

Penale Sent. Sez. 6 Num. 22434 Anno 2022

Presidente: DI STEFANO PIERLUIGI

Relatore: RICCIARELLI MASSIMO

Data Udiienza: 25/05/2022

SENTENZA

sul ricorso proposto da



avverso l'ordinanza del 21/01/2022 del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere

visti gli atti, la sentenza impugnata e il ricorso;

udita la relazione svolta dal consigliere Massimo Ricciarelli;

letta la requisitoria del Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore generale Giuseppe Riccardi, che ha concluso per l'annullamento senza rinvio.

RITENUTO IN FATTO

1. Con ordinanza del 21/1/2022 il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere in sede di riesame ha parzialmente accolto le doglianze formulate da  avverso la convalida del sequestro eseguito dalla polizia giudiziaria, avente ad oggetto una parafarmacia, nella quale si praticavano indebitamente test antigenici, e, pur ravvisando il *fumus* del delitto di cui all'art. 348 cod. pen., ha



disposto la restituzione all'avente diritto di quanto in sequestro, fatta eccezione per i tamponi antigenici e il materiale necessario per eseguirli.

2. Ha proposto ricorso [redacted] tramite il suo difensore.

2.1. Con il primo motivo denuncia violazione di legge in relazione agli artt. 348 cod. pen. e 321 cod. proc. pen. e in relazione al *fumus* del delitto ipotizzato.

Contesta la sussumibilità della condotta nella fattispecie dell'esercizio abusivo della professione di farmacista: il reato è ravvisabile solo alla luce della disciplina integratrice, incentrata sul conseguimento di un titolo abilitativo e sull'iscrizione a determinati albi o elenchi, conseguendone che l'art. 348 cod. pen. tutela l'interesse a che determinate professioni vengano esercitate solo da chi assicura qualità morali e culturali; l'abusività è dunque da riconnettersi alla mancanza del titolo e dell'iscrizione.

Ma nel caso di specie il ricorrente è abilitato allo svolgimento della professione di farmacista, mentre la condotta non ha comportato alcuna invasione di una sfera professionale diversa.

Oggetto della tutela è la professione e non la forma commerciale entro la quale viene svolta.

Indebitamente il Tribunale ha fatto riferimento alla disposizione dettata dall'art. 1, comma 418 e 419 della legge 178 del 2020, che non inerisce tuttavia agli ordinamenti professionali e alle modalità previste per ottenere l'abilitazione.

Vi è stata dunque un'estensione illegittima della sfera di illiceità, non spettando al giudice colmare eventuali lacune.

Neppure in presenza di un'accertata pericolosità della condotta potrebbe farsi riferimento all'art. 348 cod. pen., potendo venire in rilievo semmai altre fattispecie da contestare autonomamente.

Pertanto, non avrebbe potuto darsi rilievo al fatto che il ricorrente abbia compiuto un'attività rientrante nella professione, ma svolta non nella qualità di titolare di una farmacia, bensì nell'ambito di una c.d. parafarmacia, con attribuzione di significato al luogo di esercizio.

2.2. Con il secondo motivo prospetta la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, commi 488 e 489 della legge 178 del 2020 per violazione degli artt. 3 e 41 Cost., in quanto escludono la possibilità di svolgimento di test antigenici presso le parafarmacie, pur presidiate da farmacisti.

Premessa la rilevanza della questione in relazione all'integrazione del precetto, rileva che analoga questione è stata già sollevata dal T.A.R. Marche.

Segnala l'irrelevanza del luogo in cui la professione sia svolta, sottolinea la mancanza di una differenza oggettiva tra la prestazione erogata nella farmacia

rispetto a quella erogata nella parafarmacia, con ingiustificata compressione della libertà di iniziativa economica, riconosciuta dal d.l. 223 del 2006.

La disparità di trattamento è inoltre confermata dal fatto che non è comprovato un maggior grado di riservatezza assicurato dalle farmacie, mentre le problematiche relative ai collegamenti con la banca dati regionale sono irrilevanti, trattandosi di assicurare il collegamento con un computer e dovendosi osservare che il farmacista è di per sé soggetto a regole deontologiche, compreso il divieto di diffusione di notizie e dati oltre il consentito.

Inoltre, la disposizione si pone in contrasto con l'esigenza di incrementare il numero dei tamponi.

3. Il Procuratore generale ha inviato requisitoria concludendo per l'annullamento senza rinvio.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1.

Essendo incontestato che presso la parafarmacia -di per sé abilitata alla vendita di medicinali che non richiedono prescrizione medica, secondo quanto stabilito dal d.l. 223 del 2006-, nella quale svolgeva la sua attività il ricorrente, si praticavano tamponi antigenici, si tratta di stabilire se tale circostanza, che si pone in contrasto con quanto previsto dall'art. 1, commi 488 e 489 legge 178 del 2020, e ribadito dal d.l. 127 del 2021, valga ad integrare l'ipotizzato delitto di cui all'art. 348 cod. pen.

2. Tale norma punisce l'esercizio abusivo di una professione, per la quale è richiesta una speciale abilitazione dello Stato.

Richiamando un autorevole arresto delle Sezioni Unite (Sez. U. n. 11545 del 15/12/2011, dep. 2012, Cani, Rv. 251819-20), si rileva che la fattispecie rinviene la sua *ratio* nell'esigenza di tutelare l'interesse generale a che determinate professioni, richiedenti particolari requisiti di probità e competenza, vengano esercitate da chi, avendo conseguito una speciale abilitazione amministrativa, risulti in possesso delle qualità morali e culturali richieste dalla legge.

La norma rinvia ad altre fonti che ne integrano il contenuto, precisando quali sono le professioni soggette a particolare abilitazione e quando il relativo esercizio debba reputarsi abusivo.

Sul piano strutturale si tratta di norma penale in bianco (in tal senso, Sez. 2, n. 16566 del 07/03/2017, D F., Rv. 269580; Sez. 6, n. 47028 del 10/11/2009, Trombetta, Rv. 245305), proprio per la necessaria eterointegrazione riveniente da

fonti diverse, che concorrono a definirne il contenuto, in genere delineando le attività inerenti alla professione e il titolo abilitativo, solitamente costituente il presupposto per l'iscrizione ad albi o elenchi, che condiziona il concreto svolgimento della professione.

E' noto inoltre che, solitamente, l'abusività dell'esercizio della professione è correlato ad attività che sono contemplate come di esclusiva pertinenza di chi dispone della relativa abilitazione, non essendo tuttavia escluso che possa ravvisarsi una riserva collegata allo svolgimento non di un atto singolo bensì allo svolgimento, con modalità tipiche della professione, di atti ricompresi nell'ambito della sua competenza specifica, occorrendo peraltro a tal fine che la condotta abituale sia posta in essere con le oggettive apparenze di un legittimo esercizio professionale (sul punto ancora Sez. U. n. 11545 del 15/12/2011, dep. 2012, Cani, Rv. 251819).

3. Ciò posto, nel caso di specie l'ipotizzato abusivo esercizio è stato correlato allo svolgimento di attività costituite dalla somministrazione di test antigenici, finalizzati alla diagnosi di Cov-Sars-2, che, secondo l'art. 1 commi 488 e 489 legge 178 del 2020, possono essere eseguiti presso farmacie aperte al pubblico dotate di spazi idonei sotto il profilo igienico sanitario e atti a garantire la tutela della riservatezza, con disciplina delle modalità organizzative e delle condizioni economiche rimessa ad apposite convenzioni.

Le farmacie devono essere evidentemente riconducibili a soggetti abilitati allo svolgimento della professione di farmacista, per la quale occorre un particolare titolo abilitativo e l'iscrizione al relativo albo.

Secondo l'assunto accusatorio, fatto proprio dal Tribunale nel provvedimento impugnato, la disposizione dettata dall'art. 1 comma 488 e 489 legge 178 del 2020, richiamata dall'art. 4 d.l. 127 del 2021, varrebbe ad integrare i requisiti previsti per l'esercizio della professione e dunque anche la norma penale in bianco contemplata dall'art. 348 cod. pen.

4. Va, tuttavia, rimarcato che nell'esercizio della professione di farmacista, nella quale rientrano le attività contemplate dall'art. 1 d.lgs. 258 del 1991 e dall'art. 51 del d.lgs. 207 del 2006, è rilevante il profilo della preparazione garantita dall'iscrizione all'albo, ai fini dell'erogazione della prestazione professionale con rilevanza esterna, nella quale assume un rilievo cruciale il rapporto tra il professionista e il destinatario dell'attività.

D'altro canto, l'art. 348 cod. pen. è volto ad assicurare, come detto, la tutela di un interesse pubblico in relazione allo svolgimento di attività che possano dirsi esclusive o comunque qualificanti nell'ambito di una determinata professione.

Senonché, nel caso dei test antigenici è previsto dal legislatore che gli stessi possano essere effettuati da operatori sanitari o da altri soggetti reputati idonei dal Ministro della Salute, come previsto dall'art. 9 lett. d) d.l. 52 del 2021, convertito con modificazioni dalla legge 87 del 2021.

Ed allora deve ritenersi che l'attività non solo non possa dirsi preclusa ai farmacisti ma sia specificamente anche ad essi riferibile.

A fronte di ciò, la disposizione dettata dall'art. 1, commi 488 e 489, legge 178 del 2020, non introduce una limitazione inerente allo svolgimento della professione in sé, ma contempla una disciplina che ha una duplice finalità, esulante dall'ambito delle garanzie specificamente riconducibili all'abilitazione e alla connessa all'iscrizione all'albo, cioè da un lato quella di assicurare le migliori condizioni di sicurezza e riservatezza sotto il profilo del contesto operativo e dall'altro quella di garantire determinati equilibri di tipo economico, con riguardo agli esborsi richiesti alla platea dei fruitori del servizio.

Si tratta di profili deassiali rispetto al tema cruciale della riserva di attività professionale garantita e inerenti, piuttosto, al contesto operativo e dunque alla cornice estrinseca, nella quale si svolge la professione.

Va del resto osservato che «l'art. 348 cod. pen. concerne i casi di esercizio della professione senza l'abilitazione dello Stato e non anche i casi in cui nello ambito della professione per la quale la persona è abilitata siano richiesti ulteriori requisiti per svolgere particolari funzioni professionali» (sul punto Sez. U. n. 2 del 26/04/1990, Soricelli, Rv. 184559).

Ne discende che la violazione in concreto ascrivibile al ricorrente, potenzialmente rilevante ad altri fini e se del caso idonea configurare profili di responsabilità connessi a conseguenze non volute del test praticato, non è tuttavia rilevante ai fini dell'integrazione del delitto di cui all'art. 348 cod. pen., di cui il Tribunale ha ravvisato il *fumus*, posto a fondamento del sequestro preventivo, residualmente confermato.

5. Su tali basi, senza che assuma rilevanza la subordinata questione di legittimità costituzionale proposta col secondo motivo di ricorso, si impone l'annullamento senza rinvio dell'ordinanza impugnata e del decreto genetico emesso dal G.I.P. in data 3 gennaio 2022, con restituzione di quanto ancora in sequestro all'avente diritto.

P. Q. M.

Annulla senza rinvio l'ordinanza impugnata e il decreto di sequestro del GIP del Tribunale di SMCV del 3 gennaio 2022 e dispone l'immediata restituzione di quanto in sequestro all'avente diritto. Manda alla cancelleria per l'immediata comunicazione al Procuratore generale in sede per quanto di competenza ai sensi dell'art. 626 cod. proc. pen.

Così deciso il 25/05/2022

