

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE DEI CONTI

SEZIONE GIURISDIZIONALE PER LA REGIONE PUGLIA

composta dai magistrati:

dott. MAURO OREFICE Presidente

dott. AURELIO LAINO Componente

dott. ROBERTO D'ALESSANDRO Componente estensore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA n.

nel giudizio di responsabilità iscritto al n. 32776 del Registro di Segreteria, promosso dalla Procura Regionale nei confronti di:

B. B., nato a ---- il -----, residente a -----, rappresentato e difeso dagli avv.ti Vincenzo R. (c.f. ----) e Francesco G. (c.f.: -----) del Foro di ----, in forza di mandato in calce alla memoria depositata.

Esaminati gli atti ed i documenti tutti della causa.

Uditi nella pubblica udienza del 20.01.2017, con l'assistenza del segretario, dott.ssa Caterina Agrusti, il relatore, Primo Referendario dott. Roberto D'Alessandro, il Pubblico Ministero nella persona del Vice Procuratore Generale, dott. Carlo Picuno, e gli avv.ti ----- e -----, per il convenuto.

Considerato in

FATTO

La Procura regionale, con atto di citazione, depositato in data 21.07.2016 e ritualmente notificato, ha citato in giudizio il convenuto per ivi sentirlo condannare al pagamento, in favore dell'ospedale consorziale Policlinico di Bari, a titolo di risarcimento e con condotta dolosa (o comunque gravemente colposa), del danno pari ad E. 36.802,26 oltre interessi, rivalutazione monetaria e spese di giustizia.

Esponneva il Requirente che, in esito ad attività investigativa svolta dalla Guardia di Finanza di Bari, sarebbe emersa un'ipotesi di danno erariale derivante dall'illegittimo espletamento di attività libero professionale da parte di un Dirigente medico in servizio presso il detto Policlinico, in violazione della normativa posta in tema di regime intramurario.

Nel dettaglio veniva appurato che il dott. B. B. - specializzato in neurologia - in regime di intramoenia allargata presso lo studio sito ---- alla via ----- avrebbe effettuato numerose visite senza il rilascio della prescritta ricevuta ovvero l'emissione di un documento recante un importo inferiore.

Il periodo preso in esame per gli accertamenti svolti dalla polizia tributaria è stato quello compreso tra il 1° gennaio 2012 ed il 3 giugno 2014.

Nel corso dell'attività di controllo la GDF ha acquisito informazioni da un congruo numero di pazienti del convenuto, allo scopo di accertare il puntuale adempimento degli obblighi imposti dalle norme fiscali in materia di certificazione delle prestazioni sanitarie rese.

Dalle dichiarazioni rilasciate dagli stessi pazienti, dall'analisi dei dati contenuti nella documentazione extra contabile acquisita in occasione dell'accesso eseguito (quali, ad esempio, l'agenda degli appuntamenti e appunti manoscritti), dalle notizie fornite dagli uffici amministrativi dell'Ente Policlinico di Bari, è stato possibile accertare che il dott. B. B., in occasione di numerose visite, nei confronti di nr. 52 pazienti, effettuate in maggioranza presso lo studio professionale sito in Monopoli ed, in alcuni casi, presso le abitazioni private dei pazienti, a fronte del pagamento ricevuto, non avrebbe rilasciato alcuna ricevuta sanitaria, privando l'ente ospedaliero del pur doveroso versamento delle somme ad esso spettanti. In due circostanze, rilevava la Procura, sarebbe stata riscontrata la reiterazione di tale condotta anche in data successiva all'avvio dell'attività ispettiva, (L. C. - visita del 10.06.2014 e C. A. - visita del 15.06.2014).

Al termine delle indagini, la G. di F. ha provveduto ad informare la locale Procura della Repubblica, che ha iscritto il procedimento penale nr. 17008/14 mod. 21, pendente, come riferito dalla Procura erariale nell'editto accusatorio, nella fase di notifica dell'avviso di conclusione delle indagini per il reato di peculato (comunicazione inviata dalla Procura della Repubblica di Bari, depositata in data 22.4.2016).

La Procura Regionale ha dedotto come il convenuto fosse dirigente medico a tempo indeterminato e con rapporto di lavoro esclusivo che ha intrapreso la propria attività libero-professionale intramuraria c.d. "allargata", dal 30 ottobre 2009, presso il prima indicato studio professionale privato corrente in Monopoli.

Quanto al regime giuridico sotto il quale le prestazioni contestate furono effettuate, esse fino al 2009 erano disciplinate dal regolamento aziendale del D.G. n. 1208 del 26.9.2000.

La procura riferiva che la ripartizione degli onorari percepiti da parte del sanitario presso il proprio studio privato - fino al 31.12.2009 - veniva effettuata riconoscendo al dirigente medico il compenso spettante al netto dei costi generali e delle ritenute previdenziali (5%+18,50%). Successivamente, a decorrere dal 1° gennaio 2010, con delibera n. 742 del 29.5.2009 adottata dal Direttore generale, la quota spettante al dirigente per la prestazione specialistica resa, veniva determinata secondo una diversa ripartizione, che valorizza fattori come le quote per il fondo del personale dirigenziale, del fondo per l'incentivazione del personale, oltre agli oneri previdenziali e la contribuzione per il fondo assicurativo per i professionisti.

L'attore pubblico ha contestato al convenuto che questi, dopo aver riscosso direttamente dai pazienti l'onorario dovuto per le prestazioni rese, avrebbe omesso di rilasciare le relative ricevute sanitarie ovvero le avrebbe emesse per un importo inferiore. A seguito di tale condotta, il B. non avrebbe versato al Policlinico di Bari quanto di sua spettanza, pari ad Euro 2.288,48 indicato secondo la seguente tabella:

<i>ANNO</i>	<i>EMOLUMENTI</i>	<i>PERCENTUALE DOVUTA A.O.</i>	<i>IMPORTO NON VERSATO</i>
<i>2012</i>	<i>800,00</i>	<i>22,5%</i>	<i>183,00</i>

2013	1.655,00	30% onorario + 5% sul residuo	557,78
2014	4620,00	38%	1.547,70
TOTALE	7.085,00		2.288,48

Come anticipato, secondo la Procura lo svolgimento di tale attività determinerebbe l'illegittimità della corresponsione delle somme percepite dal convenuto (nel periodo considerato), a titolo di indennità di esclusività e di retribuzione di risultato nonché in riferimento alla retribuzione di posizione, la componente fissa e variabile aziendale, "senza alcuna riduzione (a differenza dei dirigenti medici che hanno scelto il regime di non esclusività ai quali viene, invece, applicato, in virtù dei contratti collettivi di riferimento, un trattamento economico ridotto)".

La Procura ha contestato i seguenti benefici economici quantificati per gli anni in contestazione:

- € 31.979,10 a titolo di indennità di esclusiva;
- € 1.200,00 a titolo di retribuzione di risultato;
- € 7.246,32 a titolo di retribuzione di posizione,

per un complessivo importo di € 40.425,42, "benefici economici che costituiscono danno erariale" (pag. 7 dell'atto di citazione).

Il PM ha ripercorso, nell'atto di citazione, l'evoluzione normativa che ha caratterizzato il rapporto della dirigenza sanitaria con gli enti del servizio sanitario nazionale allo scopo, probabilmente, di caratterizzare la condotta del convenuto entro più precisi confini che, giova ribadirlo, al di là della illustrata ricostruzione storica, si colloca entro il periodo 01.01.2012/03.06.2014.

In particolare, ha rilevato che "il D.lgs. n. 517 del 1999 al comma 3 dell'art. 5, ha ribadito "che al personale medico universitario convenzionato" e "strutturato con il SSN si applica lo stesso regime delle incompatibilità del personale medico ospedaliero e, nel comma 12 dello stesso art 5, ha disposto che lo svolgimento dell'attività professionale intramuraria comporta l'opzione per il tempo pieno e lo svolgimento dell'attività extramuraria comporta l'opzione per il tempo definito ai sensi dell'art. 11 del D.P.R. 11 luglio 1980, n. 382".

In tale contesto, ciascuna ASL o azienda ospedaliera ha recepito le indicate disposizioni con proprio regolamento che, per l'ente asseritamente danneggiato, sono stati adottati con le deliberazioni del D.G. n. 1208 del 2000 e n. 742 del 2009, già citate.

Le tariffe sono state determinate secondo il seguente modello, dedotto dal Pubblico ministero:

- a) il Policlinico di Bari adottava il sistema di prenotazioni delle prestazioni in regime di ALPI tramite il Centro Unificato di Prenotazione (CUP) abilitato;
- b) il pagamento delle prestazioni avveniva presso le casse ticket o gli uffici postali, mentre al sanitario veniva accreditata la quota spettante in busta paga;
- c) l'emissione della ricevuta sanitaria era curata dall'Ente, al momento del pagamento della prestazione richiesta ma era consentito, ai professionisti in intramoenia allargata, di accettare il pagamento dell'onorario direttamente dai pazienti, cui seguiva la fatturazione on line e versamento delle somme riscosse (entro 24 ore) nella casse dell'azienda ospedaliera;

d) il dirigente medico poteva incassare gli onorari dai pazienti in caso di temporaneo impedimento del sistema informatizzato e/o per visite domiciliari. In tali ultime circostanze, il medico utilizza un bollettario provvisorio fornito dall'Ente e segue le modalità di cui al sopra indicato punto c);

e) la quota dovuta all'Ente, per le prestazioni in ALPI allargata, è determinata in modo predefinito ed ammonta a circa il 22,50% dell'intera tariffa (fino al 14.01.2013); successivamente (a far data dal 15.01.2013), per effetto combinato del D.G.R. nr. 1226 del 12.06.2012 e del D. Lgs nr. 158 del 13.09.2012 (c.d. legge Balduzzi), la parte dovuta all'Ente è determinata nel 30% dell'intera tariffa più una ulteriore trattenuta del 5% calcolata sul residuo.

Tanto detto, le contestazioni che si dirigono al convenuto muovono dal presupposto che questi, in rapporto di esclusività con il policlinico di Bari, abbia *“omesso reiteratamente l'emissione di numerose ricevute sanitarie a fronte degli onorari percepiti, rendendo evidente la violazione del regime di esclusività prescelto...ne consegue che costituisce danno erariale per violazione dolosa (o comunque gravemente colposa) del rapporto sinallagmatico instaurato con l'amministrazione la differenza tra quanto percepito dal B. e quanto costui avrebbe dovuto percepire in regime di non esclusività con la ASL”*, in conseguenza *“dell'esercizio dell'attività professionale extramuraria non lecitamente esercitata dal medesimo”*.

Il convenuto *“pur chiedendo ed ottenendo dalla PA che il rapporto fosse qualificato come esclusivo, viceversa, in spregio degli obblighi assunti, ha esercitato l'attività privatistica presso il proprio studio senza corrispondere gli emolumenti dovuto al policlinico violando, in sostanza, il rapporto di esclusività con il medesimo”*.

Il danno è stato quantificato tenendo conto della disciplina positiva di settore e riferito all'indennità di esclusività, alla retribuzione di risultato ed al 50% dell'indennità di posizione, per un ammontare di E. 36.802,26 (pag. 17 dell'atto di citazione) oltre rivalutazione, interessi e spese di giudizio.

Con specifico invito a dedurre, il PM notificava l'8 luglio 2016 l'informativa *ante causam* all'odierno convenuto che, con deduzioni depositate il 6 luglio dello stesso anno, vi replicava, ponendo in evidenza come, sostanzialmente, non sia *“mai stata svolta un'attività libero professionale in concorrenza e/o in conflitto di interessi con il Policlinico di Bari”*.

Con comparsa di costituzione depositata il 1° gennaio 2017 si è costituito il convenuto, che ha:

a. *in via preliminare*: chiesto la sospensione del giudizio contabile in attesa della definizione del processo penale n. 17008/14 r.g.n.r. attualmente pendente presso la Procura della Repubblica di Bari, già noto all'ufficio della Procura Regionale presso la Corte dei Conti, ed avente ad oggetto i medesimi fatti. Si rappresenta come il convenuto, pur non riconoscendo alcuna responsabilità in ordine ai fatti lui ascritti nel richiamato procedimento penale e nell'atto di citazione di cui al giudizio in oggetto, in data 19.12.2016 ha depositato presso la Direzione Generale del Policlinico di Bari un'offerta conciliativa per un importo di €36.802,26 oltre rivalutazione ed interessi, esattamente corrispondente al *petitum* della citazione notificata dalla Procura Regionale, “*ed è, allo stato, ancora in attesa di una risposta da parte dell'Ente Pubblico. Anche per tali ragioni, in attesa del pronunciamento del Policlinico di Bari, soggetto pubblico in ipotesi leso dalla condotta contestata all'odierno convenuto e diretto beneficiario dell'eventuale liquidazione della somma per cui è processo, si chiede la sospensione del giudizio contabile*”;

b. *sempre in via preliminare, sollevato questione di legittimità costituzionale*: premesso che “*la domanda di ristoro del danno dovrebbe essere teoricamente fondata sull'art. 53 co. 7 e 7 bis D.lgs. n. 165/01... [vada sollevata] l'illegittimità costituzionale dell'art. 53, commi 7 e 7 bis del D.lgs. n. 165/2001 per contrasto con gli artt. 1, 2, 3, 4, 23, 24, 25, 36, primo comma, e 97, primo comma, della Costituzione. Il dipendente pubblico che viene meno al principio di esclusività del rapporto di pubblico impiego pone in essere un comportamento astrattamente censurabile sotto il profilo disciplinare. La disposizione, però, non è compatibile con il disposto dell'art. 36 Cost. nella misura in cui essa, indipendentemente dal (doveroso) procedimento disciplinare, pone a carico del dipendente pubblico l'obbligo di restituire all'Amministrazione di appartenenza i compensi percepiti per incarichi extraistituzionali privi della prescritta autorizzazione preventiva. Inoltre, il disposto risulta in contrasto altresì con l'art. 1 della Costituzione, sulla base del quale si può affermare che il lavoro e la tutela giurisdizionale dei diritti del lavoratore costituiscano espressamente primo fondamento dei valori della Repubblica italiana, nonché con l'art. 3 della Costituzione laddove si prevede il medesimo trattamento (restituzione automatica dell'intero compenso) per colui che non ha chiesto l'autorizzazione e ha violato il dovere di fedeltà e di esclusività e per colui che tale dovere non ha violato. Si ravvisa inoltre violazione del principio costituzionale di proporzionalità e modulazione delle sanzioni (art. 1-2-3 Cost.), al quale è collegato il principio del bilanciamento tra diversi interessi o beni. L'automaticità con cui è imposto il recupero integrale del corrispettivo percepito dal lavoratore al di fuori del pubblico impiego comprime l'esigenza costituzionale di bilanciare da un lato il bene astratto che si intende tutelare (la necessità di previa richiesta amministrativa a tutela del servizio esclusivo a favore della P.A.) con l'altro interesse anche di rilievo costituzionale del lavoro e con il valore costituzionale del lavoro come attività o funzione che in ogni caso concorre al progresso materiale e spirituale della società (art. 4 Cost.), anche se prestato da un dipendente pubblico, anche fuori dall'orario di lavoro. Ancora la funzione dell'art. 53, VII comma è esclusivamente sanzionatoria verso il dipendente”. Si evidenzia che l'art. 97 della Costituzione - inteso come principio di buon andamento della PA alla luce dei valori della democrazia – “è leso anche perché una sanzione automatica così grave non sempre trova giustificazione, specie quando l'incarico non autorizzato non abbia inciso minimamente sull'ordinario svolgimento dell'attività impiegatizia, essendo stato espletato in assenza di conflitto di interessi e al di fuori dell'orario di servizio, come è pacificamente accaduto nel caso di specie. In definitiva la norma ha introdotto una sanzione espropriativa sui generis, che non trova precedenti, quanto a conseguenze, né nell'ordinamento civilistico, né in quello amministrativo ed avente chiara natura penale attraverso l'applicazione di due parametri: a) la natura dell'illecito; b) la gravità della sanzione, avendo riguardo al suo concreto modo di atteggiarsi (cfr. CEDU 21/2/1984, Ozturk c/ Germania; CEDU 28/11/1999, Escoubet c/ Belgio), assimilabile all'istituto della confisca e, dunque, precetto penale, in violazione del principio di legalità ex art. 1 c.p. ed art. 25 Cost., avendo la norma esclusiva funzione punitiva e non essendo in alcun modo riconducibile all'inadempimento della prestazione lavorativa dedotta in contratto.*

*Essa, quindi, porterebbe - in aggiunta - alla disapplicazione per contrasto con la normativa internazionale, in particolare con la Convenzione Internazionale dei Diritti dell'Uomo. La previsione di cui all'art. 53, co. 7, d.lgs. n. 165/2001, rappresenta inoltre un'ipotesi invasiva della libertà personale e del diritto di proprietà, in quanto viola taluni diritti sanciti dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (art. 6, Trattato di Lisbona ratificato con l. 2 agosto 2008, n. 130), tra cui: il diritto alla libertà individuale (art. 6), il diritto al rispetto della vita privata (art. 7), il diritto alla libertà di lavorare (art. 15, n. 2) ed il diritto alla limitazione della durata massima del lavoro (art. 31 n. 2); diritti pure tutelati dall'art. 5, n. 1 (diritto alla libertà) e dall'art. 8, n. 1 (diritto al rispetto della vita privata) dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Sempre in punto di diritto si rileva da ultimo come non possa essere contemplato nell'ordinamento giuridico un cumulo sanzionatorio tra illecito amministrativo contabile ex art.53, co.7 cit. ed illecito disciplinare, tanto più alla luce degli enunciati sul ne bis in idem di cui alla nota pronuncia CEDU 4.3.2014 sul c.d. caso Grande Stevens”;*

c. *nel merito*: insussistenza degli elementi soggettivo ed oggettivo dell'illecito, nonché del nesso causale tra la condotta contestata ed il presunto danno erariale cagionato all'Azienda Ospedaliera Policlinico di Bari.

Nel dettaglio:

I. *Infondatezza, illegittimità e iniquità della pretesa. L'assenza di condotta illecita e di dolo o colpa grave. Assenza di danno.* Il procedimento è stato istruito acquisendo integralmente l'informativa n.0040593/15 del 29.1.2015 della Guardia di Finanza - Nucleo PT di Bari che ha svolto un'indagine di P.G. delegata nell'ambito del proc. pen. n.17008/14 r.g.n.r. presso la Procura di Bari. “*Le conclusioni cui perviene la G.d.F. sono state fatte proprie e trasfuse nell'atto di citazione senza alcun filtro valutativo in ordine all'attendibilità e/o utilizzabilità delle stesse nel giudizio contabile...gli inquirenti non si sono limitati ad acquisire le dichiarazioni di alcuni presunti pazienti del Dr. B. che avrebbero ricevuto, in date e con modalità talvolta neppure precisate, né tanto meno documentate, prestazioni specialistiche presso lo studio privato - ma convenzionato in regime di c.d. intramoenia allargata - ma si sono impegnati in una ricostruzione (che qui si contesta recisamente) altamente soggettiva, discrezionale e presuntiva del reale accadimento dei fatti, dando per certe e provate delle dichiarazioni rese da soggetti che sono stati, in vero, assai vaghi e meramente possibilisti su tali presunte visite "private" del medico e sui relativi pagamenti dell'onorario. Se si avesse riguardo alle dichiarazioni direttamente rese - così come verbalizzate - presso gli uffici del Nucleo di Polizia tributaria della Guardia di finanza di Bari, si noterebbe che in numerosi casi sono stati escussi soggetti che si sono dichiarati essere al più a conoscenza delle visite specialistiche rese in favore di parenti e non già i diretti pazienti del Dr. B.; che hanno spesso premesso ... locuzioni del tipo "credo", o "se ben ricordo"; che non hanno in molte occasioni neppure saputo precisare con esattezza il numero delle visite, la data delle stesse e gli importi effettivamente elargiti; che trattandosi il più delle volte di pazienti affetti da gravi patologie psichiatriche o neurologiche come tali meriterebbero un serio approfondimento in ordine all'attendibilità delle affermazioni rese; fatta eccezione per alcuni, pochissimi casi, non sono mai stati esibiti - né tantomeno acquisiti - i certificati medici, che pure sarebbero stati sempre rilasciati all'esito di ciascuna visita, dai quali potrebbe dedursi la prova documentale dell'effettiva prestazione dello specialista, né vi è traccia nel fascicolo sia della documentazione medica in questione, quantomeno in copia, sia delle stesse sommarie informazioni testimoniali cui si fa cenno nell'informativa della G.d.F. I soggetti dichiaranti, inoltre, nulla riferiscono in ordine a giorni e orari delle visite, e soprattutto nulla dicono sul contenuto della prestazione medica richiesta ed eseguita dal Dr. B.”. Si eccipisce in definitiva l'infondatezza della contestata violazione del rapporto di esclusività atteso che l'attività del Dr. B. si è svolta esclusivamente in regime di intramoenia allargata e solo raramente, per taluni casi - non i 52 riferiti da parte della GdF - vi*

sarebbero state prestazioni a titolo pressoché gratuito. Del resto, *“l'esiguità delle somme presuntivamente percepite "in nero" (e teoricamente sottratte alle casse dell'ente ospedaliero), vale a dire poco più di €. 2.000,00 spalmati in un arco temporale di due anni e mezzo (accertamento che va dal 2012 a giugno 2014), danno certamente il senso della episodicità, eccezionalità e non regolarità di tale condotta”*.

Inoltre, non sarebbe sufficiente la mera violazione di legge essendo necessaria una provata ed ingiustificata diminuzione patrimoniale conseguente allo svolgimento di attività professionali incompatibili con l'esclusività del rapporto che le indennità oggetto della pretesa risarcitoria sono dirette a remunerare. Infatti, secondo la difesa, si sarebbe trattato di attività libero professionale concretamente non violativa del rapporto esclusivo perché, sotto il profilo della reale offensività della condotta, la stessa si appalesa inidonea ad incidere negativamente sul patrimonio del Policlinico di Bari, sia come monte ore del dipendente sia come risorse ed energie profuse in favore del datore di lavoro.

II. *difetto dell'elemento soggettivo*. La singolarità degli episodi denota, in capo al convenuto, uno stato soggettivo di assoluta buona fede (forse *“un po' di leggerezza, si potrebbe dire”*) o, al più, di colpa lievissima e, come tale, scusabile avendo lo stesso agito nella convinzione di poter visitare pazienti che versavano in difficoltà tali da non poter agevolmente accedere alla prestazione pubblica, senza che ciò comportasse alcun pregiudizio serio, concreto e tangibile al proprio datore di lavoro.

Del resto, secondo la difesa, *“non risulta neppure che il datore Azienda Ospedaliera Policlinico abbia mai dato un'adeguata divulgazione dei precetti in materia di incompatibilità ai propri dipendenti, segnatamente nell'ipotesi di esercizio occasionale di prestazioni lavorative fuori dagli orari di lavoro concordati in intramoenia, e finanche fuori dalle specifiche prestazioni sanitarie convenzionate (es. valutazioni psichiatriche, consulti meramente telefonici, etc.), contribuendo così quantomeno alla concausazione del danno oggetto di giudizio ed attenuando sensibilmente l'elemento psicologico del convenuto”*.

III. *Inutilizzabilità a fini probatori dei verbali della Guardia di Finanza, raccolti in assenza di contraddittorio e neppure esaminati nel testo originario*.

In ordine, inoltre, al valore probatorio da attribuire alla nota della G.d.F. si osserva brevemente come l'unica fonte informativa ad essa riconoscibile risieda in sommarie informazioni che, al di là degli aspetti di criticità sopra evidenziati, sono state ad ogni modo acquisite in totale assenza di contraddittorio con il Dr. B. ed in applicazione di un metodo c.d. presuntivo tipico dell'accertamento tributario *“che rappresenta un'eccezione assoluta nel panorama normativo incompatibile con il meccanismo della ripartizione dell'onere probatorio previsto nel sistema processuale civile (e a maggior ragione penale)*. Manca, in definitiva, sulla scorta del solo richiamo ad una nota informativa della G.d.F., *prova sufficiente e bastevole della responsabilità del Dr. B. in relazione all'ipotesi di addebito di cui all'atto di citazione, tanto più in assenza dei verbali delle dichiarazioni rese dai soggetti escussi”*.

IV. *genericità ed indeterminatezza degli addebiti mossi*. L'accusa mossa sarebbe imprecisa, generica e non definita, impedendo al deducente un'appropriata difesa.

V. *Illegittima riqualficazione del rapporto di lavoro ed errata quantificazione del danno*. Esso andrebbe quantificato in misura pari alla quota spettante al policlinico di Bari e non riversata. Il dott. B. *“ha infatti scrupolosamente osservato il principio di totale disponibilità del dirigente nello*

*svolgimento delle proprie funzioni nell'ambito dell'incarico attribuito e della competenza professionale nell'area e disciplina di appartenenza richiamato dall'art. 10 del CCNL 2002-2006”.*

VI. *Illogicità ed iniquità del richiesto recupero dell'indennità di esclusiva per gli interi anni (2012-2014) anziché per i soli giorni di violazione dell'esclusività del rapporto.* Non si comprende per quale ragione, a fronte di sporadici episodi di presunte visite "private" operate dal Dr. B., egli debba essere chiamato a restituire le indennità per l'intera annualità... *“a fronte della violazione del patto di esclusività solo in alcuni mesi dell'anno, perché il convenuto dovrebbe essere condannato - restituendo le relative mensilità - a risarcire un presunto danno per i mesi in cui non ha visitato nessun paziente se non quelli che avevano, tramite prenotazione CUP, optato per l'intramoenia. Né, invero, risultano - né sono mai state contestate - violazioni con riferimento al secondo semestre dell'anno 2014”.* Ne consegue che il conteggio in ordine al presunto danno patito dall'ente pubblico deve essere ricalcolato tenendo conto dei giorni in cui il medico avrebbe concretamente violato il rapporto di esclusività o, al più, considerando che gli emolumenti dello stesso venivano pagati con cadenza mensile, andranno escluse le mensilità in cui non ha effettuato alcuna visita fuori regime ALPI.

VII. *Omessa considerazione dei vantaggi comunque conseguiti dall'amministrazione, sia sotto forma di prelievo fiscale sulle somme corrisposte a titolo di esclusività sia quali compensi percepiti dai pazienti visitati in regime di intramoenia.* All'assenza di dolo e di colpa grave e di condotta illecita, *“si accompagnano invero molteplici vantaggi conseguiti dall'Amministrazione derivate dall'attività dell'odierno deducente”.* L'importo della pretesa risarcitoria a titolo di retribuzione derivante dal disconoscimento della natura di dirigente medico in intramoenia deve essere decurtato di quanto trattenuto a titolo di ritenute erariali e previdenziali *“non apparendo ragionevole l'estensione della pretesa risarcitoria anche a somme che non sono entrate a far parte del patrimonio del dipendente e delle quali si è avvantaggiata un'amministrazione pubblica sebbene diversa da quella di appartenenza”.* Si contesta l'errato computo, nel calcolo della liquidazione del preteso danno, dell'intera indennità di posizione, trattandosi di emolumento minimo ex art. 22 CCNL, comunque spettante al medico in regime di non esclusività del rapporto e si deduce la necessità di compensare le indennità di esclusività con i vantaggi patrimoniali conseguiti dal Policlinico dall'attività in intramoenia allargata comunque svolta dal Dr. B. negli anni di riferimento.

VIII. *Istanza di riduzione.* In subordine, si chiede l'esercizio del potere riduttivo, giustificato dalla rilevante attività svolta dal dottor B. in favore dell'A.O. Policlinico di Bari a fronte della marginalità e irrilevanza delle inadempienze contestate, dal minore grado della colpa, dall'esiguità del presunto danno patito dall'ente pubblico, dai vantaggi patrimoniali di cui il Policlinico ha comunque goduto in conseguenza della condotta contestata.

La difesa ha quindi chiesto che questa Sezione voglia: *“1. in via principale: rigettare ogni avversa domanda. poiché infondata in punto di fatto e di diritto per i motivi in narrativa; 2. in subordine: diminuire il risarcimento del danno eventualmente dovuto dal dott. B. a titolo di risarcimento del danno sofferto dall'AO Policlinico limitandolo ai giorni in cui sarebbe stata raggiunta la prova della violazione dell'obbligo di esclusività e detraendo in ogni caso gli oneri fiscali e contributivi; 3. compensare quanto eventualmente dovuto dal dott. B. a titolo di risarcimento del danno sofferto dall'AO Policlinico con quanto percepito dall'AO Policlinico per effetto dello svolgimento dell'attività professionale svolta dal medesimo dott. B. nel corso degli anni 2012-2014; 4. in via ancor più gradata: ridurre il risarcimento del danno della misura ritenuta di giustizia e secondo equità; 5. con vittoria di spese di lite”.*



Con nota del 16 dicembre 2016, depositata il 19.01.2017 dal PM contabile, la Procura della Repubblica di Bari ha comunicato di aver chiesto il rinvio a giudizio dell'imputato, per i reati di cui agli artt. 314 (peculato) e 640, secondo comma (truffa) del codice penale, entrambi aggravati dalla circostanza di cui all'art. 61, n. 9 c.p. ed uniti dal vincolo della continuazione ex art. 81 c.p..

All'udienza del 20 gennaio 2017, le parti presenti hanno confermato, sostanzialmente, gli atti scritti, chiedendo l'accoglimento delle rispettive conclusioni.

La causa è stata, quindi, trattenuta in decisione.

Ritenuto in

## DIRITTO

Il Collegio, per un principio di precedenza logica e giuridica rispetto all'esame del merito, deve scrutinare le questioni ad esso pregiudiziali.

*Istanza di sospensione del giudizio in pendenza del coevo procedimento penale.*

L'istanza non può essere accolta.

Come noto, la pendenza di un coevo procedimento penale, instaurato per i medesimi fatti ed a carico dei medesimi soggetti convenuti in sede contabile, non costituisce ragione sufficiente per la sospensione del giudizio.

Premesso che è venuta meno la "pregiudiziale penale" in seguito alle riforme del codice di rito, si deve attualmente configurare tra i giudizi (sia penale ed amministrativo, da un lato, e quello contabile, dall'altro) un rapporto di assoluta autonomia e separatezza, sì che i fatti materiali posti a base delle valutazioni di un giudice possono essere apprezzati, ai fini della formazione del suo libero convincimento, anche dall'altro, rispondendo, ciascuno di essi, a differenti finalità ed atteggiandosi in termini di autonomia in punto di oggetto, eventuali soggetti e rilevanza dei rispettivi apporti individuali. Sul punto, deve farsi richiamo a recente pronuncia delle Sezioni Riunite di questa Corte con (SS.RR. ord. 14 maggio 2015, n. 2) - pienamente condivisa da questo Collegio - secondo cui "*il tema della sospensione impinge in due ipotesi distinte. La prima riguarda la sospensione del processo contabile quando penda "per la medesima vicenda" giudizio penale. Tale ipotesi (disciplinata dal codice di procedura civile con le norme richiamate) deve essere risolta con il parametro della "pregiudizialità giuridica" che, solo, consente e legittima la sospensione*". Ebbene, il Collegio reputa non necessaria la sospensione del giudizio contabile poiché la definizione del giudizio penale non si pone in una relazione di pregiudizialità-dipendenza con il giudizio di responsabilità amministrativo-contabile, attenendo esso a profili differenti rispetto a quelli qui scrutinati, rendendo i giudizi reciprocamente autonomi ed indipendenti (in tal senso, sent. Corte dei Conti, II sez. app., n. 1101 del 28/10/2016; sent. Corte dei Conti, I sez. app., n. 396 del 26/10/2016; sent. Corte dei Conti, III sez. app., n. 481 del 06/10/2016).

Pertanto, l'istanza di sospensione del giudizio non può essere accolta.

*Questione di legittimità costituzionale dell'art. 53, comma 7 e 7bis del d.lgs. 165 del 2001.*

La questione, prima ancora che manifestamente infondata, non è rilevante.

Nei confronti dei dirigenti sanitari in rapporto di servizio con enti e/o strutture del servizio sanitario nazionale trova applicazione (a partire dall'art. 4, comma 7 della legge n. 412/91, che ha introdotto il principio di esclusività) il generale divieto per il pubblico dipendente di svolgimento di attività di lavoro autonomo e subordinato affermato dall'art. 53 del TU n. 165/2001 (che richiama la disciplina preesistente in materia di incompatibilità di cui agli artt. 60 e ss. del T.U. 10.1.1957 n. 3).

*“Nel sistema delineato dal decreto legislativo 30.12.1992 n. 502 e successive modifiche (art. 72 della legge 23.12.1998 n. 448, D.P.C.M. 27.3.2000) l'assoggettamento al rapporto di lavoro esclusivo comporta l'incompatibilità con l'attività libera professionale extramuraria (art. 1, comma 5 della legge n. 662/96), e la sottoposizione dell'attività professionale c.d. intramuraria - cioè l'attività svolta, in nome e per conto dell'azienda individualmente o in equipe al di fuori dell'orario di servizio e delle attività previste dall'impegno di servizio all'interno della struttura aziendale - a specifici vincoli volti a determinarne le modalità e l'assoggettamento a verifica per assicurare un corretto ed equilibrato rapporto con l'attività istituzionale oggetto dell'impegno di servizio, da considerarsi sempre prevalente” (Sezione giurisdizionale per la regione Calabria, 16.04.2013, n. 154, passata in giudicato).*

Nel caso di specie, non si contesta al convenuto il contenuto precettivo (e sanzionatorio) delle norme di cui si predica l'illegittimità costituzionale che, va rammentato, recitano che *“I dipendenti pubblici non possono svolgere incarichi retribuiti che non siano stati conferiti o previamente autorizzati dall'amministrazione di appartenenza...In caso di inosservanza del divieto, salve le più gravi sanzioni e ferma restando la responsabilità disciplinare, il compenso dovuto per le prestazioni eventualmente svolte deve essere versato, a cura dell'erogante o, in difetto, del percettore, nel conto dell'entrata del bilancio dell'amministrazione di appartenenza del dipendente per essere destinato ad incremento del fondo di produttività o di fondi equivalenti.”*. L'art.1, comma 42, Legge n.190/2012 ha poi introdotto il comma 7-bis all'impianto normativo e ha sancito che *“L'omissione del versamento del compenso da parte del dipendente pubblico indebito*

*percezione costituisce ipotesi di responsabilità erariale soggetta alla giurisdizione della Corte dei conti*". Tale norma, meramente ricognitiva di un pregresso prevalente indirizzo (Cass., sez. Un., 2.11.2011 n. 22688) tendente a radicare in capo alla Corte dei Conti la giurisdizione in materia, escludendo quella del giudice ordinario propugnata da un minoritario indirizzo giurisprudenziale (C. conti, Sez. Lombardia, 27.1.2012 n.31, riformata in appello da C. conti, Sez. I, 13.3.2014 n. 406) evidenzia che il rapporto di lavoro con il datore pubblico si caratterizza, a differenza di quello privato, per il c.d. regime delle incompatibilità, in base al quale al dipendente pubblico, di massima, è preclusa la possibilità di svolgere attività extralavorative.

Come sostenuto dalla giurisprudenza della Sezione, l'obbligo di riversamento disposto dal riportato comma 7 non presuppone un effettivo danno patrimoniale a carico dell'amministrazione interessata e il riversamento imposto non costituisce un'ipotesi di responsabilità risarcitoria quanto, piuttosto, una responsabilità di tipo sanzionatorio (Corte dei conti, Sezioni Riunite n. 12/07/QM).

Al contrario, nel presente giudizio si contesta al convenuto l'indebita percezione di indennità non spettanti e, vertendosi in materia di obbligo restitutorio e non solo risarcitorio né punitivo-sanzionatorio, la norma di cui si sollecita lo scrutinio di costituzionalità non viene in rilievo, se non in modo del tutto indiretto.

Inoltre, e per completezza di motivazione, deve essere segnalato che la questione di legittimità costituzionale, di cui si invoca rimessione al Giudice delle leggi, è stata già affrontata, almeno con riferimento ad alcuni parametri costituzionali asseritamente vulnerati, con ripetuti pronunciamenti da parte della Consulta.

Essa, infatti, con ordinanza n. 90 del 26 maggio 2015, ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione di costituzionalità dell'art. 53, comma 7, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 sollevata, in riferimento agli artt. 1, 2, 3, 4, 23, 24, 36, primo comma, e 97, primo comma, della Costituzione, dal Tribunale ordinario di Bergamo e, in riferimento all'art. 36, primo comma, dal Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, *"in quanto entrambi i giudici rimettenti, trascurando di compiere una esauriente ricognizione del contesto regolativo di riferimento, hanno completamente omissi di esaminare e di risolvere motivatamente il problema relativo alla sussistenza della rispettiva giurisdizione in ordine alla specifica domanda a ciascuno devoluta"*. Ancor prima, con ordinanza n. 41 del 25 febbraio 2015, la Corte costituzionale aveva ritenuto manifestamente inammissibile la questione sul presupposto *"che, quanto al principio di buon andamento della pubblica amministrazione, la norma denunciata mirerebbe a rafforzare la*

garanzia che il lavoro dei pubblici dipendenti a favore di terzi non si riverberi negativamente sul servizio d'istituto e, quanto alla libertà di iniziativa economica, la stessa prevedrebbe limiti in ragione dell'interesse generale". Inoltre, "il richiamo dell'art. 36 Cost. si rilevarebbe 'palesamente improprio', dal momento che la norma censurata non inciderebbe in alcun modo sul diritto del pubblico dipendente alla propria retribuzione" e "che, quanto al merito, in contrasto alla tesi dell'obbligo della 'preventiva escussione', la norma in discorso coinvolgerebbe l'erogante solo in quanto il compenso non sia stato corrisposto, dovendo diversamente essere versato dal percettore". Inoltre, non sono stati dedotti profili ulteriori che consentano di sottoporre nuovamente la questione al giudizio della Consulta, poiché la difesa ha prospettato questioni qui inconfidenti (divieto di cumulo fra la sanzione del versamento delle somme percepite e quella disciplinare, giammai agitata e del tutto estranea al presente contesto).

*Merito.*

La domanda si presenta fondata e meritevole di accoglimento, seppur con alcune precisazioni.

L'esame delle questioni agitate prima dello scrutinio del merito ha consentito al Collegio di descrivere - pur senza irrituali anticipazioni - i capisaldi che sostengono il tessuto normativo entro il quale si sono collocate le vicende dannose di cui si discute e la cui riedizione, in questa fase espositiva, si palesa, quindi, superflua.

Deve essere solo ribadito che nei confronti dei dirigenti sanitari in rapporto di servizio con enti e/o strutture del servizio sanitario nazionale trova applicazione (a partire dall'art. 4, comma 7 della legge n. 412/91, che ha introdotto il principio di esclusività) il generale divieto per il pubblico dipendente di svolgimento di attività di lavoro autonomo e subordinato affermato dall'art. 53 del TU n. 165/2001 (che richiama la disciplina preesistente in materia di incompatibilità di cui agli artt. 60 e ss. del T.U. 10.1.1957 n. 3).

*"Nel sistema delineato dal decreto legislativo 30.12.1992 n. 502 e successive modifiche (art. 72 della legge 23.12.1998 n. 448, D.P.C.M. 27.3.2000) l'assoggettamento al rapporto di lavoro esclusivo comporta l'incompatibilità con l'attività libera professionale extramuraria (art. 1, comma 5 della legge n. 662/96), e la sottoposizione dell'attività professionale c.d. intramuraria - cioè l'attività svolta, in nome e per conto dell'azienda individualmente o in equipe al di fuori dell'orario di servizio e delle attività previste dall'impegno di servizio all'interno della struttura aziendale - a specifici vincoli volti a determinarne le modalità e l'assoggettamento a verifica per*

*assicurare un corretto ed equilibrato rapporto con l'attività istituzionale oggetto dell'impegno di servizio, da considerarsi sempre prevalente"* (Sezione giurisdizionale per la regione Calabria, 16.04.2013, n. 154, passata in giudicato).

Il regime di tipo esclusivo non costituisce un obbligo per i professionisti legati da rapporto di lavoro subordinato con la ASL - i quali rimangono liberi di scegliere altre tipologie di rapporto - ma è caratterizzato da una scelta inequivoca cui la legge, ragionevolmente, annette, da un lato, speciali emolumenti, previsti dalla riforma con intento premiale e, dall'altro, limita con l'apposizione di divieti ed incompatibilità, posti a tutela della riserva delle energie professionali a favore del regime sanitario pubblico. Tale riserva giustifica il riconoscimento degli speciali emolumenti previsti dal legislatore, in una prospettiva di premialità.

Il dirigente medico avente rapporto esclusivo con la struttura aziendale di riferimento può svolgere, a fronte di questa scelta, soltanto attività libero professionale in regime di intramoenia, anche se allargata al proprio studio privato, e l'ASL gli riconosce la retribuzione di posizione, la retribuzione di risultato e l'indennità di esclusiva: retribuzioni che diventano indebite nel momento in cui il sanitario deliberatamente violi le disposizioni poste a presidio del rapporto di esclusività e di tutela delle energie professionali a favore del datore di lavoro pubblico, svolgendo attività professionale non avente i requisiti indicati ovvero oltre i limiti consentiti.

L'attività libero professionale che si intende svolgere al di fuori del rapporto di servizio deve essere dichiarata all'Amministrazione mentre, nel presente contesto, vi è prova che non tutte le prestazioni rese siano state dichiarate all'amministrazione ovvero siano state dichiarate per importi inferiori.

Merita, poi, di essere approfondito, per il suo estremo rilievo, l'utilizzabilità degli atti redatti dalla polizia tributaria nel presente giudizio, contestata da parte della difesa.

Il principio di atipicità della prova è ormai *jus receptum* anche nel processo contabile. La fonte normativa di tale principio viene individuata nell'ampio e generico tenore della disposizione di cui all'art. 116 c.p.c. in tema di valutazione delle prove, pur rilevando che allo stato attuale, la giurisprudenza contabile, pur facendo un ricorso svincolato da qualsiasi inquadramento sistematico a strumenti di prova atipici, non si è posta il problema di tracciare criteri di ammissibilità e limiti di efficacia probatoria.

La giurisprudenza è costante nel ritenere possibile avvalersi, al fine di fornire elementi di giudizio alla libera valutazione del giudice ed escluso ogni effetto probatorio legale, delle risultanze istruttorie e delle prove acquisite nel giudizio penale. In proposito, merita di essere segnalato come, con recente pronuncia (Cassaz. III sezione penale 20 settembre 2016, n. 38858) lo stesso giudice della legittimità - nell'ambito di un processo "*a prova rigida*", qual è quello penale - abbia posto in evidenza che il "*verbale di constatazione*" redatto da personale della Guardia di Finanza ... è qualificabile come documento extraprocessuale ricognitivo di natura amministrativa e, in quanto tale, acquisibile ed utilizzabile ai fini probatori, nel processo penale, ai sensi dell'art. 234 cod. proc. pen.. Si è anche osservato che non si tratta di un atto processuale, poiché non è previsto dal codice di rito o dalle norme di attuazione (ex art. 207 disp. att. cod. proc. pen.); né può essere qualificato quale "*particolare modalità di inoltro della notizia di reato*" (ex art. 221 disp. att. cod. proc. pen.), in quanto i connotati di quest'ultima sono diversi (si vedano, sul punto, Sez. 3, n. 6881 del 18/11/2008; Sez. 3, n. 6218 del 17/4/1997)", non trascurando "*che il documento extraprocessuale può anche avere un contenuto valutativo senza che ciò comporti una violazione del principio del libero convincimento del giudice, giacché questi non potrà recepire acriticamente simili risultati*" (Cass. pen., sez. III, sentenza n. 4432/1997). Orbene, è incontestato che nel presente processo sia stato versato non soltanto la *notitia damni* inoltrata alla Procura regionale ma anche la *notitia criminis*, diretta all'inquirente penale, corredata di tutti i verbali di sommarie informazioni che riferiscono delle dichiarazioni rese da parte dei singoli clienti del convenuto e nei cui confronti, al di là di generiche contestazioni di indeterminatezza, il convenuto non ha dedotto allegazioni o prodotto documenti capaci di scalfirne il contenuto probatorio (a mero titolo esemplificativo, si pensi ad un orario di servizio incompatibile con le informazioni rilasciate, estraneità del contesto lavorativo addossato al convenuto, ecc.) né ha formulato specifici capitoli di prova sui quali chiamare a testimoniare i soggetti indicati dalla polizia tributaria e dal PM.

Naturalmente non sfugge al Collegio che la narrazione dei fatti riportata possa non essere assolutamente oggettiva, nella consapevolezza della fallibilità di ogni esposizione di eventi verificatisi nel passato, ma le dichiarazioni riferite, provenienti da soggetti terzi ed indipendenti rispetto all'oggetto della contesa ed, anzi, legati al convenuto da un rapporto di fiducia che è lecito presumere intenso, considerato che hanno deciso di affidarsi, per la tutela della loro stessa salute, alla professionalità del medesimo, inducono il Collegio a prestarvi adesione (art. 116 c.p.c. ed art. 2729 c.c.) sul presupposto che (Corte di cassazione, sentenza n. 13603 del 2011) in tema di prova, spetta al giudice valutare gli elementi di prova già acquisiti al processo.

Assodata l'esistenza di un danno, dato dall'illegittima percezione delle indennità che la legge riserva ai dirigenti che non violano il regime di esclusività, deve essere recisamente ribadito come non possa trovare favorevole accoglimento la tesi secondo cui il convenuto non avrebbe sottratto energie lavorative all'ente ospedaliero di appartenenza. Deve osservarsi che "*una simile interpretazione, frutto di una comprensibile lettura di parte della norma, cozza contro il dato testuale della norma stessa (v. artt. 72, commi 6 e 7, della l. n. 448/1998), oltre che contro i principi affermati in proposito dalla giurisprudenza di questa Corte, che legano la fruizione*

dell'indennità di "esclusiva", semplicemente al rispetto dell'impegno assunto di non svolgere - a titolo non gratuito – attività ulteriori, rispetto a quelle proprie del dirigente medico intra moenia.

La giurisprudenza del tutto pacifica di questa Corte, invero, considera la violazione del dovere di "esclusiva", come lesione del "sinallagma" contrattuale, che giustifica l'attribuzione patrimoniale della indennità di esclusiva, appunto) a fronte del dovere negativo, assunto dal medico, di non espletare nessun'altra attività "a titolo – si ripete – non gratuito" (Sez. giur. Sardegna n. 46/2013, nonché Sez. App. Sicilia sent. n. 318/2013 e Sezione Umbria n. 49/2005). Nel contesto dell'art. 72 della legge n. 448/1998, pertanto, la violazione del dovere d'esclusività comporta la percezione indebita della relativa indennità, che di per sé costituisce danno (Sezione Giurisdizionale per l'Umbria, sentenza n. 95 del 2014).

Relativamente all'elemento psicologico si ravvisa nella condotta del convenuto l'elemento del dolo, avendo lo stesso consapevolmente ed intenzionalmente (come riferito nelle medesime deduzioni difensive), violato le disposizioni che regolavano la propria attività lavorativa, presso la Pubblica Amministrazione, contenute nei regolamenti aziendali e nei provvedimenti con cui il convenuto è stato autorizzato all'esercizio dell'intra-moenia "allargata".

Il dirigente medico avente rapporto esclusivo con la struttura aziendale di riferimento può svolgere, a fronte di questa scelta, soltanto attività libero professionale in regime di intramoenia, anche se allargata al proprio studio privato, e l'ASL gli riconosce la retribuzione di posizione, la retribuzione di risultato e l'indennità di esclusiva (oltre che quella di sostituzione, se spettante): retribuzioni che diventano indebite nel momento in cui il sanitario deliberatamente violi le disposizioni poste a presidio del rapporto di esclusività e di tutela delle energie professionali a favore del datore di lavoro pubblico, svolgendo attività professionale non avente i requisiti indicati ovvero oltre i limiti consentiti.

Dopo aver concluso lo scrutinio sulla sussistenza dei presupposti della responsabilità amministrativa (condotta improntata al dolo, da porsi in relazione causale con un correlativo danno arrecato al datore di lavoro pubblico), il collegio deve procedere alla quantificazione dell'importo di condanna.

In effetti, merita di essere ricordato come esattamente la Procura abbia ritenuto le singole prestazioni specialistiche, rese senza alcuna comunicazione e fatturazione, condotta violativa del vincolo di esclusività cui il convenuto era astretto e cui consegue l'indebito percepimento delle indennità di esclusività, di risultato, di posizione, spettanti solo in regime di esclusiva ex art. 72, comma 5°, L. n. 448/1998.

L'indennità di esclusiva - come sottolineato dalla giurisprudenza (Sez. III Centr. d'Appello, sent. n. 415/2015) - non costituisce l'unica differenza retributiva rispetto ai dirigenti sanitari che abbiano optato per un rapporto di lavoro non esclusivo.

Nella previsione del CCNL, come si è detto, l'indennità di esclusività, l'indennità di posizione (per il 50% della parte variabile) e l'indennità di risultato non sono attribuite in relazione a maggiori prestazioni richieste, ma sono dirette, sempre che siano rispettati gli obblighi previsti dal rapporto di esclusività con l'azienda sanitaria e siano raggiunti i risultati, a compensare i minori guadagni derivanti dalla rinuncia da parte del medico alla facoltà di svolgere la libera professione extramuraria e qualsiasi altra attività sanitaria a titolo non gratuito (cfr. C. conti, sez. Liguria, 1.7.2015 n. 45; id., sez. Sardegna n. 145/2013 e n. 19/2012, Sez. App. Sicilia n. 22/2012; id., sez. Campania, 17.9.2013 n. 1111). Peraltro, la Sezione ha già ricordato come *“le modalità contrattuali di svolgimento dell'attività lavorativa di un dirigente medico (e connessi profili retributivi) sono fondate su formali comunicazioni scritte del lavoratore, imposte dalla vigente normativa legislativa e contrattuale, sicché nell'ipotesi di espressa opzione per l'attività professionale in regime di esclusività, l'inadempimento degli obblighi previsti per tale rapporto di lavoro comporta inevitabilmente il venir meno anche dei correlati diritti ai benefici previsti per il trattamento economico”* (questa Sezione, sentenza 5 agosto 2016, n. 278).

Dunque tutte le componenti retributive (indennità di esclusiva, indennità di risultato ed il 50% della retribuzione di posizione) che contribuivano a costituire il trattamento stipendiale per un rapporto di lavoro dai connotati diversi da quelli reali, integrano prestazioni oggettivamente indebite e, perciò, costituiscono danno per l'erario dell'Ente erogante (da ultimo C. conti, sez. Calabria, 24.11.2014 n. 266; sez. Lombardia, 6 ottobre 2015 n. 165; Sez. Giur. Lombardia, sent. n. 12/2016).

L'ammontare quantificato dalla Procura erariale, tuttavia, va depurato della contestazione mossa per l'anno 2012, annualità per la quale le isolate visite contestate (poco più del 10% delle visite contestate) non possono ritenersi ex se sufficienti a ritenere vulnerato il vincolo di esclusività.

Tutte le suesposte motivazioni, dunque, concordemente depongono per l'affermazione della responsabilità dolosa del convenuto nella violazione degli obblighi legislativi e contrattuali in materia di esclusività del rapporto di lavoro con l'amministrazione (art.15-quinquies del D. Lgs. 30 dicembre 1992, n.502, art.72 della Legge 23 dicembre 1998, n.448, C.C.N.L., quadriennio 2010-2013 dell'area della dirigenza medica e veterinaria del S.S.N.) ed appaiono assorbenti rispetto ad ogni dedotta ulteriore e diversa eccezione e difesa prospettate dal convenuto nella propria comparsa, con la conseguenza che la domanda va parzialmente accolta, per un ammontare complessivo pari ad Euro 21.179,30 (36.802,26 – 15.622,96).

La somma così indicata andrà maggiorata di rivalutazione monetaria, secondo indici ISTAT – F.O.I., maturata sugli importi mensilmente percepiti sino alla data di deposito della presente sentenza, ed interessi legali, sull'importo rivalutato, dalla data della presente sentenza sino al di dell'effettivo soddisfo. Da ultimo deve essere segnalato come non possa trovare accoglimento la



richiesta della difesa di quantificare, al netto di ogni onere, gli importi delle indennità percepite dal convenuto. Il patrimonio della Amministrazione di appartenenza del convenuto ha subito il depauperamento dell'importo nel suo ammontare lordo e di tale somma l'AO deve essere reintegrata. Il convenuto potrà agire nelle opportune sedi tributarie e previdenziali onde ottenere, se del caso, i rimborsi spettanti (*in terminis*, Sezione giur.le Calabria, 16.11.2012 n.519; id., Sez. appello per la regione Siciliana, 24.1.2012 n.22). Analoghe considerazioni valgono per il preteso scomputo delle trattenute previdenziali, il cui avvenuto versamento rappresenta comunque un vantaggio per il solo lavoratore e, dunque, un esborso interamente dannoso per la PA erogante.

Alla soccombenza segue la condanna al pagamento delle spese di giudizio, come quantificate in parte dispositiva.

P.Q.M.

La Corte dei conti - Sezione giurisdizionale per la Regione Puglia, definitivamente pronunciando, nel giudizio di responsabilità iscritto al n. 32776 del registro di segreteria, accoglie parzialmente la domanda attrice e condanna B. B. al pagamento in favore del Policlinico di Bari di € 21.179,30, oltre accessori, come in parte motiva.

Condanna il convenuto al pagamento delle spese del giudizio che, sino al deposito della presente sentenza, si liquidano in 529,55.

Così deciso in Bari, nella camera di consiglio del 20.01.2017.

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

F.to (dott. Roberto D'Alessandro)

F.to (dott. Mauro Orefice)

Depositata in Segreteria il 02 MAG.2017

Il Funzionario

F.to (dr.ssa Concetta MONTAGNA)