

## LA CORRUZIONE MEDICA NELL'ORDINAMENTO TEDESCO

di Rocco Alagna

***Abstract.** Nel 2012 il Grosser Senat del Bundesgerichtshof aveva escluso di poter qualificare come penalmente rilevante la condotta del medico convenzionato (con il sistema sanitario tedesco) che riceve utilità dalle industrie farmaceutiche quale controprestazione per aver prescritto prodotti o accertamenti diagnostici. Da quella sollecitazione critica, si cominciò a discutere della lacuna di tutela ed ebbe inizio un processo di riforma che ha visto il suo compimento il 4 giugno del 2016, con l'entrata in vigore delle due nuove ipotesi di corruzione privata in ambito sanitario. Il presente contributo coglie l'occasione di una lettura "a caldo" della riforma, per provare a disegnare il perimetro di attuale rilevanza penale della corruzione medica in Germania.*

SOMMARIO: 1. La riforma tedesca della corruzione medico-sanitaria dinanzi alla lettura penalistica dei rapporti tra medici e industria farmaceutico-medica. – 2. Il profilo delle responsabilità penali del medico privato convenzionato con il sistema sanitario tedesco che accetta utilità dalle aziende farmaceutico-medicali. – 2.1. Il medico convenzionato e la corruzione pubblica. – 2.2. Il medico convenzionato e la corruzione tra privati: prima e dopo la riforma della corruzione. – 2.2.1. Il medico convenzionato e la corruzione tra privati prima della riforma del 2016. – 2.2.2. Il medico convenzionato e la nuova fattispecie di corruzione in ambito sanitario. – 2.3. Il medico convenzionato e i reati contro il patrimonio della *Krankenkasse*. – 3. Lo scenario delle responsabilità penali del medico privato non convenzionato che accetta utilità dalle aziende farmaceutico-medicali: prima e dopo la riforma del 2016. – 4. Lo scenario delle responsabilità penali del medico ospedaliero che accetta utilità dalle aziende farmaceutico-medicali. – 5. La corruzione del medico universitario che raccoglie finanziamenti per la ricerca. – 6. Considerazioni finali sull'assetto delle responsabilità penali a seguito della riforma.

### **1. La riforma tedesca della corruzione medico-sanitaria dinanzi alla lettura penalistica dei rapporti tra medici e industria farmaceutico-medica.**

Il mercato tedesco della salute è accreditato di un volume annuo di circa 250 miliardi di euro. La cifra di questo impegno è anche misura dell'intensità del contatto tra la classe medica e l'industria farmaceutico-medica. Misura che, a sua volta, rivela il livello del rischio che taluni di questi contatti possano mostrare rilevanza penale<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> BADLE, *Betrug und Korruption im Gesundheitswesen. Ein Erfahrungsbericht aus der staatsanwaltschaftlichen Praxis*, in *NJW*, 2008, p. 1028; un documento parlamentare redatto dal partito tedesco *Die Linke* sostiene che i danni provocati dalla corruzione medico-sanitaria all'economia tedesca si possono stimare tra 5 e 17

Il concetto di mostrare illecità penale, come distinto da quello di essere fatti penalmente illeciti, pare attagliarsi particolarmente bene al trattamento giudiziario (ma anche a quello normativo) di questi fatti; e ciò, già a cominciare dai vari scandali sorti, in Germania, sulle terre di contiguità tra imprenditoria e medicina, aree d'intreccio tra *budget* promozionali delle aziende e scelte terapeutiche dei medici<sup>2</sup>.

Ed è in questo contesto, che il 13 maggio 2016 il *Bundesrat*, risolvendosi a non avviare la procedura per la modifica del progetto di legge approvato dal *Bundestag* un mese prima, ha permesso l'entrata in vigore della riforma, avvenuta il 4 giugno 2016; riforma della corruzione medica sollecitata, già nel 2012, da una importante decisione del *Grosser Senat* del BGH<sup>3</sup>. L'ordinamento tedesco mette dunque fine alla quasi totale impunità dello scambio di utilità tra esercenti professioni sanitarie e aziende farmaceutico-medicali<sup>4</sup>.

Come si vedrà nel prosieguo, diversi sono i profili di interesse di questa riforma, la quale ha introdotto nel codice penale tedesco i §§ 299a e 299b: a) non si è estesa la qualifica di pubblico ufficiale ai medici convenzionati per rendere loro applicabili le ordinarie fattispecie di corruzione pubblica, ma si è inserita un'apposita fattispecie di corruzione tra privati; b) si è scelto di applicare le nuove forme di corruzione privata a tutto (e solo) il personale sanitario, anche se non di formazione universitaria, di fatto equiparando i medici agli altri sanitari e i medici privati a quelli convenzionati con la Cassa Malattia; c) il nucleo d'illecito della fattispecie è stato collocato nello scambio di utilità che comporti un'alterazione sleale della concorrenza e non si è fatto invece alcun riferimento a scelte potenzialmente dannose per i pazienti o alla ricezione di utilità per la violazione di mere norme deontologiche da parte del personale medico-sanitario<sup>5</sup>.

Sino a oggi, dunque, la letteratura evidenziava un chiaro scostamento tra le aspettative di punizione e l'incidenza delle sentenze di condanna. Una divaricazione consolidata tra ciò che si riteneva penalmente rilevante e le modalità fattuali che

---

miliardi di euro annui, cfr., DIE LINKE, *Korruption im Gesundheitswesen effektiv bekämpfen*, in BT-Dr., 18/5452, p. 1.

<sup>2</sup> KRÜGER, *Pharma-Marketing im Gestrüpp des Korruptionsstrafrecht. Neues zum Vertragsarzt als (un-)tauglicher Täter der Korruptionsdelikte*, in ZIS, 2011, fasc. 8-9, p. 692 ss.

<sup>3</sup> Qui si rinvia ad alcuni contributi di analisi dei due progetti di legge varati in questi anni: M. KUBICIEL, *Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen – Grund und Grenze der §§299a, 299b, StGB-E*, in *MedR.*, 2016, 34, p. 1 ss.; T. STEENBREKER, *Korruptionsbekämpfung in sonstiger Weise: §299a E-StGB und Strafgesetzgebung im Gesundheitswesen*, in *MedR.*, 2015, 33, p. 660 ss.; R. KÖLBEL, *Korruption im Gesundheitswesen. Kriminologische Vorüberlegungen zur Einführung von §299a StGB n.F.*, in AG MEDIZINRECHT IM DAV/IMR, *Aktuelle Entwicklungen im Medizinstrafrecht*, Baden-Baden, 2015, p. 57 ss.; H. FRISTER, *Überlegungen zur Ausgestaltung des künftigen §299a StGB*, in in AG MEDIZINRECHT IM DAV/IMR, *Aktuelle Entwicklungen*, cit., p. 75 ss.

<sup>4</sup> BGH, 29 marzo 2012, in NZWiSt, 2012, 7, p. 268 ss.

<sup>5</sup> Il testo è sulla Drucksache 360/15 del Deutscher Bundestag. La fattispecie italiana di comparaggio tutela anche la correttezza del mercato farmaceutico, si veda, M. G. MANNOZZI, *Corruzione e salute dei cittadini: le nuove dinamiche del comparaggio farmaceutico*, in BERTOLINO M., EUSEBI L., FORTI G., *Studi in onore di Mario Romano*, III, Napoli, 2011, p. 1596.

venivano successivamente riconosciute lesive di un qualche bene giuridico tutelato attraverso il diritto penale<sup>6</sup>.

Due appaiono, così, le prospettive la cui sovrapposizione conduce alla descrizione dei temi e dei problemi del diritto penale tedesco nell'ambito della corruzione medica: una prospettiva maggiormente criminologica e una più vicina a questioni di politica criminale.

Sul piano criminologico, si segnalavano diversi indici fattuali di illiceità nel contatto tra industria e medici: si va dall'accettazione di provvigioni (per la prescrizione o l'acquisto di determinati prodotti<sup>7</sup>) alla raccolta di finanziamenti per la ricerca provenienti da aziende fornitrici degli enti che hanno ottenuto il sostegno finanziario<sup>8</sup>.

Come detto, tuttavia, si notavano forti divergenze tra la mole delle indagini e le sentenze di condanna. Ed è tale divaricazione che aveva posto questioni di ordine politico-criminale<sup>9</sup>.

Nella prima metà degli anni Novanta, per esempio, 35 procure tedesche accusarono all'incirca due mila medici di aver prescritto e utilizzato, dietro la ricezione di provvigioni dal 10% al 20% del valore della fornitura, le valvole cardiache prodotte dalla società americana Medtronic, facendo in tal modo gravare sul sistema sanitario tedesco costi doppi rispetto a quelli che si sarebbero affrontati acquistando valvole prodotte da altre aziende<sup>10</sup>. A fronte di questi numeri, tuttavia, le condanne furono talmente poche che, successivamente, diverse procure rinunciarono a promuovere nuove indagini su tali fatti<sup>11</sup>.

Limitate furono anche le condanne per i processi legati allo scandalo Ratiopharm. Qui, per la prescrizione dei farmaci della società bavarese, i medici ricevettero provvigioni sotto le più diverse forme: buoni acquisto, elettrodomestici, cene in prestigiosi ristoranti, contratti fittizi di consulenza, viaggi. Fu rintracciato anche un *software* che, installato (dietro compensi di 15 mila euro) sui computer dei medici convenzionati, privilegiava la prescrizione di prodotti a marchio Ratiopharm rispetto a quelli di altre case farmaceutiche<sup>12</sup>.

Nessuna conseguenza penale, del resto, nemmeno per i medici che avevano prescritto l'utilizzo di determinati elettromiostimulatori prodotti da un'azienda che

---

<sup>6</sup> Cfr., ERICES-FREWER-GUMZ, *Strafbare Bestechlichkeit von Vertragsärzten und Ethik. Überlegungen zu Grauzonen der Korruption im Gesundheitswesen*, in *Ethik Med Online*, 24.06.2012, p. 5.

<sup>7</sup> Per esempio cardiostimulatori, cfr., BGH, 19 ottobre 1999, in *NStZ*, 2000, p. 90 ss.

<sup>8</sup> Per esempio di *pacemaker*, cfr., BGH, 14 gennaio 2000, in *StV*, 2001, p. 277 ss.; OLG Karlsruhe, 30 marzo 2000, in *StV*, 2001, p. 288 ss.; BGH, 23 maggio 2002, in *BGHSt*, 47, p. 295 ss. Si veda anche BGH, 23 ottobre 2002, in *NStZ*, 2003, p. 158; BGH, 25 febbraio 2003, in *NStZ-RR*, 2003, p. 171.

<sup>9</sup> KRAFEZYK, *Kick-Backs an Ärzte im Strafraum – Berufs – und strafrechtliche Aspekte der Zuweisung gegen Entgelt*, in HIEBL-KASSEBOHM-LILIE, *Festschrift für Mehle*, Baden Baden, 2009, p. 325.

<sup>10</sup> Cfr., ULSENHEIMER, *Industriesponsoring und Vorteilsannahme/Bestechlichkeit*, in LAUFS-KERN, *Handbuch des Arztrechts*, 4 ed., München, 2010, p. 1804 ss.

<sup>11</sup> Cfr., ERICES-FREWER-GUMZ, *Strafbare Bestechlichkeit*, cit., p. 5.

<sup>12</sup> Cfr., BRAUN, *Industrie und Ärzteschaft. Überlegungen zur Korruptionssanktionierung nach straf- und berufsrechtlichen Gesichtspunkten*, Göttingen, 2011, p. 1 ss.

aveva messo gratuitamente a loro disposizione un ambulatorio allestito con i più innovativi e costosi macchinari<sup>13</sup>.

Tale ridotta *cifra penale* aprì la questione politico-criminale della meritevolezza di pena di determinati contatti tra medici e industria. Tra i diversi profili di problematicità rilevabili in Germania, il più rilevante concerne sicuramente il ruolo e la responsabilità dei medici privati convenzionati con il sistema sanitario tedesco (denominati *Kassenärzte* o *Vetragsärzte*)<sup>14</sup>. Il terreno di analisi, naturalmente, attiene al c.d. *marketing farmaceutico*: all'analisi della rilevanza penale della sponsorizzazione dei farmaci e delle apparecchiature medicali tramite l'offerta ai medici di utilità dirette (in denaro, beni o servizi) o indirette (come i finanziamenti per la formazione o per la ricerca). E la misura più rilevante di questo fenomeno coincide proprio con la dimensione e con l'attività dei medici privati convenzionati<sup>15</sup>.

È proprio sulla mole dell'attività di questi medici (circa 150 mila), infatti, che si fanno i numeri del conto plurimiliardario della spesa sanitaria tedesca. E per intercettare questi medici, le case farmaceutiche impegnano circa 15 mila agenti commerciali esterni, che durante l'anno incontrano ciascun medico convenzionato alcune centinaia di volte. E pare sia proprio questa la categoria di medici che più difficilmente ha rifiutato le regalie, se è vero che soltanto il 4% ha dichiarato di non aver mai accettato *munera* dagli informatori scientifici o dagli agenti di commercio<sup>16</sup>.

Come detto, sino alla riforma del maggio 2016 si era dinanzi alla quasi integrale impunità, certificata anche da una sentenza del 2012 del *Grosser Senat* penale del BGH, dei medici convenzionati con il sistema sanitario nazionale tedesco che avevano prescritto farmaci o terapie sollecitati da "provvigioni", a volte anche in denaro, offerte da case farmaceutiche e industrie medicali<sup>17</sup>.

Al di là degli scandali sanitari, che sono tema di analisi criminologica, la questione era l'analisi dell'impunità dei medici convenzionati che prescrivono farmaci o terapie a fronte di utilità elargite dalle imprese favorite dalle loro prescrizioni. Ed è questione interessante anche dal punto di vista comparatistico, dato che paesi come l'Italia, a cui non è certo riconosciuto alcun primato in tema di lotta alle corruzioni, sono dotati di apposite fattispecie penali che intercettano i profili di *comparaggio* tra industria

---

<sup>13</sup> Cfr., LG Stade, 4 agosto 2010.

<sup>14</sup> KRÜGER, *Pharma-Marketing*, cit., pp. 692-693.

<sup>15</sup> KRAFEZYK, *Kick-Backs an Ärzte*, cit., p. 325 ss.

<sup>16</sup> LIEB-BRANDTÖNIES, *Eine Befragung niedergelassener Fachärzte zum Umgang mit Pharmavertretern*, in DÄ, 2010, p. 392 ss.

<sup>17</sup> BGH, 29 marzo 2012, in NZWiSt, 2012, 7, p. 268 ss.

e medico<sup>18</sup>, tentano di decodificare l'attrito tra fatturati delle aziende, regolamentazione della concorrenza e tutela della salute dei pazienti<sup>19</sup>.

Si tratta, così, di una problematica che incrocia valutazioni di opportunità/necessità di tutela: della salute dei pazienti, della concorrenza tra aziende, della reputazione della classe medica, delle finanze pubbliche. Analisi che deve attentamente ponderare lo statuto giuridico dei *medici convenzionati* tedeschi che sono e rimangono liberi professionisti, sebbene siano e rimangano contigui, perché indispensabili, alla natura pubblicistica della tutela sanitaria<sup>20</sup>. Analisi che non può non rivolgersi anche alle ipotesi in cui siano i medici universitari a ricevere fondi per la ricerca dalle industrie del settore.

Il profilo delle responsabilità dei medici per l'accettazione di utilità in cambio di prescrizioni o di ordini di acquisto di prodotti dell'azienda "benefattrice" dipende naturalmente dalle modalità di esercizio della professione sanitaria proprie del soggetto beneficiario. Quattro sono le categorie di medici analizzando le quali si compone la mappa delle forme di rilevanza penale della ricezione di utilità dall'industria farmaceutico-medica:

- a) i medici privati convenzionati con le assicurazioni sanitarie;
- b) i medici privati non convenzionati con le assicurazioni sanitarie;
- c) i medici ospedalieri non universitari;
- d) i medici universitari.

Prima della riforma, per ciascuna tipologia di medico, la griglia delle fattispecie penali che potevano essere integrate dalla ricezione di extra-utilità andava dalle due forme di corruzione pubblica (accettazione di vantaggi ex §331 StGB, e corruzione passiva ex §332 StGB) alla fattispecie di corruzione privata (rubricata *corruzione attiva e passiva nei rapporti commerciali tra privati*, ex §299 StGB) sino a giungere ai delitti contro il

---

<sup>18</sup> Sulla cui effettività certo ci sarebbe da discutere, sul punto per tutti, M. G. MANNOZZI, *Corruzione e salute dei cittadini*, cit., p. 1590; CONSULICH F., *La corruzione, il paragone e la conciliazione degli opposti: quando l'ipercriminalizzazione teorica diventa ipocriminalizzazione pratica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 1163 ss.; ID., *Il tradimento di Ippocrate. Ragionevolezza ed effettività delle fattispecie di paragone, tra diritto penale classico e diritto penale moderno*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2008, p. 1 ss.

<sup>19</sup> Nella letteratura italiana: CONSULICH F., *La corruzione, il paragone*, cit., p. 1163 ss.; ID., *Il tradimento di Ippocrate*, cit., p. 1 ss.; BELLAGAMBA F., *Paragone e corruzione tra convergenza reale e convergenza apparente*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 879 ss.; MASSIMINO F., *Prescrizione dei farmaci e incentivi finanziari ai medici: per la Corte il fine giustifica il mezzo?*, in *Dir. pub. comp. eur.*, 2010, p. 874 ss.; SARDELLA F., *Il difficile rapporto tra paragone e corruzione*, in *Riv. it. med. leg.*, 2010, p. 190 ss.; FERACO M.V., *Sull'individuazione dell'atto contrario ai doveri d'ufficio nella corruzione propria*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1427 ss.; FERRARI F.M., *La progressiva evanescenza del fatto tipico nella corruzione propria, tra tendenze svalutative della negoziazione illecita dell'atto d'ufficio e semplificazioni probatorie*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1429 ss.; LA ROSA E., *La Cassazione interviene sui rapporti tra corruzione e paragone*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1434 ss.; BARNI M., *Il conflitto di interesse: dalla soggezione alla responsabilità medica*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, p. 43 ss.; BIRKHOFF J., SARDELLA F., *Il paragone: riflessioni criminologiche e giuridiche. Analisi di un reato mai applicato*, in *Riv. it. med. leg.*, 2006, p. 1190 ss.; BACCAREDDA BOY C., *Il reato di paragone tra vecchia e nuova disciplina*, in *Foro Ambr.*, 2006, p. 347 ss.; PRETE F., *Paragone e corruzione: quale rapporto?*, in *Indice pen.*, 2006, p. 673 ss.

<sup>20</sup> Cfr., KERN, *Die Pflichten des Arztes aus Behandlungsübernahme und Behandlungsvertrag*, in LAUFS-KERN, *Handbuch*, cit., p. 647 ss.

patrimonio commessi a danno della *Krankenkasse*, come l'infedeltà patrimoniale (§266 StGB) e la truffa (§263 StGB).

Con la riforma del 2016, invece, a queste fattispecie si aggiungono quelle di cui ai §§299a e 299b StGB che puniscono specificatamente ed esclusivamente l'alterazione illecita della concorrenza dovuta alla corruzione privata di una particolare categoria sociale: gli esercenti una professione sanitaria.

## **2.1 profilo delle responsabilità penali del medico privato convenzionato con il sistema sanitario tedesco che accetta utilità dalle aziende farmaceutico-medicali.**

Il sistema sanitario federale tedesco si articola attraverso una rete di assicurazioni, le *gesetzliche Krankenversicherungen* (GKV), che sono parte essenziale del sistema federale di previdenza sociale. Il quadro normativo dell'assistenza sanitaria è contenuto nel Libro V del Codice Sociale, *Sozialgesetzbuch* (SGB)<sup>21</sup>. Alla base del sistema c'è l'obbligo di assicurazione e di contribuzione da parte di tutti i lavoratori e dei loro familiari. Le varie tipologie di *Krankenkassen* (Casse Malattia), distinte per territorio o per tipologia di soggetti assicurati, sono enti di diritto pubblico. Questi enti prestano concretamente assistenza per tramite di medici convenzionati, i *Vertragsärzte* (detti anche *Kassenärzte*). Costoro sono e rimangono liberi professionisti, ma prestano (non necessariamente in esclusiva) il loro servizio a favore degli assicurati delle varie ramificazioni della Cassa Malattia: attraverso diagnosi, prescrizioni di farmaci e di indagini strumentali o anche mediante cure somministrate direttamente in ambulatorio<sup>22</sup>.

La parte più problematica dell'analisi del perimetro delle responsabilità penali dei medici che ricevono utilità dalle aziende concerne proprio i medici privati convenzionati. E ciò è dovuto non solo a questioni relative alla qualifica soggettiva di tali medici, ma anche a problematiche concernenti più specificatamente i loro doveri nei confronti degli enti pubblici a favore dei cui assistiti essi svolgono la propria attività.

Su questo terreno, il timore di una criminalizzazione di massa di pratiche sociali ampiamente diffuse era ed è (oggi a maggior ragione) decisamente elevato<sup>23</sup>. Regalie ai medici della Cassa (ai *Kassenärzte*) erano e sono piuttosto diffuse anche in Germania: inviti a convegni in luoghi turistici, beni materiali, cene in ristoranti rinomati, viaggi, compensi per studi osservazionali, compensi per consulenze, compensi per relazioni scientifiche, comodato gratuito di apparecchiature mediche, locazione gratuita di immobili a uso professionale, denaro a titolo di provvigione<sup>24</sup>. E tutto ciò, parrebbe, con svariati miliardi di euro di costi a carico del sistema sanitario pubblico, che evade

---

<sup>21</sup> ERICES-FREWER-GUMZ, *Strafbare Bestechlichkeit*, cit., p. 1 ss.

<sup>22</sup> BRAUN, *Industrie und Ärzteschaft*, cit., p. 4.

<sup>23</sup> PRAGAL, *Das Pharma-"Marketing"*, cit., p. 136; SCHNEIDER, *Strafrechtliche Grenzen des Pharmamarketings. Zur Strafbarkeit der Annahme umsatzbezogener materieller Zuwendungen durch niedergelassene Vertragsärzte*, in HRRS, 2010, p. 245.

<sup>24</sup> SAHAN, *Zur Strafbarkeit niedergelassener Vertragsärzte wegen Bestechlichkeit*, in ZIS, 2012, fasc. 7, p. 386.



richieste per prestazioni mediche e farmaceutiche talvolta superflue o quanto meno indiziate di non rispettare il criterio della preferenza della minore spesa a fronte di un eguale risultato terapeutico o diagnostico<sup>25</sup>.

Tali timori e incertezze posero le premesse perché una decisione risolutiva del BGH fosse molto attesa: dai medici convenzionati, che temevano una criminalizzazione retrospettiva; dall'industria farmaceutica, che investe miliardi di euro nel *marketing* del farmaco; dall'opinione pubblica, disorientata tra un'etica che sentiva torta e il diritto che pareva soprassedere di fronte alla percezione di tale torsione<sup>26</sup>. Decisione attesa, però, anche dalla stessa politica, che non solo non aveva saputo dare alcuna risposta concreta, ma che aveva anzi ampiamente promosso la concorrenza tra i medici convenzionati, liberalizzando nel 2007 diverse forme di accordi associativi tra sanitari<sup>27</sup>.

Rispetto a tali questioni, come detto, nel marzo del 2012 è intervenuto il *Grosser Senat* del BGH escludendo che il medico privato convenzionato con il sistema delle assicurazioni sanitarie sia titolare della qualifica necessaria per commettere i delitti di corruzione di cui ai §§299, 331 e 332 StGB, ovvero nessuna delle ipotesi di corruzione: né la corruzione pubblica né la corruzione privata<sup>28</sup>.

Nasce, così, l'esigenza di una riforma legislativa, esigenza che dopo 4 anni ha portato alla introduzione delle nuove fattispecie di corruzione attiva e passiva in ambito sanitario, di cui ai §§299a e 299b dello StGB<sup>29</sup>.

Analizzando le possibili responsabilità penali del medico convenzionato che accetti utilità economiche in cambio di prescrizioni (di terapie, di esami o di farmaci), le questioni si possono suddividere in tre categorie: a) la commissione di fatti di corruzione pubblica, ex §§331 e 332 StGB; b) la commissione del reato di corruzione tra privati, ex §299 StGB, e ora anche del reato di corruzione in ambito sanitario di cui ai §§299a e 299b dello StGB; c) la commissione dei reati di truffa (ex §263 StGB) e infedeltà patrimoniale (ex §266 StGB).

### 2.1. Il medico convenzionato e la corruzione pubblica.

Il nodo centrale, rispetto alle ipotesi di corruzione pubblica, è se il medico privato convenzionato con il sistema pubblico tedesco delle assicurazioni sanitarie possa essere titolare della qualifica necessaria per la commissione del reato di corruzione per accettazione di vantaggi, ipotesi di cui al §331 StGB, o di corruzione per atto contrario ai

---

<sup>25</sup> KRAATZ, *Anmerkung zum BGH 29.03.2012*, in NZWiSt., 2012, p. 273.

<sup>26</sup> SAHAN, *Zur Strafbarkeit niedergelassener Vertragsärzte*, cit., p. 386 ss.; KRAATZ, *Anmerkung*, cit., 273 ss.

<sup>27</sup> KRAFEZYK, *Kick-Backs an Ärzte*, cit., p. 326.

<sup>28</sup> BGH, 29 marzo 2012, in NZWiSt, 2012, 7, p. 268 ss.

<sup>29</sup> M. KUBICIEL, *Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen*, cit., p. 1 ss.; T. STEENBREKER, *Korruptionsbekämpfung in sonstiger Weise*, cit., p. 660 ss.; R. KÖLBEL, *Korruption im Gesundheitswesen*, cit., p. 57 ss.; H. FRISTER, *Überlegungen zur Ausgestaltung*, cit., p. 75 ss.

doveri d'ufficio, ipotesi di cui al §332 StGB<sup>30</sup>. In letteratura si è discusso proprio sulla qualifica di pubblico ufficiale del medico convenzionato, ed è su tale tema, inoltre, che si è pronunciato nel 2012 lo stesso *Grosser Senat* del BGH.

La dottrina maggioritaria ha sempre negato che il medico della Cassa potesse essere considerato un pubblico ufficiale ai sensi del paragrafo 11 del codice penale tedesco<sup>31</sup>. Di recente, una decisione del *Landgericht* di Stade aveva avallato la posizione dottrinale maggioritaria e la seconda sezione del BGH aveva rimesso la questione interpretativa al *Grosser Senat*; questione poi riunita a quella rimessa dall'omologa Corte amburghese e che ha dato l'abbrivio alla pronuncia.

La questione interpretativa parte dall'analisi della lettera c) del numero 2 del primo comma del §11 dello StGB: il medico convenzionato, infatti, potrebbe essere qualificato come pubblico ufficiale soltanto se egli fosse identificabile quale *preposto all'esercizio di funzioni di pubblica amministrazione presso un'autorità o un altro ufficio, o su loro incarico, senza riguardo alla forma organizzativa prescelta per l'adempimento delle funzioni*. Per rintracciare la qualifica di pubblico ufficiale i criteri da applicare all'attività del *Kassenarzt* sarebbero, dunque, due: a) l'esercizio di una pubblica funzione; b) l'essere un preposto a tale esercizio.

Per la soluzione generale di tale questione, dottrina e giurisprudenza avevano segnalato la necessità dell'applicazione del parametro funzionale d'identificazione della qualifica di pubblico ufficiale. Rispetto alla problematica specifica del medico convenzionato, dunque, il canone si doveva tradurre nella ricerca in capo al medico di poteri che lo rendessero una vera e propria "*longa manus dello Stato*"<sup>32</sup>. Rintracciato il parametro di riferimento, però, non si è poi trovato alcun accordo in ordine alla soddisfazione di tale parametro da parte del medico privato convenzionato.

Una parte della dottrina, così, ritiene che il medico convenzionato eserciti effettivamente una pubblica funzione, facendo risalire tale qualifica all'intelaiatura obbligatoria costituita dalle norme del Titolo V del *Sozialgesetzbuch* (SGB), che ne disciplina l'attività. Da prospettive formalistiche, si è ritenuto sufficiente già il fatto che i medici della *Kasse* debbano sottostare alla disciplina del *Sozialgesetzbuch* quando si tratta di prescrivere farmaci, indagini o terapie<sup>33</sup>. Da posizioni più sostanzialistico-teleologiche, invece, si è fatta risalire la qualifica di pubblico ufficiale all'identità di scopo tra l'attività del medico convenzionato e quella delle assicurazioni pubbliche sanitarie, ovvero la prevenzione e la cura delle malattie<sup>34</sup>.

---

<sup>30</sup> Cfr., ROXIN I., *Drittmittleinwerbung und Korruption*, in ROXIN C.-SCHROTH, *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 4 ed., Stuttgart, 2010, p. 270 ss.

<sup>31</sup> Tra la dottrina maggioritaria, ULSENHEIMER, *Industriesponsoring*, cit., p. 1804 ss.; GEIS, *Ist jeder Kassenarzt ein Amtsarzt?*, in *Wistra*, 2007, p. 361 ss. A favore della qualificazione pubblicistica del medico convenzionato, invece, PRAGAL-APFEL, *Bestechlichkeit und Bestechung von Leistungserbringern im Gesundheitswesen*, in *Arzneimittel & Recht*, 2007, p. 10 ss.; NEUPERT, *Risiken und Nebenwirkungen: Sind niedergelassene Ärzte Amtsträger im strafrechtlichen Sinne?*, in *NJW*, 2006, p. 2811.

<sup>32</sup> Questa la posizione consolidata, si rinvia alla decisione del BGH pubblicata in *NJW*, 2001, p. 2104.

<sup>33</sup> E ciò anche considerato il fatto che qui è direttamente coinvolta anche la concreta destinazione della contribuzione fiscale dei cittadini, cfr., PRAGAL-APFEL, *Bestechlichkeit und Bestechung*, cit., p. 16 ss.

<sup>34</sup> Cfr., NEUPERT, *Risiken und Nebenwirkungen*, cit., 2811 ss.



La posizione che esclude qualsiasi qualifica pubblicista in capo al medico convenzionato, per contro, si fonda su due considerazioni: a) l'attività del medico convenzionato non è in alcun modo strutturalmente connessa all'attività della *Cassa* quale ente pubblico; b) il medico della *Cassa* sarebbe comunque un mero libero professionista<sup>35</sup>.

In effetti, non c'è alcuna connessione organizzativa tra *Cassa* e medico convenzionato<sup>36</sup>. Un legame giuridico esiste soltanto tra la *Cassa* e le associazioni dei medici<sup>37</sup>. Per altro, si deve evidenziare l'integrale libertà e autonomia professionale dei medici convenzionati<sup>38</sup>. Tanto che, anche chi ritiene che i medici della *Kasse* partecipino genericamente di una pubblica funzione ribadisce che ciò non significa esercitarla attraverso atti concreti, circostanza che necessiterebbe di un'incardinazione strutturale che invece manca<sup>39</sup>. Dello stesso tenore anche le affermazioni della giurisprudenza, che distingue il partecipare al sistema pubblico sanitario dall'esercizio di pubbliche funzioni<sup>40</sup>.

La questione, dunque, è quella di identificare i canoni secondo i quali una mera contiguità con la pubblica amministrazione (l'ente pubblico *Krankenkasse*) possa trasformarsi nell'esercizio di pubbliche funzioni. Sul punto, la dottrina tedesca risponde che un evidente deficit di legame formale, come quello che hanno i medici convenzionati rispetto alla *Cassa*, può essere compensato esclusivamente da un intenso compito funzionale, il quale faccia di un soggetto esterno un vero e proprio rappresentante del potere pubblico<sup>41</sup>. Ma la dottrina dominante esclude che il medico convenzionato possa esprimere tale intensità funzionale, e il BGH ha confermato tale impostazione<sup>42</sup>.

Con la decisione del 29 marzo 2012, così, il BGH ha ritenuto non punibili i medici convenzionati per la ricezione di utilità da imprese farmaceutiche come controprestazione per la prescrizione di farmaci, terapie o indagini diagnostiche a loro beneficio<sup>43</sup>. Il medico convenzionato, per il *Grosser Senat*, non è né soggetto attivo della corruzione pubblica, perché non è soggetto che esercita una funzione pubblica; né sarebbe soggetto attivo della tradizionale fattispecie di corruzione tra privati, perché non è qualificabile quale soggetto *incaricato* della *Cassa*<sup>44</sup>. Non avrebbe qualifiche, dunque,

---

<sup>35</sup> È lo schema argomentativo articolato dalla Corte Costituzionale tedesca, cfr., BVerfG 23.03.1960, in BVerfGE, 11, p. 31 ss.

<sup>36</sup> KLÖTZER, *Ist die niedergelassene Vertragsarzt tatsächlich tauglicher Täter der §§299, 331 StGB?*, in *NStZ*, 2008, p. 12 ss.

<sup>37</sup> KLÖTZER, *Ist die niedergelassene Vertragsarzt*, cit., p. 16.

<sup>38</sup> GEIS, *Ist jeder Kassenarzt*, cit., p. 364.

<sup>39</sup> TASCHKE, *Die Strafbarkeit des Vertragsarztes bei der Verordnung von Rezepten – Anmerkung zu BGH Beschluss von 15.11.2003*, 4 *StR* 239/03, in *StV*, 2004, p. 409.

<sup>40</sup> LG Stade, 04.08.2010.

<sup>41</sup> LENCKNER, *Privatisierung der Verwaltung und "Abwahl des Strafrechts" – Zur Frage der strafrechtlichen Amtsträgereigenschaft am Beispiel der für die Bauverwaltung tätigen privaten Planungsbüros*, in *ZStW*, 1994, p. 533.

<sup>42</sup> Cfr., BRAUN, *Industrie und Ärzteschaft*, cit., p. p. 67.

<sup>43</sup> La sentenza è pubblicata su diverse riviste, tra cui: BGH GS, 29.03.2012, in *ZIS*, 2012, fasc. 7, p. 386; anche in *NZWiSt*, 2012, fasc. 7, p. 268; oppure in *MedR.*, 2012, fasc. 30, p. 656.

<sup>44</sup> SAHAN, *Zur Strafbarkeit niedergelassener Vertragsärzte wegen Bestechlichkeit*, in *ZIS*, 2012, p. 386.

per commettere alcuna delle tipologie di corruzione previste e punite dall'ordinamento tedesco.

È utile ripercorrere brevemente i fatti, i temi e i luoghi concettuali analizzati ed elaborati dal BGH. Il caso che ha generato la rimessione al *Grosser Senat* scaturiva da una sentenza del *Landgericht* di Amburgo. Si trattava del processo, per corruzione pubblica e per corruzione privata, contro alcuni medici convenzionati accusati di aver percepito, dall'industria farmaceutica Ratiopharm, una provvigione pari al 5% del valore dei prodotti che erano stati prescritti ai pazienti. Le indagini dimostrarono, tra l'altro, che l'azienda aveva un'apposita funzione interna, chiamata "gestione delle prescrizioni" (*Verordnungsmanagement*), che aveva istituito un vero e proprio "sistema incentivante" per i medici convenzionati, e il pagamento avveniva mediante la corresponsione di onorari per fittizie relazioni a conferenze scientifiche<sup>45</sup>.

Il *Landgericht* di Amburgo aveva condannato i medici esclusivamente per corruzione privata, ex §299 StGB, ma la Sezione 5 nel rimettere la decisione al BGH aveva posto un quesito generale sulla qualifica giuridica del medico convenzionato<sup>46</sup>.

In primo luogo, il BGH osserva come non solo si possa certamente esercitare una pubblica funzione senza essere incardinati nella pubblica amministrazione<sup>47</sup>, ma anche come le varie articolazioni della *Cassa* sarebbero da intendersi certamente quale "altro ufficio" (*sonstige Stelle*), il soggetto preposto al quale sarebbe pubblico ufficiale ai sensi del §11 comma 1 n. 2 lettera c)<sup>48</sup>. Del resto, ai sensi del libro V dello SGB, il sistema delle assicurazioni sanitarie pubbliche ha lo scopo di mantenere, ristabilire e migliorare la salute della collettività, e si deve considerare che il sistema dei medici convenzionati è stato costituito per garantire una tutela sanitaria diffusa caratterizzata da identici standard qualitativi ed economici per tutti gli assicurati.

Nonostante ciò, il BGH ha escluso che il medico privato convenzionato con la *Cassa*, e pertanto autorizzato alla prescrizione di farmaci e terapie a carico del sistema delle assicurazioni sanitarie pubbliche, sia un pubblico ufficiale. Si è evidenziato, infatti, che il medico della *Cassa* intrattiene un rapporto giuridico esclusivamente con il paziente assicurato presso la *Kasse*. Il rapporto dell'assicurato con il medico è definito soltanto dalla fiducia personale del primo verso il secondo che è e rimane un libero professionista. Forma e durata del trattamento terapeutico, secondo il BGH, dipendono esclusivamente dal rapporto medico/paziente, senza che la *Cassa* possa in alcun modo intervenire. E nemmeno il momento della prescrizione di farmaci o di terapie, che pure è l'essenza dello scopo pubblicistico della *Krankenkasse*, indicherebbe un qualche esercizio di funzioni pubbliche. La prescrizione medica, dunque, è e rimane spazio del trattamento terapeutico ed è governata esclusivamente dal rapporto fiduciario medico/paziente<sup>49</sup>.

Qualunque dei 150 mila medici convenzionati con il sistema sanitario tedesco dovesse accettare denaro, beni, servizi quale utilità di natura provvigionale connessa alla

---

<sup>45</sup> Cfr., BGH, GS, 29.03.2012, in *NZWiSt*, 2012, cit., capoverso n. 2,

<sup>46</sup> Cfr., BGH, GS, 29.03.2012, cit., capoverso n. 4.

<sup>47</sup> La Corte riprende le varie decisioni deponenti in tal senso, cfr., BGH, 09.07.2009, in *BGHSt*, 54, p. 41.

<sup>48</sup> Cfr., BGH, GS, 29.03.2012, capoverso n. 11.

<sup>49</sup> Cfr., BGH, GS, 29.03.2012, capoverso nn. 17-21.

prescrizione dei prodotti dell'azienda che lo "sovvenziona", dunque, non potrebbe commettere corruzione ai sensi dei paragrafi 331 e 332 del codice penale tedesco.

Su questo punto, la riforma del 2016 non pare in alcun modo poter influire.

## 2.2. Il medico convenzionato e la corruzione tra privati: prima e dopo la riforma della corruzione.

Su tale tema si deve necessariamente distinguere ciò che è avvenuto sino a oggi con ciò che avverrà con l'entrata in vigore dei nuovi §§299a e 299b dello StGB, ovvero dopo il 4 giugno 2016.

### 2.2.1. Il medico convenzionato e la corruzione tra privati prima della riforma del 2016.

Prima della riforma che ha introdotto la fattispecie di corruzione in ambito sanitario, l'ulteriore fattispecie rispetto alla quale si giocava la rilevanza penale del comportamento del medico convenzionato (che abbia accettato utilità dalle aziende farmaceutiche per la prescrizione delle specialità del loro listino) era la corruzione privata di cui al §299 StGB, norma su cui intervenne lo stesso *Grosser Senat* del BGH<sup>50</sup>.

Per l'identificazione di tale reato, due erano i punti interpretativi problematici: a) la possibilità di qualificare il medico quale "incaricato/collaboratore di una impresa commerciale"; b) la possibilità di qualificare la *Cassa* stessa quale "impresa commerciale"<sup>51</sup>.

Premesso che la dottrina maggioritaria ritiene che la *Cassa* sia una *impresa commerciale*, considerati i suoi scambi economici con le farmacie e le industrie farmaceutico-medicali, era discussa in letteratura la possibilità di qualificare il medico convenzionato come *collaboratore/mandatario* della *Krankenkasse*<sup>52</sup>. A differenza del quadro dottrinale in tema di qualificazione del medico convenzionato quale pubblico ufficiale, però, qui la letteratura assolutamente maggioritaria aveva ritenuto il *Kassenarzt* titolare della qualifica soggettiva necessaria per commettere il reato di corruzione privata<sup>53</sup>.

Richiamandosi ad alcune decisioni in tema di infedeltà patrimoniale<sup>54</sup>, infatti, la dottrina rintracciava il necessario collegamento giuridico tra medico convenzionato e

---

<sup>50</sup> BGH, GS, 29.03.2012, capoverso n. 25 ss.

<sup>51</sup> Cfr., KRÜGER, *Pharma-Marketing*, cit., p. 693 ss.

<sup>52</sup> Sulla qualificazione della *Krankenkasse* come *geschäftlicher Betrieb*, si veda TIEDEMANN, §299, cit., pp. 326-328, 345 ss.

<sup>53</sup> Cfr., PRAGAL-APFEL, *Bestechlichkeit und Bestechung*, cit., p. 10 ss.; BÖSE-MÖLDERS, *Die Durchführung sog. Anwendungsbeobachtungen durch den Kassenarzt als Korruption im Geschäftsverkehr (§299 StGB)?*, in *MedR.*, 2008, p. 585 ss.; DANNECKER, *Korruption durch Zuwendung finanzieller Leistungen an Ärzte – zugleich eine Anmerkung zur Entscheidung des OLG Braunschweig vom 23.02.2010*, in *GesR.*, 2010, p. 284 ss.

<sup>54</sup> Decisioni in cui la giurisprudenza ha sostenuto la centralità del medico convenzionato e il suo essere *rappresentante* della *Cassa Malattia*: è la posizione di Pragal che si rifà anche alla decisione sulla infedeltà patrimoniale BGH, 25.11.2003, in *BGHSt*, 49, p. 17 ss.; PRAGAL, *Die Pharma-"Marketing" um die niedergelassenen Kassenärzte: "Beauftragtenbestechung" gemäss § 299 StGB!*, in *NStZ*, 2005, p. 133 ss.; PRAGAL, *Die Korruption*

*Cassa* nel fatto che il primo è membro dell'associazione di medici che ha stipulato con la *Kasse* i contratti collettivi per l'assolvimento degli obblighi di tutela sanitaria<sup>55</sup>.

La dottrina minoritaria, invece, obiettava che il medico convenzionato non ha alcuna procura e non ha alcun potere nei confronti della *Cassa*; il fatto che le sue prescrizioni incidano sulle finanze della *Kasse* sarebbe un mero effetto amministrativo della sua attività, non nascendo esso da una delega o da un altro rapporto giuridico con la *Cassa*<sup>56</sup>. Rapporti giuridicamente rilevanti, quindi, sarebbero da rintracciarsi esclusivamente tra medico e associazione dei medici, e non tra il primo e la *Krankenkasse*<sup>57</sup>. Medico che, rispetto alla *Cassa*, sarebbe e rimarrebbe soltanto un libero professionista esterno<sup>58</sup>.

Sino alla sentenza del *Grosser Senat* del BGH, la giurisprudenza aveva aderito alla dottrina dominante mostrando una chiara tendenza a considerare il medico convenzionato soggetto attivo di corruzione privata ai danni *Cassa*<sup>59</sup>. Ma a negare definitivamente la presenza della qualifica soggettiva necessaria per la commissione del reato di corruzione privata interveniva, appunto, il *Grosser Senat* del BGH<sup>60</sup>.

In linea generale, "incaricato/mandatario" (*Beauftragter*) di un'impresa commerciale è colui il quale, grazie alla sua posizione, incide con le proprie scelte (in ordine alla compravendita di beni) sulla sfera giuridica dell'impresa stessa. L'incaricato, dunque, è un soggetto non dipendente, il quale svolge tuttavia un mandato nell'interesse dell'azienda, che sceglie liberamente i propri mandatari e fornisce loro poteri e competenze corrispondenti<sup>61</sup>. Con la decisione del *Grosser Senat*, tuttavia, il BGH affermò l'assenza di una tale forma di incarico in capo al medico convenzionato con la *Krankenkasse*. La *Cassa* non avrebbe, dunque, alcuna influenza sul rapporto tra medico e

---

*innerhalb des privaten Sektors und ihre strafrechtliche Kontrolle durch §299 StGB*, Köln-Berlin-München, 2006, p. 165 ss.

<sup>55</sup> PRAGAL-APFEL, *Bestechlichkeit und Bestechung*, cit., p. 12. Autorevole dottrina si spinge anche oltre la costruzione dell'adesione contrattuale indiretta, e quindi della delega indiretta, e ritiene sufficiente la presenza di un incarico legale del medico, requisito pienamente assolto dai paragrafi 72 e seguenti del libro V del *Sozialgesetzbuch* che disciplinano l'attività del medico convenzionato così TIEDEMANN, §299, cit., pp. 326-328, 345 ss.

<sup>56</sup> GEIS, *Anmerkung zum Beschluss OLG Braunschweig vom 23.02.2010*, in *Wistra*, 2010, p. 280; SAHAN, *Ist der Vertragsarzt tauglicher Täter der Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr gem. §299 Abs. 1 StGB?*, in *ZIS*, 2007, p. 71 ss.; SCHNEIDER, *Anmerkung zum Beschluss des OLG Braunschweig vom 23.02.2010*, in *StV.*, 2010, p. 617; REESE, *Vertragsärzte und Apotheker als Straftäter?*, in *PharmR.*, 2006, p. 97.

<sup>57</sup> KLÖTZER, *Ist die niedergelassenere Vertragsarzt*, cit., p. 14.

<sup>58</sup> REESE, *Vertragsärzte und Apotheker*, cit., p. 97.

<sup>59</sup> Questo era avvenuto attraverso tre passaggi decisionali: l'OLG del Braunschweig lo aveva sostenuto in un passaggio di una motivazione del 2010 (OLG Braunschweig, 23.02.2010, in *Wistra*, 2010, p. 365 ss.); allo stesso modo avvenne con una decisione del tribunale amministrativo di Ulm in uno dei vari filoni Ratiopharm, e, infine, il *Landgericht* di Stade che aveva distinto tra la prescrizione di farmaci, che avviene indicando il nome commerciale del prodotto, rispetto alla quale il medico convenzionato era stato ritenuto potenziale autore di corruzione privata, e la prescrizione di terapie o di altri prodotti medicali, rispetto ai quali non si era rinvenuto alcun potere di vincolare la Cassa, dato che secondo la normativa su tali prodotti la prescrizione non poteva essere nominativa ma riferita soltanto al tipo di prodotto (LG Stade, 04.08.2010).

<sup>60</sup> BGH, GS, 29.03.2012, in *NZWiSt*, 2012, cit.

<sup>61</sup> GEIS, *Ist jeder Kassenarzt*, cit., p. 362; REESE, *Vertragsärzte und Apotheker*, cit., p. 97.

paziente; essa non può non accettare il medico liberamente scelto dal paziente. I medici convenzionati, in sostanza, sarebbero “incaricati” dai pazienti e non possono essere considerati mandatarî della *Cassa*<sup>62</sup>.

Certo, tale lacuna tutoria avrebbe potuto essere colmata se il concetto di impresa commerciale, *geschäftlicher Betrieb*, potesse ricomprendere anche le persone fisiche, in modo da considerarle vittima della corruzione tra privati<sup>63</sup>. Tale interpretazione, tuttavia, come quella che vorrebbe intendere il medico quale incaricato della *Cassa*, avrebbe violato il divieto di analogia<sup>64</sup>. Espressamente, dunque, il BGH rimetteva queste opzioni alla decisione del legislatore, non esimendosi, per vero, dal sottolineare la singolare rischiosità di tale lacuna.

Afferma, infatti, il BGH: “*sulla base dell’annosa discussione della letteratura penalistica e con riferimento anche alle iniziative legislative per la lotta alla corruzione nel sistema sanitario, il Grosser Senat non disconosce affatto la basilare legittimità dell’esigenza di fronteggiare efficacemente, con i mezzi del diritto penale, i malcostumi che vanno a onerare finanziariamente il sistema sanitario*”. Nonostante ciò, il BGH precisava che l’applicazione delle fattispecie penali ai casi di scambio tra vantaggi e prestazioni mediche è impossibile per la giurisprudenza, dato che soltanto il legislatore è titolare del potere di effettuare valutazioni in ordine alla meritevolezza di pena<sup>65</sup>.

Ed è proprio sulla base di questa sollecitazione che nel 2013 comincia l’*iter* di riforma conclusosi il 13 maggio 2016 con l’introduzione di una ipotesi speciale di corruzione tra privati lesiva della concorrenza nel settore farmaceutico-medicale, riforma entrata in vigore il 4 giugno del 2016.

## 2.2.2. Il medico convenzionato e la nuova fattispecie di corruzione in ambito sanitario.

La fattispecie di cui al §299a dello StGB punisce con la pena della reclusione sino a tre anni alternativa alla multa chi, in qualità di esercente una professione sanitaria per la quale è richiesta una specifica formazione scolastica o accademica, nello svolgimento di tale professione altera illecitamente la concorrenza interna o internazionale pretendendo, o facendosi promettere o accettando un vantaggio, per sé o per un terzo. Tale utilità è da intendersi quale controprestazione, richiesta: a) per la prescrizione di prodotti farmaceutico-medicali; b) per l’approvvigionamento di prodotti farmaceutico-medicali che sono destinati all’immediato utilizzo da parte del sanitario stesso; c) per l’indirizzamento di pazienti o di materiale biologico da sottoporre a indagine diagnostiche. La fattispecie gemella di cui al §299b dello StGB si limita solo a rendere speculare la norma nell’ipotesi di corruzione attiva<sup>66</sup>.

---

<sup>62</sup> BGH, GS, 29.03.2012, cit., capoverso, n. 33; SAHAN, *Zur Strafbarkeit niedergelassener Vertragsärzte*, cit., p. 389.

<sup>63</sup> Cfr., FISCHER, § 299, in *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 59 ed., München, 2012, Rn. 10b ss.

<sup>64</sup> SAHAN, *Zur Strafbarkeit niedergelassener Vertragsärzte*, cit., p. 389.

<sup>65</sup> BGH, GS, 29.03.2012, capoverso n. 46.

<sup>66</sup> Al momento consultabile in BUNDESTAG, *Drucksache* 181/16.

Il bene giuridico tutelato dalla fattispecie è la leale concorrenza tra aziende del settore farmaceutico-medicale<sup>67</sup>. I soggetti attivi sono praticamente tutti gli appartenenti alle professioni sanitarie in senso lato: non solo medici, dentisti e farmacisti ma anche infermieri, ostetrici, logopedisti *et similia*. Il concetto di vantaggio (*Vorteil*) è ovviamente da intendersi in senso lato: non solo denaro ma ogni prestazione economicamente significativa<sup>68</sup>.

Nonostante la sua maggiore estensione, il target originario di questa fattispecie, e la parte più rilevante di tutela che essa andrà a svolgere, ha a che fare proprio con i medici convenzionati con la *Kasse*. Ed essa è volta a far cessare proprio la prassi di extra-remunerazione di tali medici che il BGH era stato costretto a dichiarare lecita a causa di una lacuna tutoria nella disciplina penalistica della corruzione<sup>69</sup>.

Dall'entrata in vigore del §299a dello StGB, dunque, i medici convenzionati che accettano utilità in cambio di prescrizioni o indirizzamento di pazienti rispondono del reato di corruzione in ambito sanitario.

### 2.3. Il medico convenzionato e i reati contro il patrimonio della *Krankenkasse*.

Prima dell'introduzione della fattispecie di corruzione in ambito sanitario, l'unica possibilità teorica di responsabilizzazione di tale comportamento era l'eventuale integrazione di un reato contro il patrimonio ai danni della *Cassa*. L'integrazione effettiva di queste fattispecie, tuttavia, ancora oggi presenta poche probabilità di verifica nell'ordinamento tedesco.

Rispetto al reato di infedeltà patrimoniale ex §266 StGB, sarebbero due gli elementi da accertare in capo al medico convenzionato: a) l'obbligo di curare gli interessi patrimoniali della *Cassa*, in tedesco *vermögeninteressen wahrzunehmen*; b) la causazione di un danno patrimoniale alla *Kasse*.

La questione su cui si è concentrata l'analisi interpretativa riguarda la soddisfazione da parte del medico convenzionato dell'elemento di fattispecie relativo al dovere di curare gli interessi patrimoniali del soggetto che subisce l'infedeltà. Accanto ad alcune dubbiose (e dubbie) prese di posizione giurisprudenziali<sup>70</sup>, tuttavia, la letteratura maggioritaria rifiuta categoricamente questa impostazione<sup>71</sup>.

La principale argomentazione è l'assenza del dovere del medico convenzionato di curarsi dei riflessi economici, rispetto alla *Cassa*, dell'esercizio della sua attività

---

<sup>67</sup> Sebbene si riferisca ai progetti i quali tutelavano due beni giuridici, concorrenza e affidamento del paziente, in tema si veda FRISTER, *Überlegungen zur Ausgestaltung*, cit., p. 76 ss.

<sup>68</sup> Si vedano KUBICIEL, *Bestechlichkeit und Bestechung*, cit., p. 1 ss.; FRISTER, *Überlegungen zur Ausgestaltung*, cit., p. 84 ss.

<sup>69</sup> Cfr., KUBICIEL, *Bestechlichkeit und Bestechung*, cit., p. 1.

<sup>70</sup> Cfr., BGH, 25.11.2003, in *Wistra*, 2004, p. 143; il caso concerneva un medico che in assenza di una specifica indicazione terapeutica aveva triplicato le dosi di alimentazione per via parenterale a un paziente.

<sup>71</sup> Oltre agli autori che si citeranno nel prosieguo, si vedano DÖLLING-DUTTGE-RÖSSNER-BEUKELMANN, §266, in *Handkommentar*, Baden-Baden, 2008, Rn. 17; KRAFEZYK, *Kick-Backs*, cit., p. 333.



professionale; attività che consiste essenzialmente nel garantire a tutti gli assicurati eguali e buoni standard clinici<sup>72</sup>. È pacifico, dunque, che per la prescrizione di farmaci o terapie, il medico convenzionato non possa rispondere di infedeltà patrimoniale. Del resto, non sarebbe nemmeno configurabile un danno patrimoniale, dato che quando un medico prescrive un farmaco più costoso rispetto a uno egualmente efficace, indica l'acquisto di un farmaco comunque ammesso dal sistema sanitario nazionale e il cui prezzo è stabilito a monte da contratti generali tra le *Krankenkassen* e le industrie produttrici. Nemmeno in astratto, così, si potrebbe individuare quel danno patrimoniale che è evento del reato di infedeltà di cui al paragrafo 266 del codice penale tedesco<sup>73</sup>.

Diverso parrebbe il caso in cui sia il medico stesso a effettuare degli acquisti per rifornire il proprio ambulatorio di prodotti farmaceutici o medicali, al fine di somministrarli direttamente ai pazienti. Qui, infatti, il medico si rivolge ai grossisti i quali addebitano i costi dei prodotti alla *Krankenkasse*. E qualora il medico si faccia rimborsare dalla *Cassa* acquisti effettuati a prezzi maggiori di quelli di mercato (come controprestazione per aver ricevuto dei vantaggi da parte dell'azienda produttrice) sembrerebbe possibile individuare una infedeltà; dato che qui egli non solo ha il dovere di curare gli interessi della *Cassa* rispetto agli acquisti diretti, ma può concretamente anche cagionare un danno patrimoniale alla *Cassa*<sup>74</sup>.

A completamento dell'analisi delle responsabilità del medico privato convenzionato che accetta vantaggi in cambio della prescrizione di prodotti dell'azienda che lo remunera, c'è la possibilità di integrazione del reato di truffa.

L'ipotesi di rimborso per acquisto diretto di prodotti destinati alle cure ambulatoriali dei pazienti parrebbe essere terreno fertile anche rispetto alla consumazione della truffa da parte del medico convenzionato. Il riferimento va in particolare alle ipotesi in cui sia il medico ad approvvigionare direttamente il proprio ambulatorio e a girare successivamente i costi sulla *Cassa*. La dottrina ritiene sia un'ipotesi di truffa, infatti, il comportamento del medico che, avendo beneficiato di sconti e vantaggi economici dal fornitore, successivamente non li faccia ricadere anche sulla *Cassa*, alterando così artificiosamente il conto dei costi effettivi della sua prestazione con evidente danno patrimoniale per la *Krankenkasse* stessa<sup>75</sup>.

Nel caso in cui, nella prassi, si verificheranno concretamente queste ipotesi, non potrà non porsi la questione dell'eventuale concorso di reati con la nuova fattispecie di corruzione in ambito sanitario di cui ai nuovi §§ 299a e 299b dello StGB.

---

<sup>72</sup> Cfr., ULSHENHEIMER, *Der Vertragsarzt als Sachwalter der Vermögeninteressen der gesetzlichen Krankenkassen?*, in *MedR*, 2005, p. 625 ss.; REESE, *Vertragsärzte und Apotheker*, cit., p. 99. Contrari a questa impostazione, e quindi a favore del rintracciamento del dovere di tutelare gli interessi della Cassa Malattia da parte del medico privato convenzionato, cioè della possibilità di integrazione della infedeltà patrimoniale ai danni della *Krankenkasse*, sono SCHNEIDER, *Strafrechtliche Grenzen des Pharmamarketings*, cit., p. 245; GOETZE, *Arzthaftungsrecht und kassenärztliches Wirtschaftlichkeitsgebot*, Berlin, 1989, p. 178.

<sup>73</sup> Cfr., BRAUN, *Industrie und Ärzteschaft*, cit., pp. 95-102.

<sup>74</sup> BRAUN, *Industrie und Ärzteschaft*, cit., pp. 100-102; di veda anche la decisione BGH, 27.04.2004, in *NSfZ*, 2004, p. 568, decisione in cui è stata affermata l'integrazione della fattispecie di infedeltà patrimoniale.

<sup>75</sup> Ancora, BRAUN, *Industrie und Ärzteschaft*, cit., p. 103 ss.

### 3. Lo scenario delle responsabilità penali del medico privato non convenzionato che accetta utilità dalle aziende farmaceutico-medicali: prima e dopo la riforma del 2016.

Terminata la panoramica sulle questioni concernenti la posizione dei medici privati convenzionati con il sistema sanitario pubblico tedesco, qualche rapida osservazione meritano anche le extra-utilità percepite da medici privati non convenzionati e, soprattutto, dai medici ospedalieri e universitari.

Il medico libero professionista che non esercita anche a favore del sistema sanitario pubblico, cioè che non è anche un *Vertragsarzt*, non può essere soggetto attivo delle fattispecie di corruzione pubblica di cui ai §§331 e 332 dello StGB. Il trattamento dei pazienti a opera del medico privato non può essere a carico del sistema sanitario tedesco, ed è quindi esclusa in radice la possibilità di rintracciare l'esercizio di una funzione pubblica. A nulla rileva il fatto che il paziente, che deve sopportare personalmente i costi della prestazione medica, abbia o meno una assicurazione privata: non c'è comunque il coinvolgimento di sfere di interesse pubblico<sup>76</sup>.

Anche rispetto al reato di corruzione privata, ex §299 StGB, si escludeva la possibilità che il medico privato possa esserne soggetto attivo. Il requisito essenziale per tale autorità, infatti, è che il medico possa essere qualificato quale *collaboratore di una impresa commerciale (Beauftragter eines geschäftlichen Betriebs)* ai danni della quale è integrato lo scambio corruttivo. In questo caso, tale impresa dovrebbe essere l'assicurazione privata del paziente al quale sono stati prescritti farmaci o terapie in forza di un incentivo economico dato dalla casa produttrice al medico. Essendo remunerato direttamente dal paziente, tuttavia, il medico privato non ha alcun rapporto con l'assicurazione privata di quest'ultimo. Una cooperazione di tipo corruttivo tra industria e medico privato, dunque, non può avere alcuna rilevanza penale *sub specie* di corruzione privata<sup>77</sup>.

A seguito dell'introduzione della fattispecie di corruzione in ambito sanitario di cui ai §§299a e 299b dello StGB, invece, i medici privati, al pari di quelli convenzionati, sono soggetti attivi di questo tipo di corruzione. Essi, dunque, saranno penalmente responsabili se per la prescrizione o approvvigionamento di prodotti o nell'indirizzamento di pazienti hanno ottenuto anche solo la promessa di una utilità e così facendo hanno alterato illecitamente la concorrenza tra aziende del settore farmaceutico-medico.

Proseguendo nell'analisi delle fattispecie che possono essere integrate si pone la questione dell'infedeltà patrimoniale, punita dal §266 dello StGB. Ma è da escludersi che il medico privato non convenzionato che riceva utilità da aziende farmaceutico-medicali a danno delle assicurazioni sanitarie private possa commettere anche infedeltà patrimoniale. Come detto, la fattispecie tedesca di infedeltà patrimoniale è basata

---

<sup>76</sup> KERN, *Die Pflichten des Patienten aus dem Arztvertrag*, in LAUF-KERN, *Handbuch*, cit., p. 825 ss.

<sup>77</sup> Cfr., BRAUN, *Industrie*, cit., p. 110 ss.; SCHNEIDER, *Anmerkung zum Beschluss des OLG Braunschweig vom 23.02.2010*, in *StV*, 2010, p. 368; DANNECKER, §299, in *Nomos Kommentar*, Baden Baden, 2003, pp. 10-11.

sull'abuso del potere di disposizione del patrimonio di un ente, di cui il soggetto deve aver l'obbligo di curare gli interessi patrimoniali. E qui, a mancare sarebbe proprio il presupposto della condotta, ovvero il dovere di curare gli interessi patrimoniali delle società private di assicurazione sanitaria<sup>78</sup>. Non ci sono rapporti giuridici, infatti, tra medico che prescrive il farmaco e l'assicurazione sanitaria: è soltanto il paziente a intrattenere relazioni giuridicamente rilevanti, con l'assicurazione prima e con la farmacia poi<sup>79</sup>.

Sebbene la dottrina riconosca un dovere informativo del medico in ordine ai costi che la terapia prescritta possa comportare<sup>80</sup>, il reato di infedeltà sarebbe da escludersi anche considerando come soggetto passivo dell'abuso del potere di disposizione patrimoniale lo stesso paziente<sup>81</sup>. Tale dovere informativo, infatti, è del tutto eterogeneo rispetto a un obbligo di prescrizione del preparato terapeutico meno costoso: obbligo che è stato escluso, confermando così la piena libertà di scelta terapeutica da parte del medico<sup>82</sup>.

Un'altra (benché remota) area di rilevanza penale dell'accettazione di utilità dalle industrie farmaceutico-medicali potrebbe invece essere la truffa. Il riferimento è specificatamente alle terapie ambulatoriali per le quali vengono conteggiati dei costi a carico del paziente che il medico privato in realtà non sopporta, perché beneficiario di un trattamento di favore ricevuto dall'azienda fornitrice. In sostanza, il medico che ribalta sul paziente trattato in ambulatorio un costo che egli in realtà non sostiene, commetterebbe truffa a danno del paziente<sup>83</sup>.

In definitiva, prima della riforma del 2016, e a parte alcune molto limitate condotte concernenti le modalità di esposizione dei costi di una prestazione medica strettamente ambulatoriale, il medico privato che riceveva benefici dalle aziende come provvigione per le proprie prescrizioni farmaco-terapeutiche non realizzava alcun fatto penalmente rilevante.

---

<sup>78</sup> Cfr., PRAGAL, *Das Pharma-“Marketing” um die niedergelassenen Kassenärzte: „Beauftragtenbestechung“ gemäss §299 StGB*, in *NStZ*, 2005, p. 135.

<sup>79</sup> KERN, *Rezeptur- und Verschreibung*, in LAUFS-KERN, *Handbuch*, cit., p. 671.

<sup>80</sup> Cfr., SCHMITT-HOMANN, *Abrechnung bei Privatpatienten*, in *ZRP*, 2001, p. 485.

<sup>81</sup> Cfr., SCHMITT, *Medizinisch notwendige Heilbehandlung und private Krankenversicherung*, in *NJW*, 2010, p. 1504.

<sup>82</sup> Così, SCHELLING, *Die Pflicht des Arztes zur wirtschaftlichen Aufklärung im Lichte zunehmender ökonomischer Zwänge im Gesundheitswesen*, in *MedR*, 2004, p. 426.

<sup>83</sup> Cfr., HELLMANN-HERFFS, *Der ärztliche Abrechnungsbetrug*, 2006, Berlin, p. 145; il dovere di riconoscere al paziente i vantaggi in termini di riduzione dei costi che il medico ha ricevuto dal fornitore, che è il presupposto per la consumazione della truffa, è stato confermato da una recente sentenza della Corte Amministrativa Federale tedesca, BVerwG., 25 marzo 2009, n. 1, in <http://www.bverwg.de/entscheidungen/entscheidung.php?ent=250309U8C1.09.0> (consultato il giorno 06.06.16).

#### 4. Lo scenario delle responsabilità penali del medico ospedaliero che accetta utilità dalle aziende farmaceutico-medicali.

Del tutto diverso è lo scenario delle responsabilità del medico ospedaliero e del medico universitario<sup>84</sup>. Rispetto alle fattispecie di corruzione di cui ai §§331 e 332 dello StGB, i medici operanti in ospedali pubblici sono dei pubblici ufficiali, ai sensi del §11 comma 1, n. 2, lettera c) dello StGB, e possono dunque essere soggetti attivi di entrambi i reati<sup>85</sup>. E ciò, anche quando l'attività si svolge all'interno di enti sanitari di diritto privato ma inseriti nel sistema sanitario pubblico<sup>86</sup>.

In questo contesto, i medici impiegati a qualsiasi titolo in ospedali inseriti nel sistema sanitario pubblico e i medici universitari commettono corruzione (ai sensi dei §§ 331 e 332 del codice penale tedesco) quando ricevono utilità dalle industrie medicali e farmaceutiche come controprestazione per la prescrizione o l'acquisto di farmaci e terapie<sup>87</sup>.

Nel caso in cui, oltre che pubblici ufficiali, i medici fossero anche considerati incaricati/impiegati di una impresa commerciale, ai sensi del §299 StGB, accanto alla corruzione pubblica, di cui ai §§331 e 332 StGB, verrebbe integrata anche la fattispecie di corruzione nei rapporti commerciali tra privati<sup>88</sup>. Rispetto a questa eventualità, si può affermare che gli ospedali, le *Krankenkassen* e le assicurazioni sanitarie private rientrano certamente nel concetto di imprese commerciali (*geschäftliche Betriebe*) soggette a infedeltà ai sensi del §299 StGB. Sebbene, infatti, esse abbiano un primario scopo mutualistico, questo è realizzato attraverso lo scambio commerciale tra prestazioni e controprestazioni economiche<sup>89</sup>.

In letteratura, tuttavia, si precisa che i medici ospedalieri tedeschi non possono considerarsi incaricati/impiegati (*Beauftragte/Angestellte*) delle *Krankenkassen*: mancherebbe una diretta relazione giuridica con la *Cassa* e con le altre assicurazioni sanitarie private che intrattengono rapporti giuridicamente rilevanti soltanto con l'ente ospedaliero in sé e mai con i medici collaboratori/impiegati di quest'ultimo<sup>90</sup>. I medici ospedalieri, dunque, possono commettere corruzione privata, ex §299 StGB, soltanto ai danni degli ospedali stessi, e quindi accettando utilità quale corrispettivo per favorire in

<sup>84</sup> Rispetto ai medici operanti in ospedali privati, si deve sottolineare che rispetto alle ipotesi di corruzione pubblica non possono essere soggetti agenti per la mancanza della qualifica di pubblico ufficiale. Per quanto concerne invece le altre pertinenti fattispecie le considerazioni fatte a proposito dei medici impiegati in ospedali pubblici valgono anche per i medici operanti in ospedali privati, Cfr., ROXIN I., *Drittmittleinwerbung*, cit., p. 270.

<sup>85</sup> Cfr., ROXIN I., *Drittmittleinwerbung und Korruption*, in ROXIN C.-SCHROTH, *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 4 ed., Stuttgart, 2010, p. 270.

<sup>86</sup> Enti che sebbene di forma giuridica privatistica perseguono gli scopi pubblici dell'assistenza sanitaria beneficiando conseguentemente del finanziamento derivante dalla contribuzione tributaria degli assistiti, come affermato dal BGH nel caso del commercio delle sacche di sangue, BGH, 15.03.2001, in *NJW*, 2001, p. 2104; sul punto cfr., ULSENHEIMER, *Industriesponsoring*, cit., pp. 1817-1818.

<sup>87</sup> BRAUN, *Industrie*, cit., p. 120.

<sup>88</sup> Cfr., TIEDEMANN, §299, in *LK*, 12 ed., Berlin, 2008, pp. 326-328, 345 ss.

<sup>89</sup> Cfr., ULSENHEIMER, *Industriesponsoring*, cit., p. 1835 ss.

<sup>90</sup> BRAUN, *Industrie und Ärzteschaft*, cit., p. 122.

modo sleale un'azienda farmaceutico-medicale che opera in regime di concorrenza nella vendita di beni o servizi all'ente ospedaliero<sup>91</sup>.

Di certo, l'introduzione delle fattispecie di cui ai §§299a e 299b StGB porrà questioni di potenziale concorso con i reati di corruzione pubblica, trattandosi di beni giuridici del tutto diversi: tutela della concorrenza per i primi, e protezione del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione per i secondi.

Passando, invece, all'analisi della possibile integrazione della fattispecie di infedeltà patrimoniale, ex §266 dello StGB, essa non risulta configurabile rispetto alla *Kasse* quale soggetto danneggiato; qui, infatti, non si ha alcun legame con il medico ospedaliero dato che l'erogatore dei servizi acquistati dalla *Cassa* è l'ospedale come ente, e non il suo singolo collaboratore<sup>92</sup>.

Consuma il reato di infedeltà patrimoniale ai danni del titolare della struttura ospedaliera, dunque, il medico *ivi* impiegato che violando l'obbligo di tutela degli interessi patrimoniali dell'ospedale arreca un danno all'ente da cui dipende. L'azione infedele che arreca danno all'ente può manifestarsi attraverso due fenomenologie. In primo luogo, attraverso l'esercizio di una influenza, negativa per le finanze dell'ospedale, sulla negoziazione per l'identificazione del prezzo del prodotto fornito dalla società corruttrice. In secondo luogo, mediante l'utilizzo, per la cura dei pazienti, di un prodotto dell'azienda che ha elargito l'utilità illecita benché sarebbe stato possibile utilizzarne uno diverso e meno costoso<sup>93</sup>.

Come visto, la fattispecie tedesca di infedeltà patrimoniale si incentra su due elementi fondamentali: la lesione dell'obbligo di tutela degli interessi patrimoniali del datore di lavoro e il danno patrimoniale da questi subito. E tale obbligo di tutelare gli interessi patrimoniali dell'ospedale presso cui si presta servizio ha due sfumature: a) rispetto all'approvvigionamento delle forniture si deve agire in modo da tendere a far scegliere all'ente il miglior prezzo<sup>94</sup>; b) rispetto all'individuazione della specifica cura da somministrare al paziente ospedaliero, ci si deve orientare, a parità di efficacia, verso la modalità che possa garantire il migliore rapporto economico costi/benefici<sup>95</sup>.

È possibile, dunque, individuare il danno evento dell'infedeltà patrimoniale nell'aumento del prezzo della fornitura a causa del ricarico dovuto al pagamento

---

<sup>91</sup> Indipendentemente dalla circostanza che il medico abbia il potere di procedere direttamente all'acquisto, oppure si limiti, come di norma, a indicare agli uffici amministrativi cosa acquistare e per quale quantità; sul punto cfr., DANNECKER, §299, cit., p. 9. Inoltre, ciò è indipendente dalle concrete modalità di approvvigionamento del singolo ospedale e/o della sua farmacia interna, cfr., BRAUN, *Industrie und Ärzteschaft*, cit., p. 125.

<sup>92</sup> BRAUN, *Industrie und Ärzteschaft*, cit., p. 127.

<sup>93</sup> Cfr., SCHUHR, §266, in SPICKHOFF, *Medizinrecht*, München, 2011, p. 2234 ss.

<sup>94</sup> In questo senso anche il BGH, 23.05.2002, in NJW, 2002, p. 2801 ss.; in dottrina, cfr., RÖNNAU-HOHN, *Der praktische Fall – Strafrecht: Forscherdrang*, in JuS, 2003, p. 999.

<sup>95</sup> Cfr., THOLL, *Untreue durch Bezug medizinischer Produkte und Hilfsmittel zu überhöhten Preisen – Anmerkung zu LG Mainz, Beschluss vom 13.11.2000*, in Wistra, 2001, p. 474.

dell'utilità (il c.d. *kick-backs*) al medico infedele<sup>96</sup>. Rileva, in sostanza, una differenza tra valore e prezzo del bene<sup>97</sup>. Divergenza che potrebbe essere annullata solo se il medico beneficiato mettesse a disposizione dell'ente ospedaliero tali utilità, come nel caso in cui la fornitura avesse fatto ottenere al medico un'apparecchiatura che questi però ha messo a disposizione dell'ospedale in maniera trasparente<sup>98</sup>.

L'ultima area di rilevanza penale della cooperazione corruttiva tra medico e industria farmaceutico-medica è quella coperta dal reato di truffa, ex §263 dello StGB.

La truffa a danno dell'ospedale presso cui il medico presta servizio è ritenuta possibile soltanto in sede di acquisto di beni o servizi, e soltanto quando i raggiri siano consistiti nell'indicazione erronea che il prodotto dell'azienda corruttrice fosse tecnicamente migliore ed economicamente il più vantaggioso tra quelli disponibili sul mercato. Solo per tale via, l'acquisto di prodotti peggiori a prezzi più elevati consumerebbe il reato di truffa ai danni dell'ente ospedaliero<sup>99</sup>. Non è ritenuta truffa, invece, la condotta del medico che somministra al paziente la terapia offerta dall'azienda corruttrice e non l'alternativa ugualmente efficace ma meno costosa<sup>100</sup>. Anche dinanzi a scelte antieconomiche, infatti, piena rimane la libertà di cura del medico.

## 5. La corruzione del medico universitario che raccoglie finanziamenti per la ricerca.

La ricerca universitaria, e in particolare quella svolta in campo medico, dipende fortemente dai fondi a disposizione, dalla capacità di attrarre finanziamenti ulteriori rispetto a quelli pubblici. Il concetto è noto come *fund raising*, e in tedesco è identificato dall'espressione *Drittmittleinwerbung*<sup>101</sup>.

Rispetto alla generalità dei medici operanti in strutture sanitarie pubbliche, peculiare è dunque la posizione dei medici universitari, i quali portano con sé il rischio aggiuntivo che l'attività di attrazione dei finanziamenti per la ricerca sia qualificata come elemento di uno scambio corruttivo.

La questione è se i fondi per la ricerca in quanto tali, oppure un loro non ortodosso utilizzo, possano essere intesi come utilità per il medico che ha prescritto o richiesto di comprare prodotti dell'azienda che elargisce il finanziamento alla ricerca,

---

<sup>96</sup> Ovvero nel maggior costo di gestione di un paziente residente a fronte di un medesimo rimborso da parte della Cassa Malattia, quando il medico somministra terapie più costose perché fidelizzato dalle utilità illecite percepite dall'azienda fornitrice.

<sup>97</sup> RÖNNAU-HOHN, *Der praktische Fall*, cit., p. 998 ss.

<sup>98</sup> THOLL, *Untreue durch Bezug medizinischer Produkte*, cit., p. 474.

<sup>99</sup> BRAUN, *Industrie und Ärzteschaft*, cit., p. 139 ss.

<sup>100</sup> BRAUN, *Industrie und Ärzteschaft*, cit., pp. 147-148.

<sup>101</sup> L'espressione è convenzionale, letteralmente significherebbe "attrazione di terzi mezzi"; i mezzi primi sarebbero quelli di cui è stata originariamente dotata la struttura che fa ricerca, i mezzi secondi sarebbero quelli di fonte comunque pubblica o istituzionale, altri ministeri, Unione Europea; i mezzi terzi, invece, sarebbero quelli provenienti da privati o da fondazioni di privati. Ma, come detto, è una espressione intesa ormai in senso generale quale identificativo della captazione di fondi per la ricerca.



facendo così scattare un'ipotesi di corruzione pubblica (di cui ai §§ 331 e 332 del codice penale tedesco).

In premessa, è bene restringere subito il campo a emolumenti che siano per natura e per scopo dei veri finanziamenti per la ricerca. Non sono da considerarsi "fondi" per la ricerca, dunque, le ordinarie forme di utilità corruttive: come pagamenti in denaro direttamente al direttore di un reparto di un ospedale universitario, viaggi esotici e cene presso ristoranti *gourmet*<sup>102</sup>. Come del resto non sono state considerate "fondi per la ricerca", le somme versate su un conto a esclusiva disposizione del direttore di una clinica universitaria, somme poi destinate al mantenimento generale della struttura, e dunque anche a beneficio dei pazienti privati del direttore<sup>103</sup>. Rispetto a queste dazioni, non si pone la questione dell'eventuale neutralità penalistica dovuta allo scopo della loro elargizione. Come *Drittmittel*, in sostanza, sono esclusivamente da intendersi elargizioni finalizzate realmente all'attività di ricerca medica o alla didattica<sup>104</sup>.

Analizzando gli elementi delle fattispecie di corruzione, nessuna questione si pone sulla qualifica soggettiva: a ricevere fondi per la ricerca sono i medici di ospedali universitari che sono dunque pubblici ufficiali o incaricati di un pubblico servizio, come richiesto dai §§331 e 332 del codice penale tedesco<sup>105</sup>. Questione spinosa è, piuttosto, quella se i finanziamenti alla ricerca possano intendersi quali utilità, vantaggi (*Vorteil*), ai sensi delle norme sulla corruzione del pubblico ufficiale.

Secondo dottrina e giurisprudenza, l'utilità consiste in ogni prestazione che migliora lo stato economico, giuridico o personale di un soggetto senza una corrispondente legittima ragione<sup>106</sup>; e, con la riforma del 1997, tali vantaggi penalmente rilevanti possono andare a beneficio anche di terzi estranei all'accordo criminoso<sup>107</sup>.

Una tesi restrittiva sostiene che bisogna distinguere tra utilità che avvantaggiano soggetti privati e utilità che vanno a beneficio pubblico o comunque della ricerca; e si ritiene che soltanto i vantaggi che arricchiscano personalmente l'accademico sarebbero elemento del reato di corruzione<sup>108</sup>. Di contrario avviso, invece, un indirizzo che considera penalmente rilevanti anche i vantaggi mediati<sup>109</sup>, e ciò in forza di una interpretazione teleologica della riforma dei delitti di corruzione, realizzata proprio sulla

---

<sup>102</sup> Come il caso del medico che ricevette in contanti il 15% del valore della fornitura di pacemaker richiesta a un'azienda italiana, cfr., BGH, 19.10.1999, in *NStZ*, 2000, p. 90 ss.

<sup>103</sup> È il caso analizzato da OLG Köln, 21.09.2001, in *NStZ*, 2002, p. 35 ss.

<sup>104</sup> Cfr., ROXIN I., *Drittmittelinwerbung*, cit., pp. 265-266.

<sup>105</sup> Cfr., DIENERS-TASCHKE, *Die Kooperation der medizinischen Industrie mit Ärzten und Krankenhäusern*, in *Pharmarecht*, 2000, p. 312.

<sup>106</sup> Cfr., ROXIN I., *Drittmittelinwerbung*, cit., p. 271; in giurisprudenza BGH, 23.05.2002, in *BGHSt*, 47, p. 304.

<sup>107</sup> DIENERS-TASCHKE, *Die Kooperation*, cit., p. 316.

<sup>108</sup> In dottrina, DAUSTER, *Private Spenden zur Förderung von Forschung und Lehre: Teleologische Entschärfung des strafrechtlichen Vorteilsbegriffs nach §331 StGB und Rechtfertigungsfragen*, in *NStZ*, 1999, pp. 66-67; in giurisprudenza cfr., LG Bonn, 8.2.2001, in *StV.*, 2001, p. 292.

<sup>109</sup> OLG Köln, 21.09.2001, in *NStZ*, 2002, p. 35; SATZGER, *Bestechungsdelikte und Sponsoring*, in *ZStW*, 2003, p. 477.

spinta dello scandalo dei *pacemaker*<sup>110</sup>. Se c'è stato uno "scambio", studi clinici e studi osservazionali effettivamente realizzati da chi ha ricevuto il finanziamento sarebbero, sin dalla stipula del contratto, da considerarsi utilità rilevanti ai fini dell'integrazione delle ipotesi di corruzione<sup>111</sup>.

Le spinte verso la riduzione dell'area di punibilità connessa all'accettazione di finanziamenti per la ricerca sono legate alla rivendicazione della libertà di ricerca e dell'adeguatezza sociale del comportamento. Ma l'inefficacia delimitativa di queste argomentazioni viene evidenziata da chi ritiene che, in ogni caso, non possa esserci ponderazione ammissibile quando lo scambio avviene tra le utilità e l'aspettativa circa una influenza del medico/ricercatore sulle scelte di approvvigionamento di farmaci e di apparecchiature medicali<sup>112</sup>. La destinazione della dazione, dunque, non muterebbe la natura corruttiva dello scambio.

È questo il punto centrale: il medico universitario ha libertà piena soltanto nella somministrazione della terapia. Quando egli interviene nell'acquisto di farmaci e prodotti medicali, invece, l'utilità potenzialmente neutra della ricezione di finanziamenti per la ricerca diviene penalmente rilevante e si trasforma nel "prezzo" della corruzione<sup>113</sup>. Anche se non sempre la compresenza tra decisioni di spesa e ricezione di finanziamenti per la ricerca rivela un accordo corruttivo, pare che il rischio scaturente dal non separare le due competenze sia a carico di chi non ha adottato cautele organizzative<sup>114</sup>.

Eppure, tale regola di *compliance*, che è legata alla separazione tra il soggetto che interviene sugli ordini di acquisto e il medico che cerca e ottiene fondi per lo svolgimento delle attività di ricerca, non è stata ritenuta né sufficiente né indispensabile per escludere la rilevanza penale dello scambio tra prestazioni<sup>115</sup>. Infatti, rifacendosi alla regola del comma 3 del §331 StGB, che esclude la corruzione impropria quando l'offerta dell'utilità è immediatamente denunciata all'amministrazione e questa ne autorizza l'accettazione, il BGH concentra l'attenzione sulla presenza di altre due condizioni: la trasparenza e la tracciabilità.

Secondo il principio di trasparenza, ogni contatto tra industria e medici dovrebbe essere pubblico e all'amministrazione che deve fornire l'autorizzazione alla ricezione del beneficio devono essere forniti tutti i necessari elementi di fatto. Secondo il principio di documentazione-tracciabilità, invece, tutti gli accordi che sono a fondamento della dazione di utilità devono essere registrati compiutamente e per iscritto<sup>116</sup>.

---

<sup>110</sup> In questo senso, anche ROXIN I., *Drittmittleinwerbung*, cit., p. 273.

<sup>111</sup> Come afferma BGH, 21.06.2007, in *NStZ*, 2008, p. 216.

<sup>112</sup> Chiarissima sul punto, ROXIN I., *Drittmittleinwerbung*, cit., pp. 275-276.

<sup>113</sup> ROXIN I., *Drittmittleinwerbung*, cit., pp. 276-277.

<sup>114</sup> Cfr., DIETRICH-SCHATZ, *Drittmittelforschung: Überlegungen zur Minimierung des strafrechtlichen Risikos*, in *MedR.*, 2001, p. 614; KNAUER-KASPAR, *Restriktives Normverständnis nach dem Korruptionsbekämpfungsgesetz*, in *GA*, 2005, p. 403.

<sup>115</sup> BGH, 23.05.2002, in *BGHSt*, 47, pp. 308-309.

<sup>116</sup> Cfr., ULSENHEIMER, *Industriesponsoring*, cit., p. 1838.

Il punto di equilibrio trovato dal BGH, dunque, sta nell'affidamento della gestione del rischio penale (derivante dalla cointeressenza tra medico e azienda fornitrice) a un procedimento interno all'amministrazione universitaria e avviato dalla segnalazione del medico a cui è stato offerto il finanziamento per la ricerca<sup>117</sup>. Questo approccio è ritenuto generalizzabile a tutte le forme di corruzione pubblica: sia alla forma di cui al §331 StGB, legata al mero esercizio della funzione, sia alla fattispecie di cui al §332 StGB, fondata sull'estrinsecazione di un vero e proprio atto contrario ai doveri dell'ufficio pubblico<sup>118</sup>.

Questa soluzione ha trovato ampio consenso e ha permesso l'individuazione efficace del perimetro della raccolta lecita di fondi per la ricerca<sup>119</sup>. La maggioranza dei *Länder* tedeschi, così, ha emanato linee guida per la gestione della captazione di fondi per la ricerca basate sulla denuncia della captazione del finanziamento e sull'autorizzazione all'accettazione. Due passaggi ritenuti garanzia efficace dell'esistenza delle condizioni per la legittimità della condotta<sup>120</sup>.

Si tratterà ora di vedere se e come l'introduzione della fattispecie di corruzione privata in ambito sanitario muterà l'assetto interpretativo delle ipotesi di rilevanza penale della raccolta di finanziamenti per la ricerca.

## **6. Considerazioni finali sull'assetto delle responsabilità penali a seguito della riforma.**

Sino alla riforma del 2016, la quasi totale impunità del medico tedesco che riceveva utilità quale controprestazione per la prescrizione di farmaci o terapie poteva logicamente essere spiegata attraverso un'alternativa. Una prima possibilità era legata a una sorta di distorsione rappresentativa operata dalla morale comune, per altro intrisa di pruriginose questioni gravitanti attorno alla tutela della salute dei pazienti, su fatti che invece, e a buon diritto, l'ordinamento non avrebbe potuto e non avrebbe dovuto considerare penalmente rilevanti.

Di contro, era anche possibile ipotizzare però che l'ordinamento tedesco avesse scelto ingiustificatamente di frammentare la punibilità della corruzione medica, di lasciare zone di impunità o, se si preferisce, di *sussidiarietà spinta* del diritto penale a favore di strumenti giuridici poco efficaci, e forse nemmeno del tutto realmente

---

<sup>117</sup> Cfr., ROXIN I., *Drittmittleinwerbung*, cit., p. 281.

<sup>118</sup> Se relative a decisioni con margini di discrezionalità e l'oggetto della dazione sia per sua natura autorizzabile, cfr., BGH, 23.10.2002, in *NSfZ*, 2003, pp. 158-159; in dottrina, si veda ROXIN I., *Drittmittleinwerbung*, cit., p. 284.

<sup>119</sup> AMBOS, *Zur Strafbarkeit der Drittmittelakquisition*, in *JZ*, 2003, p. 351 ss.; THOLL, *Untreue durch Bezug medizinischer Produkte*, cit., p. 182.

<sup>120</sup> Laddove tale normazione non ci sia stata, l'indicazione è di seguire una regola interpretativa secondo cui determinante per la liceità dell'accettazione sarebbe il coinvolgimento della direzione dell'istituto e il suo consenso alla ricezione del finanziamento, ROXIN I., *Drittmittleinwerbung*, cit., p. 286.

approntati, come si potrebbe affermare a proposito dei molteplici sistemi disciplinari vigenti<sup>121</sup>.

Sebbene (oggi) soltanto la seconda tra queste alternative abbia meritato considerazione, le modalità concrete di realizzazione della riforma non rendono del tutto obsoleti gli spunti problematici prima abbozzati. Diverse sono, infatti, le increspature della riforma e le critiche che sin da ora e da diverse parti si levano contro l'introduzione della fattispecie di corruzione tra privati in ambito sanitario<sup>122</sup>. E sono critiche che sottolineano sia un difetto sia un eccesso di penalizzazione.

Tra i soggetti che individuano nella riforma la persistenza di gravi lacune di tutela, posizione di primo piano è quella rivestita dallo stesso *Bundesrat*, che nel rendere definitivo il testo approvato dal *Bundestag* non ha mancato di elevare alcune contestazioni. In via generale, è stata criticata l'eliminazione della fattispecie di corruzione per violazione di doveri di indipendenza professionale. E ciò non solo perché così facendo si è giunti all'impunità dei farmacisti che ricevono utilità come controprestazione per l'approvvigionamento di determinati prodotti piuttosto che di altri<sup>123</sup>. Ma anche e soprattutto perché il solo scopo di tutela della concorrenza lascerebbe fuori dall'area del penalmente rilevante tutta una serie di condotte che pur non incidendo sulle quote di mercato potrebbero produrre danni al sistema sanitario poiché ispirate da scelte terapeutiche dipendenti da interessi o vantaggi personali<sup>124</sup>. Lo stesso *Bundesrat* cita i casi: a) di prodotti coperti da diritti di proprietà industriale e dunque commercializzati in regime di monopolio di fatto<sup>125</sup>; b) dell'aumento generalizzato delle prescrizioni che non sia giustificato da indicazioni mediche; c) della prescrizione del mero principio attivo e non anche del correlativo prodotto farmaceutico che lo contiene nel formulato<sup>126</sup>.

In generale, dunque, diversi dubbi sta destando la limitazione della rilevanza penale della percezione di utilità in cambio di prescrizioni all'alterazione della concorrenza tra aziende produttrici<sup>127</sup>. E così la riconduzione del bene giuridico tutelato da queste nuove ipotesi di corruzione privata del medico alla mera tutela della concorrenza e non anche alla tutela della salute del paziente o quanto meno alla salvaguardia della fiducia che il paziente ripone nell'indipendenza delle scelte terapeutiche del sanitario<sup>128</sup>.

---

<sup>121</sup> Cfr., BRAUN, *Industrie und Ärzteschaft*, cit., p. 155 ss.

<sup>122</sup> I più recenti contributi, anche in chiave critica, M. TSAMBIKAKIS, *Kommentierung des Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen*, in *MedStra*, 2016, 3, p. 131 ss.; M. HEIL, M. OEBEN, §299a, b StGB auf der Zielgeraden – Auswirkungen auf die Zusammenarbeit im Gesundheitswesen, in *PharmR.*, 2016, 6, p. 217 ss.

<sup>123</sup> Cfr., M. TSAMBIKAKIS, *Kommentierung des Gesetzes*, cit., p. 133.

<sup>124</sup> Nella letteratura italiana, cfr., F. GIUNTA, *Il conflitto d'interessi nel campo medico: dal controllo al dovere di trasparenza*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 361 ss.

<sup>125</sup> Sul punto, v. M. TSAMBIKAKIS, *Kommentierung des Gesetzes*, cit., p. 136 ss.

<sup>126</sup> Beschluss des Bundesrates, Drucksache, 181/16, pp. 1-2.

<sup>127</sup> Tra i primi commenti, M. TSAMBIKAKIS, *Kommentierung des Gesetzes*, cit., pp. 131-132; M. HEIL, M. OEBEN, §299a, b StGB, cit., p. 217 ss.

<sup>128</sup> Sull'assetto dell'oggettività giuridica nel progetto di riforma, H. FRISTER, *Überlegungen zur Ausgestaltung*, cit., p. 76 ss.

Chi lamenta un eccesso di penalizzazione, per contro, non solo si riferisce all'irragionevole assenza di clausole di bagatellizzazione o di adeguatezza sociale<sup>129</sup>, ma punta l'obiettivo sui danni che tale normativa potrebbe produrre su quell'indispensabile terreno di incontro tra ricerca e finanziamenti privati che è il luogo della più proficua e necessaria collaborazione lecita tra industria e classe medica<sup>130</sup>.

A prima lettura, infatti, non solo pare che la riforma abbia provveduto a colmare una lacuna tutoria senza curarsi di distinguere soggetti tra loro molto diversi, di per sé e nella loro potenzialità di essere corrotti, ma si ritiene che il concentrarsi sui rapporti di concorrenza tra le industrie farmaceutiche porti con sé il rischio concreto di colpire anche forme legittime, sane e indispensabili di collaborazione tra classe medica e imprese farmaceutico-medicali<sup>131</sup>.

Gli studi osservazionali, gli studi clinici, le consulenze, le sperimentazioni sono attività in cui indubbiamente potrebbe intravedersi una "controprestazione" da parte del medico che riceve l'incarico<sup>132</sup>. La questione è tuttavia se ogni controprestazione sia illecita di per sé. E parrebbe molto difficile poterlo affermare, perché significherebbe estirpare attraverso il diritto penale ogni forma di collaborazione tra classe medica e industria, cioè la via maestra per lo sviluppo dei prodotti e delle tecniche in ambito medicale e farmaceutico. La questione dovrebbe allora porsi in termini di "utilità indebita" e non di mera controprestazione, concetto di per sé troppo ampio e neutro.

Del resto, già in questo senso vanno le prescrizioni dei *codici* delle industrie farmaceutiche e dei piani di *compliance* delle istituzioni pubbliche e private. Ci si riferisce ai quattro principi di collaborazione tra industria e classe medica che sino a oggi hanno governato il limite tra lecito e illecito in tema di studi clinici, studi osservazioni, sperimentazioni cliniche: principio di equivalenza, principio di separazione, principio di documentazione/tracciabilità e principio di trasparenza<sup>133</sup>.

Lasciando come concetto centrale quello di *Gegenleistung*, di controprestazione, senza che tale controprestazione possa essere giustificata da una reale esigenza di collaborazione tra pubblico e privato, dall'utilizzo di prefissati criteri di scelta del contraente, dalla adeguatezza del compenso, dalla documentazione e trasparenza dei processi, il rischio di una criminalizzazione di massa di attività altamente utili per la società parrebbe abbastanza significativo.

Così, per soddisfare l'esigenza di evitare l'impunità dei medici convenzionati pare si sia giunti a una potenziale iper-penalizzazione di attività socialmente utili, le quali erano già ampiamente regolamentate. Per altro, la responsabilizzazione dei medici convenzionati (che era il vero unico obiettivo politico criminale della riforma) avrebbe forse potuto trovare una via più diretta e semplice: l'estensione *ad hoc* del concetto di

---

<sup>129</sup> M. HEIL, M. OEBEN, §§299a, b StGB, cit., p. 219.

<sup>130</sup> M. HEIL, M. OEBEN, §§299a, b StGB, cit., p. 222.

<sup>131</sup> M. HEIL, M. OEBEN, §§299a, b StGB, cit., pp. 221-222.

<sup>132</sup> Sulla controprestazione, nel contesto del progetto di riforma, H. FRISTER, *Überlegungen zur Ausgestaltung*, cit., p. 86 ss.

<sup>133</sup> Da ultimi, M. HEIL, M. OEBEN, §§299a, b StGB, cit., p. 222. Nella letteratura italiana, F. GIUNTA, *Il conflitto d'interessi nel campo medico*, cit., p. 364.

pubblico ufficiale e dunque l'applicazione delle fattispecie di corruzione pubblica anche ai *Vertragsärzte*. Invece di procedere con queste modalità, il legislatore tedesco ha scelto l'introduzione di una fattispecie speciale di corruzione privata in ambito medico sanitario che tra le tante peculiarità non ha solo quella di disinteressarsi del tutto del rapporto paziente-sanitario, ma anche di avere una (troppo) vasta categoria di soggetti attivi. Tale fattispecie, infatti, è realizzabile da tutti coloro che, con o senza specializzazione universitaria, esercitano una qualsiasi attività sanitaria che richieda una professionalizzazione scolastica<sup>134</sup>. Da qui, non solo la stranezza di vedere equiparati medici convenzionati e medici privati (i quali hanno scenari e potenzialità criminogene completamente diversi<sup>135</sup>) ma persino medici e personale infermieristico o anche meramente ausiliario, e ciò in una sorta di generalizzazione dei soggetti attivi di tale reato proprio che, almeno a prima lettura, non pare potrà portare chiarezza e solidità interpretativa. Per altro, da tale estensione dei soggetti attivi sono stati invece esplicitamente esclusi i farmacisti che si approvvigionano di prodotti dalle case farmaceutiche, e ciò a motivo del fatto che questo non sarebbe un momento del rapporto terapeutico con il paziente ma un mero segmento imprenditoriale dell'attività del farmacista<sup>136</sup>. Difficile, a questo punto, trovare una complessiva razionalità nella scelta riformatrice rispetto ai soggetti attivi.

La riforma, in sostanza, pare rivelare una scelta di criminalizzazione di una sola categoria sociale, quella dei medici e dei sanitari, e l'ampiezza dei soggetti attivi (così diversificati tra loro) desta qualche perplessità in ordine alla ragionevolezza del diseguale trattamento tra tale categoria professionale e quelle dei soggetti esercenti professioni diverse dalle sanitarie<sup>137</sup>. La riforma parrebbe indizio di una sorta di peculiare diritto penale d'autore che equipara scienziati di fama mondiale e operai di laboratorio, chirurghi specializzati e logopedisti. Il tutto, senza dimenticare che lo scopo di tutela della fattispecie non è la protezione del paziente, che forse avrebbe potuto giustificare tale ampiezza dei soggetti, ma la mera salvaguardia della leale concorrenza tra aziende farmaceutico-medicali.

Dinanzi a tale scenario, l'impressione è che ci sarà molto da riflettere leggendo le prime sentenze e i primi ponderati contributi della dottrina sulla riforma tedesca della corruzione medica.

---

<sup>134</sup> M. TSAMBIKAKIS, *Kommentierung des Gesetzes*, cit., p. 132 ss.

<sup>135</sup> M. HEIL, M. OEBEN, §§299a, b StGB, cit., p. 218.

<sup>136</sup> M. TSAMBIKAKIS, *Kommentierung des Gesetzes*, cit., p. 133.

<sup>137</sup> R. KÖLBEL, *Korruption im Gesundheitswesen*, cit., p. 67.