

**Cassazione Penale - Sez. VI, Sent. n. 35813 del 28/09/2007.**

omissis

Svolgimento del processo

1. Con la sentenza impugnata il Giudice per l'udienza preliminare del Tribunale di Firenze, in sede di giudizio abbreviato, ha assolto B.L., B.E., C.S., M.C. P., R.E. e V.A. dal reato di abuso d'ufficio perchè il fatto non costituisce reato.

Alle imputate era stato contestato il reato di cui all'art. 323 c.p., perchè, in qualità di ostetriche in servizio presso l'Azienda Ospedaliera Universitaria di X, in diverse occasioni, ricomprese tra il 1999 e il 2003, avevano svolto in modo continuativo attività libero - professionale, accompagnando ed assistendo donne in travaglio di parto con elargizione di un compenso. Tale attività sarebbe stata compiuta in violazione della normativa sull'esercizio dell'attività libero - professionale in ambito ospedaliero, con utilizzo di risorse della struttura pubblica.

2. Il giudice di merito, dopo un'analisi sulla situazione normativa che disciplina la materia con riferimento alla figura delle ostetriche, ha ritenuto di dover scagionare le imputate sotto il profilo della mancanza dell'elemento soggettivo, in quanto sarebbero incorse in un errore scusabile circa la possibilità di svolgere attività libero - professionale all'interno della struttura ospedaliera, errore determinato dall'esistenza di una prassi diffusa, tollerata dalla stessa dirigenza dell'Azienda ospedaliera, circa la possibilità di porre in essere tale attività di assistenza fiduciaria a pagamento, che ha trovato anche riscontro in alcuni atti organizzativi generali, tra cui la circolare del 14 agosto 2002, che consente alle ostetriche dipendenti di essere presenti in sala parto, nella qualità di ostetriche di fiducia, anche se pone il divieto di compiere manovre assistenziali dirette, nonchè in alcune pratiche riferite da medici (Dottorssa L.G.), come quella di procedere alla compilazione di schede cliniche che prevedevano l'indicazione dell'ostetrica di fiducia.

In conclusione, il G.u.p. ritiene che il comportamento delle imputate sia stato indotto dal fatto positivo altrui che ha ingenerato un errore che deve essere considerato scusabile ai sensi dell'art. 5 c.p., come riletto dalla sentenza n. 364/1988 della Corte costituzionale, pervenendo al proscioglimento ai sensi dell'art. 530 c.p.p., comma 2, in quanto la prova non sarebbe idonea a sostenere l'accusa in giudizio.

3. Contro questa decisione hanno proposto ricorso per cassazione il procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Firenze e l'Azienda Ospedaliera di X, costituitasi parte civile.

3.1. Il procuratore della Repubblica deduce, con il primo motivo, la violazione dell'art. 323 c.p., in relazione al D.P.R. 27 marzo 1969, n. 130, art. 4, e D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, art. 4. In particolare, nel ricorso si ritiene che il giudice di merito abbia erroneamente fatto discendere dall'inesistenza di una specifica norma che vieti l'attività professionale privata delle ostetriche dipendenti da enti ospedalieri l'esistenza di un quadro normativo confuso, mentre dal complesso delle disposizioni che disciplinano la materia risulta pacifico il principio secondo cui qualsiasi attività libero - professionale intra - moenia debba essere specificamente autorizzata. Inoltre, un'ulteriore conferma è rappresentata dalla Delib. 7 aprile 1997, n. 376, della Giunta della Regione Toscana, che consente solo al personale della dirigenza sanitaria lo svolgimento dell'attività libero - professionale, peraltro ribadendo comunque la necessità dell'autorizzazione.

Sotto altro profilo la sentenza viene censurata per l'erronea applicazione dell'art. 5 c.p., in quanto nella specie l'ignoranza della legge penale era non solo evitabile, avendo potuto le imputate informarsi presso i dirigenti dell'Azienda, ma esiste la prova della conoscenza di tale divieto, dal momento che sapevano che per svolgere tale attività avrebbero dovuto richiedere il rapporto di lavoro part-time, così come avevano fatto alcune loro colleghe.



Viene inoltre criticato il rilievo attribuito alla circolare del 14 agosto 2002 e alla presunta "tolleranza" che la dirigenza avrebbe avuto dinanzi all'attività privata svolta dalle ostetriche. Quindi, si deduce la contraddittorietà e illogicità manifesta della motivazione che, dopo aver negato la sussistenza di uno specifico divieto normativo, assolve le imputate per errore sulla legge, evidenziando in questo modo il convincimento dell'esistenza di un preciso divieto che una non meglio definita prassi ha contribuito a far dimenticare.

3.2. Nel suo ricorso la parte civile deduce violazione di legge per l'erronea applicazione degli artt. 125 e 425 c.p.p., nonché violazione di legge dell'art. 5 c.p., e vizio di motivazione. In particolare, viene ribadito il divieto da parte della normativa sul pubblico impiego della prestazione libero - professionale individuale, sostenendo che la mancanza di una disciplina specifica per le ostetriche è un argomento che non intacca il principio.

Si censura la rilevanza che la sentenza ha attribuito alla circolare, segnalando che si tratta di un atto emesso nel 2002, mentre le condotte contestate alle imputate sono state realizzate anche in epoca precedente. In ogni caso, il giudice avrebbe equivocato il senso della circolare stessa, che non faceva altro se non ribadire il divieto di attività libero - professionale, così come la Delib. 7 giugno 2004, n. 555, della Regione Toscana, che ha affermato che "non è previsto per le ostetriche dipendenti la possibilità d'esercitare attività libero professionale".

Inoltre, si rileva che la sentenza non abbia tenuto in debito conto alcune circostanze, tra cui quella relativa al fatto che le imputate hanno garantito al momento dell'accordo con le pazienti una diretta assistenza sanitaria e terapeutica, che tale servizio è stato reso, in alcuni casi, durante l'orario di lavoro, che nell'espletamento di questa attività sono stati usati beni di pertinenza pubblica, quali le strutture medicali e diagnostiche, i presidi medici chirurgici e lo stesso "tempo di lavoro", con conseguente danno per l'Azienda Ospedaliera, anche dal punto di vista dell'immagine.

4. Con memoria depositata il 4 giugno 2007 le imputate B., V., B.E., C. e M., tramite i rispettivi difensori, hanno chiesto la conferma dell'impugnata sentenza, alle cui conclusioni hanno pienamente aderito.

Motivi della decisione

5. La circostanza che le imputate abbiano svolto attività libero- professionale all'interno dell'ospedale X non è oggetto di contestazione e del resto ciò viene dato per scontato dalla stessa sentenza; inoltre, il giudice sebbene in maniera apparentemente contraddittoria, alla fine ha riconosciuto che la condotta delle ostetriche è stata posta in essere in violazione di una norma di legge, ritenendo così realizzata, almeno dal punto di vista materiale, l'ipotesi criminosa prevista dall'art. 323 c.p., tanto è vero che l'assoluzione viene giustificata per la carenza dell'elemento soggettivo, o meglio per l'insufficienza o contraddittorietà degli elementi di prova a sostegno della sussistenza del dolo intenzionale (art. 530 c.p.p., comma 2). Secondo la decisione in oggetto le imputate sarebbero state indotte alla condotta contestata dal fatto positivo altrui, che avrebbe ingenerato in loro un errore scusabile circa la possibilità di svolgere l'attività libero-professionale all'interno della struttura ospedaliera. Tale errore sarebbe derivato dall'esistenza di una prassi diffusa all'interno dell'Ospedale, tollerata dalla dirigenza che avrebbe anche emanato circolari - ad esempio quella del 14 agosto 2002 - quantomeno equivocate circa la possibilità di svolgere tale tipo di attività.

In sostanza, il G.U.P. ha ritenuto di poter "giustificare" la condotta delle imputate sulla base del principio di affidamento in relazione all'atteggiamento della stessa dirigenza dell'ospedale, che avrebbe ingenerato l'errore scusabile ai sensi dell'art. 5 c.p., così come riletto dalla Corte costituzionale.

6. Le parti ricorrenti censurano anche la parte della sentenza riguardante l'individuazione della



normativa violata dalla condotta abusiva delle imputate, assumendo che il giudice sia incorso in una violazione di legge là dove afferma l'esistenza di un vuoto normativo in materia.

Dalla lettura della sentenza sembrerebbe che il riferimento al "vuoto normativo" sia funzionale a giustificare la carenza dell'elemento soggettivo in capo alle imputate, evidenziando così una certa difficoltà nell'interpretazione della normativa di settore, più che a negare l'avvenuta violazione di una norma di legge. E' vero tuttavia che la sentenza non indica la normativa che sarebbe stata disattesa, anche se nel momento in cui riconosce che "non esiste una norma sulla possibilità per le ostetriche di esercitare l'attività libero-professionale all'interno della struttura ospedaliera" sembrerebbe affermare, seppure indirettamente, che la condotta delle imputate sia stata posta in essere quantomeno in carenza di una specifica disposizione che a ciò le autorizzasse.

Di fronte a questa contraddittoria impostazione argomentativa della sentenza, che per dimostrare l'esistenza di un'incertezza interpretativa e applicativa della normativa, evita di portare a compimento l'esame di uno dei presupposti del reato di abuso d'ufficio, appare necessario in questa sede - anche tenendo conto che, come si è detto, l'assoluzione è stata pronunciata in relazione ad una ritenuta carenza delle prove riguardanti l'elemento soggettivo - puntualizzare che nella specie la normativa violata dalle condotte oggetto di contestazione è individuabile nel D.P.R. 27 marzo 1969, n. 130, art. 26, (nonchè nel D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, art. 4), avente ad oggetto i doveri e le ipotesi di incompatibilità dei dipendenti ospedalieri, categoria nella quale devono essere collocate le imputate.

Tale disposizione, che prevede che il dipendente ospedaliero pubblico non possa assumere incarichi da privati, ha una portata generale in quanto incide sullo status del dipendente stesso, con la conseguenza che in assenza di una specifica disposizione che consenta l'esercizio dell'attività libero - professionale all'interno della struttura pubblica, questa deve intendersi non consentita.

Inoltre, il rilevato "vuoto normativo", riferito al fatto obiettivo della mancanza di una disciplina sull'esercizio dell'attività libero - professionale da parte delle ostetriche, non consente alcuna applicazione analogica di norme o disposizioni dedicate ad altre professionalità sanitarie o parasanitarie in materia di attività intramurarie. Per alcune figure professionali ospedaliere è infatti prevista la possibilità di svolgere tale attività, subordinata all'esistenza di specifiche autorizzazioni (L. 30 dicembre 1991, n. 412; D.L. 20 giugno 1997, n. 175, convertito ...), ma nè la disciplina statale, nè la normativa regionale fanno riferimento alla categoria delle ostetriche. In particolare, la delibera n. 376 del 7 aprile 1997 della Giunta della Regione Toscana prevede che "lo svolgimento dell'attività libero professionale intramurale sia (...) consentito esclusivamente al personale della dirigenza sanitaria che abbia optato per tale modalità di esercizio dell'attività libero professionale". Peraltro, dalla complessiva lettura della normativa in materia emerge il principio che in materia di attività intramuraria l'attività libero professionale, là dove sia consentita, debba comunque essere autorizzata.

In conclusione, come già risulta - sebbene in modo non del tutto piano - dalla sentenza impugnata, deve riconoscersi che le imputate, nello svolgimento del pubblico servizio, hanno indebitamente esercitato un'attività libero - professionale intramuraria in violazione di norme di legge, così come richiesto dall'art. 323 c.p., attività consistita nel prestare assistenza privata e remunerata al travaglio e al parto di puerpere ricoverate presso l'ospedale X. 7. Peraltro, la sentenza non si è spinta ad esaminare compiutamente la sussistenza di un altro elemento che contribuisce a realizzare la fattispecie del reato di abuso d'ufficio, cioè l'ingiusto vantaggio patrimoniale conseguito dalle imputate e rappresentato, nella specie, dalle somme ottenute come corrispettivo versato dalle pazienti per l'assistenza indebita prestata. L'esclusione dell'elemento soggettivo del reato ha avuto



come effetto quello di limitare l'analisi di altri requisiti della fattispecie, ritenendoli implicitamente presenti, anche perchè non oggetto di contestazione.

Infatti, risulta pacifico che le imputate abbiano ricevuto somme di denaro per le loro prestazioni indebite, dovendo escludersi che il comportamento abusivo abbia procurato un vantaggio conforme al diritto, anche in considerazione del fatto che tale attività di assistenza risulta essere stata realizzata utilizzando risorse della struttura pubblica e, in taluni casi, durante l'orario di servizio.

Circostanze quest'ultime sicuramente idonee a realizzare l'ingiustizia del vantaggio patrimoniale conseguito ovvero del danno arrecato, anche sulla base di quella giurisprudenza che, in casi analoghi, individua la vera sostanza dell'ingiustizia nell'uso illegittimo delle attrezzature dell'ufficio pubblico e nella distrazione di ore di lavoro da parte del pubblico dipendente (Sez. 6, 27 giugno 2006, n. 35381, Moro).

8. Per quanto riguarda la ritenuta carenza dell'elemento soggettivo del reato le conclusioni della sentenza appaiono non solo frutto di una erronea applicazione dell'art. 5 c.p., ma anche basate su una motivazione intrinsecamente contraddittoria.

Preliminarmente, deve rilevarsi che il giudice di merito non ha fatto alcuna menzione all'art. 47 c.p., consapevole del consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui per legge diversa dalla penale si intende, ai sensi dell'articolo da ultimo citato, quella destinata in origine a regolare rapporti giuridici di carattere non penale e non esplicitamente incorporata in una norma penale o da questa non richiamata, anche implicitamente, per cui viene considerato errore sulla legge penale, e quindi inescusabile, sia quello che cade sulla struttura del reato, sia quello che incide su norme, nozioni e termini propri di altre branche del diritto, introdotte nella norma penale a integrazione della fattispecie criminosa (Sez. 6, 18 novembre 1998, n. 7817, Benanti; Sez. 6, 19 dicembre 2000, n. 5117, Aliberti; Sez. 4, 30 ottobre 2003, n. 14819, Tomassoni); ed infatti con riferimento al reato di abuso d'ufficio si è precisato che le disposizioni legislative che disciplinano l'operato e i doveri delle varie tipologie di pubblici ufficiali o incaricati di pubblici servizi non hanno natura di norme extrapenali, poiché l'art. 323 c.p., obbligando al rispetto delle leggi e dei regolamenti nell'esercizio del pubblico ufficio, recepisce le regole riguardanti l'attività dei singoli pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio.

Per questa ragione l'assoluzione delle imputate è stata messa direttamente in relazione con l'art. 5 c.p., ritenendo che le ostetriche siano state indotte in un errore scusabile dal fatto positivo altrui, rappresentato, come si è visto, da una prassi diffusa e tollerata dalla dirigenza ospedaliera che consentiva loro l'attività libero-professionale intramuraria.

Tuttavia, una tale ricostruzione e applicazione dell'art. 5 c.p., anche dopo la rilettura che ne ha fatto la Corte costituzionale con la nota sentenza n. 364/1988, non appare corretta in rapporto alle fattispecie in esame.

La giurisprudenza di questa Corte ha tracciato i limiti della rilevanza dell'errore inevitabile a seguito della citata sentenza n. 364/1988, precisando che l'ignoranza della legge penale scusa l'autore dell'illecito, che sia un comune cittadino, ogni qualvolta egli abbia assolto, con il criterio dell'ordinaria diligenza, al cosiddetto "dovere di informazione", attraverso l'espletamento di qualsiasi utile accertamento, per conseguire la conoscenza della legislazione vigente in materia;

ma un tale obbligo informativo diviene particolarmente rigoroso per coloro che svolgono professionalmente una determinata attività, i quali rispondono dell'illecito anche in virtù di una culpa levis nello svolgimento dell'indagine giuridica (Sez. un., 10 giugno 1994, n. 8154, P.G. in proc. Calzetta; Sez. 6, 22 marzo 2000, n. 6776, Fanara). In sostanza, non è possibile invocare l'ignoranza della legge penale da parte di chi è professionalmente inserito in un campo di attività collegato alla materia disciplinata dalla legge integratrice del precetto penale e nonostante ciò non si



uniformi alle regole di settore per lui facilmente conoscibili a ragione dell'attività professionale svolta (Sez. 3, 15 aprile 2004, n. 22813, Ferri).

E' vero che talvolta si è ritenuta scusabile l'ignoranza della legge penale in presenza di un comportamento positivo degli organi amministrativi o di un complessivo pacifico orientamento giurisprudenziale, da cui l'agente abbia tratto il convincimento della correttezza dell'interpretazione normativa e, conseguentemente, della liceità del comportamento tenuto; tuttavia, allo stesso tempo, si è precisato che in caso di giurisprudenza non conforme o di oscurità del dettato normativo sulla regola di condotta da seguire non sia possibile invocare la condizione soggettiva di ignoranza inevitabile, atteso che in caso di dubbio si determina l'obbligo di astensione dall'intervento, nonchè di espletamento di qualsiasi utile accertamento per conseguire la corretta conoscenza della legislazione vigente in materia (Sez. 3, 16 aprile 2004, n. 28397, P.G. in proc. Giordano; Sez. 3, 17 dicembre 1999, n. 4951, Del Cuore; Sez. 6, 6 dicembre 1996, n. 1632, Manzi).

Nel caso di specie non sussiste alcuna delle condizioni indicate idonee a rendere scusabile l'ignoranza della legge penale. Secondo la sentenza impugnata nell'Ospedale di X si sarebbe instaurata una "prassi diffusa", "un vero e proprio sistema" che consentiva alle ostetriche di accompagnare le pazienti in sala parto e di assisterle "privatamente", routine questa che sarebbe stata da tutti risaputa e conosciuta, nonchè "tollerata" dalla dirigenza dell'ospedale: tale situazione, che sarebbe stata avallata, seppure implicitamente, dalla circolare del 14 agosto 2002, avrebbe inciso sull'elemento soggettivo delle imputate, inducendole in errore per avere incolpevolmente fatto "affidamento sul fatto positivo altrui".

Si tratta di una ricostruzione dei fatti contraddetta da quanto riferisce la stessa sentenza là dove riporta le dichiarazioni di alcuni sanitari e di alcuni medici, nonchè viziata nelle conclusioni nella misura in cui non tiene conto che i soggetti coinvolti non sono "semplici cittadini", ma personale specializzato e professionale, inserito in un rapporto di pubblico impiego nell'ambito di un servizio pubblico diretto a tutelare la salute dei singoli.

Dalla stessa sentenza risulta come sul problema dell'attività libero - professionale da parte delle ostetriche dipendenti vi fossero prese di posizioni e interpretazioni tutt'altro che univoche nel senso della possibilità di svolgimento di tale attività all'interno della struttura ospedaliera. Così, secondo il direttore sanitario dell'azienda ospedaliera (Dott. D.) le ostetriche non avrebbero potuto esercitare alcun tipo di attività libero professionale intramuraria; dello stesso parere risultava essere anche il dirigente medico del presidio dell'A.s.l. di X (Dott. T.), nonchè il direttore medico dello stesso presidio (Dott. N.), che ha escluso che le ostetriche potessero svolgere attività libero - professionale individuale, ritenendo tuttavia che fosse consentita se svolta in equipe, previa autorizzazione. Sempre dalla sentenza impugnata si apprende che il direttore amministrativo dell'ospedale (Dott. CA.) avrebbe emanato un provvedimento - anche a firma del direttore sanitario, Dott. D. - in cui si distingueva tra attività libero - professionale individuale o in equipe, riferita però esclusivamente al personale medico e alle professionalità della dirigenza del ruolo sanitario (farmacisti, biologi, fisici, chimici, psicologi, odontoiatri), senza ricomprendervi la categoria delle ostetriche.

Anche riconoscendo l'esistenza di una "prassi diffusa" o, addirittura, di un "vero e proprio sistema" che consentiva alle ostetriche di svolgere attività libero - professionale, deve ritenersi che si sia trattato di una prassi e di un sistema non solo *contra legem*, ma in aperta contraddizione con quella che sembra essere stata l'interpretazione che gli stessi vertici amministrativi e tecnici dell'azienda ospedaliera davano del problema, cioè con la politica amministrativa da essi espressa. Infatti, la sentenza parla di prassi nota e tollerata, ma non risulta chiaro se tale atteggiamento "tollerante" fosse rinvenibile negli stessi organi di vertice dell'azienda, anzi stando alle dichiarazioni riportate nella motivazione sembrerebbe che ciò debba essere escluso.



D'altra parte, la stessa circolare del 14 agosto 2002, che viene utilizzata dal G.U.P. per dimostrare l'esistenza del "sistema", non appare così univocamente rivolta a consentire l'effettuazione dell'attività libero - professionale, dal momento che la sentenza ne riporta letture e interpretazioni contrastanti da parte di medici, che escludono che il provvedimento fosse diretto anche alle ostetriche dipendenti (Dott.ri S. e M.).

Da quanto precede e, soprattutto, dai dati di fatto riportati nella sentenza impugnata emerge una situazione in cui una prassi diffusa si sarebbe inserita in un contesto giuridico amministrativo, se non contrario, sicuramente incerto in ordine alla possibilità che le ostetriche dipendenti potessero realizzare le attività che sono state loro contestate: dinanzi a tale incertezza le imputate, proprio in quanto soggetti svolgenti un'attività professionale sanitaria di rilievo pubblico, in una pubblica struttura, avrebbero dovuto astenersi dallo svolgere qualunque forma di assistenza privata remunerata, acquisendo semmai le necessarie informazioni e assicurazioni, quanto meno dalla dirigenza amministrativa e tecnica dell'ospedale e della A.s.l., circa la legittimità di una tale attività, ponendo in essere così quell'onere informativo che avrebbe potuto rendere scusabile l'errore sulla legge penale.

Ma di tale dovere informativo non vi è alcuna traccia nella sentenza.

Il ricorso alla formula assolutoria sull'elemento soggettivo, sotto il profilo dell'errore scusabile in relazione ad una situazione di ritenuta incertezza probatoria, non doveva prescindere da un tale accertamento, rilevante proprio ai fini dell'applicazione dell'art. 5 c.p., come reinterpretato dalla Corte costituzionale. Si è visto, infatti, come per coloro i quali svolgono professionalmente una determinata attività, esiste un "dovere di informazione" particolarmente rigoroso, tanto che essi rispondono anche in caso di culpa levis nello svolgimento dell'indagine giuridica e, quindi, nella interpretazione delle leggi.

Peraltro, le situazioni di "dubbio" interpretativo potrebbero rendere scusabile l'errore sulla legge penale qualora le possibili soluzioni in campo conducano comunque al rischio dell'incriminazione, sia nel caso di compimento dell'azione, che di mancato compimento della stessa, ma nell'ipotesi in esame - fermo restando che appare incerta e contraddittoria la stessa esistenza di comportamenti positivi degli organi amministrativi da cui le imputate avrebbero tratto il convincimento della correttezza e liceità del loro comportamento - le imputate avrebbero sicuramente evitato di incorrere nella violazione della legge penale semplicemente astenendosi dal porre in essere quei comportamenti di incerta rilevanza, conformandosi così ad un atteggiamento di prudenza e di rispetto della legalità che deve sempre essere presente nelle condotte dei cittadini e ancor più di coloro che sono pubblici impiegati o comunque addetti ad un pubblico servizio.

9 Infine, deve pure evidenziarsi che l'analisi sul dolo è stata effettuata cumulativamente e indistintamente, senza operare alcuna verifica caso per caso, in relazione ai diversi soggetti, non potendo escludersi l'esistenza di atteggiamenti psichici differenti in relazione a diverse situazioni soggettive. D'altra parte, non risulta presa in considerazione, neanche ai fini della sussistenza dell'elemento soggettivo, la circostanza relativa alle concrete modalità delle condotte poste in essere, se cioè tali attività assistenziali private siano state poste in essere durante o fuori l'orario di lavoro e se siano state utilizzate o meno strutture o strumenti dell'ospedale.

10. In conclusione, i ricorsi devono essere accolti e la sentenza impugnata deve essere annullata con rinvio al Tribunale di Firenze - in diversa composizione ai sensi dell'art. 623 c.p.p., lett. d), perchè provveda ad un nuovo giudizio che tenga conto dei criteri interpretativi e dei principi di diritto che si sono indicati.



S.I.Ve.M.P

Cassazione Penale Sentenza n. 35813/07

P.Q.M.

Annulla la sentenza impugnata e rinvia al Tribunale di Firenze per nuovo giudizio.

Così deciso in Roma, il 21 giugno 2007.

Depositato in Cancelleria il 28 settembre 2007