

## Il recente approdo della Corte di cassazione sull'art.328, comma I, cp: il diritto vivente stravolge il senso della lettera?

**Autore:** Berruti Laura Viola

**In:** Giurisprudenza commentata

La Corte d'appello di Catania, con sentenza del 01.07.2014, confermava la condanna di C.G. in relazione al reato di cui all'art. 328 c.p. , comma 1, pronunciata dal Tribunale di Modica per l'omessa compilazione a cura del primario responsabile del reparto di ortopedia dell'ospedale, di un rilevante numero di cartelle cliniche.

Avverso tale sentenza proponevano ricorso i difensori di C.G. assumendo mancanti nella fattispecie gli elementi costitutivi del reato di cui all'art. 328 c.p. , comma 1, che si ritiene impropriamente contestato in ragione dell'assenza di una norma imperativa che impone di redigere la cartella clinica di cui, tra l'altro, se ne contesta la natura pubblica. In ogni caso, parte ricorrente afferma essere un atto rimesso alla competenza di vari professionisti chiamati progressivamente ad intervenire e sulla cui stesura il primario si limita esclusivamente a sovrintendere senza, per ciò solo, dovergli attribuire la responsabilità.

Viene, altresì, contestato il mancato inquadramento della fattispecie nell'art. 328 c.p.p., capoverso, non ritenendosi sussumibile nel primo comma la cartella clinica quale atto a rilevanza interna della P.a. non urgente da rilasciare entro 30 gg dalla richiesta - come specificato nelle prescrizioni amministrative del nosocomio.

La Corte di cassazione accoglie parzialmente il ricorso.

## COMMENTO

La Corte di cassazione[1], nel delineare i confini tra i due commi dell'art. 328 cp, conferma un'interpretazione che potrebbe apparire un travalico del senso letterale.

La quaestio iuris sottoposta agli Ermellini è sorta in seguito alla condanna - in entrambi i gradi di giudizio -, ai sensi dell'art. 328, c. I, cp per l'omessa redazione di un numero rilevante di cartelle cliniche.

In primis, la Corte di legittimità conferma i dettami della costante giurisprudenza, riconoscendo la natura di atto pubblico alla cartella clinica.

Ecco, quindi, avvalorata la natura pubblicistica di un atto che esplica la funzione di diario del decorso della malattia e di altri fatti clinici rilevanti, con riferimento alla sua provenienza dal pubblico ufficiale e ai fatti da questi attestati come avvenuti in sua presenza[2].

Non può sconcertare tale orientamento posto che, in linea generale, il diritto vivente riconosce tale natura a tutti quegli atti e documenti redatti da pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni e finalizzati a provare il compimento di un'attività posta in essere dallo stesso pubblico ufficiale o da un terzo alla sua presenza[3].

Fuor di dubbio rimane la responsabilità del capo del reparto, in specie del Primario, per il definitivo accertamento sulla completezza e regolarità perché, nonostante sia palesemente un documento a formazione progressiva da parte di più professionalità sanitarie che entrano in contatto con il paziente, è quest'ultimo che ne attesta la definitiva e ufficiale compilazione, una volta sottoscritto.

Sorge, ora, il punctum dolens sull'interpretazione del I comma dell'art. 328 cp compiuta al fine di estenderne la portata applicativa.

La questione attiene non tanto alla mancata consegna della cartella clinica a seguito di un'istanza del privato - che palesemente integra la fattispecie di cui al capoverso dell'art. 328 cp -, ma allorquando, a monte, la stessa non viene compilata.

Se è vero che il I comma dell'art. 328 cp considera penalmente rilevante il "rifiuto" del pubblico ufficiale a compiere un atto del suo ufficio che, per interessi preminenti, avrebbe dovuto essere redatto "senza ritardo", allora si può osservare come il Legislatore abbia voluto presupporre un ordine, una richiesta, una sollecitazione o qualsiasi altro esplicito interpello che imponga l'attivazione del soggetto qualificato.

Ad litteram, si configura il rifiuto qualora l'agente non compie un atto che gli è stato richiesto di compiere e, in tal modo, entra in gioco il necessario e preliminare impulso da parte di un terzo.

Tuttavia la Suprema Corte, con un'interpretazione estensiva, sembra travalicare i limiti del senso letterale della norma intendendo il rifiuto in termini puramente omissivi.

Dall'entrata in vigore della legge 86/1990, sin dagli albori della letteratura che si è preoccupata di far luce sulle perplessità che ancora oggi emergono non senza fondamento, si riteneva che necessariamente la condotta di rifiuto presupponesse una preliminare richiesta di un terzo[4].

In effetti, era chiaro che il Legislatore del 1990 avesse voluto punire una condotta attiva consistente nel rifiuto di un atto qualificato che avrebbe dovuto essere compiuto senza ritardo; tale diniego, ad litteram, ha come presupposto logico necessario una richiesta o un ordine.

Si riteneva che una mera inerzia, un semplice non fare, senza qualcosa che esprimesse la volontà negativa del soggetto agente, non potessero essere qualificati come rifiuto implicito, perché, altrimenti, l'exasperazione del tenore letterale della norma sarebbe stata evidente.

In caso contrario, ogni mancato adempimento ad un dovere di ufficio diviene penalmente rilevante ai sensi dell'art. 328, c. 1, cp, estendendo, così, la portata applicativa della disposizione.

Se, invero, da un lato, non c'è dubbio che la nozione di rifiuto, di cui al comma 1 dell'art. 328, implica, di per sé, un atteggiamento di diniego a fronte di un qualche impulso esterno, dall'altro si è osservato che il pregnante rilievo dato all'oggettiva impellenza di quegli atti induce a ritenere che la stessa sollecitazione può anche essere costituita dall'evidente e sostanziale sopravvenienza dei presupposti oggettivi che postulano l'intervento.

A fronte di un'urgenza sostanziale impositiva dell'atto non c'è dubbio che l'inerzia omissiva del medesimo assuma intrinsecamente valenza di rifiuto, integrando, quindi, la fattispecie in esame[5].

Pertanto, una volta che la situazione d'impellenza si rivela al pubblico ufficiale, su questo sorge il diretto e immediato obbligo di compiere prontamente, e senza indugio, l'atto del suo ufficio perché quegli interessi elencati dal Legislatore non devono essere messi in pericolo, stante la loro natura primaria.

Aliquam reperitis rimam! Si appalesa, cioè, il timore che la giurisprudenza abbia inteso colmare, in realtà, i limiti legislativi e i conseguenti vuoti di tutela, "trovando una scappatoia" in violazione del principio di legalità.

Tuttavia, c'è un equivoco di fondo che gli Ermellini[6] hanno inteso chiarire al fine di precisare come discenda dalla stessa interpretazione letterale dell'art. 328 c.p. la non indispensabilità di un impulso

preventivo.

Il termine "rifiuto", così, non viene inteso come mera inottemperanza a un interpello esterno, ma è ricondotto implicitamente alla più ampia categoria dell'omissione - inerzia rispetto a un dovere giuridico maggiormente pregnante[7].

Questa conclusione si è delineata contemplando il "rifiuto" come "termine polisenso" che esprime anche altri contegni psicologici del soggetto, tra cui il "[...] lasciare, eliminare, scartare, negare, non volere, non accettare [...]" che non necessariamente presuppongono impulsi terzi.

Soluzione, questa, in virtù del principio di ragionevolezza, conforme alla ratio di tutela della normativa che è volta a neutralizzare il pericolo che incombe su certi interessi di elevato rango, tramite quell'atto urgente il cui compimento non può certo dipendere dall'aleatorietà del pervenimento di richieste - o meglio, "dall'iniziativa occasionale ed improbabile di un quivis de populo". Non sarebbe altro che un vero e proprio paradosso stoico.

A sostegno di questa impostazione, si richiama il brocardo ubi lex dixit voluit, ubi non dixit noluit tramite il quale si evidenziano quelle ipotesi - art. 329 e 651 cp - in cui è lo stesso Legislatore a postulare il "rifiuto" come risposta ad una "richiesta".

In effetti, nel rispetto dell'art. 14 disp prel cc, si deve osservare che la dizione normativa dell'art. 328, c. I, cp contempla una condicio sine qua non differente: è l'emergenza verificatasi in ambito di giustizia, sicurezza e ordine pubblico, giustizia o sanità che impone il compimento dell'atto senza ritardo.

Il rifiuto, quindi, ad avviso della Corte di legittimità, può essere integrato anche dall'inerzia del pubblico

ufficiale o da condotte volte solamente a procrastinare l'impellente obbligo[8].

Una differente interpretazione non potrebbe essere accolta considerando che comporterebbe soltanto un'abrogazione implicita della norma, o quantomeno un'eccessiva limitazione della portata applicativa, punendo il solo rifiuto espresso.

Ad ogni buon conto, certo è che non può non stupire anche il lettore meno avvezzo come la tecnica legislativa manifesti alcune lacune o, quantomeno, una penna frettolosa, notando che l'equivocabile descrizione del presupposto della condotta è accompagnata da una superficiale indicazione dell'oggetto materiale che tralascia il riferimento all'atto di servizio.

In quest'ultimo caso il canone interpretativo ubi lex dixit voluit, ubi non dixit noluit non potrebbe ovviare alla lacuna, anzi, sarebbe addirittura controproducente: ciò che è taciuto, non è voluto.

Così, il dubbio nuovamente s'instilla: il principio di legalità ha dovuto cedere il passo a quelle esigenze di tutela normativa che, altrimenti, sarebbero state vanificate?

[1] Cfr, Cass, 10.2.2015, n. 6075.

[2] Cfr, ex multis, Cass, SU, 27.3.1992 n. 7958; Id., sez. V, 26.11.1997, n. 1089; Id., sez. V, 16.4.2009, n. 31858; Id, sez. V, 7.7.2010, n. 37925; Id., sez. V, 11.9.2013, n. 37314.

[3] Cfr, Cass, sez. V, 7.11.1997, n. 11920, sull'annotazione del voto negli elaborati di una prova di esame da parte di una commissione esaminatrice. La valutazione, essendo apposta da pubblici ufficiali per dare atto dell'attività da loro svolta, va qualificata come atto pubblico. In termini conformi sulle certificazioni e sulla cartella clinica di un ospedale pubblico: Id., sez. V, 13.2.2014, n. 12213; Id, sez. V, 30.3.2012, n. 12132.

[4] Cfr, amplius, A.M. STILE, Commento all'art. 16 L. 24 aprile 1990, n. 86, LP, 1990, 325; F. DASSANO, Il nuovo delitto di rifiuto e omissione di atti d'ufficio, in AA.VV., I delitti contro la P.A. dopo la legge 86/1990, Quad. CSM, 1992, 147; S. SEMINARA, Comm. art. 328 cp, in Commentario breve del codice penale, a cura di CRESPI, FORTI, ZUCCALA', Padova, 1999, 810; M.ROMANO, I delitti dei pubblici ufficiali, Milano, 2002, 340; AA.VV., Manuale pratico di infortunistica stradale. Attività di polizia giudiziaria e aspetti operativi particolari, Rimini, 2012, 122. In giurisprudenza: Cass, sez. VI, 6.2.1997, n. 1120;

[5] Cfr, ex multis, Cass, sez. VI, 9.12.2014, n. 51149; Id., sez. VI, 31.7.2013, n. 33235; Id., sez. IV, 8.10.2012, n. 39745; Id., sez. VI, 23.9.2010, n. 34401; Id., sez. V, 15.2.2007, n. 6458; Id., sez. VI, 22.5.2006, n. 17570; Id., sez. VI, 8.3.2005, n. 9048; Id., sez. VI, 27.3.2004, n. 14959; Id., sez. VI, 23.9.2004, n. 37549; Id., sez. VI, 11.5.1998, n. 5482;

[6] Cfr, Cass, sez. VI, 6.12.2012, n. 47351; Id., sez. VI, 29.9.2011, n. 35526; Id, sez. VI, 20.2.1998, n. 5482. In dottrina, tra gli altri: S. VINCIGUERRA, I delitti contro la Pubblica amministrazione, Padova, 2008, 340; G. LATTANZI, Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina, Vol. VII, libro II, Milano, 2010, 416 in cui si chiarisce che non tutti gli atti inerenti alle ragioni di giustizia, ordine e sicurezza pubblica, igiene e sanità sono, di per sé, urgenti, e, quindi, non si ha un'esasperazione della punibilità del p.u.

[7] Cfr, ex multis, Cass, sez. VI, 21.1.1998, n. 2339. Contra, U. NANNUCCI, Rifiuto e omissione di atti d'ufficio. Una riforma che non migliora invecchiando, CP, 1997, 2324 che osserva come il rifiuto è una condotta attiva e, pertanto, non può verificarsi per fatti concludenti.

Se è un "non facere" allora è ritardo o omissione, non rifiuto che postula un diniego espresso.

[8] Cfr, Cass, sez. VI, 16.9.2009, n. 35925; Id. sez.VI, 21.9.2011, n. 34402.

<https://www.diritto.it/il-recente-approdo-della-corte-di-cassazione-sull-art-328-comma-i-cp-il-diritto-vivente-stravolge-il-senso-della-littera/>