

LA RESPONSABILITÀ PROFESSIONALE MEDICA NELLE PRINCIPALI SENTENZE DEL PRIMO TRIMESTRE DEL 2020

a cura di Paolo D'Agostino

Cassazione Civile

Responsabilità medica: risarcimento del danno – La Cassazione ha affermato che “il rapporto nonni-nipoti non può essere ancorato, alla convivenza, per essere ritenuto giuridicamente qualificato e rilevante, escludendo automaticamente, nel caso di non sussistenza della stessa, la possibilità per tali congiunti di provare in concreto l'esistenza di rapporti costanti di reciproco affetto e solidarietà con il familiare defunto”.

Approfondimento - Con atto di citazione del 22 dicembre 2006, M. G., M. G., S. G., D. G., M. G., R. G., G. P., S. P., D. D. V. e F. D. V. evocavano in giudizio, davanti al Tribunale di C., la Azienda Sanitaria Locale 4 C. per sentir accertare la condotta omissiva colposa dei medici del Reparto di chirurgia generale dell'Ospedale di S. L. in occasione dell'intervento che aveva determinato la morte di A. F. e, conseguentemente, condannare la Regione Liguria Azienda Sanitaria Locale- Ospedale di S. L. al risarcimento di tutti danni, sia iure proprio che iure ereditario. Aggiungevano che la F. era stata ricoverata presso il nosocomio nell'anno 2006 per una serie di patologie e che il 15 febbraio 2006 si era rivolta al Pronto Soccorso dell'Ospedale di S. M. L., dove le era stata diagnosticata una sospetta diverticolite, poi era stata trasferita nel Reparto di chirurgia dell'ospedale di S. L., dove era stata sottoposta ad un intervento chirurgico che aveva risolto la diverticolite, ma aveva causato una peritonite acuta da perforazione viscerale. A seguito di ciò era stata sottoposta ad un intervento chirurgico all'esito del quale era stata trasferita nel reparto di terapia intensiva dell'Ospedale di L. e, successivamente, in data 16 aprile 2006, era deceduta, con diagnosi di perforazione intestinale; si costituiva l'Azienda convenuta contestando la responsabilità e chiedendo il rigetto della domanda; il Tribunale, con sentenza dell'8 febbraio 2012, riteneva sussistente il nesso causale tra la condotta dei sanitari e il decesso di A. F. e accoglieva, per quanto di ragione, le pretese risarcitorie degli attori; avverso tale sentenza proponeva appello l'Azienda Sanitaria e si costituivano gli appellanti chiedendone la reiezione. L'appellante censurava la sentenza impugnata per avere riconosciuto ad alcuni degli attori un danno iure proprio in accoglimento di una domanda inammissibile, perché fondata su una responsabilità contrattuale che non avrebbe potuto essere azionata da soggetti diversi dal paziente e che non avevano rapporti contrattuali con l'Azienda 3 1T Sanitaria. Contestava, altresì, l'accoglimento della domanda di risarcimento del danno proposta da alcuni nipoti della paziente, rilevando che il diritto al risarcimento del danno per la morte della nonna richiedeva l'ulteriore presupposto del rapporto di convivenza; la Corte d'Appello di G., con sentenza del 13 aprile 2016, aderiva all'orientamento di legittimità che richiede, per la risarcibilità del danno parentale, oltre al profilo della intensità del legame affettivo, anche il dato oggettivo della convivenza. Conseguentemente accoglieva l'impugnazione sul punto, escludendo il risarcimento in favore dei nipoti di A. F., Gi. e St. P., nonché D. e F. D. V.; avverso tale decisione propongono ricorso per cassazione questi ultimi affidandosi a due motivi. Resiste con controricorso l'Azienda Sanitaria Locale 4 C. che illustra con memoria ex art.

380 bis c.p.c. Considerato che: con il primo motivo si deduce, ai sensi dell'articolo 360, n. 5 c.p.c., l'omesso esame del dato storico della convivenza dei nipoti con la nonna, decisivo per il giudizio sul risarcimento del danno iure proprio dei nipoti, che era stato oggetto di discussione tra le parti, come emergerebbe dalle risultanze processuali. In particolare, l'istruttoria espletata e la documentazione in atti avrebbero acclarato la convivenza dei nipoti con la nonna che la Corte d'Appello di G., avrebbe omesso di esaminare. Quanto ai nipoti D. e F. D. V., emergerebbe dal verbale di udienza dell'11 novembre 2009 del giudizio di primo grado, in occasione del quale il teste F. D. V., genitore di D. e F., avrebbe riferito che la suocera, che pure risiedeva in R., alla via delle G. n. 8, viveva presso la famiglia della figlia M. G., coniuge del teste, per dare una mano alla famiglia in occasione delle crisi lupiche della figlia. In ogni caso, avrebbe abitato stabilmente per due anni, nel periodo in cui la figlia M. ed il nipote F., si erano trasferiti a Napoli. In sostanza, la nonna avrebbe mantenuto, presso quella abitazione, i suoi effetti personali. Quanto alle nipoti G. e S. P., il padre G. avrebbe reso in sede testimoniale dichiarazioni analoghe, precisando che la nonna aveva convissuto per un certo periodo di tempo dividendosi con generosità tra le due famiglie. Infatti, entrambe le figlie non si erano mai avvalse di baby-sitter e i nipoti erano stati cresciuti dalla nonna; con il secondo motivo si lamenta, ai sensi dell'articolo 360, n. 3 c.p.c. la violazione degli articoli 1223, 1226, 2056 e 2059 c.c., nella parte in cui la Corte d'Appello di G. ha ritenuto necessaria la convivenza ai fini del risarcimento del danno iure proprio dei nipoti, a seguito del decesso della nonna. La Corte territoriale aveva precisato di aderire ad un orientamento della giurisprudenza non univoco, senza considerare il recente orientamento che non considera la convivenza un presupposto necessario per il risarcimento del danno non patrimoniale subito iure proprio dai nipoti. Il profilo decisivo sarebbe costituito dalla lesione alla integrità familiare e alla rete di relazioni affettive che si creano e si fortificano all'interno della famiglia. In questi termini si sarebbe espressa la Corte di legittimità nell'anno 2013, dopo la decisione menzionata dalla Corte territoriale e negli stessi termini anche la Corte di Cassazione penale riguardo alla legittimazione dei nonni, per la quale non sarebbe necessario il requisito della convivenza; appare prioritario l'esame del secondo motivo che riguarda la questione di diritto e cioè se la indispensabilità o meno del dato fattuale della convivenza ai fini della prova della effettività della relazione parentale risarcibile; la Corte intende dare continuità al recente orientamento (Cass. Sez. 3 n. 21230 del 20/10/2016) secondo cui "in caso di domanda di risarcimento del danno non patrimoniale "da uccisione", proposta "iure proprio" dai congiunti dell'ucciso, questi ultimi devono provare la effettività e la consistenza della relazione parentale, rispetto alla quale il rapporto di convivenza non assurge a connotato minimo di esistenza, ma può costituire elemento probatorio utile a dimostrarne l'ampiezza e la profondità, e ciò anche ove l'azione sia proposta dal nipote per la perdita del nonno; infatti, non essendo condivisibile limitare la "società naturale", cui fa riferimento l'art. 29 Cost., all'ambito ristretto della sola cd. "famiglia nucleare", il rapporto nonni-nipoti non può essere ancorato, alla convivenza, per essere ritenuto giuridicamente qualificato e rilevante, escludendo automaticamente, nel caso di non sussistenza della stessa, la possibilità per tali congiunti di provare in concreto l'esistenza di rapporti costanti di reciproco affetto e solidarietà con il familiare defunto" (da ultimo, Cass. Sez. 3, n. 29332 del 07/12/2017); il primo motivo è assorbito e il giudice del rinvio nel valutare il profilo del quantum provvederà a prendere in esame le risultanze della prova testimoniale al fine di valutare, in maniera specifica, il profilo della specificità o genericità delle dichiarazioni testimoniali, quello della attendibilità delle stesse, della provenienza delle fonti di prova e della eventuale contraddittorietà. All'esito di tali valutazioni doverose, provvederà a definire l'ampiezza e la profondità del pregiudizio per la scomparsa del familiare deceduto; ne consegue che il ricorso per cassazione deve

essere accolto; la sentenza va cassata con rinvio demandando alla Corte d'Appello di G. di operare le valutazioni sopra indicate. P.T.M. La Corte accoglie il secondo motivo, assorbito il primo; cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e rinvia la causa, anche per le spese del presente giudizio di legittimità, alla Corte d'Appello di G., in diversa composizione (Cassazione Civile Ord. N.7743/2020).

Medici convenzionati - *La Corte di Cassazione ha affermato che i rapporti disciplinati dall'art. 48 della legge n. 833 del 1978 e dagli accordi collettivi nazionali stipulati in attuazione di tale norma, pur se costituiti in vista dello scopo di soddisfare le finalità istituzionali del servizio sanitario nazionale, corrispondono a rapporti libero-professionali che si svolgono di norma su un piano di parità, non esercitando l'ente pubblico nei confronti del medico convenzionato alcun potere autoritativo, all'infuori di quello di sorveglianza, né potendo incidere unilateralmente, limitandole o degradandole ad interessi legittimi, sulle posizioni di diritto soggettivo nascenti, per il professionista, dal rapporto di lavoro autonomo.*

Approfondimento - 1. La Corte d' Appello di Napoli ha respinto l'appello proposto da V. V. avverso la sentenza del Tribunale della stessa sede che aveva rigettato la domanda, formulata dall'appellante nei confronti dell'Inail, volta ad ottenere la condanna al pagamento della somma di C 144.405,55 richiesta a titolo di risarcimento del danno, anche ai sensi dell'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001, in relazione all'illegittima reiterazione di incarichi conferiti nell'arco temporale febbraio 1995/marzo 2006, senza sostanziale soluzione di continuità, ad eccezione del periodo gennaio 1998/settembre 1999. 2. Al ricorrente, medico specialista in chirurgia plastica, l'ente previdenziale aveva conferito incarichi trimestrali ai sensi dell'art. 10, comma 7, del d.P.R. n. 500/1996 e dell'art. 10, comma 8, del successivo d.P.R. n. 271/2000 ma di fatto, secondo l'assunto dell'appellante, si era instaurato un rapporto di lavoro a tempo indeterminato e, pertanto, l'Istituto era tenuto a corrispondere il trattamento retributivo previsto per i dirigenti medici degli enti pubblici non economici dai C.C.N.L. succedutesi nel tempo. 3. La Corte territoriale ha evidenziato che al V. era stato corrisposto, con il suo consenso, il compenso previsto dall'art. 28 del d.P.R. n. 271/2000 per i sostituti non titolari di altro incarico ed ha aggiunto che null'altro poteva essere preteso, sia perché i rapporti a termine non possono essere convertiti in contratti a tempo indeterminato ex art. 36 d.lgs. n. 165/2001, sia in quanto le risultanze istruttorie non consentivano di ritenere provata l'asserita continuità della prestazione. 4. Per la cassazione della sentenza ha proposto ricorso V. V. sulla base di tre motivi, di cui il primo articolato in più punti, ai quali l'Inail ha opposto difese con tempestivo controricorso. Entrambe le parti hanno depositato memoria ex art. 378 cod. proc. civ.. 1. Con il primo motivo il ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001 ed addebita alla Corte territoriale di avere valorizzato della norma il solo divieto di conversione, omettendo di considerare che il legislatore ha comunque riconosciuto il diritto del lavoratore ad essere risarcito del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative. Richiama giurisprudenza della Corte di Giustizia per sostenere che in caso di reiterata assunzione a termine l'abuso deve essere sanzionato e, pertanto, nella fattispecie non poteva essere negato il risarcimento, in quanto l'Istituto aveva violato i d.P.R. nn. 500/1996 e 271/2000, reiterando per oltre dieci anni incarichi che dovevano essere provvisori. Infine il ricorrente invoca l'applicazione dell'art. 32, commi 5 e 7, • RG 18993/2014 della legge n. 183/2010 e sostiene che l'indennità forfezzata andava riconosciuta, anche d'ufficio e in ogni stato e grado del giudizio, a prescindere dall'intervenuta costituzione in mora del datore di lavoro e dalla prova concreta di un danno. 2. La seconda censura denuncia «violazione di legge ed omesso esame circa un fatto decisivo» ed insiste nel sostenere che, sulla base delle

disposizioni normative richiamate nel primo motivo, il danno doveva essere liquidato a prescindere dalla continuità o meno del rapporto lavorativo, essendo sufficiente la prova della abusiva reiterazione. Aggiunge che il giudice d'appello non ha valutato la documentazione prodotta, idonea a dimostrare che l'attività era proseguita anche nei periodi di formale interruzione del rapporto. 3. Infine con il terzo motivo il ricorrente si duole del regolamento delle spese processuali e sostiene che le stesse, ivi comprese quelle della consulenza tecnica d'ufficio, dovranno essere poste a carico dell'Inail, in ragione della fondatezza delle prime due censure. Aggiunge che la Corte d'appello non poteva dapprima disporre la nomina dell'ausiliario e poi disattendere la domanda, perché in tal modo aveva gravato la parte di una spesa inutile e superflua. 4. I primi due motivi di ricorso, da trattare unitariamente in ragione della loro connessione logico-giuridica, sono infondati, perché invocano principi applicabili al solo rapporto di lavoro subordinato, non estensibili al lavoro autonomo, sia pure coordinato e continuativo. Non è in discussione fra le parti che gli incarichi della cui legittimità si discute siano stati conferiti dall'INAIL ai sensi dapprima del d.P.R. n. 500/1996 e poi del d.P.R. n. 271/2000, la cui disciplina è stata invocata dallo stesso ricorrente, nel ricorso introduttivo del giudizio di primo grado (trascritto da pag. 1 a pag. 11 del ricorso per cassazione) e nell'atto di appello (egualmente trascritto da pag. 11 a pag. 22), per sostenere l'illegittimità degli incarichi provvisori e dei termini apposti ai contratti individuali. I decreti in questione recepiscono gli accordi nazionali stipulati ai sensi dell'art. 48 della legge n. 833 del 1978 per garantire l'uniformità di trattamento economico e normativo del personale sanitario a rapporto convenzionale, rapporto definito dagli stessi d.P.R. «autonomo, coordinato e continuativo» (art.1). 4.1. Da tempo questa Corte ha affermato che i rapporti disciplinati dall'art. 48 della legge n. 833 del 1978 e dagli accordi collettivi nazionali stipulati in attuazione di tale norma, pur se costituiti in vista dello scopo di soddisfare le finalità istituzionali del servizio sanitario nazionale, corrispondono a rapporti libero-professionali che si svolgono di norma su un piano di parità, non esercitando l'ente pubblico nei confronti del medico convenzionato alcun potere autoritativo, all'infuori di quello di sorveglianza, né potendo incidere unilateralmente, limitandole o degradandole ad interessi legittimi, sulle posizioni di diritto soggettivo nascenti, per il professionista, dal rapporto di lavoro autonomo (Cass. 18975/2015, Cass. n.RG 18993/2014 20419/2012; Cass. n. 8457/2011; Cass. S.U. n. 20344/2005; Cass. S.U. n. 960/2001; Cass. S.U. n. 532/2000; Cass. S.U. n. 8632/1996). Si è precisato che non esiste nell'ordinamento un principio generale, ancorché settoriale, «di assimilazione delle prestazioni svolte presso enti sanitari dai medici in base a convenzioni, stipulate secondo lo schema della L. n. 833 del 1978, art. 48, a quelle rientranti nell'ambito del rapporto di pubblico impiego, stante il fondamentale tratto di disomogeneità costituito dall'assenza del requisito della subordinazione nei rapporti d'opera professionale, ancorché di collaborazione coordinata e continuativa, che li assoggetta ad un regime giuridico completamente differenziato» (Cass. n. 20581/2008). Se ne è tratta la conseguenza dell'inapplicabilità di tutte le disposizioni che presuppongono la natura subordinata della prestazione, ivi compresa la disciplina del rapporto a tempo determinato, in relazione alla quale, con specifico riferimento al tema della conversione, le Sezioni Unite di questa Corte hanno osservato che «le affinità fra lavoro parasubordinato e lavoro propriamente subordinato non comportano alcuna osmosi delle rispettive discipline sostanziali, perché la parasubordinazione è sempre riconducibile all'area delle prestazioni autonome, di guisa che, ferma l'assimilazione disposta dal legislatore ai soli fini del trattamento processuale, non è ipotizzabile, in ragione della persistente differenza della natura e nel silenzio della legge, l'applicazione al primo di disposizioni dettate per il secondo» (Cass. S.U. n. 2045/2006). 4.2. Quanto, poi, al diritto dell'Unione, va detto che secondo la costante giurisprudenza della Corte di Giustizia,

LEGAL

formatasi principalmente in relazione all'interpretazione dell'art. 45 TFUE, la caratteristica essenziale del rapporto di lavoro è «la circostanza che una persona fornisca per un certo periodo di tempo a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima prestazioni in contropartita delle quali riceve una retribuzione » (Corte di Giustizia 20.9.2007, Kiiski, C-116/06, punto 25 e giurisprudenza ivi richiamata). E' stato più di recente precisato che «un rapporto di lavoro presuppone l'esistenza di un vincolo di subordinazione tra il lavoratore e il suo datore di lavoro e che l'esistenza di un siffatto vincolo deve essere valutata caso per caso, in funzione di tutti gli elementi e di tutte le circostanze che caratterizzano i rapporti fra le parti» (Corte di Giustizia 11.4.2019, Bosworth e Hurley, C-603/17, punto 26, che richiama Corte di Giustizia 10.9.2015, Holterman Ferho Exploitantie, C-47/14, punto 46, nonché Corte di Giustizia 20.11.2018, Sindicatul Familia Constanta, C-147/17, punto 42). Sulla base dei principi sopra richiamati questa Corte ha già escluso, con la sentenza n. 8457/2011, che il rapporto intercorrente con i medici convenzionati ex art. 48 della legge n. 833 del 1978, in quanto non connotato da subordinazione, possa essere ricompreso nell'ambito di applicazione delle direttive che presuppongono la nozione comunitaria di lavoratore e detta conclusione, affermata in relazione alla direttiva 77/187/CE sul trasferimento di impresa, deve RG 18993/2014 essere ribadita anche nella fattispecie, perché la normativa euro unitaria sul lavoro a tempo determinato presuppone, appunto, che si sia in presenza di «un contratto di assunzione o un rapporto di lavoro disciplinato dalla legge, dai contratti collettivi o dalla prassi in vigore di ciascuno Stato membro » (clausola 2, comma 1) e tale non può essere ritenuto il rapporto di parasubordinazione che si instaura con il medico convenzionato. 4.3. Erra, pertanto, il ricorrente nell'invocare i principi affermati dalla Corte di Lussemburgo in merito all'interpretazione della clausola 5 dell'Accordo quadro allegato alla direttiva 70/99/CE, non applicabile alla fattispecie. Parimenti è erroneo il riferimento alle statuizioni della sentenza n. 5072/2016, perché le Sezioni Unite di questa Corte hanno pronunciato sulle conseguenze della reiterazione abusiva del contratto a termine nell'ambito dell'impiego pubblico contrattualizzato, ritenendo necessaria l'agevolazione probatoria al fine di armonizzare il diritto interno con quello dell'Unione e di impedire che rimanesse priva di sanzione la violazione della richiamata clausola 5. Quei principi, pertanto, non possono essere invocati nei casi in cui il rapporto a termine instaurato dalle parti non sia di natura subordinata, bensì autonoma, e non sia ricompreso fra quelli ai quali si riferisce la direttiva europea. 4.4. Solo nella memoria depositata ai sensi dell'art. 378 cod. proc. civ. il ricorrente, per replicare agli argomenti sviluppati dall'INAIL nel controricorso, ha sostenuto che il rapporto, seppure formalmente qualificato di natura autonoma, sarebbe stato di fatto subordinato in quanto l'attività era stata resa «unicamente nell'interesse dell'istituto, visitando esclusivamente gli infortunati, in orari stabiliti dall'istituto e secondo le modalità da questi stabilite negli ambulatori siti nella sede INAIL». Si tratta di deduzioni inammissibili, innanzitutto perché le memorie di cui all'art. 378 cod. proc. civ. sono destinate esclusivamente ad illustrare ed a chiarire i motivi della impugnazione e con le stesse non possono essere dedotte nuove censure né sollevate questioni nuove, che non siano rilevabili d'ufficio (cfr. fra le tante Cass. n. 24007/2017). Inoltre è consolidato nella giurisprudenza di questa Corte il principio alla stregua del quale qualora una questione giuridica – implicante un accertamento di fatto – non risulti trattata in alcun modo nella sentenza impugnata, il ricorrente che la proponga in sede di legittimità, onde non incorrere nell'inammissibilità per novità della censura, ha l'onere non solo di allegare l'avvenuta deduzione della questione dinanzi al giudice di merito, ma anche di indicare in quale atto del giudizio precedente lo abbia fatto, per consentire alla Corte di controllare “ex actis” la veridicità di tale asserzione, prima di esaminare nel merito la censura stessa (in tal senso fra le più recenti Cass. nn. 32804 e

2038 del 2019 e Cass. n. 27568 del 2017). Si è evidenziato nello storico di lite che la Corte territoriale ha ritenuto applicabili al rapporto intercorso fra le parti i decreti presidenziali sopra citati, invocati dallo stesso ricorrente sia pure per sostenerne la violazione quanto alle condizioni richieste per il RG 18993/2014 conferimento di incarichi provvisori, e non ha effettuato alcun accertamento sull'effettiva natura della prestazione resa. Sulla base del principio di diritto sopra richiamato era onere del ricorrente censurare nel ricorso la qualificazione e dimostrare che la questione della natura subordinata del rapporto, al di là della sua qualificazione formale, era stata posta in entrambi i gradi del giudizio di merito. In difetto la decisione deve essere resa tenendo conto della disciplina giuridica dettata per il rapporto dedotto in giudizio, sicché, sulla base delle considerazioni espresse nei punti che precedono, la sentenza impugnata di integrale rigetto delle domande deve essere confermata, sia pure con diversa motivazione ex art. 384 cod. proc. civ.. 5. Il terzo motivo è inammissibile perché fa discendere una pretesa erroneità del regolamento delle spese processuali non dalla violazione degli artt. 91 e 92 cod. proc. civ., bensì dall'errore commesso nel rigetto della domanda. Si deve aggiungere che in tema di spese processuali il sindacato della Corte di cassazione, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3 c.p.c., è limitato ad accertare che non risulti violato il principio secondo il quale le stesse non possono essere poste a carico della parte totalmente vittoriosa, per cui vi esula, rientrando nel potere discrezionale del giudice di merito, la valutazione dell'opportunità di compensarle in tutto o in parte, sia nell'ipotesi di soccombenza reciproca che in quella di concorso di altri giusti motivi (Cass. n. 8421/2017). 6. In via conclusiva il ricorso deve essere rigettato con conseguente condanna del ricorrente al pagamento delle spese del giudizio di legittimità, liquidate come da dispositivo. Ai sensi dell'art. 13, comma 1 quater, del d.P.R. n. 115/2002, come modificato dalla L. 24.12.12 n. 228, deve darsi atto della ricorrenza delle condizioni processuali previste dalla legge per il raddoppio del contributo unificato, se dovuto dal ricorrente. P.Q.M. La Corte rigetta il ricorso (Cassazione sez. Lavoro sent. N. 6294/2020).

Cassazione penale

Esercizio abusivo della professione - *La suprema Corte ha affermato che "Costituisce esercizio abusivo di una professione la commissione da parte di un soggetto non in possesso dei requisiti professionali dell'attività riservata in via esclusiva ad esperti ai quali la legge ha riconosciuto la possibilità di svolgerla per le particolari competenze professionali possedute." Nella fattispecie la Corte di appello di Milano, con sentenza del 04/10/2018, aveva confermato la pronuncia emessa dal Tribunale di Milano in data 05/12/2017 nei confronti di T. D. A. M. condannata alla pena di mesi quattro di reclusione, per avere esercitato abusivamente la professione di psicoterapeuta senza avere mai conseguito il diploma di laurea e la specializzazione in psicoterapia e senza essere iscritta né all'albo dell'Ordine dei medici, né a quello degli psicologi.*

Approfondimento - 1. La Corte di appello di Milano, con sentenza del 04/10/2018, confermava la pronuncia emessa dal Tribunale di Milano in data 05/12/2017 nei confronti di T. D. A. M. condannata alla pena di mesi quattro di reclusione, per avere esercitato abusivamente la professione di psicoterapeuta senza avere mai conseguito il diploma di laurea e la specializzazione in psicoterapia e senza essere iscritta né all'albo dell'Ordine dei medici, né a quello degli psicologi. Il Tribunale aveva riconosciuto la responsabilità dell'imputata sulla base degli atti di indagine preliminare, in particolare della denuncia di un medico il quale riferiva che la predetta T. aveva effettuato "la psicoterapia" sulla di lui figlia minore, in relazione a problematiche familiari che erano insorte. L'imputata aveva chiamato

il medico al telefono comunicandogli che avrebbe intrapreso con la minore "psicoanalisi freudiana" con incontri settimanali, sconsigliando al padre di partecipare alla Prima Comunione della bambina poiché la stessa "non sarebbe stata pronta per rivederlo". Il padre della minore, accorgendosi che la piccola non traeva alcun miglioramento dalla asserita "terapia psicologica" intrapresa con la T., compiva indagini, accertando che la sedicente psicologa esercitava abusivamente "psicoterapia", addirittura interagendo con i componenti del Tribunale per i Minorenni. Si accertava che la stessa era titolare di partita IVA come "assistente sociale non residenziale" e non era iscritta ad alcun albo professionale, risultava invece laureata in lettere e filosofia ed effettuava "l'analisi freudiana" attraverso il metodo del colloquio e dell'ascolto. Aveva conseguito un diploma biennale ad indirizzo "handicap psicofisici della vista e dell'udito". La T. non aveva mai dato alcuna risposta scritta al padre e non aveva risposto alle sue e-mail. La donna, inoltre, aveva deposto, in qualità di psicoanalista, davanti al giudice delegato del Tribunale per i Minorenni, quale persona informata sui fatti, interloquendo sulla "sindrome da alienazione parentale" e non escludendo che il rifiuto di vedere il padre potesse essere messo in relazione a particolari attenzioni nei suoi confronti, giudizio condiviso con una psicologa ed una educatrice che avevano avuto contatti sulla minore, anch'esse convocate dal giudice ed esaminate alla stessa udienza. Le tre persone convocate avevano risposto che "l'ipotesi così prospettata (ossia delle particolari attenzioni) non è incompatibile con le loro risultanze" (circostanza emersa da altri atti del procedimento e quindi non ipotesi formulata dalla ricorrente). La sedicente cura si era protratta per almeno due anni. 2. Ricorre per cassazione T. D. A. M. per il tramite del proprio difensore di fiducia deducendo i seguenti motivi enunciati nei limiti strettamente necessari per la motivazione ai sensi dell'art. 173 disp. att. cod. proc. pen.: 1) manifesta contraddittorietà della motivazione per travisamento della prova, art. 606 comma 1 lett. e) cod. proc. pen. Si fa riferimento al verbale di audizione davanti al Tribunale per i Minorenni di Milano in data 17/06/2011. La Corte di appello avrebbe fornito una motivazione basata su un fatto decisivo ritenuto provato quando dagli atti di causa risulta evidente che il fatto non esiste. Questo dato, secondo la difesa, viene affermato nel provvedimento di secondo grado e non invece nella sentenza di primo grado: non emerge dal verbale che l'imputata abbia diagnosticato "la sindrome di alienazione parentale". La Corte d'appello sarebbe incorsa in un manifesto travisamento della prova. Nel citato verbale di audizione, viene sentita la T. qualificata come "psicoanalista e analista di S.", assieme alla psicologa e all'educatrice. La predetta aveva avuto in analisi la minore a partire dal 2009 a seguito di incarico ricevuto dalla di lei madre. In tale verbale aveva affermato che la bambina manifestava una resistenza fortissima anche solo al tema "padre", però riteneva che non ricorresse la sindrome di alienazione parentale come teorizzata nella letteratura specializzata. Nello stesso verbale, il giudice delegato del Tribunale dei Minorenni dott. D. M., poneva a tutte e tre le persone "convocate come informatrici" una domanda attinente alla possibilità che la volontà della bambina di non vedere il padre potesse dipendere da "attenzioni" che il padre avesse avuto nei suoi confronti, cosa che sarebbe emersa in alcuni atti del procedimento (verbale del 05/09/2008) e non costituiva un'ipotesi formulata o suggerita dalla T. in quella occasione. La Corte di appello avrebbe errato nel ritenere che l'imputata avesse posto in essere "un atto tipico della professione di psicoterapeuta" seguendo una diagnosi di psicopatologia, così incorrendo nell'errore di travisamento della prova. Sostiene la difesa che l'attività di analisi è per definizione attività di osservazione non di somministrazione di cure e terapie e pertanto davanti al Tribunale dei minorenni essa non ha vantato un titolo che non aveva; 2) erronea applicazione della legge penale, art. 606 comma 1 lett. b) cod. proc. pen. Con il secondo motivo l'imputata sostiene di non avere mai speso il titolo di psicoterapeuta ma di psicoanalista e di non praticare terapia ma

analisi. Anche tali discipline possono essere considerate terapie per la psiche e quindi psicoterapie soggetta alla legge "c.d. Ossicini". Alla luce di quanto argomentato, la difesa chiede una revisione dell'orientamento fino ad ora tenuto dalla Corte di Cassazione con un'interpretazione di tipo restrittivo della norma di cui all'art. 2 della suddetta legge n. 56/89 (legge Ossicini); 3) manifesta illogicità della motivazione, art. 606 comma 1 lett. e) cod. proc. pen. La Corte di appello non avrebbe motivato adeguatamente l'ordinanza che respinge l'eccezione di illegittimità costituzionale per manifesta irrilevanza o infondatezza. Infatti, secondo la difesa, la Corte di appello avrebbe richiamato la legge c.d. Lorenzin (legge 11/01/2018 n. 3) intitolata "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" entrato in vigore il 15/02/2018: tale novella non può avere rilievo nel caso di specie essendo entrata in vigore dopo la commissione del fatto e dopo la sentenza di primo grado. Si ripropone pertanto la questione di legittimità costituzionale nei termini sopra esposti. 4) violazione della retroattività della legge penale, art. 606 comma 1 lett. b) cod. proc. pen. Già con i motivi di appello l'imputata aveva lamentato la violazione del principio di retroattività della legge penale che la Corte non ha tenuto in debita considerazione. L'art. 348 cod. pen., in epoca precedente alla legge n. 3/2018, puniva l'esercizio abusivo di una professione che richiede una speciale abilitazione dello Stato con la reclusione fino a sei mesi o la multa da euro 103,00 ad euro 516,00. Secondo la difesa, la pena irrogata si riferisce ad una norma entrata in vigore dopo il fatto commesso. La Corte avrebbe dovuto riformare la sentenza di primo grado applicando il regime sanzionatorio dell'art.348 cod. pen., nella formulazione in vigore al momento della commissione del fatto che nel capo di imputazione veniva indicato come permanente fino al 2012. 1. I primi tre motivi di ricorso sono privi di fondamento. 2. E' pacifico che l'imputata non ha svolto un percorso di studi né è in possesso di specifico titolo abilitante per la professione abusivamente esercitata di psicoanalista (come non risulta smentito con il ricorso), trattandosi di attività che importa l'acquisizione di un titolo abilitativo, sulla base di specifica competenza scientifica, espressione del patrimonio di conoscenze che il legislatore ha inteso tutelare attraverso l'individuazione della professione protetta, irrilevante essendo la circostanza che, nel caso in esame, il soggetto agente non si presentasse come psicoterapeuta, bensì come psicoanalista, perché di fatto, ne svolgeva l'attività, secondo un proprio ciclo e ordine di sedute. In realtà, con i motivi di ricorso enunciati quali vizi della motivazione ai sensi dell'art. 606 comma 1 lett. e) cod. proc. pen. la difesa ricorrente intende contestare alcuni profili della ricostruzione, riguardanti il tipo di attività in concreto svolta dalla ricorrente, ma a tal fine si sofferma su un tema, quello inerente al confronto dinanzi al giudice minorile, che non risulta tuttavia decisivo, avendo la Corte valorizzato il complesso degli elementi raccolti, in particolare il ciclo sostenuto dalla minore presso la ricorrente, le indicazioni da costei fornite al padre della minore e solo da ultimo anche il confronto presso il giudice minorile, allorché fu fatto riferimento alla sindrome di alienazione parentale, nel quadro di una dissertazione rilevante ai fini delle decisioni da assumere. Ed invero il travisamento non costituisce il mezzo per valutare nel merito la prova, bensì lo strumento per saggiare la tenuta della motivazione alla luce della sua coerenza logica con i fatti sulla base dei quali si fonda il ragionamento. E' agevole allora notare, dal confronto tra il motivo di ricorso e la motivazione della sentenza impugnata, che la Corte non ha fondato il suo ragionamento sulla sola dedotta circostanza (neanche il capo di imputazione ingloba questo punto); peraltro la ricorrente nel momento in cui testimonia, anche nel negare che la piccola fosse affetta dalla sindrome in discorso, si arroga di compiere una diagnosi al negativo, che a lei comunque non spetta, perché essendosi presentata come analista della bambina, non ha espresso solo una opinione (secondo me), ma un responso,

LEGAL

espresso nella qualità per la quale era stata disposta la sua audizione e destinato ad essere valutato dall'organo giudiziario. Per completezza di esposizione, a fronte della affermazione che la ricorrente era stata convocata come psicoanalista e l'analisi è per definizione attività di osservazione non di somministrazione di cure e terapie, entrambi i giudici di merito non avevano mancato di osservare che il Tribunale per i Minorenni aveva emanato un decreto provvisorio in cui la minore doveva essere avviata ad un "percorso terapeutico" per potere riprendere i rapporti con il padre e la scelta della genitrice era caduta nella persona della ricorrente, informando il marito che era anche medico, della scelta effettuata. Dopo tale incarico la T. aveva esercitato la sua influenza professionale, avendo "sconsigliato" il padre dal partecipare alla comunione della minore che, a suo dire, non era ancora pronta per vederlo. In concreto dunque le deduzioni sono infondate, in quanto inidonee a vulnerare la ricostruzione operata dalla Corte, sulla base dell'analisi già compiuta dal primo Giudice: di qui la valutazione in ordine allo svolgimento di attività preclusa alla ricorrente per mancanza di titolo. 3. Anche il secondo motivo ai sensi dell'art. 606 comma 1 lett. b) viene vanamente riproposto in questa sede dopo essere stato disatteso nei precedenti gradi di merito. L'assunto difensivo dissente da quanto sostenuto dal Tribunale e dalla Corte di appello secondo cui "l'analisi costituisce pur sempre una terapia", in linea con gli orientamenti espressi al riguardo dalla Suprema Corte. La ricorrente fa riferimento alla figura ed all'attività degli "psicoanalisti rimasti fuori dalla disciplina della legge di settore" che invece si occupa dell'attività dello psicologo. Tale tesi non può essere condivisa. Costituisce esercizio abusivo di una professione la commissione da parte di un soggetto non in possesso dei requisiti professionali dell'attività riservata in via esclusiva ad esperti ai quali la legge ha riconosciuto la possibilità di svolgerla per le particolari competenze professionali possedute. In questa sede, deve essere ribadito il principio di diritto già richiamato da questa Corte di legittimità (Sez. 3, n. 22268 del 24/4/08 Caleffi, Rv. 240257-01) secondo cui, ai fini della sussistenza del reato di cui all'art. 348 c.p., l'esercizio dell'attività di psicoterapeuta è subordinato ad una specifica formazione professionale della durata almeno quadriennale ed all'inserimento negli albi degli psicologi o dei medici (all'interno dei quali è dedicato un settore speciale per gli psicoterapeuti). Ciò posto, per rispondere al cuore della reiterata censura, "la psicanalisi", quale riferibile alla condotta della ricorrente, va intesa come "psicoterapia", caratterizzata da un percorso, che è anche terapeutico e volto a procurare la guarigione da talune patologie, non potendosi formulare valutazioni meramente astratte, ma dovendosi valorizzare gli elementi dai quali i giudici di merito hanno in concreto dedotto il tipo trattamento in concreto somministrato dalla ricorrente. In tale prospettiva sarebbe stata necessaria quell'abilitazione di cui la ricorrente era comprovatamente sprovvista, dovendosi ribadire la metodica utilizzata collegata funzionalmente alla psicoanalisi, deve essere inquadrata nella professione medica o di psicologo, con conseguente configurabilità del contestato reato ex art. 348 c.p. in carenza delle condizioni legittimanti tale professione (Sez. 3 n. 17702 del 2004, Bordi, Rv. 228472-01; Sez. 6, n. 14408 del 23/03/2011, Guerra, Rv. 249895-01; Sez. 2, n. 16566 del 07/03/2017 imp. D. F., Rv. 269580-01; Sez. 6, n. 39339 del 28/06/2017, Moccia, Rv. 271083-01; Sez. 6, n. 2691 del 09/11/2017 dep. 22/01/2018, Dus, Rv. 272172-01). Né il sistema può dirsi derogato da un percorso di formazione che il singolo professionista costruisca nell'osservanza di personali e variabili modelli, attraverso l'accesso a stage e master, corsi e diplomi post laurea di vario titolo, che non possono costituire titoli equipollenti alle specifiche lauree di medicina o psicologia. Siffatte modalità contrastano con l'affermazione realizzatasi nel succedersi della normativa di settore, di un "modello legale" dettato a garanzia della formazione, nell'osservanza di tipicità e generalità dei contenuti e dei titoli. 4. Per passare al terzo motivo di ricorso, va ribadito che l'abilitazione all'esercizio della

professione è elemento che attribuisce fondamento costituzionale solo a quelle rette da ordini professionali (art. 33, quinto comma, Cost.) per attività che, rimesse nella loro determinazione alla legge, restano subordinate nel loro esercizio all'iscrizione in appositi albi o elenchi, fondate sull'esistenza di un effettivo interesse pubblico da tutelare. La giurisprudenza di legittimità, in applicazione degli indicati principi, ha dato, dell'esercizio della professione, integrativo del reato di cui all'art. 348 cod. pen., una lettura espressiva del rispetto dei livelli di competenza necessari a garantire tutela ad interessi pubblici a protezione costituzionale. Per il meccanismo del rinvio alla disposizione extrapenale, l'art. 348 cod. pen. costituisce una "norma penale in bianco", in quanto presuppone l'esistenza di altre norme volte ad individuare le professioni per le quali è richiesta la speciale abilitazione dello Stato e, con l'indicato titolo, le condizioni, soggettive e oggettive, tra le quali l'iscrizione in un apposito albo, in mancanza delle quali l'esercizio della professione risulta abusivo, chiarendosi come sia rimesso al legislatore ordinario la potestà di fissare condizioni aggiuntive all'esame di Stato per l'esercizio della professione, senza che tanto contrasti con l'art. 33, quinto comma Cost.. Ne consegue che, da un lato, va respinto il vizio di erroneta applicazione della legge extra penale di cui all'art. 3 L. 18/02/1989 (ordinamento della professione di psicologo), essendo orientamento della giurisprudenza della Suprema Corte, per le ragioni sopra esposte, ritenere che la metodologia della psicoanalisi costituisca attività psicoterapeutica; una diversa interpretazione cozzerebbe sia con la normativa di cui alla L. n. 56/89, sia con gli indiscussi indirizzi giurisprudenziali, ante richiamati. Dall'altro lato, la questione di legittimità costituzionale, della norma sopra citata nella parte in cui riserva ai laureati in psicologia, l'esercizio della psicanalisi, non si fonda, nella illustrazione del motivo difensivo, su violazione analitica di precisi parametri costituzionali, bensì su affermazioni unilaterali sostenute da pareri pro ventate di consulenti di parte, essendo prospettata in questa sede in maniera del tutto generica. Ma in realtà, al di là del riferimento a pluriformi e sfuggenti definizioni, ciò che rileva è da un lato il corretto inquadramento dell'attività svolta dalla ricorrente in un ambito che coerentemente è incluso nel paradigma delle attività protette, e dall'altro la circostanza che la legge Lorenzin abbia suffragato tale impostazione, propiziata già dalla legge 56 del 1989, in tal senso dovendosi valorizzare sul punto la valutazione formulata dal Tribunale, diversa da quella, di cui si dirà, riguardante il profilo sanzionatorio: vuoi dirsi in realtà che l'attuale assetto della materia è volto ad assicurare quel razionale inquadramento che avrebbe dovuto già ritenersi desumibile in parte qua dalla legge 56 del 1989 senza che possano profilarsi profili di irrazionalità, che peraltro vengono solo genericamente evocati, in rapporto al mero richiamo di norme costituzionali, senza che sia consentito un loro effettivo apprezzamento, tale da rendere possibile la formulazione di un quesito di legittimità costituzionale: la questione deve essere dunque dichiarata in radice inammissibile, anche perché in concreto non rilevante in rapporto alla complessiva disciplina vigente, qualificata dall'ultimo razionalizzante intervento. 5. Il quarto motivo è fondato. Ricorre la violazione di legge nella determinazione della pena, che deve riconoscersi come pena illegale, poiché l'art. 348 cod. pen., nella formulazione in vigore al momento del fatto contestato, prevedeva la pena della reclusione fino a sei mesi o la multa da euro 103,00 ad euro 516,00. L'entità della sanzione è stata inasprita con la legge 11/01/2018, entrata in vigore dopo il fatto commesso, prevedendosi la pena detentiva da mesi sei ad anni tre e la multa da euro 10.000,00 ad euro 50.000,00. Invece il giudice di primo grado ha fissato la pena base in misura illegale nella entità di mesi nove di reclusione, che deve essere annullata, con rinvio per la sua rideterminazione alla Corte di Appello di Milano, esulando tale determinazione dai poteri di questa Corte. P.Q.M. Annulla la sentenza impugnata relativamente alla pena (Cassazione Penale sentenza n. 13556/2020).

LEGAL