

Penale Sent. Sez. 6 Num. 46492 Anno 2017

Presidente: CONTI GIOVANNI

Relatore: CALVANESE ERSILIA

Data Udienza: 15/09/2017

SENTENZA

sul ricorso proposto da

Argenziano Marco, nato a Salerno il 02/03/1958

avverso la ordinanza del 28/03/2017 del Tribunale di Napoli

visti gli atti, il provvedimento denunciato e il ricorso;

udita la relazione svolta dal consigliere Ersilia Calvanese;

udite le richieste del Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore generale Delia Cardia, che ha concluso chiedendo che il ricorso sia rigettato;

uditi i difensori, avv. Agostino Allegro e Luigi Scudieri, che hanno concluso chiedendo l'accoglimento del ricorso.

RITENUTO IN FATTO

1. Con l'ordinanza, indicata in epigrafe, il Tribunale di Napoli confermava, quale giudice del riesame, il provvedimento del Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Napoli che aveva applicato a Marco Argenziano la misura cautelare degli arresti domiciliari in relazione al reato di cui agli artt. 110, 319 e 321 cod. pen.

6

Secondo quanto illustrato dai Giudici del Riesame, la vicenda riguardante l'indagato si iscriveva in una più ampia indagine che aveva portato ad evidenziare una serie di illeciti penali commessi da Francesco Izzo, in qualità di direttore della struttura di chirurgia oncologica addominale dell'Istituto Nazionale dei Tumori "Fondazione G. Pascale" di Napoli: tra le provvisorie imputazioni era stato addebitato all'Izzo anche di essersi fatto promettere e poi dare la somma di 10.000 euro dall'Argenziano, informatore farmaceutico della ditta Bayer produttrice del farmaco antitumorale Nexavar, per compiere un atto contrario ai doveri del suo ufficio e segnatamente per implementare artatamente gli ordini del suddetto farmaco nel 2015 (capo K).

Il Tribunale, nel richiamare il compendio indiziario esposto nell'ordinanza genetica, poneva in risalto in particolare la conversazione captata intervenuta tra l'Argenziano e l'Izzo, nella quale il primo aveva convinto il medico ad implementare dietro compenso la prescrizione del farmaco in questione, ricevendo immediata assicurazione da quest'ultimo che «tutti quelli che arrivano nuovi devono fare il Nexavar»; nella stessa conversazione, l'Argenziano aveva promesso con preoccupante semplicità la somma di danaro, somma che l'Izzo aveva detto di mettere da parte, essendo certo di meritarsela; nelle successive captazioni l'Izzo aveva riferito all'Argenziano dei "progressi" in tal senso, con compiacimento di quest'ultimo.

Inoltre, in una conversazione del 25 gennaio 2016, l'Argenziano, nel comunicare all'Izzo di aver visto alcuni ordini di Nexavar, lo aveva sollecitato affinché il loro accordo proseguisse.

Le indagini condotte avevano dimostrato che per l'anno 2015 le prescrizioni del farmaco in questione erano più che raddoppiate.

2. Secondo il Tribunale, alla luce delle suddette evidenze, doveva ritenersi grave il compendio indiziario, neppure scalfito dalla produzione difensiva, tesa a dimostrare l'ortodossia della prescrizione raddoppiata, allo scopo di far sussumere la condotta nell'ipotesi di corruzione ex art. 318 cod. pen.

A fronte di un così chiaro comportamento dell'Izzo volto ad aumentare il fabbisogno del farmaco, per il Tribunale, era irrilevante parlare di posologia, dovendosi ritenere contraria ai doveri di ufficio la prescrizione di medicinali per finalità speculative, indipendentemente dagli esiti per avventura non dannosi per la salute del paziente o per l'Amministrazione sanitaria.

Quanto alle esigenze cautelari, la spregiudicatezza dimostrata dall'indagato consentiva di ritenere attuale e concreto il pericolo di recidiva, non eliso dall'interruzione del rapporto lavorativo con l'Izzo e dalla sospensione cautelativa dal servizio, ben potendo l'indagato allacciare rapporti con altri numerosi

professionisti e avendo comunque la sospensione effetto temporaneo. Pericolo nella specie tutelabile, secondo i Giudici del riesame, solo con la misura domiciliare, che veniva ad impedire la libera circolazione dell'indagato.

3. Avverso la suddetta ordinanza ricorre, a mezzo dei suoi difensori, Marco Argenziano, deducendo i motivi di seguito enunciati nei limiti di cui all'art. 173, disp. att. cod. proc. pen.

3.1. Vizio di motivazione per la mancata risposta alle decisive censure difensive, contenute nella richiesta di riesame, con particolare riferimento al decreto del Commissario *ad acta* della regione Campania n. 114 del 2013 e al ruolo concretamente rivestito dall'indagato nella erogazione della liberalità.

L'ordinanza impugnata non avrebbe fornito risposta alla previsione contenuta nel suddetto decreto che prevedeva per l'anno 2015 la liceità della prescrizione del raddoppio di confezioni del Nexavar da parte delle farmacie ospedaliere (rientrante nei farmaci di classe H soggetti a monitoraggio).

Tale provvedimento veniva a spiegare il senso della conversazione captata: il ricorrente intendeva legittimamente soltanto lamentarsi del mancato adeguamento della struttura ospedaliera alla normativa regionale (che veniva a consentire che la seconda confezione prescritta fosse erogata dalla farmacia prescelta dal paziente, anziché come previsto da quella ospedaliera), senza peraltro arrecare alcun danno per la spesa sanitaria pubblica o vantaggio per la Bayer.

L'ipotizzato accordo pertanto non era contrario alla legge e su tale questione decisiva il Tribunale avrebbe omessa di pronunciarsi, viepiù in mancanza di un qualsiasi accertamento sulla coincidenza del raddoppio delle prescrizioni del Nexavar registrate nel 2015 con l'aumento effettivo dei pazienti presi in cura dalla divisione oncologica in questione.

Per contro, risulterebbe dimostrato dalla difesa che le richieste provenienti dall'Izzo del suddetto farmaco non furono artificiose e furono accolte da parte dell'Aifa le somministrazioni inserite nelle schede del Piano terapeutico per ogni singolo paziente, soggette ad un costante monitoraggio.

La ordinanza non si confronterebbe inoltre con quanto esposto nella memoria circa le modalità di erogazione della liberalità da parte della Bayer: questa era stata effettuata a favore degli "Amici del Pascale" e non dell'Izzo, sulla base di una decisione dell'apposito comitato della Bayer. Queste circostanze portavano a ridimensionare il ruolo del ricorrente nella suddetta erogazione, limitandolo a quello di mero proponente (non vincolante) ai suoi superiori degli enti a scopo di lucro a cui erogare le liberalità, che non poteva essere al corrente

delle indebite modalità con cui l'Izzo amministrasse le risorse della associazione di cui era segretario.

Sul punto, l'ordinanza non solo non avrebbe risposto alle censure difensive, ma avrebbe anche travisato il fatto, assumendo che quanto elargito all'Izzo corrispondesse al 30% del premio di produzione erogato dalla casa farmaceutica al ricorrente.

3.2. Vizio di motivazione e violazione della legge penale in ordine alla qualificazione giuridica dei fatti.

Eroneamente e non rispondendo alle censure difensive, il Tribunale avrebbe qualificato il fatto nel reato di corruzione propria: nel caso in esame non si sarebbe in presenza della vendita della discrezionalità accordata dalla legge al p.u., posto che la prescrizione del farmaco in questione non costituiva una scelta discrezionale, trattandosi dell'unico medicinale per la terapia dell'epatocarcinoma.

La rigorosa procedura di somministrazione, monitoraggio terapeutico e gestione del rimborso non consentiva infatti di procedere a dosaggi superiori a quelli consentiti ovvero di somministrare il farmaco a pazienti che non fossero effettivamente bisognosi del trattamento.

3.3. Vizio di motivazione e violazione della legge in relazione all'art. 274 cod. proc. pen.

L'ordinanza in modo apodittico avrebbe ravvisato il pericolo di recidiva sulla spregiudicatezza dimostrata dal ricorrente, benché si trattasse di un unico isolato episodio e fosse stato sin da subito interrotto ogni contatto tra questi e l'Izzo e la sua struttura. Quanto all'attualità delle esigenze cautelari non si sarebbe tenuto conto della datazione dei fatti (febbraio 2015).

L'ordinanza non avrebbe motivato affatto sulla possibilità di adottare altre misure meno afflittive (ad esempio, interdittive) per scongiurare il suddetto pericolo.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso è fondato nei limiti di seguito indicati.

2. Il primo motivo non può essere accolto.

Il giudice del riesame, in base all'art. 292, comma 2, lett. *c-bis*), cod. proc. pen. – applicabile al giudice che emette l'ordinanza sia al tribunale della libertà che rigetta la richiesta di riesame (Sez. 1, n. 4777 del 15/11/2011, dep. 2012, Borgnis, Rv. 251848) – deve, anche con motivazione sintetica, fornire esporre i motivi per i quali ha ritenuto non rilevanti gli elementi forniti dalla difesa,

allorché tali elementi siano stati prospettati dinanzi a quest'ultimo (tra tante, Sez. 6, n. 31362 del 08/07/2015, Carbonari, Rv. 264938).

Nel caso in esame, tale obbligo motivazionale risulta essere stato assolto dal Tribunale, in quanto tutte le questioni e produzioni, versate nella memoria difensiva depositata in sede di riesame, di cui il ricorrente lamenta il mancato esame, risultano assorbite, in quanto non rilevanti, dalle ragioni che hanno portato alla conferma del provvedimento cautelare.

In particolare, quanto al primo punto affrontato dal ricorso, le deduzioni difensive erano invero finalizzate, come ha ben evidenziato l'ordinanza impugnata, a dimostrare la legittimità del «raddoppio» della prescrizione del farmaco ad opera dell'Izzo e quindi ad affrontare un tema che risultava tuttavia irrilevante rispetto alla provvisoria contestazione, il cui nucleo centrale era costituito non tanto dal *quantum* della prescrizione (numero di confezioni da erogare al paziente per la cura), quanto piuttosto dall'*an* della prescrizione stessa, come si avrà modo di chiarire in seguito.

Sono inoltre da ritenersi precluse in questa sede le alternative ricostruzioni prospettate dal ricorrente, quanto al «senso» delle conversazioni captate: costituisce infatti questione di fatto, rimessa all'esclusiva competenza del giudice di merito, l'interpretazione e la valutazione del contenuto delle conversazioni, il cui apprezzamento non può essere sindacato in sede di legittimità se non nei limiti della manifesta illogicità ed irragionevolezza della motivazione con cui esse sono recepite (tra tante, Sez. 2, n. 50701 del 04/10/2016, D'Andrea, Rv. 268389). Vizi, questi ultimi, del tutto assenti nel caso di specie.

Invero, era stata la stessa difesa nella memoria deposita in sede di riesame (pag. 17) ad evidenziare che all'Ospedale Pascale vi erano molti più pazienti eleggibili per il Nexavar (Izzo aveva dichiarato nell'interrogatorio di garanzia che gli "eleggibili" alla terapia erano circa 200 e che le prescrizioni erano state tuttavia basse) e che l'Argenziano voleva soltanto «sollecitare il dott. Izzo ad una maggiore attenzione» all'ampio numero di pazienti affluiti al Pascale aventi diritto al trattamento, ma che di fatto non ne beneficiavano.

Quanto infine al secondo punto dedotto nel medesimo motivo di ricorso (ruolo del ricorrente nella elargizione della liberalità da parte della Bayer all'Izzo), è sufficiente rilevare che la tesi difensiva esposta nella memoria (volta a sminuire il ruolo dell'indagato nella promessa della somma di danaro e giustificare la promessa stessa come propulsiva ad una *captatio benevolentiae* nei riguardi dell'Izzo) risultava aver perso di decisiva consistenza, alla luce della ricostruzione accolta dal Tribunale ed in particolare del contenuto eloquente delle conversazioni captate, dalle quali erano emersi i precisi termini dell'accordo corruttivo.

Né può ravvisarsi alcun travisamento della prova, rilevante ai fini dell'art. 606, comma 1, lett. e), cod. proc. pen., in ordine all'oggetto della elargizione: invero, la denominazione della liberalità – essa sia il «budget di area» (come espressamente la chiama l'indagato nelle captazioni) o il «premio di produzione» (come indicato nell'ordinanza impugnata) – non viene certo a disarticolare il ragionamento giustificativo della decisione assunta, quanto alla gravità del quadro indiziario in ordine alla fattispecie corruttiva.

3. Neppure è fondato il secondo motivo con cui si contesta la qualificazione giuridica del fatto nella fattispecie di cui all'art. 319 cod. pen.

Va ribadito il principio secondo cui configura il reato di corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio - e non il più lieve reato di corruzione per l'esercizio della funzione di cui all'art. 318 cod. pen. - lo stabile asservimento del pubblico ufficiale ad interessi personali, che si traduca in atti, che, pur formalmente legittimi, in quanto discrezionali e non rigorosamente predeterminati, si conformino all'obiettivo di realizzare l'interesse del privato nel contesto di una logica globalmente orientata alla realizzazione di interessi diversi da quelli istituzionali (da ultimo, Sez. 6, n. 3606 del 20/10/2016, dep. 2017, Bonanno, Rv. 269347).

Come ha condivisibilmente affermato questa Corte nel citato arresto, un siffatto esercizio di pubblici poteri determina con immediatezza un pregiudizio per l'imparzialità ed il buon andamento dell'amministrazione, perché implica l'impiego di strumenti e funzioni pubblicistiche al di fuori dei presupposti per i quali i medesimi sono stati prefigurati, e, quindi, si traduce in un "attuale" ed ingiustificato trattamento di privilegio in favore del beneficiario dell'azione indebitamente orientata.

Il comportamento abdicativo del pubblico ufficiale di fronte al dovere di una corretta comparazione degli interessi rilevanti integra invero già di per sé "l'omettere" di cui all'art. 319 cod. pen., e quindi anche quando l'esito raggiunto risulti coincidere *ex post* con l'interesse pubblico.

Orbene, esattamente l'ordinanza impugnata ha sussunto la condotta ascritta al ricorrente nel paradigma della fattispecie di corruzione propria.

Il provvisorio addebito mosso all'intraneo Izzo, come chiarito dal Tribunale, era consistito nell'essersi impegnato a dettare sistematicamente la terapia farmacologica Nexavar ai nuovi pazienti («tutti i nuovi pazienti che arrivano devono fare Nexavar») solo perché mosso da finalità speculative, laddove invece la prescrizione del farmaco doveva essere il frutto di un meditato apprezzamento da parte del medico del quadro clinico del paziente, nonché di un'attenta

valutazione comparativa tra i benefici perseguiti ed i rischi connessi alla particolare utilizzazione del farmaco che era possibile prevedere sulla base della situazione clinica del paziente medesimo.

Pertanto, non fanno velo alla conclusione ora esposta le deduzioni difensive sulla "doverosa" somministrazione del dosaggio del farmaco ai pazienti in cura presso il reparto, per quanto già detto nel paragrafo che precede; come anche quelle che vorrebbero sostenere un automatismo nella prescrizione del farmaco, posto che così opinando si verrebbe a configurare una inammissibile abdicazione da parte del medico delle sue funzioni (cfr. Sez. 6, n. 13315 del 08/02/2011, Fabi, in motivazione).

4. Parzialmente fondato è invece l'ultimo motivo, relativo al quadro cautelare.

4.1. La valutazione in ordine alle esigenze cautelari non risulta affetta dai vizi dedotti, in quanto sostenuta da una motivazione corretta giuridicamente e priva di illogicità manifeste.

L'art. 274, comma 1, lett. c), cod. proc. pen., nel testo introdotto dalla legge 16 aprile 2015, n. 47, richiede che il pericolo che l'imputato commetta altri delitti deve essere non solo concreto, ma anche attuale. Come chiarito dalle Sezioni Unite, si tratta di attributi distinti, legati l'uno (la concretezza) alla capacità a delinquere del reo, l'altro (l'attualità) alla presenza di occasioni prossime al reato, la cui sussistenza deve essere autonomamente e separatamente valutata, anche se desumibile dai medesimi indici rivelatori (specifiche modalità e circostanze del fatto e personalità dell'indagato o imputato) (Sez. U, n. 20769 del 28/04/2016, Lovisi, in motivazione).

Nel caso in esame, l'ordinanza impugnata ha a tal fine valorizzato la personalità pregiudicata dimostrata dal prevenuto nella realizzazione della condotta provvisoriamente addebitata, indice non solo della concretezza del pericolo di recidiva, ma anche al contempo della attualità di quest'ultimo, avendo dato prova il ricorrente di piegare il proprio lavoro agli interessi personali.

Quanto alla datazione dei fatti, è sufficiente rilevare che l'ordinanza impugnata ha evidenziato come l'accordo illecito tra i due indagati continuasse ad operare ancora nel gennaio 2016, quindi in un'epoca non certo risalente rispetto la data di emissione della misura cautelare, ovvero tale da escludere la continuità del *periculum libertatis* nella sua dimensione temporale, da apprezzarsi sulla base della vicinanza ai fatti in cui si è manifestata la potenzialità criminale dell'indagato (Sez. 5, n. 12618 del 18/01/2017, Cavaliere, Rv. 269533).

4.2. Appare fondato invece il rilievo avanzato dal ricorrente in ordine alla valutazione dell'adeguatezza della misura cautelare scelta.

Di recente, le sopra citate Sezioni Unite hanno ricordato ancora una volta le peculiarità del sistema cautelare accolto dal codice di procedura penale, improntato dai principi costituzionali di riferimento e nel quale deve trovare applicazione il principio del "minore sacrificio necessario" alla libertà personale.

Il modello della "pluralità graduata", che ne costituisce l'attuazione, prevede invero da un lato una gamma di misure, connotate da differenti gradi di incidenza sulla libertà personale, e, dall'altro, criteri per scelte "individualizzanti" del trattamento cautelare, coerenti e adeguate alle esigenze configurabili nei singoli casi concreti.

Ne discende che, a norma dell'art. 275, comma 1, cod. proc. pen., ai fini della motivazione del provvedimento cautelare, il giudice deve indicare gli elementi specifici che inducono ragionevolmente a ritenere la misura scelta come quella più adeguata alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare al caso concreto.

Nell'ambito delle misure coercitive, quando nella scelta della misura si passa dall'area non custodiale a quella custodiale, l'onere motivazionale del giudice deve essere più rigoroso dovendosi, senza ricorrere a formule di stile ed evitando qualsiasi generalizzazione, spiegare la ragione per la quale le misure custodiali siano le uniche idonee (oppure quelle non custodiali siano inidonee) per la salvaguardia del bisogno cautelare.

Nel caso in esame, il Tribunale, nel motivare la scelta della misura adottata degli arresti domiciliari, si è limitato laconicamente ad affermare che la stessa risultava l'unica misura atta ad inibire la recidiva, impedendo la libera circolazione dell'indagato.

Il giudice del riesame si è quindi sottratto, con una motivazione carente, ai doveri sopra richiamati che imponevano una verifica individualizzata dell'idoneità della misura applicata, risultando del tutto inesplorata la possibilità del ricorso a misure più gradate (ad esempio di tipo interdittivo) per impedire quei contatti professionali da parte dell'indagato che potevano costituire, secondo l'ordinanza impugnata, l'occasione prossima per delinquere.

5. Conclusivamente, sulla base di quanto premesso, le carenze motivazionali riscontrate in ordine alla scelta della misura cautelare impongono l'annullamento dell'ordinanza impugnata limitatamente a tale punto e il rinvio degli atti allo stesso Tribunale di Napoli per nuovo esame - in detti limiti - del proposto riesame alla luce degli illustrati principi di diritto e in coerenza agli esposti rilievi.

Per il resto il ricorso va rigettato.

P.Q.M.

Annnulla l'ordinanza impugnata limitatamente alla adeguatezza della misura cautelare applicata e rinvia per nuovo esame al Tribunale di Napoli, Sezione per il riesame delle misure coercitive.

Così deciso il 15/09/2017.