

ERRATA CORRIGE

I nuovi 30 pareri, collana scritti esame avvocato - ISBN 978-88-3270-018-3

p. 35 – 45. Si riscontrano alcuni refusi presenti nel commento alla traccia n. 2.

Si riporta di seguito il testo corretto completo.

II – CONNETTIVO ARGOMENTATIVO E INDIVIDUAZIONE DEGLI ISTITUTI RILEVANTI:

La prima questione concerne la possibilità giuridica di disporre, a mezzo del sequestro preventivo, non la materiale apprensione della cosa pertinente al reato ad opera della polizia giudiziaria, quanto piuttosto l'imposizione all'imputato (o all'indagato - ovvero a terzi) di un "facere" quale il compimento, da parte del "Webmaster" della testata telematica, delle operazioni tecniche necessarie per oscurare, cioè per rendere inaccessibile agli utenti del sito la visione della pagina *web*, contenente l'articolo oggetto del sequestro.

In via preliminare, appare, dunque, necessario procedere ad un **inquadramento** generale dell'istituto del sequestro preventivo, quale strumento di tutela cautelare reale caratterizzato dal fine di impedire e prevenire la commissione di reati o l'aggravamento delle conseguenze derivanti da un determinato reato. L'art. 321 c.p.p. prevede che «quando vi è pericolo che la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravare o protrarre le conseguenze di esso ovvero agevolare la commissione di altri reati, a richiesta del pubblico ministero il giudice competente a pronunciarsi nel merito ne dispone il sequestro con decreto motivato. Trattasi di una misura cautelare a carattere "impeditivo" e tendenzialmente orientata ad operare, pur non perdendo la sua connotazione "reale", come inibitoria, in quanto caratterizzata - come si è precisato in dottrina - da finalità di difesa sociale perché «il vincolo diretto a rendere indisponibile la cosa è imposto per le generali esigenze di giustizia, quali sono quelle di tutela della collettività». Si tratta di un istituto introdotto con la riforma del codice di procedura penale anche se già nel precedente regime, la giurisprudenza aveva riconosciuto al pretore e al pubblico ministero il potere di adottare, entro certi limiti, provvedimenti di «carattere preparatorio e strumentale rispetto al processo», non solo nell'ambito della «coercizione reale», bensì, anche sul piano della «coercizione personale» mediante imposizione di divieti o di obblighi di "facere" in funzione preventiva (cfr. Sez. II, n. 672 del 22 febbraio 1983, dep. 11 aprile 1983, Ballarin, Rv. 158315; Sez. II, n. 2143 del 29 maggio 1984, dep. 3 luglio 1984, Bardin, Rv. 165141; Sez. I, 2028 del 27 settembre 1984, dep. 22 ottobre 1984, Tornati, Rv. 166233; Sez. II, n. 1451 del 14 marzo 1986, dep. 2 aprile 1986, Zarà, Rv. 172305).

Ciò di cui si dubita nel caso di specie, è che in virtù degli artt. 321 cod. proc. pen. e 104 disp. att. cod. proc. pen., si possa imporre il compimento di quelle attività tecniche e materiali occorrenti per impedire agli utenti

della rete l'accesso alla pagina web oggetto di cautela. Infatti le norme citate implicano l'*adprehensio*, in senso materiale o giuridico, della *res* con il connesso vincolo d'indisponibilità della stessa e non già l'imposizione esclusiva di un *facere*. Inoltre il legislatore, ha previsto e disciplinato il sequestro probatorio di dati informatici presso fornitori di servizi informatici, telematici e di telecomunicazioni, ex art. 254-*bis* cod. proc. pen. mentre analoga previsione non è rinvenibile in materia di sequestro preventivo. Nessuna analoga disposizione conferisce, in materia di sequestro preventivo, alla autorità giudiziaria il potere di ordinare al destinatario del provvedimento di compiere determinate attività, come ad esempio quelle tecniche di gestione del sito necessarie per l'oscuramento della pagina *web* «sequestrata». Allo stato, dunque, la disciplina codicistica attualmente vigente non offre alcun aggancio positivo che sorregga la pura imposizione (esclusivamente) di obblighi di *facere* a carico dei destinatari della misura cautelare, senza apprensione di alcuna "res", né in senso materiale, né in senso giuridico attraverso la imposizione di un vincolo di indisponibilità (o di inopponibilità del trasferimento).

In tal senso si era espressa in numerose decisioni la Corte di Cassazione sia pure in casi differenti da quello in esame, escludendo la possibilità di perseguire, attraverso l'adozione del sequestro preventivo, la finalità di inibire l'esercizio di determinate attività. Si era affermato, infatti, che il sequestro preventivo può avere ad oggetto solo il risultato di un'attività e non l'attività in sé, perché è estranea ad esso la funzione di inibizione di comportamenti, sicché è illegittimo, risolvendosi peraltro nell'indebita invasione della sfera di attribuzioni della giurisdizione civile, il sequestro di un fascicolo processuale relativo all'esecuzione immobiliare in corso nei confronti di un soggetto vittima di fatti estorsivi, finalizzato ad impedire che il reato sia portato ad ulteriori conseguenze (Sez. II, n. 10437 del 09/03/2006, Sindona, Rv. 233813).

Con il sequestro preventivo non è possibile imporre al destinatario un *facere*, atteso che tale misura cautelare reale mira esclusivamente al congelamento della situazione pericolosa (Sez. III, n. 11275 del 17/01/2002, Palmieri, Rv. 221434) e non è destinata a svolgere una atipica funzione inibitoria di comportamenti rilevanti sul piano penale, essendo predisposti, a tal fine, istituti di natura diversa, quali l'arresto o il fermo (Sez. VI, n. 4016 del 14/12/1998, dep. 1999, Bottani, Rv. 212349).

Nel caso in esame le peculiarità del caso sono date dall'oggetto da sottoporre a sequestro in quanto, almeno in apparenza, lo stesso non si apprezza come una entità del mondo fisico, suscettibile di apprensione, possesso e custodia (*id quodtangipotest*), trattandosi di un prodotto del pensiero umano che circola liberamente nella rete telematica in forma dematerializzata. Infatti il sequestro preventivo di risorse telematiche o informatiche diffuse sul *web* implica un intervento sul prestatore di servizio (*Internet Service Provider*), perché impedisca l'accesso al sito o alla singola pagina ovvero disponga il blocco o la cancellazione del *file* incriminato; tanto comporta inevitabilmente l'inibitoria di una determinata attività.

In realtà anche rispetto alle informazioni telematiche è possibile individuare un oggetto fisico che materialmente può essere suscettibile di apprensione materiale e che spazialmente si colloca nel computer, al cui

interno è memorizzato. I documenti reperibili in rete non sono altro che *files* (registrazioni magnetiche o ottiche di *bytes*) registrati all'interno dei *servers* degli *Internet Service Providers* ovvero sui *computers* degli utenti, utilizzando un sia pure infinitesimale spazio fisico. Il dato informatico, quindi, è incorporato sempre in un supporto fisico, anche se la sua fruizione attraverso la rete fa perdere di vista la sua "fisicità". Al supporto fisico di memorizzazione si fa specifico riferimento nel Codice dell'amministrazione digitale (d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82) nella parte in cui disciplina la conservazione sicura dei dati e ne garantisce, quindi, la protezione e l'immutabilità (artt. 1, 43, 44).

Inoltre a seguito dell'entrata in vigore della legge 18 marzo 2008, n. 48, di ratifica della Convenzione del Consiglio d'Europa, fatta a Budapest il 23 novembre 2001, sulla criminalità informatica (*cybercrime*) e di adeguamento del nostro ordinamento agli impegni assunti con la medesima Convenzione, il dato informatico è esplicitamente equiparato al concetto di "cosa", che, se pertinente al reato, può essere oggetto di sequestro. Al di là della discutibile scelta sul metodo emendativo seguito, deve ritenersi ormai per definitivamente acquisito che il dato informatico in sé, in quanto normativamente equiparato a una "cosa", può essere oggetto di sequestro, da eseguirsi, avuto riguardo al caso concreto, secondo determinate modalità espressamente previste dal legislatore e nel rispetto del principio di proporzionalità.

La possibilità di disporre, attraverso il sequestro, l'oscuramento di una pagina web o di interi siti telematici è stata sovente ritenuta ammissibile dalla giurisprudenza di legittimità (cfr. Sez. II, n. 17237 del 4 aprile 2007, dep. 4 maggio 2007, Ferrari; Sez. VI, n. 30968 del 28 giugno 2007, dep. 30 luglio 2007, Pantano; Sez. V, n. 17401 del 15 gennaio 2008, dep. 29 aprile 2008, Ricca; Sez. V, n. 47081 del 18 gennaio 2011, dep. 20 dicembre 2011, Groppo; Sez. V, n. 46504 del 19 settembre 2011, dep. 14 dicembre 2011, Bogetti; Sez. V, n. 11895 del 30 ottobre 2013, dep. 12 marzo 2014, Belviso; Sez. V, n. 10594 del 5 novembre 2013, dep. 5 aprile 2014, Montanari; Sez. I, n. 32846 del 4 giugno 2014, dep. 23 luglio 2014, PM c/. Ceraso). Le sezioni Unite della Corte di Cassazione recentemente hanno individuato la base giuridica su cui fondare tale possibilità nel d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, che, in attuazione della Direttiva n. 2000/31/CE, ha regolamentato taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico. In particolare le sezioni Unite fanno riferimento agli artt. 14, 15, 16, 17 del citato Decreto, (che disciplinano le responsabilità nelle attività di mere conduit, hosting e caching), ritenendo che tali disposizioni integrano, con riferimento alla specifica materia disciplinata, il contenuto dell'art. 321 cod. proc. pen. e consentono di superare qualunque riserva circa la possibilità di sottoporre a sequestro preventivo dati informatici che circolano in rete in forma dematerializzata. Tale misura cautelare, per conseguire lo scopo che le è proprio, deve implicare necessariamente l'inibitoria dell'attività criminosa in atto. Si conferma, dunque, che ove ricorrano i presupposti del *fumus commissi delicti* e del *periculum in mora*, è ammissibile, nel rispetto del principio di proporzionalità, il sequestro preventivo ex art. 321 cod. proc. pen. di un sito *web* o di una singola pagina telematica, anche imponendo al fornitore dei relativi servizi di attivarsi per rendere

inaccessibile il sito o la specifica risorsa telematica incriminata».

La seconda questione giuridica da affrontare nel caso posto dalla quesito formulato riguarda l'equiparabilità di una testata telematica registrata a un periodico stampato e la conseguente possibilità di applicare anche ai quotidiani *on line* la legge sulla stampa con i limiti circa la possibilità di effettuare un sequestro preventivo della relativa pagina web, di cui all'art. 21, terzo comma, Cost.

Infatti una volta superata l'astratta possibilità di apposizione di un vincolo cautelare reale su risorse informatiche o telematiche, viene in rilievo la questione dell'applicazione in via di interpretazione estensiva, delle guarentigie sulla stampa cartacea ai quotidiani telematici registrati, editi mediante tecnologia elettronica e diffusi attraverso la rete telematica.

III – AFFRONTARE E RISOLVERE LE QUESTIONI GIURIDICHE SOLLEVATE DAL CASO CONCRETO

Per rispondere a questo secondo quesito è necessario in primo luogo chiarire cosa la giurisprudenza intende per «stampato». L'art. 21 della Costituzione prevede che «Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione. La stampa non può essere soggetta ad autorizzazioni o censure. Si può procedere a sequestro soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria nel caso di delitti, per i quali la legge sulla stampa espressamente lo autorizzi, o nel caso di violazione delle norme che la legge stessa prescriva per l'indicazione dei responsabili. In tali casi, quando vi sia assoluta urgenza e non sia possibile il tempestivo intervento dell'autorità giudiziaria, il sequestro della stampa periodica può essere eseguito da ufficiali di polizia giudiziaria, che devono immediatamente, e non mai oltre ventiquattro ore, fare denuncia all'autorità giudiziaria. Se questa non lo convalida nelle ventiquattro ore successive, il sequestro s'intende revocato e privo d'ogni effetto. La legge può stabilire, con norme di carattere generale, che siano resi noti i mezzi di finanziamento della stampa periodica. Sono vietate le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume. La legge stabilisce provvedimenti adeguati a prevenire e a reprimere le violazioni».

L'Assemblea costituente, in attuazione della XVII disposizione transitoria della Carta fondamentale, varò anche la legge 8 febbraio 1948, n. 47, intitolata «Disposizioni sulla stampa».

L'art. 1 della legge n. 47 del 1948 precisa che sono da considerarsi stampe o stampati «tutte le riproduzioni tipografiche o comunque ottenute con mezzi meccanici o fisico-chimici, in qualsiasi modo destinate alla pubblicazione». L'art. 2 della stessa legge disciplina le indicazioni obbligatorie sugli stampati, finalizzate a individuare i responsabili di eventuali illeciti. Il successivo art. 5 prevede l'obbligo di registrazione della stampa periodica presso la cancelleria del competente Tribunale. Dunque anche nell'ambito degli stampati deve differenziarsi la stampa periodica da quella comune e gli adempimenti relativi alla stampa periodica (indicazioni obbligatorie, obbligo di registrazione) sono più gravosi rispetto a quelli previsti per la stampa comune.

La legge sulla stampa, inoltre, non ha modificato la disciplina codicistica dei reati che possono essere commessi attraverso l'esercizio dell'attività giornalistica, ma si è limitata a introdurre nell'ordinamento la categoria

dei “reati di stampa” (art. 16 sulla stampa clandestina) e a integrare le previsioni concernenti i “reati a mezzo stampa” (artt. 13, 14, 15).

Per i reati commessi a mezzo della stampa periodica, la responsabilità penale grava non solo sull'autore dell'articolo incriminato ma anche sul direttore o vice-direttore responsabile, il quale risponde per fatto proprio a titolo di *culpa in vigilando* (art. 57 cod. pen., come sostituito dall'art. 1 della legge 4 marzo 1958 n. 127), escludendosi qualsiasi forma di responsabilità di tipo oggettivo o - per così dire - “di posizione”.

La giurisprudenza di legittimità è sempre stata restia a dare interpretazioni estensive al concetto di stampato sin da quando per la prima volta si pose il problema con l'avvento di nuove forme di comunicazione come la radio e la televisione. In tali casi è intervenuto il legislatore da ultimo con l'art. 30 della legge 6 agosto 1990, n. 223 (Disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato), estendendo l'applicabilità di alcune norme della legge n. 47 del 1948 anche a tali mezzi di comunicazione.

Un analogo intervento del legislatore manca invece per i nuovi mezzi digitali e, in particolare, per le testate giornalistiche *on line*, nonostante in tali casi si verifichi un contrasto stridente perché il contenuto degli articoli pubblicati su carta stampata e *on line* è il medesimo così come la diffusività del mezzo, l'autore dell'articolo e l'organizzazione del giornale e, tuttavia, l'estensione dell'applicabilità delle norme sulla stampa è sempre stata negata, trovando ostacolo nel principio di legalità e nel divieto di analogia delle norme penali.

Tradizionalmente la Corte di Cassazione ha sempre sposato un'interpretazione letterale del concetto di stampato, secondo la quale sono riconducibili alla nozione di stampa solo le riproduzioni effettuate con mezzi meccanici e fisico chimici destinate alla pubblicazione, indipendentemente dal contenuto. Tale nozione è ricavata dal citato art. 1 della legge n. 47 del 1948 che, come si è detto, prevede due condizioni fondamentali per considerare una manifestazione del pensiero stampa o stampato: la riproduzione tipografica o comunque ottenute con mezzi meccanici o fisico-chimici e la destinazione alla pubblicazione. Si è a lungo ritenuto che i due presupposti della riproduzione e della destinazione alla pubblicazione non fossero rinvenibili nelle pubblicazioni *on line*. La prima condizione non è ravvisabile, in quanto la riproduzione non è necessaria; la mera lettura attraverso dispositivi informatici rappresenta, infatti, il modo di utilizzare i quotidiani telematici. Inoltre, la stampa di un articolo o dell'intera pubblicazione, costituisce soltanto un'eventualità che dipende dalle esigenze del lettore: una differenza rilevante con la stampa ordinaria che viene riprodotta prima della diffusione. Inoltre, non si configura la destinazione alla pubblicazione mediante distribuzione – richiesta dalla legge sulla stampa – la pubblicazione *on line* non viene distribuita, ma soltanto diffusa sul web.

In conclusione più volte la cassazione ha affermato l'impossibilità di ricomprendere sia le testate giornalistiche sia, più in generale, le manifestazioni del pensiero destinate ad essere trasmesse in via telematica, e quindi, “blog”, “mailing list”, “chat”, “newsletter”, “e-mail”, “newsgroup”, “mailing list”, nel concetto di stampato in quanto il termine “stampa” deve essere inteso nella sua eccezione tecnica che fa riferimento alla “carta stampata” (Sez. V, Sentenza n. 35511 del 16/07/2010 Ud. (dep.

01/10/2010) Rv. 248507 Sez. V, Sentenza n. 44126 del 28/10/2011, Rv. 251132 Sez. V, Sentenza n. 10594 del 05/11/2013 Rv. 259888 Sez. V, Sentenza n. 11895 del 30/10/2013, Rv. 258333.

Ne è conseguita l'impossibilità di riconoscere sia la responsabilità del gestore del sito ex art. 57 cod. pen. sia la possibilità di estendere la tutela in tema di sequestro preventivo.

Di recente la Suprema Corte a Sezioni Unite (**Cass., SS.UU., 29 gennaio 2015**) ha cambiato orientamento.

Deve immediatamente precisarsi che l'interpretazione estensiva è limitata alle sole testate giornalistiche *on line*. La Corte stessa, infatti, premette che prima di esporre le ragioni che inducono a legittimare, nel rispetto del principio di legalità, una interpretazione evolutiva e costituzionalmente orientata del termine "stampa", è necessario chiarire che l'esito di tale operazione ermeneutica non può riguardare tutti in blocco i nuovi mezzi, informatici e telematici, di manifestazione del pensiero (*forum, blog, newsletter, newsgroup, mailing list, pagine Facebook*), a prescindere dalle caratteristiche specifiche di ciascuno di essi, ma deve rimanere circoscritto a quei soli casi che, per i profili strutturale e finalistico che li connotano, sono riconducibili al concetto di "stampa" inteso in senso più ampio. Le forme di comunicazione telematica citate sono certamente espressione del diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero (art. 21, primo comma, Cost.), ma non sono soggetti alle tutele e agli obblighi previsti dalla normativa sulla stampa. In tali casi continuerà a trovare applicazione l'art. 595, terzo comma, del cod. pen. che prevede una circostanza aggravante nel caso l'offesa sia recata con un qualsiasi mezzo di pubblicità.

Si opera, quindi, una netta distinzione tra l'area dell'informazione di tipo professionale, veicolata per il tramite di una testata giornalistica *on line*, e il vasto ed eterogeneo ambito della diffusione di notizie ed informazioni da parte di singoli soggetti in modo spontaneo.

La prima argomentazione della citata sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione si basa sul principio di eguaglianza e sulla necessità di un'interpretazione costituzionalmente orientata, in quanto è di intuitiva evidenza che un quotidiano o un periodico telematico, strutturato come un vero e proprio giornale tradizionale, con una sua organizzazione redazionale e un direttore responsabile (spesso coincidenti con quelli della pubblicazione cartacea), non può certo paragonarsi a uno qualunque dei siti *web* innanzi citati, in cui chiunque può inserire dei contenuti, ma assume una sua peculiare connotazione, funzionalmente coincidente con quella del giornale tradizionale, sicché appare incongruente, sul piano della ragionevolezza, ritenere che non soggiaccia alla stessa disciplina prevista per quest'ultimo.

Si verrebbe a determinare un'evidente situazione di tensione con il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. Si legittimerebbe, infatti, un irragionevole trattamento differenziato dell'informazione giornalistica veicolata su carta rispetto a quella diffusa in rete, con la conseguenza paradossale che la seconda, anche se mera riproduzione della prima, sarebbe assoggettabile, diversamente da quest'ultima, a sequestro preventivo.

Si ritiene dunque necessario discostarsi dall'esegesi letterale del dettato normativo e privilegiare una interpretazione estensiva dello stesso, sì da

attribuire al termine “stampa” un significato evolutivo, che sia coerente col progresso tecnologico e, nel contempo, non risulti comunque estraneo all’ordinamento positivo, considerato nel suo complesso e nell’assetto progressivamente raggiunto nel tempo.

La riflessione parte da un primo dato: il termine “stampa” ha un significato figurato e, in tal senso, indica i giornali, che sono strumento elettivo dell’informazione e lo erano soprattutto all’epoca in cui entrarono in vigore la Carta Fondamentale e la richiamata legge n. 47 del 1948, quando cioè gli altri *mass media*, in particolare la televisione e i siti di informazione *on line*, non erano operativi. Questo concetto di stampa in senso figurato definisce il prodotto editoriale che presenta i requisiti ontologico (struttura) e teleologico (scopi della pubblicazione) propri di un giornale. La struttura di questo è costituita dalla “testata”, che è l’elemento che lo identifica, e dalla periodicità regolare delle pubblicazioni (quotidiano, settimanale, mensile); la finalità si concretizza nella raccolta, nel commento e nell’analisi critica di notizie legate all’attualità (cronaca, economia, costume, politica) e dirette al pubblico, perché ne abbia conoscenza e ne assuma consapevolezza nella libera formazione della propria opinione.

Il concetto di stampa così rilevato, anche se non esplicitato, non è estraneo alla legge n. 47 del 1948, che, all’art.1, al di là della definizione in senso tecnico enunciata, evoca il requisito della destinazione alla pubblicazione (quindi alla diffusione dell’informazione) e, agli artt. 2 e ss., detta la disciplina per i giornali e i periodici di ogni altro genere, con riferimento alle indicazioni obbligatorie che in essi devono comparire, ai requisiti richiesti per rivestire il ruolo di direttore responsabile, all’obbligo di registrazione, all’obbligo di rettifica.

Lo scopo informativo è il vero elemento caratterizzante l’attività giornalistica e un giornale può ritenersi tale se ha i requisiti, strutturale e finalistico, di cui si è detto sopra, anche se la tecnica di diffusione al pubblico sia diversa dalla riproduzione tipografica o ottenuta con mezzi meccanici o fisico-chimici.

La Corte ritiene di superare la precedente tesi, secondo cui il giornale telematico non rispecchierebbe le due condizioni ritenute essenziali ai fini della sussistenza del prodotto stampa come definito dalla legge n. 47 del 1948, vale a dire un’attività di riproduzione e la destinazione alla pubblicazione.

Anche in tal caso ritiene possibile un differente approccio al significato del termine “riproduzione”. La riproduzione può ben essere intesa come potenziale accessibilità di tutti al contenuto dello stampato; la produzione di un testo su *internet* è funzionale alla possibilità di riprodurlo e leggerne il contenuto sul proprio *computer*. L’immissione dell’informazione giornalistica in rete, inoltre, lascia presumere la diffusione della stessa, che diventa fruibile da parte di un numero indeterminato di utenti, il che integra la nozione di “pubblicazione”. L’informazione professionale, pertanto, può essere espressa non solo attraverso lo scritto (giornale cartaceo), ma anche attraverso la parola unita eventualmente all’immagine (telegiornale, giornale radio) o altro mezzo di diffusione, qual è *internet* (giornale telematico); e tutte queste forme espressive, ove dotate dei requisiti richiesti, non possono essere sottratte alle garanzie e alle responsabilità previste dalla normativa sulla stampa. Tale conclusione è il

frutto di una mera deduzione interpretativa di carattere evolutivo, non analogica, la quale fa leva - nel cogliere fino in fondo, in sintonia con l'evoluzione socio-culturale e tecnologica, il senso autentico dell'art. 1 della legge n. 47 del 1948 - sull'applicazione di un criterio storico-sistemico in coerenza col dettato costituzionale di cui all'art. 21 Cost.

Tali conclusioni trovano conforto in una serie di interventi legislativi che vanno nella medesima direzione: le già citate norme in materia radiotelevisiva di cui alla legge 6 agosto 1990, n. 223, e al d. lgs. 31 luglio 2005, n. 177; la legge 31 luglio 1997, n. 249 (nota come legge Maccanico), che, nell'istituire l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCom), ha previsto l'istituzione del Registro degli operatori della comunicazione (ROC), in sostituzione dei preesistenti registri nazionali della stampa e delle imprese radiotelevisive; la legge 23 dicembre 2000, n. 388 (Finanziaria per il 2001), che per la prima volta, equipara in modo esplicito, ai fini dei finanziamenti previsti per le imprese editrici, la stampa tradizionale a quella telematica e consacra il principi dell'obbligo di registrazione presso i Tribunali anche delle testate *on line*; la legge 7 marzo 2001, n. 62, intitolata «Nuove norme sull'editoria e sui prodotti editoriali», che offre una nuova definizione di “prodotto editoriale”. Per tale s'intende, ai sensi dell'art. 1, comma 1, «il prodotto realizzato su supporto cartaceo [...] o su supporto informatico, destinato alla pubblicazione o, comunque, alla diffusione di informazioni presso il pubblico con ogni mezzo, anche elettronico». Questa nuova definizione di prodotto editoriale comporta l'estensione anche all'editoria *on line* delle norme relative alle indicazioni obbligatorie sugli stampati e all'obbligo di registrazione delle testate giornalistiche e dei periodici.

La previsione dell'obbligo di registrazione della testata *on line*, che deve contenere le indicazioni prescritte e deve essere guidata da un direttore responsabile, giornalista professionista o pubblicista, non è un mero adempimento amministrativo fine a sé stesso, ma è funzionale a individuare le responsabilità (civili, penali, amministrative) collegate alle pubblicazioni e a rendere operative le corrispondenti garanzie costituzionali, aspetti questi che, in quanto strettamente connessi e consequenziali alla detta previsione, sono ineludibili.

Secondo la Corte di Cassazione, pertanto, sono maturi i tempi per un'interpretazione costituzionalmente orientata del concetto di “stampa”, idonea ad adeguarsi alla prevedibile evoluzione dei tempi e a ricomprendere la nuova realtà dei quotidiani o periodici *on line* regolarmente registrati e destinatari, al pari della stampa tradizionale, delle provvidenze pubbliche previste per l'editoria anche in conformità con la giurisprudenza delle Corti sovranazionali che in numerose pronunce hanno data per scontata, ritenendola realtà acquisita, l'equiparazione tra giornale cartaceo e giornale *on-line* (Corte EDU, 16/07/2013, Wegrzynowski e Smolczewsky c. Polonia; Corte Giustizia, 25/10/2011, Martinez c. Società MGN Limited; Corte Giustizia, 25/10/2011, Date Advertising c. X).

**IV – RAPPORTARE QUANTO ESPLICITATO NELLA PARTE
TEORICA IN RELAZIONE ALLA QUESTIONE CON LE
PECULIARITÀ DELLA FATTISPECIE.**

Facendo applicazione dei principi sopra illustrati, deve, innanzitutto,

affermarsi che è ammissibile il sequestro preventivo ex art. 321 c.p.p. di un sito web o di una singola pagina telematica, anche imponendo al fornitore dei relativi servizi di attivarsi per rendere inaccessibile il sito o la specifica risorsa telematica incriminata”.

Risolto positivamente tale problema di carattere preliminare, deve tuttavia negarsi l'ammissibilità del sequestro preventivo di una testata giornalistica *on line* regolarmente registrata o di una determinata pagina *web* di detta testata. Infatti la tutela di cui all'art. 21, terzo comma, Cost. e della legge n. 47 del 1948 deve estendersi anche al giornale telematico, sia se riproduzione di quello cartaceo, sia se unica e autonoma fonte di informazione professionale, perché ontologicamente e funzionalmente è assimilabile alla pubblicazione cartacea. E', infatti, un prodotto editoriale, con una propria testata identificativa, diffuso con regolarità in rete; ha la finalità di raccogliere, commentare e criticare notizie di attualità dirette al pubblico; ha un direttore responsabile, iscritto all'Albo dei giornalisti; è registrato presso il Tribunale del luogo in cui ha sede la redazione; ha un *hosting provider*, che funge da stampatore, e un editore registrato presso il ROC.

V – CONCLUSIONI:

Alla stregua di quanto esposto, la fattispecie concreta giustifica la possibilità di impugnare il provvedimento di sequestro preventivo mediante “oscuramento” della pagina telematica del quotidiano *on line*, recante l'articolo riguardante Sempronio per violazione dell'art. 21, terzo comma, Cost.

p. 62 – 67. Si riscontrano alcuni refusi presenti nel commento alla traccia n. 2.

Si riporta di seguito il testo corretto completo.

II – CONNETTIVO ARGOMENTATIVO ED INDIVIDUAZIONE DEGLI ISTITUTI RILEVANTI

Al fine di fornire motivato parere, è utile e opportuno ripercorrere, seppur succintamente, la “storia recente” della responsabilità medica, al fine di cogliere le *rationes* dei recenti interventi di riforma e individuarne l'esatta portata applicativa, anche in relazione ai citati profili di diritto intertemporale. La pratica medico chirurgica rientra nel novero delle c.d. attività pericolose ma socialmente utili o necessarie, ossia di quelle attività umane che, pur intrinsecamente rischiose, non sono *tout court* proibite dalla legge, proprio a cagione della loro oggettiva *utilitaso necessitas*, ma piuttosto sottoposte ad un'articolata disciplina pubblicistica volta a orientare nel loro svolgimento i soggetti che professionalmente le compiono, nell'ottica della minimizzazione dei rischi e della massimizzazione dei risultati. È questo il terreno d'elezione della **c.d. colpa professionale**, ovvero sia di quella particolare figura di colpa che si differenzia dalla c.d. colpa comune per il fatto di attenere alla condotta di soggetti operanti in settori in cui il rischio è, appunto, ontologico ma ineliminabile, perché non semplicemente evitabile con il divieto dell'attività, ma solo contenibile attraverso una contegno informato a perizia, diligenza e prudenza.

Rispetto alle altre attività pericolose, tuttavia, attorno a quella sanitaria ruotano una serie di interessi rilevanti e fattori sociologici contrapposti, di cui il Legislatore non può non tener conto nella

elaborazione della disciplina di settore. Da un lato, occorre contrastare l'idea per cui ogni esito infausto degli interventi medico chirurgici derivi sempre dalla colpa del sanitario, che va "schermato" dal rischio di rappresaglia legale, civile e penale, dei pazienti o dei loro familiari. Dall'altro, occorre colpire con fermezza, in ottica general e specialpreventiva, i casi di *medicalmalpractices*, onde assicurare la massima tutela possibile ai beni vita e salute, dotati di copertura costituzionale negli artt. 2, 32 e 117, comma 1, Cost. Il tutto, nell'ottica della valorizzazione della c.d. alleanza terapeutica, ossia della piena cooperazione tra medico e paziente per il migliore ripristino della salute del secondo. Si tratta di un'opera di bilanciamento indubbiamente ardua, di cui, prima dei citati interventi del 2012 e del 2017, si è fatta carico la giurisprudenza.

In una prima fase, che va grossomodo dall'entrata in vigore del codice Rocco alla fine degli anni Sessanta, l'orientamento pretorio è stato, se non indulgenzialista, senz'altro comprensivo delle specificità dell'attività medica e della sua ontologica rischiosità. Si valorizzò, infatti, il disposto dell'art. 2236 c.c. che, limitando alla colpa grave la responsabilità professionale in caso di prestazioni implicanti la risoluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, venne ritenuto espressione di un principio di portata generale, non limitato al diritto civile, ma esteso anche al diritto penale, in forza del quale il medico, quale professionista la cui attività richiede *per definitionem* il superamento di un tale genere di problemi, sarebbe andato esente da responsabilità se in colpa lieve. Pertanto, solo errori palesi o marchiani, denotanti colpa grave, avrebbero consentito un'ascrizione di responsabilità penale. (v.Cass. pen., sez. IV, 29 marzo 1963)

Preoccupati per la creazione di un ambito di sostanziale impunità per una categoria di soggetti individuata in forza della sola qualifica professionale, parte della dottrina e della giurisprudenza iniziò a partire dagli anni 70 a sollevare più di qualche perplessità in ordine alla compatibilità costituzionale del citato orientamento pretorio, soprattutto per sospetta violazione dell'art. 3 Cost., tanto da indurre la Corte Costituzionale a precisare, nel 1973 (sent. 166 del 28 novembre 1973), che **l'art. 2236 c.c., pur applicabile anche in ambito penale, si sarebbe riferito solo alle ipotesi in cui fosse effettivamente venuta in rilievo la risoluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà e comunque solo in caso di difetto di perizia**, mentre, ove l'addebito avesse riguardato la carenza di diligenza o di prudenza, si sarebbe dovuta fare piena applicazione degli ordinari principi in materia di delitto colposo, con conseguente ascrizione della responsabilità pure in presenza della sola colpa lieve. In seguito, la giurisprudenza di legittimità, con l'avallo di parte della dottrina, "smantellò" l'ultimo residuo dell'originaria impostazione, finendo col negare qualsiasi spazio applicativo in ambito penale all'art. 2236 c.c. sulla base del dirimente rilievo della completezza di tale branca dell'ordinamento e quindi dell'assenza del presupposto per procedere ad un'opera di eterointegrazione dello stesso, soprattutto considerando che **l'art. 2236 c.c., norma eccezionale** anche per il diritto privato, guarda al patrimonio e non ai valori della persona, in una logica prettamente civilistica. L'unico spazio lasciato alla valorizzazione della complessità dell'arte medica, riguardava, in questa prospettiva, i casi realmente eccezionali, ove l'assenza di letteratura scientifica, la sintomatologia eccentrica o la singolarità del caso clinico, anche per la concomitanza di più patologie determinanti sovrapposizioni o interferenze terapeutiche, non lasciasse spazio al normale *agere* del sanitario ma richiedesse un approccio *lato sensu* sperimentale ed eterodosso; solo in tali casi, si disse, il medico avrebbe dovuto rispondere in caso di palese violazione delle *leges artis* e cioè per colpa grave.

L'assetto così determinatosi, estremamente rigoroso per la classe medica, in uno con un parallelo percorso di aggravamento della responsabilità civile, determinò un'esponentiale incremento del contenzioso giudiziale tra medici e pazienti e incentivò il deprecabile fenomeno **della medicina difensiva**, ossia della ricerca non della migliore soluzione terapeutica ma di quella più idonea a prevenire il rischio di esposizione al contenzioso, o attraverso l'inazione sanitaria (c.d. medicina difensiva statica) o mediante l'inutile prescrizione di esami diagnostici e il coinvolgimento sistematico di colleghi, nell'ottica della polverizzazione delle responsabilità e del tuziorismo medico (c.d. medicina difensiva dinamica). Questo, a discapito della salute dei pazienti e con

enormi costi per il sistema, già afflitto da un'endemica carenza di risorse finanziarie. Da ciò la necessità, da più parti avvertita, di un intervento legislativo in materia, finalmente operato, come accennato, dal citato **d.l. Balduzzi**. Il citato art. 3, co. 1, prima parte, d.l. 158/2012, prevede che “*l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve*”.

La disposizione ha posto una serie di interrogativi agli interpreti.

Ci si chiede, innanzitutto, che natura abbiano le linee guida e le buone pratiche, con un interrogativo ancora attuale, stante il rilievo che la l. Gelli conferisce alle *medical best practices*. Si ritiene che le linee guida definiscono direttive generali per il compimento di una determinata operazione o per la conduzione di una determinata tipologia di atto diagnostico o terapeutico, mentre le buone pratiche costituiscono specificazione analitica delle linee guida, indicando partitamente sequenze di comportamenti ben definiti da tenere in un'attività diagnostica o terapeutica. Per altro, la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie, anche dopo la l. Balduzzi, negano che le linee guida e le buone pratiche possano costituire discipline idonee ad integrare il parametro di colpa specifica di cui all'art. 43 c.p., a causa della loro genericità, poliedricità e aspecificità, che le rende inadeguate a raggiungere quello standard di prescrittività che, stando all'unanime opinione, devono possedere le regole cautelari positivizzate.

Ciò posto, appare *prima facie* illogico che un medico possa essere in colpa, perfino grave, nonostante egli abbia seguito le linee guida e le buone pratiche. L'apparente contraddizione è stata risolta valorizzando il *proprium* delle *medical best practices*, ossia il loro essere ontologicamente generiche, e quindi bisognose di un processo di attualizzazione, modellamento e concretizzazione sul caso reale; anzi, prima ancora, occorre verificare che le stesse specificità della singola patologia e del singolo paziente non impongano, più radicalmente, la “disapplicazione” delle linee guida. Se così è, ben si spiega come, in taluni casi, il discostamento dalle linee guida sia addirittura doveroso, sicché, il medico che, invece, vi si conforma, incorre in colpa; quando poi la necessità di un tale discostamento emerga *ictu oculi*, la colpa ben potrà essere qualificata come grave, in quanto palese sarà la divergenza tra la condotta tenuta in concreto dall'agente e quella che sarebbe stata seguita dall'agente modello, immaginato al suo posto. Discorso non dissimile attiene all'attuazione delle linee guida, nel senso che quando la concretizzazione sullo specifico caso clinico appaia erronea, il sanitario sarà in colpa e se l'errore si configurerà come manifesto, egli sarà in colpa grave (v. Cass. pen. sez. III, 29 gennaio 2013, n. 16237)

Vi è da chiedersi, tuttavia, se un tale ragionamento valga solo quando venga in rilievo la perizia del sanitario, oppure anche se si contesti la sua prudenza o diligenza. Sul punto si dirà in seguito, stante la diretta rilevanza della questione per la risoluzione del caso concreto.

Per la stessa ragione, si rinvia al prosieguo del presente parere l'analisi dell'impatto del d.l. Balduzzi sulla normativa previgente.

Secondo la maggior parte dei commentatori, la riforma del 2012 non è stata in grado di conseguire pienamente gli ambiziosi obiettivi che si era prefissata, ossia il contrasto alla medicina difensiva e il rinsaldamento dell'alleanza terapeutica medico-paziente.

Da ciò, la decisione del Legislatore di intervenire nuovamente in materia con la citata l. **24/2017, c.d. l. Gelli**. In particolare, all'art. 6 della stessa, si è da un lato provveduto ad abrogare espressamente l'art. 3 d.l. Balduzzi e dall'altro ad introdurre nel Codice Penale il nuovo art. 590 *sexiesse* secondo cui gli esercenti la professione sanitaria sono responsabili ai sensi dell'art. 589 c.p. (omicidio colposo) e 590 c.p. (lesioni colpose) per i fatti da essi commessi nell'esercizio di suddetta professione che siano sussumibili entro tali norme penali incriminatrici, a meno che essi si siano attenuti alle raccomandazioni previste dalle linee guida, come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, alle buone pratiche clinico-assistenziali e sempre che tali linee guida risultino adeguate al caso concreto. Perché, quindi, possa considerarsi integrata tale causa di non punibilità, che non distingue più tra colpa lieve e grave, occorrono tre elementi: che l'evento sia stato determinato da imperizia; che il medico abbia seguito delle raccomandazioni “qualificate”; e

che le linee guida siano attagliate alle specificità del caso concreto.

Quanto al primo punto, è evidente la “scelta di campo del Legislatore” di aderire al primo dei due orientamenti giurisprudenziali che, nella vigenza del d.l. Balduzzi, si erano contesi il campo, come si è accennato e come si dirà meglio, in ordine alla rilevanza della sola perizia od anche della negligenza e imprudenza, evidentemente sulla scorta dell’approvazione dell’idea che le linee guida contengano esclusivamente norme tecniche.

In ordine al secondo aspetto, si nota che le linee guida e buone pratiche non sono più citate *sic et simpliciter*, come accadeva sotto il dominio del d.l. Balduzzi, ma vengono normativamente qualificate in modo molto puntuale. Difatti, lo stesso art. 590 *sexies*, comma 2, c.p. specifica che a rilevare sono solo le raccomandazioni previste da linee guida, come definite e pubblicate ai sensi di legge e, solo in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali; è, poi, l’art. 5, l. Gelli che detta una minuziosa disciplina legale delle *medical best practices*: prevedendo, innanzitutto, al comma 1, che esse siano «elaborate da enti e istituzioni pubblici e privati nonché dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in un apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministro della salute»; specificando, in secondo luogo, al comma 2, i requisiti che i citati soggetti debbono possedere onde ottenere l’iscrizione, evidentemente al fine di verificarne l’attendibilità; e stabilendo, infine, al comma 3, che le linee guida, con i rispettivi aggiornamenti, siano inserite all’interno del c.d. Sistema nazionale per le linee guida (SNLG), disciplinato nei compiti e nelle funzioni con decreto del Ministro della salute, mentre l’Istituto Superiore di Sanità pubblica nel proprio sito internet le linee indicati dal SNLG, previa verifica della conformità della metodologia adottata a standard definiti e resi pubblici dallo stesso Istituto, nonché della rilevanza delle evidenze scientifiche dichiarate a supporto delle raccomandazioni. Si tratta, quindi, di un sistema assai articolato e complesso, che, da un lato, mira a tipizzare le linee guida, conferendogli affidabilità e riducendone la proliferazione, ma, dall’altro, rischia, come rilevato in dottrina, di creare una sorta di “medicina di Stato”, secondo una visione burocratica della scienza e senza, comunque, eliminare l’inidoneità delle raccomandazioni ad integrare una regola cautelare rigida, a causa della perdurante carenza di prescrittività delle stesse. Questo poiché tutte le *medical best practices* sono, per loro natura, ineluttabilmente generiche e, quindi, bisognevoli di adattamento al caso concreto.

Proprio per tale ragione, perché scatti la non punibilità, si richiede in terzo luogo che le raccomandazioni risultino adeguate alle specificità del caso concreto, con ciò confermandosi l’orientamento pretorio sviluppatosi sotto la vigenza del d.l. Balduzzi, secondo cui, come osservato, il sanitario sarebbe stato in colpa, nonostante l’adesione alle linee guida, ove egli non avesse percepito l’incongruità della stessa linee guida con le peculiarità del caso di specie oppure non fosse stato in grado di modellarle adeguatamente alla concreta vicenda terapeutica. Pertanto, anche oggi, solo se il sanitario individua e applica correttamente sia nell’*an* che nel *quomodo* linee guida egli può andare esente da responsabilità penale.

III – AFFRONTARE E RISOLVERE LE QUESTIONI GIURIDICHE SOLLEVATE DAL CASO CONCRETO

Tutto ciò considerato, tra gli aspetti più controversi tanto del d.l. Balduzzi quanto della l. Gelli vi sono i **profili di diritto intertemporale**.

Per altro, la questione, secondo quanto già osservato, si lega a doppio filo a quella della riferibilità dell’art. 3 d.l. 158/2012 alla sola colpa per imperizia oppure anche alla colpa per negligenza e imprudenza; è evidente, infatti, che, a seconda dell’opzione ermeneutica che si sceglie di seguire in ordine a tale ultimo problema, si finisce per perimetrare in modo più o meno esteso l’effetto abolitivo della novella, con sensibili ricadute, anche, sui rapporti di diritto intertemporale tra d.l. Balduzzi e l. Gelli. Giova, pertanto, premettere alla trattazione della successione delle leggi nel tempo, proprio la disamina della riferibilità dell’art. 3 d.l. Balduzzi solo alla perizia o anche alla prudenza e alla diligenza.

In realtà, la questione verte fondamentalmente sul reale contenuto delle linee guida, perché è chiaro

che se esse dovessero includere solo regole di perizia, esclusivamente tale parametro potrebbe venire in rilievo; di contro, ove il contenuto delle *medical best practices* potesse abbracciare anche la diligenza e prudenza, ogni addebito di colpa medica generica dovrebbe essere governato dal “*dictum* Balduzzi”. Sul punto, come anticipato, si segnala un contrasto giurisprudenziale. Secondo un primo orientamento, accolto dalla giurisprudenza di legittimità –relativamente– più risalente (Cass. pen. Sez. IV, 24 gennaio 2013, n. 11493) e dalla stessa Corte Costituzionale (ord. 295/2013), sia pure in un *obiterdictum*, a rilevare sarebbe la sola perizia, in applicazione del principio *culpa levis sine imperitia non excusat*. L’assunto di fondo è che le linee guide contengano solo regole tecniche, la cui violazione, appunto, sostanzia imperizia. Con il termine imperizia, infatti, si indicherebbero forme di negligenza e imprudenza normativamente qualificate, per cui, se è vero che la negligenza è la trascuratezza, ovverossia il non agire quando si dovrebbe agire, e la imprudenza è l’avventatezza, cioè l’agire quando non si dovrebbe agire, l’imperizia è la negligenza o l’imprudenza tecniche, *id est* il non agire quando regole tecniche lo avrebbero imposto o l’agire quando regole tecniche lo avrebbero sconsigliato. Poiché, appunto, i doveri di *non agere* o di *ageredesumibili* dalle *medical best practices* sono *per definitionem* tecnici, la loro violazione determina sempre imperizia, con la conseguenza che, quando l’art. 3 discorre di colpa nonostante l’osservanza di linee guida, non può che guardare alla colpa generica per la sola imperizia. L’argomentazione, all’apparenza adamantina nella sua linearità, è, però, criticata dal secondo orientamento, sostenuto dalla più recente giurisprudenza di legittimità del 2016 (Cass. pen. sez. IV, 16 marzo 2017, n. 16140; Cass. pen. sez. IV, 11 maggio 2016, n. 23283). Innanzitutto, l’art. 3 non fa alcun cenno alla distinzione tra perizia, negligenza e imprudenza, che avrebbe integralmente natura pretoria, e si caratterizzerebbe per la restrizione *praeterlegem* (se non *contra legem*) di una norma di favore, perché contenente una clausola *lato sensu* di restrizione dell’ambito di rilevanza penale; in secondo luogo, l’ordinamento non ha mai fatto dipendere dalla suddetta distinzione alcun effetto giuridico rilevante, sicché un’opposta soluzione non potrebbe essere il frutto di una complessa attività di ermeneutica giudiziale ma dovrebbe derivare da una chiara previsione legale; infine, e soprattutto, sarebbe errato il fondamento su cui l’opposta lettura si fonda e che cioè le linee guide contengano solo regole tecniche, poiché non è da escludersi che esse impongano comportamenti rispetto ai quali il parametro valutativo della condotta dell’agente sia quello della diligenza.

Quanto ai connessi (per le ragioni esposte) profili di diritto intertemporale, si conviene in dottrina nel ritenere che la previsione dell’art. 3 d.l. Balduzzi contribuisca a definire la tipicità dei fatti di lesione e omicidio colposo in ambito sanitario, perimetrando l’area della rilevanza penale delle citate fattispecie di parte speciale; in relazione all’elemento soggettivo “colpa” è, cioè, come se esse rinviassero non solo all’art. 43 c.p. ma anche all’art. 3 d.l. 158/2012, che assume, quindi, portata definitoria, plasmando *in parte qua* il concetto di colpa. Si tratta, allora, di un precetto integrativo della legge penale che, perciò, subisce una modifica mediata. Ciò sta a significare che, ogni qual volta siano integrate le condizioni previste dal menzionato art. 3, l’elemento soggettivo degli illeciti di cui agli artt. 589 e 590 c.p. non viene in rilievo, con conseguente adozione della formula proscioglitrice di cui all’art. 129 c.p.p. “il fatto non costituisce reato”. Se tale assunto è corretto, deve allora ritenersi che i fatti commessi prima dell’entrata in vigore del d.l. Balduzzi e ricadenti nello spettro applicativo dell’art. 3 abbiano subito *un’abolitiocriminis* parziale ex art. 2, comma 2, c.p., suscettibile di essere fatta valere anche *post rem iudicatam* attraverso lo strumento dell’incidente di esecuzione ex art. 673 c.p.p. Detto altrimenti, le lesioni e gli omicidi colposi commessi, nell’esercizio della sua attività, prima dell’entrata in vigore del d.l. Balduzzi, da un medico che avesse osservato le linee guide e le buone pratiche e ciononostante fosse incorso in colpa lieve, sono stati depenalizzati, risultando fatti non più penalmente illeciti, ferma la responsabilità civile, come precisato dallo stesso art. 3. Ovviamente, per quanto finora esposto, l’effetto abolitivo può estendersi ai fatti commessi con negligenza o imprudenza, e non solo con imperizia, se, è solo se, si ritiene che l’art. 3 d.l. 158/2012 non discrimini tra i vari profili di colpa generica contemplati dall’art. 43 c.p., come ritenuto, da ultimo, da Cass. pen. sez. IV, 16 marzo 2017, n. 16140.

Se così fosse, dovrebbe allora ritenersi che il nuovo art. 590 *sexies*, a dispetto della proclamata *intentione legislatoris*, abbia operato una parziale ricriminalizzazione della colpa medica, riespandendo, cioè, il perimetro applicativo degli artt. 589 c.p. e 590 c.p. ai fatti commessi con negligenza e imperizia. A ciò, invece, si accompagnerebbe, in modo invero non poco distonico, una ulteriore *abolitiocriminis* per gli errori connotati da imperizia, perché, eliminata la distinzione fra colpa lieve e colpa grave, il medico imperito attenutosi alle linee guida, per come definite dalla norma, non risponderebbe neppure per colpa grave. Il punto, tuttavia, è dibattuto in dottrina, essendosi rilevato che, a stretto rigore, ove siano presenti il secondo e il terzo elemento della causa di non punibilità di cui all'art. 590 *sexies*, non potrebbe sussistere il primo, nel senso che l'evento morte o lesione non potrebbe mai essere causato da imperizia, se il medico abbia fatto corretta applicazione di una raccomandazione qualificata coerente con le specificità del fatto concreto. Ad ogni modo, per la parte in cui la l. Gelli dovesse operare una nuova *abolitiocriminis* parziale, essa avrebbe ricadute sui processi, sia pendenti che conclusi, ai sensi e per gli effetti dei citati artt. 2, comma 2, c.p. e 673 c.p.p. Per contro, ove vi fosse una nuova incriminazione (*rectius*, una ricriminalizzazione) essa avrebbe una efficacia meramente *pro futuro* ex art. 2, comma 1, c.p., senza ricadute per i fatti *sub iudice* alla data dell'entrata in vigore della l. Gelli. Naturalmente, non è neanche da escludersi una ulteriore opzione e che, cioè, l'art. 590 *sexies* possa venir letto, in modo retrospettivo, come conferma dell'orientamento giurisprudenziale del 2013 in punto di riferibilità dell'art. 3 d.l. Balduzzi alla sola colpa per imperizia; in questo caso, non vi sarebbe nessuna nuova incriminazione per le condotte negligenzi o imprudenti, che sarebbero state sempre punibili, ferma restando l'eventuale *abolitiocriminis* della (ex) colpa grave per imperizia, in caso di osservanza delle linee guida. Va detto, a ogni modo, che Cass. pen. sez. IV, 16 marzo 2017, n. 16140, pare escludere quest'ultima ipotesi, ove riconferma, invece, la posizione del giudice di legittimità del 2016 sulla atipicità della colpa lieve per negligenze e imprudenza.