

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA

a cura di FABRIZIO SARDELLA

46. Responsabilità civile - Professionisti - Odontoiatra - Obbligazioni - Inadempimento delle obbligazioni - Natura dell'obbligazione - Obbligazione di risultato, Obbligazione di mezzi - Obbligazione di risultato.

(Artt. 1460 e 2236 c.c.).

CORTE DI APPELLO DI GENOVA, sentenza n. del 12 maggio - 18 luglio 2005.

L'obbligazione assunta dal dentista si inquadra quale obbligazione di risultato (a differenza degli altri medici, al dentista non si chiede di prestare le cure sanitarie nel modo migliore, ma di conseguire un determinato risultato); il mancato raggiungimento dello stesso, per erroneità o inadeguatezza (anche per colpa lieve) del progetto affidatogli, costituisce inadempimento dell'incarico ed abilita il committente a rifiutare di corrispondere il compenso, avvalendosi dell'eccezione di inadempimento di cui all'art. 1460 cod. civ., anche a prescindere dalla natura della obbligazione, se di mezzi o risultato

(*Omissis*). — SVOLGIMENTO DEL PROCESSO. — S.Z. proponeva opposizione avanti al Tribunale di Genova al decreto ingiuntivo emesso nei suoi confronti ad istanza di P.E., per il pagamento della somma di Lire 18.078.500, per prestazioni sanitarie di natura dentistica, oltre interessi e spese del procedimento. A fondamento dell'opposizione, lo Z. faceva valere la non corrispondenza tra le prestazioni indicate nella parcella tarata e quelle praticate e deduceva che gli interventi eseguiti dal dott. P. gli avevano provocato lesioni permanenti, ed esattamente ad un ramo del nervo facciale destro, con affossamento della guancia destra.

Il P. costituendosi respingeva ogni addebito.

Veniva nominato C.T.U. ed all'udienza del 2 marzo 1995, nominato altro C.T.U. in sostituzione del precedente, ricusato, spiegava intervento il L., assicuratore del P., che non aveva formulato nei confronti dello stesso alcuna domanda di manleva. Depositata la relazione peritale, disposto supplemento di perizia, passato il giudizio alla sezione stralcio, e rimessa la causa con provvedimento presidenziale al P.I., disposta integrazione della indagine tecnica, con affidamento a nuovo consulente, le parti preci-

Del resto anche nella più recente proposta di modifica del codice deontologico, più chiaramente che in passato, figura una chiara indicazione che le due professionalità cui si indirizza il corpo normativo ordinistico sono rappresentate dal « medico-chirurgo » e dal « medico-odontoiatra ». E che la questione rappresenti ben più di una mera disquisizione accademica (o di posizione ordinistica e associazionistica) riguardante il titolo (di odontoiatra o di « medico-odontoiatra ») appare in tutta la sua portata laddove in giurisprudenza si continui ad evocare dubbi sostanziali sulla natura « medica » del trattamento odontoiatrico con le analizzate conseguenze negative che incombono al professionista. Sembra pertanto indispensabile che le associazioni che riuniscono gli abilitati all'esercizio della professione odontoiatrica (ancorché composte di volta in volta da odontoiatri, da medici chirurghi specialisti in odontostomatologia, da medici chirurghi non specialisti, ma che esercitano l'odontoiatria, ecc.) superando ogni residuo di spunto corporativistico, colgano in via definitiva che la rilevanza culturale e giuridica della materia è legata alla affermazione (si spera in modo definitivo ed incontrovertibile in un futuro molto prossimo) della natura medica della professione odontoiatrica in sé, non potendosi nemmeno ipotizzare che una disciplina odontoiatrica (o addirittura un'azione riconducibile ad essa) possa alternativamente qualificarsi come « medica » quando venga disposta da un medico-chirurgo specialistica o « non medica » quando sia disposta da un odontoiatra in una sconcertante generalizzazione di professionalità, priva di fondamento, errata e soprattutto non corrispondente ai presupposti ed alle norme che negli ultimi venti anni si sono succedute nella definizione e nella qualificazione delle professioni sanitarie.

VILMA PINCHI

47. Responsabilità penale - Professionisti - Attività medico-chirurgica - Reato in genere - Comparaggio - Elemento soggettivo - Dolo.

(Artt. 170, 172 r.d. n. 1265 del 1934).

(Art. 11 del D.Lgs. 541 del 1992).

(Artt. 43, 81, 110 c.p.).

TRIBUNALE DI PAVIA, G.I.P., ordinanza del 26 gennaio 2005 - *Est.* Lambertucci.

Il comparaggio: riflessioni criminologiche e giuridiche. Analisi di un reato « mai » applicato.

Le profonde difficoltà applicative della contravvenzione di comparaggio trovano, probabilmente, una loro motivazione sin dalla definizione poco chiara del termine normativo. Sfogliando il dizionario, infatti, si scopre che il vocabolo « comparaggio » ha la stessa etimologia di comparatico (« ufficio e condizione di comparare », termine che, nel-

l'ambito qui trattato significa « chi tiene mano a qualcuno in azioni disoneste o illecite ») ed indica un « illecito accordo fra medici o veterinari o farmacisti e aziende farmaceutiche per cui i primi si impegnano dietro compenso ad agevolare la diffusione dei medicinali da queste prodotti » (1). Si tratta, quindi, di una forma di accordo tra medico ed industrie produttrici di farmaceutici ed altri prodotti simili, al fine di lucrare una percentuale sugli utili o di conseguire altri vantaggi, utilità previamente concordate e connotate da rilevante valore. Può, altresì, essere considerato comparaggio la mera opera di persuasione o reclamizzazione di farmaci o apparecchi sanitari, comunque ricompensata dai produttori.

Il fenomeno, sovente riportato dai mass-media, non può, però, essere inteso come « scorrettezza » dei tempi nostri, in quanto comportamento evidentemente già messo in atto dai medici di molti secoli addietro, dato che, come insegna la storia, « ai tempi di Dante in Firenze si ammonivano i medici /.../ a non trarre profitto dalla vendita dei medicinali, a non associarsi con i farmacisti » (2).

Se il comparaggio è stato espressamente inserito nel codice di deontologia medica del 1998, ciò significa che la condotta ha assunto importanza tale da meritare una specifica censura, trattandosi di comportamenti, con ogni probabilità, in preoccupante aumento e pregiudizievoli al decoro della categoria. Tale fattispecie viene citata, sia in modo indiretto, all'articolo 27 (3), sia in maniera esplicita, all'articolo 28 (4).

Il comparaggio non rappresenta però unicamente una grave scorrettezza deontologica, ma altresì un comportamento penalmente rilevante, costituendo violazione di quanto sancito dagli artt. 170-172 del Testo Unico delle leggi sanitarie del 12 luglio 1934, n. 1265 (5).

Tanto premesso appare quantomeno curioso che una fattispecie di tale rilevanza, seguita, come detto, assiduamente dai mass media, trovi scarsissima applicazione concreta in sede giudiziaria. Una serie di ragioni, esposte nel prosieguo della trattazione, avvalendosi della pregevole pronuncia del G.I.P. del Tribunale di Pavia, sveleranno le difficoltà sottese all'accertamento del reato in questione: talmente numerose e vaste da rendere sostanzialmente inapplicata (e forse inapplicabile) la fattispecie di comparaggio.

Tribunale Civile e Penale di Pavia
Sezione dei Giudici per le Indagini Preliminari
Il g.i.p. - Fabio Lambertucci

Vista la richiesta di archiviazione formulata dal pubblico ministero nel procedimento penale contro:

[omissis] + 41

(1) ZINGARELLI N., *Il Nuovo Zingarelli, Vocabolario della lingua italiana*, Zanichelli, Bologna, 1986, p. 409.

(2) Cfr., LEGA C., *Manuale di bioetica e deontologia medica*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 71.

(3) L'articolo citato recita: *Fornitura di medicinali*: « Il medico non può fornire i medicinali necessari alla cura a titolo oneroso. È vietato al medico ogni forma di prescrizione che procuri a sé o ad altri indebito lucro ».

(4) L'articolo, rubricato esattamente *Comparaggio* dispone che: « Ogni forma di comparaggio è vietata ».

(5) I contenuti degli articoli 170-172 del T.U. delle leggi sanitarie del 1934, saranno più oltre citati nella sentenza di seguito discussa.

tutti imputati, allo stato, dei seguenti reati:

— art. 170 r.d. 1265/1934, 81 cpv., 110 C.P., commesso in data 1 dic. 2002 in PAVIA;

— art. 172 r.d. 1265/1934, 81 cpv., 110 C.P., commesso in data 1 dic. 2002 in PAVIA;

— art. 11 D.Lgs. 541/1992, commesso in data 1 dic. 2002 in PAVIA;

Letti gli atti;

Udite le parti presenti in camera di consiglio all'udienza fissata a seguito del mancato accoglimento della richiesta di archiviazione;

Osserva

• *IL PRESENTE PROCEDIMENTO. VALUTAZIONI PRELIMINARI.*

• *Genesi.*

La Procura della Repubblica in sede ha ricevuto dalla Procura della Repubblica di Verona gli atti relativi al presente procedimento, per competenza territoriale, e, compiuta una valutazione *in jure* degli atti, ha avanzato la richiesta di archiviazione. I presupposti e la metodologia dell'indagine risultano riassunti nella nota Guardia di Finanza di Venezia 16.12.2003 (e relativi allegati). In estrema sintesi, i responsabili della casa farmaceutica XGT — ai vari livelli — avrebbero posto in essere una sistematica condotta «promozionale» dei farmaci prodotti dalla loro casa erogando «a pioggia» somme di denaro — o diverse utilità: pagamento della partecipazione a Congressi, donazione di *personal computer* o altre apparecchiature elettroniche — ai medici che dalla documentazione sequestrata alla XGT risultano classificati in base al criterio della «capacità prescrittiva di farmaci». Le dazioni di denaro o «liberalità», in particolare, sarebbero state a volte camuffate sotto la parvenza di compensi per la partecipazione a (fittizi) programmi di ricerca e/o di formazione di banche dati.

• *Ipotesi di reato.*

Nel sollecitare l'archiviazione, il pubblico ministero distingue la posizione degli indagati suddividendoli in quattro categorie e considerando separatamente la posizione dei due dipendenti XGT. Andrebbero dunque tenute distinte:

• la vicenda della partecipazione del Dott. [...] al Congresso di Berlino 22-26.09.2001;

• la vicenda relativa alle liberalità erogate da XGT nel 2002 (rinvenimento del file «Liberalità 2002» nei computer XGT), coinvolgente i Dott. [...];

• la vicenda relativa alle liberalità erogate da XGT nel 2001 (rinvenimento del file «GT Investment 2001» nei computer XGT), coinvolgente i Dott. [...].

• la vicenda della partecipazione dei medici al progetto-banca dati *snamid*, per tutti i restanti medici indagati;

• la partecipazione dei due dipendenti XGT [...] nella concessione di varie liberalità a medici pavesi e nell'organizzazione del Congresso di Berlino sopra citato (beneficiario lo [...]).

• *Asserita insostenibilità dell'accusa e/o inutilità di ulteriori indagini.*

Per ognuna delle categorie di indagati, il pubblico ministero svolge argomenti distinti — anche se parzialmente coincidenti — a sostegno della richiesta di archiviazione. Nel motivare la richiesta, il pubblico ministero lascia intendere che sarebbe inutile indagare sulla effettiva qualità e sul volume delle prescrizioni di farmaci XGT operate dai medici coinvolti.

Vediamo nel dettaglio le singole ragioni della richiesta di archiviazione. Per quanto riguarda gli indagati *sub* 1), la ragione per cui non vale la pena indagare oltre sarebbe rappresentata dal fatto che si la XGT pagò le spese per la partecipazione congressuale dello Speciale, e tuttavia fa difetto «*la prova del fatto che in occasione di tale congresso sia stata svolta attività di informazione e presentazione dei medicinali della XGT*»; inoltre, mancherebbe la prova di eccessive ed ingiustificate prescrizioni di farmaci XGT da parte dei due medici indagati. In ordine alle categorie *sub* 2) e 3), non risulterebbe che le liberalità siano avvenute in un contesto di attività di informazione e presentazione dei medicinali XGT né che le liberalità medesime abbiano avuto il precipuo scopo di aumentare la vendita dei medicinali. A proposito dei medici raggruppati nella categoria *sub* 4), il titolare delle indagini sottolinea inoltre la pretesa esiguità delle somme erogate da XGT (da € 258 a € 516) ed il fatto che dette somme ben avrebbero potuto giustificarsi come compenso per l'attività di partecipazione alla formazione di una banca dati, estrinsecatasi nella mera compilazione di un formulario. Con riguardo agli indagati *sub* n. 5) — i dipendenti XGT —, il problema della prova viene liquidato ricorrendo alla considerazione che le indagini non avrebbero permesso di delineare la condotta concretamente posta in essere dagli indagati nella organizzazione del congresso di Berlino né in qualsivoglia attività di informazione e presentazione dei medicinali.

Il pubblico ministero formula per tutti una ipotesi di reato generica e onnicomprensiva facente riferimento agli artt. 170 e 172 r.d. 1265/1934 nonché all'art. 11 D.Lgs. 541/1992 e indica come *dies commissi delicti* il 1 dicembre 2002.

Riassumendo, in tutti i casi il pubblico ministero fa riferimento più o meno esplicito al fatto che «dagli atti d'indagine» non può evincersi che le dazioni-ricezioni di denaro abbiano avuto l'effetto di aumentare i volumi di prescrizioni dei farmaci XGT; inoltre, in qualche caso, «rafforza» tale motivazione con la considerazione per cui le dazioni non sarebbero avvenute nel contesto di attività di informazione e presentazione di medicinali.

Non vi sono elementi concreti per poter affermare *se, in concomitanza e successivamente alle percezioni di denaro o di altra utilità, i singoli medici, abbiano aumentato le prescrizioni di farmaci XGT*. Eppure, seguendo le premesse logiche da cui muove il pubblico ministero, l'indagine sarebbe indispensabile per comprendere se le dazioni di denaro o altra utilità da parte degli emissari XGT abbiano avuto l'effetto di promuovere e/o incentivare le vendite dei prodotti di quella casa farmaceutica.

A parere di questo giudice, tuttavia, l'indagine su qualità e volume delle prescrizioni dei farmaci XGT non risulta affatto necessaria ai fini della valutazione della posizione dei singoli indagati, per motivi derivanti sia dalla struttura dei reati in questione, sia dal sostrato «empirico-criminologico» che tali norme intendono afferrare e formalizzare.

(*Omissis*).

1.4. *Interessi tutelati.*

Partendo proprio da quest'ultimo profilo — *prius* logico rispetto alle opzioni normative — va osservato che le ricerche criminologicamente fondate, specie nei paesi anglosassoni, sul fenomeno della c.d. «malasanità» indicano nel *comparaggio* (accanto al *fee-splitting*, all'*unnecessary surgery* e alla *ghost surgery*) una delle condotte devianti più tipiche dei membri delle professioni mediche, avente tratti sostanzialmente comuni nei

paesi che criminalizzano tale condotta, pur nella inevitabile diversità di inquadramento normativo e di trattamento sanzionatorio.

La criminalità dei colletti bianchi in ambito sanitario ha costituito uno dei banchi di prova, tra i più cruciali, per testare ed aggiornare il paradigma eziologico di Sutherland; rispetto a tale tipologia criminosa sono stati introdotti modelli di spiegazione del crimine basati sullo schema costi-benefici (concretizzando una delle tante modalità di applicazione dell'analisi economica del diritto). Dal modello eziologico sutherlandiano si è passati a privilegiare il modello ESOC (*Economic Special Opportunity Conduct*), che sembra attagliarsi particolarmente ai *white collar crimes* commessi in ambito medico, dove il fattore «opportunità» assume un ruolo determinante nella genesi del crimine. Si può in generale parlare di ESOC-crime — categoria criminologia in cui rientra anche il comparaggio — quando la condotta criminosa:

- 1) è tenuta in un contesto di produzione di beni o servizi;
- 2) si manifesta in situazioni particolarmente favorevoli che sono definite appunto *opportunità* (e «opportunità» sono sia l'elettiva vulnerabilità delle vittime che, specularmente, le caratteristiche dell'agente);
- 3) è caratterizzata da un abuso di fiducia, violando motivate aspettative di speciale integrità della condotta medica;
- 4) ha alla base una valutazione costi/benefici (rischio calcolato);
- 5) è particolarmente difficile da scoprire, specie quando le vittime «visibili» sono imprese, società commerciali o enti, mentre il peso delle perdite economiche effettive è sopportato dalle vittime «invisibili» ma diffuse.

Poiché gli interessi in gioco in materia di comparaggio sono particolarmente rilevanti, assai delicate sono, di conseguenza, le scelte di politica criminale cui è chiamato il legislatore. La forma di agire criminale comunemente definita «comparaggio» è idonea, se praticata in misura massiva, a produrre riflessi negativi, concreti o potenziali, sulla salute dei singoli pazienti, sulla salute pubblica, sulla concorrenza fra industrie farmaceutiche, sulle scelte di politica economico-sociale dello Stato, sul bilancio pubblico: su situazioni, cioè, che possono trascendere la dimensione individuale giungendo a quella collettiva e/o statale.

La normativa che punisce il comparaggio, indubbiamente, tutela il regolare svolgimento del commercio e della diffusione dei prodotti farmaceutici, salvaguardando la libera concorrenza fra le industrie. Pare a questo giudice impossibile negare come essa abbia di mira primariamente — più che la astratta salvaguardia della correttezza e del prestigio della professione medica — la tutela della salute dei cittadini, con significative «ricadute» di ordine economico per le casse statali in considerazione del sistema di rimborso del costo dei farmaci sopportato dal servizio sanitario nazionale. Anche quella dottrina (ormai risalente e formalistica) che vedeva nei reati di comparaggio, riduttivamente, una lesione del «prestigio della categoria medica, ha ammesso che il comparaggio offende «anche un interesse del malato», quando le motivazioni promozionali del farmaco «inducano il sanitario a fare prescrizioni non necessarie o a prescrivere prodotti particolarmente costosi per il paziente».

Analisi criminologia della fattispecie e degli interessi tutelati

Dato che la sentenza qui commentata fa espresso riferimento anche all'approccio criminologico del reato di comparaggio, sembra utile riprendere questo discorso in

modo più completo. L'illecito coinvolge certamente la categoria dei professionisti medici, oltre ad altre professionalità affini e consiste essenzialmente in una condotta del soggetto che procura un indebito vantaggio economico. Da codesto enunciato discende che il reato può essere annoverato a pieno titolo tra le ipotesi di delittuosità economica.

In tema, una tra le prime analisi criminologiche circa i reati commessi da soggetti delle classi sociali elevate avvenne nel 1934, quando Morris introdusse il termine di *criminals of the upperworld* (6), per catalogare quel numeroso ma scarsamente definito gruppo di criminali, la cui posizione sociale, intelligenza e tecnica del reato, permette loro di essere virtualmente immuni da ogni considerazione e condanna di essere dei criminali.

Risale, poi, agli anni '30 la nota «teoria delle associazioni differenziali (7)», termine inteso come partecipazione a certi gruppi sociali, «diversi» dagli altri per la loro abituale indifferenza nei confronti della legge. Secondo tale teoria un comportamento delinquenziale sarebbe appreso e imitato, mediante l'associazione interpersonale con altri individui che già si comportano da delinquenti (in altri termini, si apprendono le tecniche necessarie al compimento del reato, le valutazioni e le attitudini nei confronti del crimine). Quando una persona si trova inserita in un gruppo in cui prevalgono definizioni favorevoli alla violazione delle leggi, sarebbe facilitata nella scelta delinquenziale. L'apprendimento sarebbe influenzato dall'intensità, dalla priorità e dalla durata della frequentazione dell'associazione differenziale, nonché dalla anteriorità del «contagio» e, naturalmente, dalle disposizioni individuali.

Questa impostazione teorica venne, in seguito, applicata dallo stesso Sutherland anche alla delinquenza «sommersa» dei professionisti, la cosiddetta «criminalità dei colletti bianchi», di cui individuava le seguenti caratteristiche:

— essere strettamente connessa ai processi stessi della produzione di beni e servizi e realizzarsi nei medesimi ambienti; essere rinvenibile in tutti gli ambiti professionali, esprimendosi di solito nel campo economico o degli affari;

— non essere una delittuosità parassitaria (ossia quella che procura ricchezza, senza un legittimo beneficio), comportando però un rilevante costo sociale;

— presentare un elevato indice di occultamento, in quanto gli autori, persone «rispettabili», in posizioni influenti, oltre a godere di elevato tasso di impunità per la possibilità di influenzare le istituzioni e coloro che applicano la legge, evocherebbero scarsa reazione sociale di censura, venendo semplicemente percepiti come «disonesti» e non come «criminali», non subendo quindi lo stigma del delinquente, sebbene violino la fiducia formalmente o implicitamente attribuita loro;

— essere un tipo di criminalità non spiegabile con fattori di patologia sociale o individuale;

— essere, infine, favorita da una parzialità dell'amministrazione della giustizia relativamente alle leggi riguardanti il mondo degli affari e delle professioni, con una disparità nell'applicazione della legge penale.

Altro fattore da considerare in questa forma di delittuosità è quello dell'opportunità di commettere il reato, «*un fattore del comportamento criminale che è, almeno in parte, estraneo all'associazione differenziale ... opportunità che sono in parte in funzione di*

(6) MORRIS A., *Criminology*, Longmans, New York, 1934.

(7) SUTHERLAND E.H., *Principles of Criminology*, Lippincott, Philadelphia, 1934.

fattori individuali e culturali, neutrali rispetto al crimine» (8). Per massimizzare i benefici e minimizzare il rischio, l'agente trarrebbe quindi vantaggio da circostanze particolarmente favorevoli.

Affrontando, seppure in modo marginale, il tema della delinquenza dei camici bianchi, l'Autore ebbe a scrivere: «nell'ambito della professione medica ... sono state accertate: vendite illegali di alcool e droghe, aborti, prestazioni illecite a esponenti della malavita, referti e testimonianze mendaci in occasione di infortuni, gravi casi di cure e interventi chirurgici non necessari, usurpazioni di titoli di specializzazione, limitazioni delle concorrenza e spartizioni degli onorari (*fee-splitting*)» (9).

Un altro approccio teorico, applicabile al comparaggio è quello «economico-razionale», proposto, negli anni '60, da G.S. Becker (10), secondo cui l'economia avrebbe riflessi importanti anche sulle azioni del singolo, poste in essere secondo gli stessi principi razionali che guidano le scelte economiche. Alla base di un comportamento non vi sarebbero né una predisposizione biologica o psicologica, né problemi legati all'ambiente o a fattori sociali, bensì un preciso calcolo e una razionale analisi dei costi e dei benefici connessi. Applicando questa impostazione ad una condotta criminosa i costi si dividerebbero in diretti (connessi all'organizzazione o all'esecuzione) e indiretti (collegati al rischio di essere individuato e condannato), mentre benefici sarebbero o di immediata valutazione economica o di natura psicologica (soddisfare un proprio piacere), ragion per cui il delinquente sarebbe una persona perfettamente responsabile e consapevole delle proprie scelte.

Nel corso degli anni, vi sono state diverse e nuove «etichette» assegnate a questo tipo di criminalità (11), fra cui, ad esempio, quella di Kellens (12) che parla di *gentleman crime*, per riferirsi a comportamenti delittuosi commessi da persone perbene nell'ambito della loro attività professionale, approfittando della loro condizione di prestigio per portare a termine, spesso impunemente, azioni illecite, godendo inoltre del consenso sociale che ne facilita la diffusione.

Attualmente i comportamenti analizzati rientrano nel cosiddetto *Economic Special-Opportunity Conduct* (ESOC) (13), e, qualora si tratti di condotta penalmente rilevante, di *ESOC-crime* che presenta le seguenti peculiarità (14):

(8) SUTHERLAND E.H., *White-collar Criminality*, in GEIS G., MEIER R.F., *White collar Crime: Offenses in Business, Politics and the Professions*, Revised Editions, 38, 1977, cit. in CERETTI A., MERZAGORA I., *Criminalità dei colletti bianchi e medicina*, in *Rass. it Criminol.*, n. 1, 1993, pp. 19-46, p. 25.

(9) SUTHERLAND E.H. *Il crimine dei colletti bianchi*, in (a cura di) FORTI G., Giuffrè, Milano, 1987, p. 10.

(10) BECKER G.S., *Crime and punishment: an economic approach*, in *Journal of Political Economy*, 76 (2), 1968, pp. 169-217.

(11) Per una dettagliata disamina dei vari approcci, vedi MAROTTA G., *Teorie criminologiche. Da Beccaria al Postmoderno*, LED, Milano, 2004, pp. 116-167.

(12) KELLENS G., *From White Collar Crime to Gentleman's Crime*, in *Ann. Fac. Droit Liège*, 1968, pp. 61-124.

(13) HOROSZOWSKI P., *Economic Special-Opportunity Conduct and Crime*, Lexington Books, 1980.

(14) Tali tipo di definizione può applicarsi alle seguenti condotte scorrette dei camici bianchi: — comparaggio — *fee-splitting* = dicotomia (suddivisione degli onorari tra medico curante, consulente e specialista o istituti, case di cura, laboratori); — *unnecessary surgery* (effettuazione di interventi chirurgici non necessari) o *unnecessary medical procedures* (trattamenti non giustificati da esigenze terapeutiche, bensì dall'avidità di guadagno); a volte non

- essere una condotta con rilevanza penale;
- essere attuata in un contesto ove si producono beni e servizi;
- avere motivazione economica, essere cioè in relazione all'ottenimento di vantaggi materiali o, più in generale, personali;
- manifestarsi in concomitanza di situazioni particolarmente favorevoli, definite opportunità, che possono consistere in circostanze economiche, sociali, culturali, politiche, di relazione ed interazione, ma anche nell'elettiva vulnerabilità delle vittime, siano esse persone, organizzazioni o strutture, oltre che nelle caratteristiche dell'agente, nei suoi bisogni, interessi, capacità intellettuali, tratti volitivi, esperienze di vita, attitudine ad ispirare fiducia;
- essere una condotta caratterizzata da un abuso di fiducia, in quanto viola motivate aspettative di speciale integrità;
- comportare la commissione del reato un rischio calcolato;
- essere un reato particolarmente difficile da scoprire, in quanto le vittime «visibili» sono imprese, società, ecc., mentre il peso effettivo delle perdite è sopportato da vittime «invisibili» (in altri termini, la popolazione in generale).

In sintesi, l'ESOC-crime consiste nella violazione di una norma penale, tenuta in un contesto professionale e con motivazioni di carattere economico, che si avvale di opportunità particolarmente favorevoli, tra le quali assume grande importanza la posizione di fiducia ricoperta, fiducia però violata in seguito ad una valutazione calcolata del rischio a cui il soggetto o l'impresa si espongono, rischio peraltro limitato della difficoltà di scoprire il reato (15).

La difficoltà obiettiva di colpire il fenomeno sarebbe connessa ai seguenti fattori:

- le conseguenze economiche sono spesso solo in relazione indiretta con l'illecito e perciò di difficile dimostrazione;
- la materia è di estrema complessità tecnica, regolata da leggi penali, civili e amministrative che solo organi specializzati della magistratura e della polizia giudiziaria sono in grado di applicare (come peraltro ben esposto nella presente pronuncia);
- l'autore può condizionare il corso delle indagini e della giustizia con il supporto di professionisti di elevata capacità di cui può sostenere gli elevati costi;
- si riscontra assenza di stigmatizzazione, sia per l'indifferenza del pubblico, sia per lo scarso allarme sociale, non trattandosi di crimini violenti, sia, infine, per il prestigio sociale di cui gode la categoria;
- il sistema giuridico è finalizzato a proteggere e ristabilire l'ordine sociale preesistente, di cui l'autore è parte integrante e funzionale (16).

Le motivazioni alla base di questi comportamenti sarebbero le stesse riscontrate anche nel delinquente comune: ottenere facili guadagni con il minimo sforzo e seguire i propri impulsi senza considerarne gli effetti ed i costi a lungo termine.

si tratterebbe tanto di avidità, quanto di *malpractice*: al fine di prevenire ogni sospetto di superficialità nell'accertamento diagnostico, il medico tende a «strafare» («*defensive medicine*»); — *Ghost surgery* = chirurgia per sostituzione (il chirurgo esegue l'operazione al posto del medico curante, mentre il paziente ritiene che si quest'ultimo ad eseguirlo) — Dirottare pazienti da strutture pubbliche a quelle private.

(15) CERETTI A., MERZAGORA I., «*Criminalità dei colletti bianchi e medicina*», in *Rass. it. Criminol.*, n. 1. 1993, pp. 19-46.

(16) MAROTTA G., *Teorie criminologiche. Da Beccaria al Postmoderno*, LED, Milano, 2004, pp. 169-170.

Sono comportamenti del « tipico uomo pecuniario » (17), prodotti della particolare cultura del mondo medico, il cui autore solitamente non si considererebbe un delinquente, al massimo un trasgressore della legge e normalmente non sarebbe tormentato da scrupoli di coscienza, in quanto nel commettere l'illecito godrebbe dell'appoggio del proprio ambiente. Nella scelta sull'eventualità di attuare un tale comportamento influirebbe, infatti, la « sottocultura » professionale del medico, che sebbene non promuova direttamente il comparaggio, fornirebbe comunque un « ambiente protetto » (sheltered environment, Coleman (18)), in cui potrebbe crescere. Si tratterebbe, in definitiva, di una criminalità molto diffusa, premeditata e abituale, vista la frequente recidiva. Secondo alcuni i comportamenti analizzati potrebbero perfino essere intesi come reati di un'organizzazione (e qui ritorna alla mente il termine « compare » indicato nella premessa della trattazione), godendo spesso del consenso dei colleghi, che scuserebbero e proteggerebbero il medico responsabile dell'illecito.

La reazione sociale al reato di comparaggio.

Al fine di una compiuta analisi dei beni giuridici protetti dalla fattispecie di comparaggio, è opportuno analizzare anche la reazione della società al crimine in oggetto, che, come più sopra descritto, sembra essere di una sostanziale « indifferenza ». Infatti, la percezione di un dato fenomeno criminale, non solo da parte degli appartenenti alle istituzioni di controllo, ma anche dei singoli cittadini, può grandemente influire sulla qualità della vita quotidiana, orientare la direzione della politica criminale, orientandone scelte e decisioni, determinare il concreto funzionamento del sistema di controllo e condizionare l'efficacia delle norme stesse.

In questo ambito di studio vi sono diversi filoni di indagine (19):

1. ricerche K.O.L. (Knowledge and Opinion about Law), volte ad indagare sia la conoscenza della legge da parte del pubblico sia l'evoluzione delle opinioni relative alle norme giuridiche, con particolare riferimento a quelle penali (i cittadini sono consapevoli dell'illiceità di un atto e conoscono la legge a riguardo?);

2. indagini circa la reazione dei cittadini al comportamento deviante, attraverso la costruzione di apposite « scale », atte a misurare i giudizi sulla gravità dei diversi tipi di reato ed il grado di disapprovazione espresso nei loro confronti (come giudicano i cittadini i diversi comportamenti illeciti?);

3. ricerche volte ad approfondire le conoscenze circa le reali dimensioni dei reati, i fattori che possono originarli e favorirli, le conseguenze che ne derivano a livello individuale e sociale (l'allarme sociale trova una valida giustificazione o rappresenta una strumentalizzazione a fini politici e sociali?);

4. indagini volte ad analizzare le opinioni ed i giudizi espressi dai cittadini sia nei confronti del sistema penale, con specifico riferimento all'attività della magistratura e

(17) SUTHERLAND E.H., *Il crimine dei colletti bianchi*, in (a cura di), FORTI G., Giuffrè, Milano, 1987, p. 289.

(18) Coleman J.W., *The criminal elite. The sociology of white collar crime*, St. Martin's Press, 1988.

(19) L'analisi di seguito riportata è tratta da: BANDINI T., GATTI U., GUALCO B., MALFATTI D., MARUGO M.I., VERDE A., *Criminologia. Il contributo della ricerca alla conoscenza del crimine e della reazione sociale*, vol. II, seconda ed., Giuffrè, Milano, 2004, pp. 415 seg., a cui si rimanda per eventuali approfondimenti.

della polizia, sia nei confronti dei delinquenti, con particolare riguardo agli orientamenti di politica criminale (qual'è l'opinione pubblica nei confronti della giustizia e del suo funzionamento?).

Per quanto riguarda gli studi circa la «conoscenza giuridica», questa comprende due aspetti: la «coscienza della legge», la consapevolezza cioè di un soggetto circa l'esistenza o meno di una norma regolante un dato comportamento e la «conoscenza della norma», ovvero la quantità di informazione di cui un soggetto dispone circa il contenuto di una data norma (20). Dalle indagini su alcune tipologie di reato, tra cui, esemplificando, la corruzione (21), emerge che la conoscenza è vaga e limitata ed il giudizio circa la gravità dipende dall'utilità personale che ne deriva. In generale si può affermare che il cittadino possiede limitate conoscenze sia circa l'esistenza sia il contenuto delle norme giuridiche, specie di quelle complesse, come può essere quella di cui qui si tratta.

Per quanto riguarda la percezione del fenomeno criminale da parte del cittadino risulta che, solitamente, la conoscenza circa la sua reale consistenza è inadeguata, essendo spesso sovrastimata, specie in seguito a notizie distorte dei mass media.

Peraltro, non sembrano ancora esistere sistematici studi circa la reale percezione sociale della gravità dei reati dolosi, fra cui appunto il paragone, commessi dai camici bianchi e la conseguente disapprovazione e richiesta di sanzione.

Sembra comunque esistere una scarsa stigmatizzazione (indifferenza, ed a volte quasi approvazione) nei confronti di comportamenti che ledono gli interessi collettivi o dello Stato, forse perché sono genericamente più estranei al bene individuale.

Se i reati colposi del medico stanno creando viva preoccupazione nella popolazione, che si sente potenziale vittima di comportamenti negligenti, imprudenti o imperiti, l'illecito di cui qui si tratta, non sembra destare «paura» nella collettività e neppure sembra esserci una paura di esserne «vittima indiretta» (22).

Gli studi riguardanti la «paura» del crimine distinguono fra paura «astratta», consistente nella preoccupazione generica nei confronti di un comportamento estraneo e «distante», che riguarda la società, e paura «concreta», ossia il timore evocato da un fenomeno vicino e contingente (23), ma nessuna delle due sembra essere qui presente.

Il reato qui considerato non pare nemmeno suscitare senso di insicurezza nella popolazione, una condizione detta di «panico morale» (24), una situazione cioè in cui si diffonde un'agitazione improvvisa, immotivata o quanto meno eccessiva, di fronte alla minaccia proveniente da gruppi di persone che agiscono in modo immorale ed inaccettabile e che si ritiene possano provocare grave danno alla società.

(20) KUTCHINSKY B., «Aspects sociologiques de la déviance et de la criminalité», in Conseil de l'Europe, Comité Européen pour les problèmes criminels: *La perception de la déviance et de la criminalité*, Strasbourg, 1972, cit., in BANDINI T., GATTI U., GUALCO B., MALFATTI D., MARUGO M.I., VERDE A., *Criminologia, op. cit.*, p. 421.

(21) Fattispecie prevista e punita dagli articoli 318 e 319 del codice penale.

(22) Ciò, sempre che il reato non sia potenzialmente di danno al singolo (es. vendita di farmaci guasti, sieri contaminati).

(23) LOUIS-GUERIN C., «*La peur du crime: mythes et réalités*», in *Criminologie*, 16, (1), 69, 1983, cit. in BANDINI T., GATTI U., GUALCO B., MALFATTI D., MARUGO M.I., VERDE A., *Criminologia, op. cit.*, p. 444.

(24) BARBAGLI M., «*L'insicurezza nelle città italiane*», in (a cura di), BARBAGLI M., *Egregio Signor Sindaco. Lettere dei cittadini e risposta dell'istituzione sui problemi della sicurezza*, Il Mulino, Bologna, 1999, cit. in BANDINI T., GATTI U., GUALCO B., MALFATTI D., MARUGO M.I., VERDE A., *Criminologia, op. cit.*, p. 447.

Il « panico morale » si manifesterebbe quando aumenta la preoccupazione, condivisa da molti, per le azioni di alcuni gruppi di persone e per le conseguenze negative di tali azioni per la società, con conseguente aumento di ostilità nei confronti dei componenti di questi gruppi, considerati un pericolo per i valori, gli interessi e l'esistenza stessa della società. Il pericolo sarebbe però immaginario e quindi la paura esagerata, irrazionale e priva di giustificazione.

Secondo taluni il panico morale, sempre contraddistinto dalla sua congenita natura « volatile », sarebbe prodotto dalle classi dominanti, attraverso i mass media, al fine di sviare la restante parte della popolazione dai problemi sociali più gravi. Secondo altri, invece, l'opinione pubblica non sarebbe facilmente influenzabile dai mass media ed il panico morale esploderebbe spontaneamente nella popolazione quando ritiene che un dato fenomeno costituisca una reale minaccia.

Applicando questo tipo di approccio alla fattispecie di cui qui si tratta, nonostante i mass media ne parlino sempre più spesso, non si può certo dire che il comparaggio scateni nella popolazione tali sentimenti.

Sembra qui esistere una diversificazione di giudizi ed orientamenti del pubblico a causa dell'evidente contraddizione tra l'eventuale danno sociale da essi (spesso) provocato e la sostanziale indifferenza dalla quale sono accompagnati. Queste attività « criminaloidi » (25), nonostante il loro carattere tecnicamente illegale, non sono spesso percepite come devianti, né dall'opinione pubblica, né da coloro che li pongono in essere.

L'indifferenza del pubblico può essere spiegata sia con l'elevato status sociale dell'autore, sia con la mancanza di intenzionalità da parte di costui di provocare danni fisici a terzi, sia con il carattere impersonale del rapporto autore-vittima.

Si percepisce, però, nei confronti di questi reati il formarsi di un atteggiamento più critico, in quanto l'opinione pubblica appare convinta che i loro autori siano trattati in modo eccessivamente « benevolo » dai giudici, atteggiamento sviluppatosi soprattutto a seguito delle inchieste sulla cosiddetta « malasania », dove emergevano ipotesi di reato che danneggiano uno dei beni fondamentali dell'uomo: il suo diritto alla salute.

Raramente, però, il crimine economico comune suscita forte indignazione del cittadino medio, sempre che il singolo non sia direttamente coinvolto.

Ancora oggi, infatti, di fronte alla valutazione circa la violazione di una norma da parte del medico, sussiste un misto di timore e di ammirazione: timore di inimicarsi il medico, di cui si potrebbe avere bisogno ed ammirazione per il ruolo sociale ricoperto.

L'effetto di reati quali il comparaggio è spesso esteso su un lungo arco di tempo e coinvolge molteplici soggetti, senza che vi sia però un momento preciso in cui un individuo particolare ne subisca un danno rilevante, percepibile all'istante nella sua interezza.

Conseguentemente, la relativa disomogeneità della reazione della collettività nei confronti di questa tipologia di reato dei « camici bianchi » può in parte essere spiegata con il fatto che non ci si trova di fronte ad aggressioni semplici e dirette nei confronti di un altro, nonché dal rilievo per cui i reati economici, ed il comparaggio in particolare, possono unicamente essere valutati, con esattezza, da persone esperte dell'attività nel cui esercizio vengono commessi.

Sembra quindi potersi affermare che, non sentendosi il singolo cittadino personalmente coinvolto e danneggiato da questo comportamento scorretto del medico, non vi è

(25) Ross E.A., *Sin and Society*, Houghton Mifflin Boston, 1907.

una particolare reazione sociale al comparaggio, tipologia di reato inoltre per lo più sconosciuta dall'opinione pubblica.

1.5. *Le singole ipotesi di comparaggio nel nostro ordinamento.*

1.5.1. *Le fattispecie « tradizionali ».*

Occorre tener distinte le classiche ipotesi comparaggio, disciplinate sin dal 1934, relative all'attività di medici, veterinari e farmacisti, dalla nuova fattispecie introdotta nel 1992 in attuazione di una direttiva comunitaria e riguardanti l'attività dei cc.dd. informatori scientifici

Vediamo anzitutto le fattispecie *ex artt.* 170-172 t.u. sanitario.

Nelle sue linee generali, il comparaggio è affine alla corruzione, data la struttura « bilaterale » (reato necessariamente plurisoggettivo (26)). Le incriminazioni colpiscono un « accordo collusivo » fra almeno due soggetti (dei quali uno svolgente attività di rilievo pubblicistico), a contenuto patrimoniale. Alla elaborazione giurisprudenziale in tema di corruzione è perciò corretto fare riferimento per la definizione dei concetti di « dazione », « promessa » e « utilità ».

Mentre l'art. 170 fa riferimento alle condotte di medici o veterinari che ricevano per sé denaro o altra utilità, ovvero ne accettino la promessa, « allo scopo di agevolare, con prescrizioni mediche o in qualsiasi altro modo, la diffusione di specialità medicinali di ogni altro prodotto farmaceutico » e l'art. 171 ha di mira la analoga condotta dei farmacisti, l'art. 172, nell'estendere la sanzione penale prevista dall'art. 170 « anche a carico di chiunque dà o promette al *sanitario* o al *farmacista* denaro o altra utilità », disciplina la condotta del sinallagma corruttivo posta in essere dalle industrie farmaceutiche, reprimendo altresì comportamenti in contrasto con la disciplina antitrust.

Si tratta, secondo la più moderna dottrina, di reati *di pericolo* (27), in quanto per la punibilità del fatto non occorre l'effettiva agevolazione della diffusione del farmaco, bastando la pattuizione del vantaggio economico volta al perseguimento dello scopo illecito tipizzato dal legislatore.

Sotto il profilo dell'elemento soggettivo del reato, si tratta di una delle (poche) ipotesi contravvenzionali solo dolose previste dal nostro ordinamento, per la quale, secondo i principi di parte generale del codice penale, non è ammissibile il tentativo. Al dolo generico intrinseco alla struttura della norma il legislatore aggiunge la previsione di un dolo specifico consistente nello « *scopo di agevolare, con prescrizioni mediche o in qualsiasi altro modo, la diffusione di specialità medicinali o di ogni altro prodotto a uso farmaceutico* ».

Come è noto, mentre nei reati *a dolo generico* l'oggetto della rappresentazione e della volizione è solo il fatto concreto che integra gli estremi del fatto descritto dalla norma incriminatrice, nei reati *a dolo specifico* è necessario un *quid pluris* costituito dalla

(26) Il concetto di reato plurisoggettivo — a concorso necessario — è stato definito dalla dottrina risalente (per tutti, GRISPIGNI F., « Il reato plurisoggettivo », in « *Ann. di dir. e proc. pen.* », 1941, n 8, p. 317 ss) come è quello di cui la fattispecie normativa indica in più persone i soggetti attivi, di cui specifica il comportamento sanzionato.

(27) L'impostazione dottrinale è stata elaborata in tema di reati contro la Pubblica Amministrazione. In tema si veda, AA.VV., *Il prezzo della tangente. La corruzione come sistema a dieci anni da « mani pulite »*, in (a cura di) FORTI G., Giuffrè, Milano, 2003.

volontà del soggetto di perseguire l'obiettivo tipizzato dal legislatore, la cui concreta realizzazione è peraltro irrilevante ai fini della sussistenza del reato. In altri termini, come insegna la tradizionale e più accreditata dottrina, nei reati a dolo specifico la norma incriminatrice richiede che il soggetto abbia agito, oltre che con rappresentazione-e-volizione degli elementi del fatto, per il conseguimento di una finalità (un fine, uno scopo) particolare, la cui realizzazione esula però dagli elementi del reato. Il dolo specifico si aggiunge al consueto dolo del fatto e costituisce una creazione squisitamente legale. E proprio in quanto il dolo diretto ed il dolo eventuale concernono gli elementi del fatto, il dolo specifico è compatibile con entrambi.

Esclusa ormai l'accettabilità della risalente interpretazione secondo cui il carattere contravvenzionale di un reato escluderebbe la complessa indagine sul dolo, rendendo sufficiente la prova che il fatto sia stato commesso «con coscienza e volontà» (c.d. *suitas* della condotta), il vero nodo problematico del comparaggio previsto dal testo unico sanitario è rappresentato proprio dall'elemento costitutivo del *dolo specifico*.

Le ipotesi di contravvenzione a carattere esclusivamente doloso e richiedenti un dolo specifico — come quella ora in esame — sono assai rare.

Quando il legislatore incentra una fattispecie di reato, sia essa delittuosa o contravvenzionale, su forme di dolo specifico, richiede la *idoneità causale* della condotta dell'agente a conseguire l'obiettivo descritto dalla norma incriminatrice. E la dottrina ricorda che il parametro alla stregua del quale l'interprete (giudice) è chiamato a valutare la condotta dell'agente, sotto il profilo della idoneità a cagionare l'evento «ulteriore», non può che essere quello, elaborato in tema di tentativo, della *prognosi postuma*.

Le considerazioni sopra esposte, trasportate alla fattispecie di reato in esame, significano che l'effettiva agevolazione della diffusione di medicinali non rileva agli effetti della consumazione del reato, essendo sufficiente che l'agevolazione medesima abbia costituito lo *scopo* per il quale il soggetto ha agito. In letteratura è stato coerentemente sostenuto che «sia l'agevolazione della diffusione sia la prescrizione [del medicinale] sono estranee all'elemento soggettivo del reato; il medico che riceva denaro allo scopo di agevolare con prescrizioni mediche una determinata specialità commette per ciò solo il reato di comparaggio». E lo scopo, come tutti i fenomeni psichici, non può che essere ricavato per inferenza — data l'insondabilità della psiche umana — dagli elementi di fatto noti e dal contesto in cui si colloca la condotta.

1.5.2. *La fattispecie introdotta nel 1992 in adeguamento alla normativa comunitaria.*

Quanto alla fattispecie *ex art. 11 D.Lgs. n. 541/1992*, la struttura di reato è solo parzialmente coincidente con quella disciplinata dal t.u. sanitario. Detta disposizione estende al primo comma il novero delle condotte punibili ai sensi dell'art. 170 t.u. sanitario, prevedendo come reato la concessione, promessa o offerta di denaro o altre utilità effettuate «nel quadro dell'attività di informazione e presentazione dei medicinali svolta presso medici e farmacisti», a meno che si tratti di beni di valore trascurabile e i vantaggi «siano comunque collegabili all'attività espletata dal medico e dal farmacista»; tale previsione di legge, al secondo comma, fa espresso divieto a medici e farmacisti di sollecitare o accettare gli incentivi vietati dal primo comma. La nozione di *attività di informazione e presentazione di medicinali* rimanda alla tipica attività dei cc.dd. informatori scientifici.

L'elemento oggettivo, sia sotto il profilo della condotta del medico che sotto quella dell'oggetto materiale del reato, è sostanzialmente il medesimo del tradizionale reato di comparaggio. La differenza di maggior rilievo è data dal fatto che in quest'ultima fattispecie manca la previsione del dolo specifico. Perché sia integrato il reato non è necessario che la condotta sia idonea alla diffusione del farmaco: è sufficiente che la condotta sia posta in essere *nel contesto dell'attività di presentazione di medicinali* presso medici e farmacisti.

Il medico che accetti vantaggi al di fuori di tale contesto non commette il reato di cui all'art. 11 D.Lgs. n. 541/1992, essendo invece punibile ai sensi degli artt. 170-172 r.d. n. 1265/1934 (t.u. sanitario), qualora ricorrano i presupposti integrativi di tali fattispecie.

1.6. *Problemi di ordine probatorio.*

Il grande problema nella praxis delle indagini in materia di comparaggio è stato sempre ravvisato nella estrema difficoltà della prova d'accusa: in ciò risiede una probabile causa del fatto che non risulta, almeno all'odierno giudicante, alcun precedente edito di condanne in materia di comparaggio.

Le fattispecie in esame possono *incrociare*, nella prassi, altri reati: la concussione (caso esaminato da Cass. pen. Sez. VI, 17 marzo 1987, in, *La giust. pen.*, II, 97, 1988), la contraffazione *ex art. 473 c.p.*, l'introduzione nello Stato e commercio di prodotti con contrassegni falsi (art. 474 c.p.), la truffa in danno di enti pubblici (art. 640 comma 2 c.p.), la corruzione, sotto varie forme, e l'abuso d'ufficio. Per le differenze fra la corruzione e il comparaggio *ex art. 170 t.u. sanit.*, in particolare, si veda Trib. Milano 28.09.1983, in, *Rass. dir. farm.* 85, 733. Ma, a parte i casi nei quali il comparaggio trasforma in un reato più grave, concorrendo o meno con questo e dando luogo alla possibilità di ricorrere a strumenti «invasivi» di indagine (ad esempio: le intercettazioni telefoniche o ambientali), la prova del reato appare in concreto difficilissima da raggiungere.

Secondo l'opinione corrente e le decisioni giurisprudenziali sino ad oggi rese (tutte quelle note a questo giudicante hanno prosciolti gli indagati per comparaggio dall'osservanza del giudizio), quello che incombe sull'accusa è un onere pressoché insostenibile: la probatio diabolica, per l'accusa, consisterebbe — almeno per quanto riguarda il comparaggio disciplinato dal t.u. sanitario — nel convincere il giudice che va esclusa la possibilità che il medico abbia prescritto il farmaco «incriminato», invece di altri, sulla base di giustificate considerazioni terapeutiche. La sostenibilità in giudizio dell'accusa di comparaggio andrebbe affermata solo quando è possibile dimostrare, oltre il ragionevole dubbio, il «nesso immediato e diretto» tra la dazione-promessa e la finalità (del medico) di agevolare la diffusione di determinati prodotti farmaceutici. L'«insostenibilità» dell'onere della prova per l'accusa, sotto il profilo pratico, scaturirebbe dalla necessità di esperire una complessa, costosa indagine — in tempi rapidissimi dato il carattere contravvenzionale del reato e la sua conseguente prescrizione triennale — mirante a dimostrare che il medico ha effettivamente iniziato a prescrivere in maniera significativa un certo farmaco; indagine, per di più, le cui risultanze non avrebbero mai valore certo ed obiettivo nella misura in cui, pur in presenza di prescrizioni quantitativamente significative del farmaco, si ritenga di dover anche verificare il carattere giustificato o meno della

prescrizione in rapporto alle patologie curate ed alla presenza sul mercato di altri farmaci contenenti molecole uguali o similari.

Il pubblico ministero oggi precedente, nel « confezionare » la richiesta di archiviazione qui in esame, ha mostrato di seguire tale impostazione, affermando la mancanza di prova che, in occasione delle corresponsioni di denaro o di altre utilità ai medici e in epoca successiva, vi sia stato un aumento di volume delle prescrizioni di farmaci.

L'atteggiamento psicologico dell'agente: il dolo specifico.

Cenni sulla colpevolezza (28).

Tra gli elementi essenziali del reato, ossia: la tipicità, l'antigiuridicità e la colpevolezza, ciò che rileva maggiormente nell'ordinanza in esame è il profilo psicologico. Infatti, è la colpevolezza della contravvenzione di comparaggio il profilo più difficoltoso da accertare in sede investigativa e giudiziale, anche in ragione della specificità della volizione richiesta dalle fattispecie. Seppure sinteticamente, nel prosieguo, si darà conto della ricostruzione dogmatica e dottrinale di quella categoria della colpevolezza indicata dal legislatore come dolo (29). In questa sede è d'uopo premettere che la colpevolezza, quale elemento essenziale del reato, svolge la duplice funzione di rendere personale (30) l'illecito, in ossequio ai principi costituzionali (31), oltre ad essere indice della gravità dell'azione umana ed in tal senso, utile alla commisurazione della pena in concreto. Pertanto, la reazione dell'ordinamento giuridico, con l'*extrema ratio* del diritto penale, deve risultare proporzionata (32) alla colpevolezza dell'agente, ossia all'intensità del dolo ovvero al grado della colpa riscontrata in capo al medesimo (33).

Circa il profilo dell'accertamento in sede giudiziale della colpevolezza (34), essenziale nella pronuncia in esame, si rinvia alla motivazione del provvedimento medesimo; tuttavia è opportuno riportare in questa sede qualche breve riflessione sulla questione.

(28) In dottrina si segnalano: MARINI G., voce « Colpevolezza », in *Dig. Disc. Pen.*, UTET, Torino, 1988; — ROXIN C., « *Sul problema del diritto penale della colpevolezza* », in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1984, p. 16 ss e PADOVANI A., « *Appunti sull'evoluzione del concetto di colpevolezza* », *ivi*, 1973, p. 554 ss.

(29) Specificamente della tipologia di dolo c.d. specifico.

(30) E, dunque, ascrivibile ad un soggetto determinato.

(31) Corollario dell'asserzione è la funzione di selezione delle condotte punibili, non essendo rimproverabili all'agente comportamenti umani non sorretti da consapevolezza alcuna. Ciò, almeno in quanto si acceda alla ricostruzione dogmatica attualmente maggioritaria che nega la possibilità di ricondurre gli elementi essenziali del reato all'autore senza che al medesimo non fossero risultati prevedibili con la diligenza minima. Giurisprudenza conforme, Corte Cost., sent. n. 218 del 19 giugno 1998, — Corte Cost., sent. n. 364 del 24 marzo 1988 e Cass. SU, sent. 8154 del 18 luglio 1994.

(32) Sul punto, DOLCINI E., « *La commisurazione della pena* », volume XVII, Cedam, Padova, 1979.

(33) Al fine di implementare la funzione special preventiva e rieducativa della pena inflitta. In tema, FERRAJOLI L., « *Diritto e ragione* », VII ed., Laterza, Roma, 2002; — MARGARA A., « Chi punire, perché punire, come punire », in *Questione Giustizia*, n. 5, 2002, p. 1042; — FIANDACA G., « Commento all'art. 27 co. 3 Costituzione », in *Commentario alla Costituzione*, in (a cura di) BRANCA e PIZZORUSSO, Zanichelli, Bologna, 1989, p. 225 ss. e BETTIOL G., « Repressione e prevenzione nel quadro delle esigenze costituzionali », in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1951, p. 376 ss.

(34) Si veda UBERTIS G., « *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici* », Utet, Torino, 1995.

Il procedimento probatorio dell'elemento psicologico del reato si svolge sulla base delle prove indicate dalle parti ed ammesse dal Magistrato giudicante, in ossequio al vigente principio accusatorio (35).

Nella fase delle indagini preliminari, al cui termine si pone l'ordinanza del Giudice pavese, il vero dominus dell'attività è il Magistrato requirente (36), al quale spetta il compito di qualificare giuridicamente la fattispecie formulando al termine l'imputazione. Anche avuto riguardo al profilo psicologico dell'illecito, gli elementi probatori rilevanti per la qualificazione, però, sono soltanto quelli esterni ed oggettivizzanti. Pur trattandosi, infatti, di una componente interiore ed inafferrabile della psiche umana (37), il Magistrato (anche requirente) deve attenersi al vaglio delle circostanze esteriori del fatto, che possano essere espressione dell'atteggiamento psicologico dell'agente (38). Essendo, poi, la contravvenzione in esame punita a titolo di dolo specifico (39), è agevole comprendere quali difficoltà si riscontrino nella verifica concreta dei citati elementi oggettivizzanti.

Il dolo

Il Codice Penale, all'art. 43, sancisce che il delitto è doloso, o secondo l'intenzione quando l'evento cagionato con l'azione o l'omissione è preveduto e voluto dall'agente come conseguenza della propria condotta. Codesto compendio letterale della norma costituisce un utile punto di partenza per l'analisi dell'elemento psicologico rilevante nella fattispecie di comparaggio..

La nozione legislativa presuppone che sussista un'azione (od omissione) umana e tipica, ossia prevista nella fattispecie astratta. La condotta (40) deve, inoltre, essere oggetto di previsione e volizione ad opera dell'agente. Ciò significa che l'azione posta in essere, e la relativa modificazione della realtà oggettiva, devono manifestarsi come coscienti e volontarie, ovvero devono rappresentarsi nella psiche del soggetto quantomeno gli elementi essenziali di esse ed egli, in conseguenza, opera la scelta e si determina al compimento di quanto prefigurato. Le forme del dolo, individuate dalla dottrina, attono proprio alle differenti modalità con cui il soggetto si rappresenta il fatto di reato e la conseguente intensità della volizione di trasporre ciò in un'azione oggettivamente percepibile. Queste tipologie di dolo sono principalmente (41):

- Il dolo intenzionale: è la forma piena della volontarietà, intesa come rappresentazione e volizione degli elementi essenziali dell'azione e dell'evento conseguente, così

(35) *Amplius* sulla questione, AMODIO E., «La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo», in *Cass. Pen.*, 4, 2004, p. 149 ss e AA.VV., «*Modifiche al codice di procedura penale*», Cedam, Padova, 1995.

(36) La questione è trattata, tra l'altro, da DE CARO A., «Percorsi legislativi e poteri delle parti nel processo penale: dal codice Rocco alla riforma delle investigazioni difensive», in *Cass. pen.*, 2001, 10, p. 2951; — NOBILI R., «*Scenari e trasformazione del processo penale*», Cedam, Padova, 1998 e AA.VV., «*Modifiche*», *cit.*

(37) Così *Cass. Pen.*, Sez. I, sent. 13237 del 25 novembre 1986, imp. Catalano e *Cass. Pen.*, imp. Oneda del 13 dicembre 1983.

(38) Giurisprudenza conforme: *Cass. Pen.*, imp. Buccino del 06 marzo 1984.

(39) Il riferimento è agli articoli 170-172 t.u. sanitario, vedi *infra*.

(40) E l'evento, ove previsto dalla norma incriminatrice.

(41) La ricostruzione giurisprudenziale della tematica si trova in *Cass. Pen.*, Sez. I, sent. 10795 del 29 settembre 1999, imp. Gusinu, in *C.E.D.*, RV214112 e *Cass. Pen.*, Sez. I, sent. 3277 del 29 marzo 1996, imp. Giannette, in *C.E.D.*, RV214112.

come stigmatizzato dalla legge. In questa forma di dolo l'evento illecito è lo scopo dell'agente.

- Il dolo diretto: consiste nella prefigurazione mentale, e nella relativa accettazione, dell'azione e dell'evento illeciti, con conseguente volizione dell'aggressione al bene giuridico. In questa categoria, il fatto di reato non costituisce il fine della condotta, nondimeno l'agente lo accetta come risultato della condotta.

- Il dolo eventuale: è definito come l'accettazione del rischio di avveramento dell'evento previsto, senza volizione completa del medesimo. In quest'ultima tipologia di dolo, l'evento è solo una conseguenza possibile della condotta; non costituisce il fine di essa e neppure ne rappresenta il risultato altamente probabile, ma vi è soltanto il rischio della sua verifica (42).

Un'ulteriore partizione, individuabile entro la nozione di dolo, è quella tra dolo generico e dolo specifico. Il primo è costituito dalla previsione e volizione degli elementi essenziali della condotta astratta; in antitesi, nel secondo, il legislatore richiede che l'intenzione dell'agente sia rivolta ad un fine ulteriore e predeterminato nella norma. Essendo il dolo specifico la forma d'intenzione rilevante nel reato di comparaggio (43), nel prosieguo si tratterà di tale categoria concettuale.

Il dolo specifico

La nozione di dolo specifico, utilizzata consapevolmente per la prima volta da Carrara (44), consiste in quella particolare forma della colpevolezza per cui l'agente si pone una finalità ulteriore, inserita nella fattispecie astratta e posta oltre gli elementi materiali del reato (45). Si tratta dell'elemento soggettivo del reato, posto in essere secondo l'intenzione, connotato da particolari specificità. Al fine di comprendere appieno questa forma di creazione dottrinale e giurisprudenziale, è necessario premettere una sintesi evolutiva della tematica. Il dolo eventuale, sin dall'elaborazione del citato Autore (46), veniva inteso come fine dell'agente, in contrapposizione al «fine dell'opera», ossia come dato ulteriore rispetto all'azione in sé, elemento che caratterizzava il reato senza che fosse rilevante il suo effettivo conseguimento. Nella parte speciale del citato «Programma», il Giurista individuò la nozione di oggettività ideologica, intesa come scopo al quale l'agente dirige la propria azione, autonoma sia rispetto all'oggettività materiale (ove la condotta è vista come puro fatto) che a quella giuridica (ove l'azione è intesa come ente giuridico il cui oggetto è il diritto aggredito). Tale tipo di oggettività (47) costituiva, infatti, il concetto preminente, avuto riguardo all'azione come «ente puramente ideologico», che dirige l'atto ad un fine determinato. La scuola c.d. positiva valorizzò definitivamente la nozione di dolo specifico, trascurando, tuttavia, il concetto

(42) Tale rischio, come detto, deve essere accettato dal soggetto.

(43) Sempre con riferimento agli articoli 170 — 172 t.u. sanitario, vedi *infra*.

(44) Nella parte speciale del noto «Programma di diritto penale. Parte generale» del 1859, l'Autore attribuì al «fine dell'agente» nel delitto di furto una funzione che contribuiva a connotare la stessa oggettività giuridica del reato.

(45) In dottrina, seppure risalente, si veda MUSOTTO G., «Il problema del dolo specifico», in *Studi in memoria di Francesco Antolisei*, Milano, II, 1965 e FINZI M., «Il cosiddetto «dolo specifico». Volizioni dirette verso un risultato che sta fuori degli atti esterni d'esecuzione di un reato», in *Studi in memoria di Arturo Rocco*, Giuffrè, Milano, 1952.

(46) Il riferimento è all'insigne dottrina di Carrara.

(47) Ovvero quella c.d. ideologica.

di obiettività ideologica. E proprio a causa di ciò (48) emerse il principale tema interpretativo legato alle teorie sul dolo specifico: il rapporto fra il concetto di dolo specifico e la nozione generale di dolo. La questione ha condotto alla formazione di due scuole esegetiche: la prima negava che il dolo specifico costituisse una figura particolare di dolo, assumendo che fosse in realtà presente in ogni reato come motivo determinante (49); di converso, l'altra (50) propendeva per un «compromesso teorico», sostenendo che alcuni reati, data la loro particolare natura, richiedessero elementi caratterizzanti sotto il profilo della colpevolezza. Da tali ricostruzioni andava delineandosi una nozione generale di dolo come volontarietà del fatto e si profilava la nozione come peculiare elemento intenzionale, definito come specifico. Numerose critiche sono state mosse alla ricostruzione di compromesso proposta dai fautori della seconda tesi, trattandosi, per alcuni (51), di una sistemazione concettuale del dolo specifico in chiave meramente psicologica. Il «compromesso teorico», pertanto, sarebbe insanabilmente viziato da una dicotomia: il fine dell'agente non era un elemento fondante una particolare specie di dolo, bensì costituiva un'eccezione normativa, aggiungendo un *quid pluris* alla generale struttura del reato commesso secondo l'intenzione. La dottrina attuale (52), superando la questione inerente alla classificazione astratta del dolo specifico, ne riconosce l'esistenza positiva in alcune tipologie di reato, laddove le condotte penalmente sanzionabili debbono essere caratterizzate da particolari finalità. In altri termini, non è posto in discussione l'inserimento del concetto entro il paradigma dei reati dolosi, ove la condotta è posta in essere con previsione e volizione, ma le specificità richieste dalla norma qualificano la volontà richiesta. In tal modo, l'accertamento del dolo specifico costituisce una modalità di cernita tra le condotte, selezionando come rilevanti solo quelle pericolose o lesive del bene giuridico tutelato ed orientate casualmente dall'agente verso fini pre-determinati e specifici. Nella variegata descrizione normativa delle fattispecie astratte, la dottrina tradizionale individua, accanto ad una categoria di reati a dolo specifico espresso, una categoria di reati c.d. a dolo specifico implicito (53). Questi ultimi, non contenendo espliciti riferimenti ad un fine predeterminato in capo all'agente, ma sottendono, per tecnica legislativa e modalità di lesione al bene giuridico tutelato, un animus peculiare. Secondo l'impostazione della dottrina recente (54), però, non vi sarebbe una autonoma categoria di reati a dolo specifico implicito. Per la configurabilità del dolo specifico, in altri termini, è sempre necessaria un'esplicita previsione legislativa, in conseguenza della portata e della funzione dell'istituto (55).

Sinteticamente esposta, così, l'evoluzione dogmatica e dottrinale della tematica del dolo specifico nell'ordinamento italiano, appare di particolare interesse, per le pre-

(48) PICOTTI L., «*Il dolo specifico: un'indagine sugli «elementi finalistici» delle fattispecie penali*», Giuffrè, Milano, 1993.

(49) Dottrina che partiva dall'assunto per cui «nessuno opera senza uno scopo», il cui principale esponente fu FERRI E., «*Principii di diritto criminale*», Utet, Torino, 1928.

(50) Condivideva l'impostazione FLORIAN E., «*Parte generale di diritto penale*», in «*Trattato di diritto penale*», dalla III ed., Milano, 1934.

(51) Tra essi, PICOTTI L., «*Il dolo specifico*», *cit.*

(52) *Id.*, *Ibidem*.

(53) PIACENZA S., «*Saggio di un'indagine sul dolo specifico*», Napoli, 1943.

(54) CARACCIOLI I., «*Manuale di diritto penale*», CEDAM, Padova, 1998, p. 293 ss.

(55) Infatti, la funzione selettiva svolta dal dolo specifico limiterebbe ingiustificatamente ed oltre la portata letterale della norma le condotte penalmente sanzionate. In dottrina, PICOTTI L., «*Il dolo specifico*», *cit.*

ziose indicazioni di metodo che se ne ricavano, l'esame dell'elaborazione giuridica dell'istituto negli ordinamenti di altri Paesi.

L'ordinamento tedesco (56), in ottica comparativistica, prevede che il concetto di dolo specifico non possa coincidere tout court con la categoria della c.d. Absicht (intenzione), tale concetto, infatti, è piuttosto assimilabile alla categoria del dolo intenzionale (57). Ciò in quanto, per connotare i c.d. Absichtdelikte, che hanno struttura simile ai reati a dolo specifico, si fa riferimento non all'Absicht bensì alle c.d. besondere Absichten, elementi soggettivi della fattispecie utilizzati nella parte speciale. Benché, infatti, si parli tradizionalmente di «delitti d'intenzione», tale atteggiamento psicologico non è una tipologia autonoma del dolo, quanto piuttosto un elemento soggettivo della fattispecie ed ulteriore rispetto all'intenzione. Per ciò che riguarda, invece, gli ordinamenti di common law (58), è opportuno precisare preliminarmente che non si rinviene una sufficiente univocità nel definire la nozione di intention, e quindi di specific intent, la quale ultima, tuttavia, fra i molteplici significati assunti nel sistema anglosassone, può in parte essere assimilata al nostro dolo specifico, soprattutto in ottica processuale (59). In questi ordinamenti, infatti, manca una ricostruzione sistematica delle peculiarità delle fattispecie corrispondenti alle nostre ipotesi a dolo specifico. Ossia, non si rinvergono studi approfonditi circa il particolare rapporto fra condotta dell'agente e l'oggetto del fine ulteriore perseguito, da valutare in sede di tipicità. L'elaborazione dottrinale, risentendo del case method tipico del common law e dell'origine consuetudinaria delle più importanti figure di reato, non concerne i profili dogmatici della colpevolezza, quanto il loro concreto atteggiarsi nella fattispecie de qua.

In definitiva, dunque, il dolo specifico sembra essere una categoria concettuale tipica dei sistemi di civil law ed elaborata con qualità differenti nei singoli ordinamenti. Per quanto risulta utile all'analisi della pronuncia in esame, la peculiarità della volizione deve essere intesa come un fine ulteriore che l'agente intende perseguire, la cui realizzazione, tuttavia, è indifferente alla consumazione del reato. Dogmaticamente, dunque, codesto tipo di dolo è una tipologia contrapposta a quello generico, da collocarsi, comunque, entro l'ambito dell'elemento soggettivo del reato. La struttura dei reati a dolo

(56) In dottrina, PICOTTI L., «*Il dolo specifico*», cit., p. 333 ss. e SCHROEDER F.C., «*Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht. Eine systematische Darstellung, entwickelt aus Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung*», Monaco, 1970. Esempi di norme dell'ordinamento tedesco che prevedono forme di dolo specifico sono quelle contenute nel Codice Penale StGB, agli articoli § 242 (*Diebstahl*) e § 249 (*Raub*). Il primo di essi punisce il furto e l'appropriazione indebita allorché l'agente abbia il fine specifico di «appropriarsi del bene mobile ovvero di consegnarlo illegittimamente ad altri» («*in der Absicht wegnimmt, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen*»); mentre il secondo punisce la rapina se nell'agente si riscontra «l'intenzione di appropriarsi della cosa mobile altrui per sé o per altri» («*in der Absicht wegnimmt, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen*») — la traduzione è libera —.

(57) Per una dissertazione dottrinale circa il dolo nel sistema giuridico tedesco si veda: LAUBE R., «*Strafrecht, Band: Allgemeiner Teil unter Berücksichtigung des Entwurfs eines neuen StGB*», Ed. «Kohlhammer», Stoccarda, 1963.

(58) Si vedano PICOTTI L., «*Il dolo specifico*», cit., p. 387 ss., CADOPPI A., «*Mens rea*», in *Dig. Disc. Pen.*, VII, 1993, p. 618 ss., VINCIGUERRA S., «*Introduzione allo studio del diritto penale inglese. I principi*», CEDAM, Padova, 1992 e BASSIOUNI M., «*Diritto penale degli Stati Uniti d'America (Substantive criminal law)*», tr. it., De Cataldo Neuburger L., Giuffrè, Milano, 1985.

(59) Specificamente probatoria.

specifico, poi, si caratterizza essenzialmente per il rapporto di mezzo a fine sussistente tra la condotta e lo scopo dell'agente. Tale finalità, però, non è requisito psichico ulteriore rispetto al dolo, bensì elemento di specificazione che contribuisce a tipizzare la condotta. Di tal che, la condotta è tipica solo se finalizzata allo scopo predeterminato nella fattispecie astratta; conseguendone la funzione selettiva dei comportamenti penalmente illeciti, in quanto strumentali al soddisfacimento del predetto fine. I reati connotati dalla previsione del dolo specifico tipizzano, in altri termini, un oggettivo conflitto di interessi: quello perseguito dall'agente e quello generale tutelato dall'ordinamento (60). Ai fini della trattazione, è d'uopo rilevare come la dottrina dominante ritenga che la consumazione del reato sia anticipata al momento dell'oggettivo instaurarsi del conflitto d'interessi, con ciò discendendone come la non necessarietà che la condotta realizzi effettivamente il fine (61). Infatti, incidendo il fine dell'agente sull'oggettività del fatto di reato (62), la colpevolezza ha un contenuto più ampio di quello delineato dagli elementi esteriori della condotta, giungendo sino a ricomprendere la proiezione offensiva del fatto sul piano dei rapporti sociali. L'obiettivo specifico, oggetto del dolo, è funzionale alla puntualizzazione dei termini del conflitto tra esso e gli interessi penalmente tutelati: solo verificatane la sussistenza è configurabile la fattispecie di reato. Ciò pone l'ulteriore problematica (63) della disciplina del concorso di persone in codesti illeciti, soprattutto avuto riguardo alla coscienza e volontà della realizzazione dell'obiettivo lesivo del bene giuridico, nell'agire dei soggetti in concorso eventuale. Tuttavia, quel che rileva per la trattazione, è che la nozione di dolo specifico assolve al compito di selezionare le condotte penalmente rilevanti e delineare la peculiare nozione di tipicità della fattispecie, da intendersi come condotta connotata oggettivamente dalla specifica finalità dell'agente, in conflitto con il bene giuridico tutelato.

Il paragone: quale colpevolezza?

Rinviando all'analisi criminologica suesposta, quanto alla determinazione degli interessi tutelati dalle norme; in questa sede si preferisce che la contravvenzione di paragone sia trattata secondo lo schema proposto dalla pronuncia del Giudice di Pavia.

Nell'ipotesi di paragone, di cui all'art. 11 del D.Lgs. n. 541/1992, la struttura del reato non prevede l'istituto del dolo specifico. In questa fattispecie, infatti, la funzione selettiva delle condotte penalmente rilevanti è svolta dalla condizione (64) premessa nella norma. Il reato sarà consumato allorché la condotta venga posta in essere nel contesto dell'attività di presentazione di medicinali presso medici (e farmacisti), mentre nulla è richiesto circa la volizione del professionista a che la propria azione sia idonea alla diffusione del farmaco. Di tal che, la colpevolezza richiesta dalla norma coincide con il

(60) Il c.d. bene giuridico.

(61) GROSSO C.F., « *Dolo. II: Diritto Penale* », in *Enc. Giur.*, 1989 e GALLO M., voce « *Dolo (dir. pen.)* », in *Enc. Dir.*, 1954, p. 750 ss.

(62) Divenendo oggetto del dolo richiesto dalla norma per configurare la colpevolezza dell'agente.

(63) Di grande interesse dogmatico, tuttavia qui soltanto accennata a causa della scarsa funzionalità ai fini della trattazione. Sul tema si rinvia a SEMINARA S., « *Tecniche normative e concorso di persone nel reato* », Giuffrè, Milano, 1987, — PADOVANI A., « *Le ipotesi speciali di concorso nel reato* », Giuffrè, Milano, 1973 e GALLO M., « *lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato* », Giuffrè, Milano, 1957.

(64) Inerente ai profili oggettivi del reato.

dolo generico consistente nella previsione e volizione degli elementi essenziali del reato. Di converso, come asserito nell'ordinanza che si annota, «il medico che accetti vantaggi al di fuori di tale contesto non commette il reato di cui all'art. 11 D.Lgs. n. 541/1992, essendo invece punibile ai sensi degli artt. 170-172 r.d. n. 1265/1934 (t.u. sanitario), qualora ricorrano i presupposti integrativi di tali fattispecie». Pertanto, l'accertamento da effettuarsi coinciderebbe con la verifica della sussistenza degli elementi materiali del reato e della loro prevedibilità e volizione (65).

Nell'ipotesi contravvenzionale di cui agli articoli 170-172 t.u. sanitario, invece, la previsione di un dolo specifico si concreta nello «scopo di agevolare, con prescrizioni mediche o in qualsiasi altro modo, la diffusione di specialità medicinali o di ogni altro prodotto a uso farmaceutico». Dall'analisi della tematica, sin qui svolta, si ricava che il professionista debba avere tale specifica finalità ex ante e rappresentarsi, quindi, l'intento agevolativo sin dalla prescrizione dei medicinali. Come asserito dal Giudice pavese, tuttavia, ciò non implica che tale volizione psichica si sia tradotta nella reale agevolazione del prodotto (66), essendo sufficiente, per la consumazione del reato, lo stesso scopo psicologico dell'autore. Infatti, la lesione all'interesse tutelato dalla norma si realizza con la mera attività materiale idonea alla finalità predetta. In definitiva, però, è proprio questo l'ostacolo applicativo di maggior rilievo. Permangono, infatti, enormi difficoltà circa l'accertamento di tale dolo in capo all'agente, soprattutto senza la prova concreta dell'agevolazione accordata a determinati prodotti. Neppure appare corretto inferire la volontà del soggetto dagli incentivi promessi (o consegnati) dalla casa produttrice dei prodotti prescritti: deve essere dimostrata giudizialmente (quantomeno) l'intenzione di favorire la vendita dei medesimi prodotti. Nell'impossibilità concreta di tale prova, permane una delle evidenti ragioni per cui la contravvenzione di comparaggio permanga fattispecie astratta e di rarissima applicazione.

• FALLACIA DELL'OPINIONE CORRENTE CIRCA IL CONTENUTO DELLA PROVA CHE SPETTA AL PUBBLICO MINISTERO REPERIRE NEL DELITTO DI COMPARAGGIO.

2.1. *Tesi.*

Ad avviso di questo giudicante, l'ottica sulla cui base il pubblico ministero motiva la sua richiesta di archiviazione non è condivisibile.

Di seguito, pertanto, si cercherà di dimostrare, che:

a) la struttura del comparaggio ex artt. 170-172 t.u. sanit. non richiede necessariamente la verifica della quantità e qualità delle prescrizioni di farmaci da parte dei medici che hanno ricevuto dazioni o promesse di denaro o altre utilità da parte delle case farmaceutiche;

b) *conseguentemente*, il pubblico ministero non è obbligato a svolgere indagini sulle prescrizioni operate dai medici coinvolti e sul carattere giustificato o giustificabile di tali prescrizioni;

c) *nel caso oggi in esame*, il quadro probatorio giustifica — una volta sgomberato il campo delle posizioni degli indagati che possono beneficiare della prescrizione del rea-

(65) *Amplius supra.*

(66) Corrispondente ad un aumento della prescrizione dei farmaci prodotti o commercializzati dalla società incentivante.

to — il rigetto della richiesta di archiviazione e l'emissione di un ordine al pubblico ministero di procedere alla formulazione dell'opportuno capo di imputazione in danno degli indagati.

2.2. *Dimostrazione.*

L'assunto alla base della richiesta di archiviazione poggia, all'evidenza, su un equivoco ermeneutico: quello per cui laddove la norma incriminatrice contenga la previsione di un dolo specifico, sarebbe necessario per l'integrazione della fattispecie che il fine avuto di mira dall'agente si sia concretamente realizzato.

L'assunto non è condivisibile. Come anticipato in premessa, l'oggetto del dolo specifico — e cioè l'evento in vista del quale il soggetto agisce — rimane sempre *al di fuori e al di là* degli elementi materiali del reato; quando il legislatore incentra una fattispecie su forme di dolo specifico, valorizza una componente psichica che implica, come ritiene la dottrina maggioritaria, la *idoneità causale* della condotta del soggetto agente a conseguire l'obiettivo — diverso ed ulteriore rispetto alla realizzazione del fatto tipico — in cui si sostanzia il disvalore sociale, senza pretendere che tale obiettivo sia concretamente conseguito.

Se, come è indubbio, la fattispecie di comparaggio va interpretata alla luce dei principi di parte generale del codice penale, ai fini dell'integrazione della fattispecie è sufficiente verificare l'idoneità causale della condotta di accettazione del denaro o dell'altra utilità, da parte del medico, a mettere in pericolo il bene o interesse tutelato dalla norma.

È perciò da respingere l'orientamento che sembra essersi consolidato nella giurisprudenza (peraltro quantitativamente limitata) formatasi in materia e che, proprio facendo leva sulla pratica impossibilità di provare il conseguimento dell'obiettivo di «agevolazione della diffusione del farmaco», ha di fatto comportato una totale disapplicazione della figura di reato del comparaggio.

Le conseguenze di tale «non-risposta» dell'ordinamento si riverberano prevalentemente sulla efficacia della norma incriminatrice.

Secondo la metodologia di studio e ricerca denominata *Economic Analysis of Law* (*E.A.L.*), nata proprio nel campo del diritto penale, l'efficacia della norma incriminatrice costituisce variabile dipendente, primariamente, dalla sua concreta applicazione e dall'entità della pena inflitta.

La totale ineffettività delle norme di legge menzionate procede di pari passo con la sensazione di assoluta impunità delle pratiche di incentivazione della prescrizione di farmaci pratiche che le ricerche empiriche hanno dimostrato essere tutt'altro che episodiche. Nel complesso l'efficacia generalpreventiva delle incriminazioni del comparaggio è prossima allo zero. Ad una elementare analisi costi/benefici, il reato dimostra presentare un costo bassissimo e perciò un carattere di marcata diffusività.

Guardiamo al tipo di «contatto» intercorrente fra industria farmaceutica e medico prescrittore di medicinali ed alle finalità della industria farmaceutica e al contesto in cui si colloca il rapporto medico-casa farmaceutica:

— la casa farmaceutica X, come impresa, ha lo scopo (del tutto lecito) di massimizzare vendite e profitti;

— il medico riceve dalla casa farmaceutica X le informazioni in merito alla presenza sul mercato dei medicinali di X, alle loro caratteristiche, qualità terapeutiche e controindicazioni;

— non vi è alcuna ragione economica della erogazione di denaro o altra utilità dalla industria farmaceutica X al medico Tizio *se non quella di « incentivare »*, presso Tizio, *la propensione alla prescrizione dei farmaci prodotti da X*;

— quando la pratica di incentivazione è talmente estesa da interessare una vastissima pluralità di medici si può concludere che attraverso erogazioni « a pioggia » di denaro o altre utilità ai medici, la casa X esercita una politica di marketing finalizzata alla espansione del fatturato nella vendita dei propri farmaci.

Come già osservato, non spetta alla pubblica accusa provare che la dazione di denaro o altra utilità abbia avuto l'effetto di far sì che in concreto il medico abbia prescritto certi farmaci e/o ne abbia prescritti in quantità « rilevante » o « ingiustificata ».

Insomma — ed in breve —, è sufficiente constatare che una prestazione di denaro o una fornitura di altra utilità sia stata effettuata *senza causa* ed accettata da un medico che abbia, in concreto, *capacità di prescrivere farmaci*, per poter sostenere una accusa di comparaggio. E solo ove manchi l'idoneità « soggettiva » del medico a prescrivere farmaci (medico in pensione, medico sospeso dalla professione, medico non esercente ecc.) potrà escludersi in radice l'idoneità della condotta, in concreto, a porre in pericolo il bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice.

2.2.1. *Nel caso specifico*: la mancanza di causa lecita nella dazione di denaro o altra utilità.

Ai fini del presente procedimento, potrà fondatamente sostenersi una accusa di comparaggio in base alle seguenti considerazioni:

2.2.1.1. *Ricorre la prova della dazione di denaro o altra utilità* poiché il dolo specifico richiesto dalla normativa contenuta negli artt. 170 e 172 t.u. sanit. non implica la verifica che sia stato effettivamente agevolata la prescrizione di farmaci della XGT;

2.2.1.2. *Il medico ha, in concreto, capacità di prescrivere medicinali*. Tutti i medici indagati nella presente indagine avevano idoneità e qualità soggettiva per prescrivere farmaci ad uso terapeutico e ciò conferisce carattere di concretezza al pericolo di lesione del bene o interesse giuridico tutelato dalla norma sul comparaggio. Si consideri, per di più, che, secondo la documentazione sequestrata alla XGT, i medici erano inquadrati — significativamente — in tre categorie caratterizzate dalla *alta, media o bassa* capacità di prescrizione di farmaci.

2.2.1.3. *Non solo è esclusa la episodicità delle dazioni, ma, al contrario, esse hanno carattere sistematico, indice di una riconoscibile « politica commerciale » dell'impresa farmaceutica*. L'inquadramento dei medici secondo la capacità-propensione a prescrivere farmaci, unitamente al carattere di vera e propria erogazione « a pioggia » degli incentivi alla prescrizione, contribuiscono a fornire la vera e propria « quadratura del cerchio ». Gli incentivi in denaro o altra utilità erano di valore non estremamente rilevante — mai, comunque, di valore trascurabile, anche alla luce dei codici di autoregolamentazione che i vari ordini professionali hanno via via elaborato negli ultimi anni —, a volte « camuffati » sotto le spoglie di rimborsi per attività di partecipazione alla formazione di banche-dati, ma in numero talmente rilevante e diretto a medici operanti in aree vastissime del territorio nazionale da rivelare una strategia di marketing ben delineata.

2.3. *Verifica.*

Non può obiettarsi, contro l'interpretazione qui sostenuta, che essa «elide «un elemento della fattispecie penale ovvero costruisce una sorta di presunzione di esistenza del dolo specifico come conseguenza del solo fatto che una dazione o promessa sia stata erogata o accettata dal medico.

Una simile obiezione non coglierebbe nel segno: non opera (né potrebbe operare, in accordo con i principi costituzionali) alcuna *presunzione di dolo*; il dolo (specifico) è piuttosto ricavato per inferenza da dati obiettivi. D'altronde, data l'insondabilità della psiche umana, la prova dell'elemento soggettivo del reato non può che ricavarci attraverso il ricorso ad argomenti logici. E l'argomento logico, nel caso che ci occupa, riposa su ben precisi dati di fatto inquadrabili in un contesto di azione dominato dalla logica di mercato.

La fondatezza dell'iter argomentativo sopra sviluppato risulta suffragata, per così dire, da precisi «riscontri esterni» costituiti dalla consolidata giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, in tema di configurabilità della corruzione *ex art. 319 c.p.* nei casi di mancata individuazione dell'atto di ufficio omesso o ritardato, a cui si può ricorrere data l'analoga struttura delle fattispecie e del fenomeno criminoso ad esse sotteso.

Si è già avuto modo di sottolineare le affinità fra il comparaggio e la corruzione e di notare come, sotto svariati profili, il comparaggio costituisca una forma «minore» di corruzione. Anche fra gli elementi della fattispecie prevista e punita dall'art. 319 c.p. si contempla un dolo specifico, rappresentato, nella c.d. corruzione «antecedente», dalla *finalità del pubblico ufficiale di omettere o ritardare un atto dell'ufficio o contrario ai doveri d'ufficio.*

Nonostante l'opinione contraria di parte della dottrina, la giurisprudenza prevalente non ritiene neppure necessaria l'individuazione specifica dell'atto oggetto dell'accordo corruttivo, ritenendo piuttosto sufficiente che la controprestazione della dazione illecita sia integrata da un comportamento generico del pubblico ufficiale, purché rientrante nella competenza o nella sfera di intervento dello stesso e suscettibile di specificarsi in una serie di atti singoli, non preventivamente fissati o programmati, ma appartenenti al *genus* previsto, giacché anche in tal caso la consegna del denaro deve ritenersi eseguita in ragione dello stesso e per retribuirne i favori (Cass. sez. VI, 21 agosto 1998, Zorzi, in, *Riv. pen.* 2000, 853; Cass. sez. VI, 19 marzo 1998, Cunetto, *ivi* 1998, 712; Cass. sez. VI, 25 novembre 1998, Giovannelli, *ivi*, 1999, 48; Cass. sez. VI, 13 febbraio 1997, Penna, *ivi*, 1997, 1154; Cass. sez. VI, 19 aprile 1996, Cariboni, *ivi*, 1996, 1131. Tra i giudici di merito, si è giunti a ritenere la sufficienza dell'accertamento dei riferimenti cronologici della dazione e dell'entità della somma corrisposta per ritenere configurata una ipotesi di corruzione propria (prescindendo, dunque, da una qualsiasi verifica dell'oggetto del *pactum sceleris*, ossia di un atto determinato anche solo nel genere). Particolarmente interessante, in questa ottica, è la sentenza Trib. Milano, sez. VII, 26 gennaio 2000 (pres. est. Crivelli) che fa ricorso alla valutazione della normalità dei comportamenti umani ed alle «più elementari massime di esperienza» per ritenere che se la somma corrisposta al pubblico ufficiale è rilevante, *ergo* la corruzione non può che essere contraria ai doveri di ufficio (in tal senso si veda anche Cass. sez. VI, 25 marzo 1999, P.G. in proc. Di Pinto, in, *Riv. pen.*, 2000, 75).

Se non è indispensabile individuare l'atto cui è finalizzata la corruzione, non si vede come si possa ritenere necessaria all'integrazione del paragone *ex artt.* 170-172 t.u. sanit. l'effettiva agevolazione della diffusione dei farmaci «promozionali» dalla casa farmaceutica quando, come nel caso di specie, sono comprovate le dazioni di denaro e l'idoneità del medico a prescrivere i farmaci *de quibus*. Per elementari esigenze di simmetria, proporzione ed efficacia del sistema, ciò che non è necessario ad integrare il delitto non può essere richiesto per la perfezione della contravvenzione di natura omogenea al delitto; in altre parole, ciò che non è necessario ad integrare la corruzione non può essere necessario per la perfezione di quella forma «minore» di corruzione che è il paragone farmaceutico.

- CONSEQUENZE.

- *Completezza dell'odierno quadro probatorio.*

Dalle premesse e dalla linea interpretativa sopra enunciate scaturisce, nel caso di specie, la sostanziale completezza del quadro probatorio e la sua idoneità a sostenere l'accusa nel giudizio dibattimentale.

Ciò vale nei casi di dazione di somme di denaro o di altri beni (computers e apparecchiature elettroniche) sollecitate o comunque accettate, nei casi di fornitura di utilità in genere (finanziamenti di partecipazioni a congressi) e nei casi di erogazione di appalti «compensi» o «rimborsi» per prestazioni atipiche quali partecipazione alla formazione di banche dati (che, nel contesto sopra delineato, ben possono mascherare forme di mera incentivazione alla prescrizione di medicinali).

Prima di procedere alle conseguenti statuizioni, peraltro, si impone la verifica delle posizioni degli indagati che possono beneficiare della prescrizione del reato e per i quali, dunque, la verifica dibattimentale dell'accusa si rivela sin d'ora priva di senso.

(*Omissis*).

- *Ordine di formulazione del capo di imputazione nei casi in cui il reato non risulta prescritto.*

Per tutti gli altri indagati il materiale probatorio acquisito giustifica il giudizio dibattimentale. Il pubblico ministero procederà a contestare a tutti gli indagati la violazione degli artt. 170-172 r.d. n. 1265/1934 e 11 D.Lgs. n. 541/1992, in quanto la loro condotta può integrare alternativamente, secondo i casi, le suddette fattispecie, nella data precisa (o nell'arco temporale) per ciascuno risultante dagli atti.

Il pubblico ministero provvederà quindi a formulare, nei termini di legge, l'imputazione a carico di:

[...]

In ogni caso, gli atti vanno restituiti all'Ufficio del pubblico ministero.

P.Q.M. — il g.i.p., sulla richiesta di archiviazione, visto l'art. 409 c.p.p., dichiara

l'intervenuta prescrizione del reato in favore di [...], per i quali, previa separazione, ordina

l'archiviazione del procedimento;

rigetta

la richiesta di archiviazione per gli indagati [...] e

ordina

al pubblico ministero che proceda nel termine di legge a formulare nei confronti di questi ultimi l'imputazione.

Ordina la restituzione degli atti all'Ufficio del pubblico ministero in sede e manda alla Cancelleria per gli adempimenti.

Pavia, 26 maggio 2005

Il g.i.p.

FABIO LAMBERTUCCI

Conclusione

Abbiamo voluto soffermarci su un particolare tipo di reato doloso della classe medica, il comparaggio, occasione dataci da una recente sentenza emessa a Pavia, scorrettezza inoltre, espressamente inserita nel codice di deontologia medica, in quanto condotta che sembra assumere importanza tale da meritare una specifica censura, in quanto, con ogni probabilità, in preoccupante aumento. È noto, infatti, che il codice si adegua ai cambiamenti avvenuti tanto nella scienza quanto nelle mutazioni concrete e giuridiche.

Una possibile spiegazione circa l'apparente o reale aumento di questi illeciti accorci potrebbe risiedere nel rapido cambiamento dei modelli di organizzazione sociale, accompagnato dalla mancanza di informazioni precise, anche da parte delle istituzioni adibite alla formazione professionale, sulle regole sociali, deontologiche e giuridiche. Inoltre il non sempre positivo esempio fornito dal funzionamento della giustizia e dai mezzi di comunicazione, hanno portato a creare nuovi valori e modelli in cui riconoscersi, con il rischio di allontanarsi dalle istituzioni e dalla legalità per avvicinarsi a modelli di illegalità e giustificazione del comportamento illecito. A ciò si uniscono i rilievi svolti circa le difficoltà, tanto di ordine concettuale quanto probatorie, relative all'accertamento del dolo specifico richiesto dal legislatore.

Pertanto, volendo indagare oltre le problematiche pragmatiche e giuridiche esposte, anche il punto di vista criminologico si evidenzia come nei confronti di questi illeciti non sembra esistere un particolare allarme sociale.

L'analisi di questo tipo di reato richiama alla mente una situazione di anomia, in quanto sembra esistere una contraddizione delle regole, ciò che Durkheim (67) definiva come la frattura delle regole. In definitiva, da una parte esiste un divieto specifico, mentre dall'altra le sanzioni previste dalle norme non vengono giammai applicate, il che determinerebbe la tendenza all'aumento della trasgressione. Infatti, quando le norme cedono la loro credibilità applicativa, molti dei consociati tendono a mettere in atto condotte in loro dispregio. Pertanto, avendo le regole perso l'intrinseca forza coercitiva e preventiva, pur essendo ancora formalmente presenti, tendono ad essere più facilmente violate.

Rimane quindi da chiedersi come realmente poter arginare il fenomeno.

JUTTA M. BIRKHOFF (68) e FABRIZIO SARDELLA (69)

(67) DURKHEIM E. (1897), *La divisione del lavoro*, Tr. it., Comunità, Milano, 1965.

(68) Professore Associato in Medicina Legale, Dipartimento di Medicina e Sanità pubblica, Università degli Studi dell'Insubria.

(69) Avvocato del Foro di Milano, Cultore di Diritto Penale e Diritto Penale dell'Economia, Università LIUC di Castellanza.