penale – come nell'ipotesi di gestione contabile e fiscale di un'azienda commerciale da parte di un consulente del lavoro – tuttavia non può comportare la validità del relativo contratto di prestazione d'opera intellettuale, con conseguente diritto al compenso, stante l'evidente violazione di norme imperative, attinenti all'ordine pubblico¹¹³. Deve ovviamente trattarsi di atti riservati ad una determinata professione, altrimenti non trova applicazione l'art. 2231 Cc come nell'ipotesi di svolgimento di attività stragiudiziale¹¹⁴.

Dunque dopo le modifiche introdotte dalla l. n. 3/2018, sono sufficienti due infrazioni per la configurabilità della fattispecie incriminatrice di esercizio abusivo di una professione con il relativo carico sanzionatorio.

La locuzione 'attività di mediazione' comprende le figure professionali previste dall'art. 2 co.2. della l. n. 39/1989 e cioè gli agenti immobiliari, gli agenti merceologici e gli agenti muniti di mandato a titolo oneroso. Il mediatore (art. 2 co. 1) che svolge o intende svolgere l'attività, anche in modo discontinuo o occasionale, dev'essere iscritto presso la camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura dove è istituito un ruolo, distinto in tre sezioni, degli agenti di affari in mediazione.

La 'stretta' sanzionatoria cerca di contrastare l'ampia diffusione del fenomeno dell'abusivismo nel settore immobiliare, le cui provvigioni indebitamente percepite dagli agenti 'irregolari' vengono stimati annualmente in 750 milioni di euro¹¹⁵.

In passato era sorto un problema in ordine all'obbligo di iscrizione all'albo ai sensi dell'art. 2 co.4 della l. n. 39/89, nei casi di cd. mediazione atipica. Una recente decisione della giurisprudenza civile¹¹⁶ ha risolto il problema affermando che è consentita accanto alla mediazione ordinaria, una mediazione negoziale cosiddetta atipica, fondata su un contratto a prestazioni corrispettive, con riguardo anche ad una soltanto delle parti interessate (cd. mediazione unilaterale). Ricorre tale ipotesi quando una parte, volendo concludere un singolo affare, incarichi altri di svolgere un'attività funzionale alla ricerca di un persona interessata alla conclusione del medesimo affare a determinate e prestabilite condizioni. Qualora l'oggetto dell'affare concerne beni mobili l'obbligo di iscrizione sussiste solo per chi svolga attività di intermediazione in modo non occasionale e quindi professionale o continuativo ragion per cui il suo svolgimento in difetto di tale condizione esclude, ex art. 6, co.1, della stessa legge, il diritto alla provvigione.

¹¹² Per giurisprudenza consolidata si ritiene la nullità assoluta del contratto di prestazione d'opera professionale di natura intellettuale effettuata da chi non sia iscritto nell'apposito albo, cfr. Cass. civ. 16 ottobre 1995, n. 10769, in *Giur. cost.* 1996, I, 66; Cass. civ., 5/2/1971, n. 306, in *Giur. it.* 1972, I, 1, 621; Cass., 13/2/1976, n. 467, in *Foro it.* 1976, I, p. 2434; Cass., 22/6/1982, n. 3794, in *Giur. it.* 1983, I, 1, 224; sul punto cfr. A. Albanese, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, 141 ss.

¹¹³ Cass. civ., 12/10/2007 n. 21495, in www.laleggepertutti.it; alle stesse conclusioni si perviene in relazione alla legittimità di esperire l'azione generale di arricchimento di cui all'art. 2041 Cc, cfr. sul punto Cass. civ., n. 10937 del 1999, *ivi*. L'esecuzione di una prestazione d'opera professionale di natura intellettuale effettuata da chi non sia iscritto nell'apposito albo previsto dalla legge, dà luogo, ai sensi degli artt. 1418 e 2231 Cc, a nullità assoluta del rapporto tra professionista e cliente, privando il contratto di qualsiasi effetto. Pertanto, il professionista non iscritto in detti albi – e a maggior ragione quello che non sia munito nemmeno della prescritta qualifica professionale per appartenere a categoria del tutto differente, nella specie consulente del lavoro incaricato della gestione contabile e fiscale di un'azienda commerciale – non ha alcuna azione per il pagamento della retribuzione, nemmeno quella sussidiaria di arricchimento senza causa, in tal senso cfr. Cass. civ., 12/10/2007, n. 21495, in *Dir. lav.* 2008, 2102.

¹¹⁴ Cfr. Cass., 30/5/2006, n. 12840, in *Riv. ita. dir. lav.* 2007, 26 ss., con nota di E. Sena, *E' consentito prestare assistenza legale stragiudiziale anche senza iscrizione all'Ordine*, ha ritenuto incensurabile la sentenza di merito che aveva riconosciuto il diritto al compenso per l'attività stragiudiziale svolta dal segretario di un'organizzazione sindacale in favore di un lavoratore nei confronti del datore di lavoro, genericamente qualificata come assistenza sindacale, non avendo peraltro il lavoratore neppure dedotto in quale specifico albo professionale il consulente avrebbe dovuto essere iscritto.

¹¹⁵ Cfr. l'articolo *Pene più severe per i mediatori immobiliari abusivi*, in *Il Sole24ore*, 8 febbraio 2018, in www.ilsole24ore.com

¹¹⁶ Cass. civ., Sez. U., 2/8/2017, n. 19161 in www.laleggepertutti.it.

10. - L'aggiunta...abrogata del comma 7-bis all'art. 9 l. n. 376/2000, in materia di doping.

Nell'ambito delle azioni di contrasto contro il fenomeno del *doping*¹¹⁷ il legislatore della l. n. 3/2018 ha aggiunto all'art. 9 della l. n. 376/2000 (dedicato alle sanzioni penali) il co. 7-bis che così reca: «La pena di cui al comma 7 si applica al farmacista che, in assenza di prescrizione medica, dispensi i farmaci e le sostanze farmacologicamente o biologicamente attive ricompresi nelle classi di cui all'articolo 2, comma 1, per finalità diverse da quelle proprie ovvero da quelle indicate nell'autorizzazione all'immissione in commercio».

Le sostanze vietate sono quelle richiamate nell'art. 2 co. 1, la cui specificazione avviene attraverso l'emanazione di appositi provvedimenti da parte del Ministero della salute¹¹⁸.

L'art. 9 l. 376/2000 disegna una sorta di mini-sistema sanzionatorio prevedendo al co. 1, dopo la clausola di riserva 'salvo che il fatto costituisca più grave reato', la pena della reclusione da tre mesi a tre anni e la multa da lire 5 milioni a lire 100 milioni per «chiunque procura ad altri, somministra, assume o favorisce comunque l'utilizzo di farmaci o di sostanze biologicamente o farmacologicamente attive», a meno che non siano giustificati da condizioni patologiche e non siano in grado di modificare le condizioni psicofisiche o biologiche dell'organismo, al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti, ovvero siano diretti a modificare i risultati dei controlli sull'uso di tali farmaci o sostanze. La norma sanziona il cd. «eterodoping» (vale a dire il procacciamento, la somministrazione, il favoreggiamento dell'impiego di sostanze dopanti, l'adozione di pratiche mediche vietate)¹¹⁹. Il co. 2 dell'art. 9 stabilisce la stessa sanzione per colui che adotta o si sottopone alle pratiche mediche non giustificate da condizioni patologiche ed idonee a modificare le condizioni psicofisiche o biologiche dell'organismo, al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti ovvero dirette a modificare i risultati dei controlli sul ricorso a tali pratiche. In questo secondo caso (cd. «autodoping», vale a dire

¹¹⁷ 1. Per l'art. 1 della l. n. 376/2000 il doping consiste nella «somministrazione di farmaci o di sostanze biologicamente o farmacologicamente attive e l'adozione o la sottoposizione a pratiche mediche non giustificate da condizioni psico-fisiche o biologiche dell'organismo al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti o idonee a modificare i risultati dei controlli antidoping. 2. Costituiscono doping la somministrazione o l'assunzione di farmaci o di sostanze biologicamente o farmacologicamente attive e l'adozione o la sottoposizione a pratiche mediche non giustificate da condizioni patologiche ed idonee a modificare le condizioni psicofisiche o biologiche dell'organismo al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti. 3. Ai fini della presente legge sono equiparate al *doping* la somministrazione di farmaci o di sostanze biologicamente o farmacologicamente attive e l'adozione di pratiche mediche non giustificate da condizioni patologiche, finalizzate e comunque idonee a modificare i risultati dei controlli sull'uso dei farmaci, delle sostanze e delle pratiche indicati nel co. 2». Nel contesto di un'ampia letteratura sul doping con particolare riferimento ai risvolti penalistici anche a tutela della salute, senza pretese di completezza, si rinvia ai contributi di A. Vallini, *Doping. L. 14.12.2000, n. 376. Disciplina della tutela sanitaria delle attività sportive e della lotta contro il doping*, in *LP* 2001, 650 ss.; Id., *Doping*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F. Palazzo e C.E. Paliero, Padova 2007²-1739 ss.; G. Marra, *Tutela della salute umana ed etica sportiva nella nuova legge contro il doping. Profili penalistici*, in *Cass. pen.* 2001, 2851 ss.; A. Di Martino, *Giuoco corrotto, giuoco corruttore: due problemi penali dell'homo ludens*, in *Scritti in onore di Antonio Cristiani*, Torino 2001, 239 ss.; G. Ariolli e V. Bellini, *Disposizioni penali in materia di doping*, Milano 2005, 125 ss.; S. Bonini, *Doping e diritto penale*, Padova 2006, *passim*; L. Fornari, *Frode sportiva e doping*, in *Diritto penale*, a cura di F. Giunta, Milano 2008, 771 ss.; S. Beltrani, *La somministrazione e l'assunzione di sostanze dopanti nello sport*, in *Cass. pen.* 2008, 2086 ss.; C. Ruga Riva, *Doping*, in *Diritto penale. Parte speciale. Tutela della persona*, a cura di D. Pulitanò, Milano, I, 2011, 93 ss.; A. Gargani, *Reati*, cit., 640 ss.

¹¹⁸ Per l'individuazione delle sostanze dopanti veniva emanato il d.m. 15 ottobre 2002 recante: «*Approvazione della lista dei farmaci, sostanze biologicamente o farmacologicamente attive e delle pratiche mediche, il cui impiego è considerato doping, ai sensi della legge 14 dicembre 2000, n. 376*». Si tratta di un elenco aggiornato di anno in anno che tiene conto delle indicazioni della WADA (*World Anti-Doping Agency*). Recentemente, 16 aprile 2018, è stato emanato il d.m.: «*Revisione della lista dei farmaci, delle sostanze biologicamente o farmacologicamente attive e delle pratiche mediche, il cui impiego è considerato doping, ai sensi della legge 14 dicembre 2000, n. 376*», i cui allegati contengono una lunghissima lista (articolata per elementi dopanti e procedure d'uso distinguendo competizioni e sport) delle sostanze e metodi proibiti in vigore dal 1° gennaio 2018 (all. I), i criteri di predisposizione e di aggiornamento della lista delle classi dei farmaci, delle sostanze biologicamente e farmacologicamente attive e delle pratiche, il cui impiego è considerato vietato per doping (all. II), le classi vietate e l'elenco in ordine alfabetico dei principi attivi vietati e dei relativi medicinali (all. III).

¹¹⁹ Cfr. S. Bonini, *Doping tra sanzione penale e giustizia sportiva: il ruolo discriminante del dolo specifico*. *Trib. Torino*, ud. 6 luglio 2012 (dep. 3 ottobre 2012), *Giud. Marra*, in *www.penalecontemporaneo.it* 2013, 2, 157.

l'assunzione di sostanze dopanti o la sottoposizione a pratiche mediche vietate) secondo una parte della dottrina si tratta di una pratica vietata circoscritta allo sport professionistico¹²⁰.

Diverso il regime sanzionatorio previsto dal co. 7 dell'art. 9 che punisce con la reclusione da due a sei anni e con la multa da lire 10 milioni a lire 150 milioni chiunque commercia i farmaci e le sostanze farmacologicamente o biologicamente attive attraverso canali diversi dalle farmacie aperte al pubblico, dalle farmacie ospedaliere, dai dispensari aperti al pubblico e dalle altre strutture che detengono farmaci direttamente, destinati alla utilizzazione sul paziente. Chiara la volontà del legislatore di punire più gravemente colui che fa 'commercio' di sostanza vietate rispetto a colui che se le procura o ne fa uso¹²¹.

La *ratio* può essere rinvenuta nella scelta del di punire con la sanzione più severa il farmacista che dispensa (*rectius*, vende) i farmaci e le sostanze vietate. Il farmacista, che 'commercia' prodotti dopanti senza alcuna autorizzazione in assenza del nuovo comma, veniva punito con le sanzioni di cui all'art. 9 co. 1 della l. n. 376/2000, e cioè con la pena della reclusione da tre mesi a tre anni e con la multa da lire 5 milioni a lire 100 milioni. Si trattava di un soggetto 'istituzionalizzato' a dispensare farmaci secondo prescrizioni mediche che finiva per 'stravolgere' la professione (essendo quella del farmacista un'attività rientrante nell'ampio *genus* delle professioni sanitarie, di cui al T.U.L.S) vendendo alla generalità dei praticanti sport, senza alcuna distinzione di livello competitivo, sostanze dopanti. A rimarcare la pericolosità della condotta interviene il co. 4 dell'art. 9 che aggiunge l'interdizione temporanea dall'esercizio della professione qualora il fatto sia commesso «da chi esercita una professione sanitaria».

Mentre stavamo svolgendo ulteriori osservazioni sull'aggiunta del co. 7-*bis* è intervenuto il d.lgs. 1 marzo 2018 n. 21 recante «*Disposizioni di attuazione del principio di delega della riserva di codice nella materia penale a norma dell'articolo 1, comma 85, lettera q), della legge 23 giugno 2017, n. 103*», che introduce l'art. 586-*bis* c.p.¹²². L'art. 7 co. 1 lett. n) dello stesso provvedimento abroga interamente

¹²⁰ Cfr. S. Bonini, *Doping tra*, cit., 157.

¹²¹ Cass., 20/2/2003, n. 17322, in *www.neldiritto.it*, cfr. inoltre, Cass., 9/10/2003, n. 7081; Cass., 27/2/2007, n. 21092, Cass., 11/3/2010, n. 12744, *ivi*, secondo cui il reato di commercio abusivo di sostanze dopanti è finalizzato alla protezione della salute di coloro che partecipano alle manifestazioni sportive.

¹²² Si riporta il testo del nuovo art. 586-*bis* c.p. recante: «*Utilizzo o somministrazione di farmaci o di altre sostanze al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti*»:

1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da tre mesi a tre anni e con la multa da euro 2. 582 a euro 51.645 chiunque procura ad altri, somministra, assume o favorisce comunque l'utilizzo di farmaci o di sostanze biologicamente o farmacologicamente attive, ricompresi nelle classi previste dalla legge, che non siano giustificati da condizioni patologiche e siano idonei a modificare le condizioni psicofisiche o biologiche dell'organismo, al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti, ovvero siano diretti a modificare i risultati dei controlli sull'uso di tali farmaci o sostanze.

2. La pena di cui al primo comma si applica, salvo che il fatto costituisca più grave reato, a chi adotta o si sottopone alle pratiche mediche ricomprese nelle classi previste dalla legge non giustificate da condizioni patologiche ed idonee a modificare le condizioni psicofisiche o biologiche dell'organismo, al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti ovvero dirette a modificare i risultati dei controlli sul ricorso a tali pratiche.

3. La pena di cui al primo e secondo comma è aumentata:

a) se dal fatto deriva un danno per la salute;

b) se il fatto è commesso nei confronti di un minorenni;

c) se il fatto è commesso da un componente o da un dipendente del Comitato olimpico nazionale italiano ovvero di una federazione sportiva nazionale, di una società, di un'associazione o di un ente riconosciuti dal Comitato olimpico nazionale italiano.

4. Se il fatto è commesso da chi esercita una professione sanitaria, alla condanna consegue l'interdizione temporanea dall'esercizio della professione.

5. Nel caso previsto dal terzo comma, lettera c), alla condanna consegue l'interdizione permanente dagli uffici direttivi del Comitato olimpico nazionale italiano, delle federazioni sportive nazionali, società, associazioni ed enti di promozione riconosciuti dal Comitato olimpico nazionale italiano.

6. Con la sentenza di condanna è sempre ordinata la confisca dei farmaci, delle sostanze farmaceutiche e delle altre cose servite o destinate a commettere il reato.

7. Chiunque commercia i farmaci e le sostanze farmacologicamente o biologicamente attive ricompresi nelle classi indicate dalla legge, che siano idonei a modificare le condizioni psicofisiche o biologiche dell'organismo, al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti ovvero idonei a modificare i risultati dei controlli sull'uso di tali farmaci o sostanze, attraverso canali diversi dalle farmacie aperte al pubblico, dalle farmacie ospedaliere, dai dispensari aperti al pubblico e dalle

l'art. 9 della l. n. 376/2000 e con esso il co. 7-*bis* che – nonostante i diversi proclami rinvenibili nelle pagine *web* di aver aggravato il regime sanzionato per alcuni comportamenti illeciti posti in essere da determinati soggetti – ha così vissuto solo 50 giorni. Dopo l'abrogazione il comportamento del farmacista che dispensa illecitamente i farmaci dopanti ricade sotto la più generale previsione dell'art. 586-*bis* c.p. Qualunque ulteriore approfondimento appare superfluo a fronte del repentino cambiamento operato del legislatore che, evidentemente, procede senza un razionale disegno d'insieme, e finisce per applicare, impropriamente, la regola evangelica¹²³: «Non sappia la tua sinistra ciò che fa la tua destra».

altre strutture che detengono farmaci direttamente destinati alla utilizzazione sul paziente, è punito con la reclusione da due a sei anni e con la multa da euro 5.164 a euro 77.468»

¹²³ Matteo 6,1-6.16-18