

SEZIONE	ESITO	NUMERO	ANNO	MATERIA	PUBBLICAZIONE
CALABRIA	SENTENZA	122	2013	RESPONSABILITA'	16/04/2013

REPUBBLICA ITALIANA 122/2013

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE DEI CONTI

SEZIONE GIURISDIZIONALE PER LA REGIONE CALABRIA

composta dai seguenti magistrati :

Rossella Scerbo

Presidente f.f. – relatore

Quirino Lorelli

Giudice

Domenico Guzzi

Giudice

ha pronunciato la seguente

SENTENZA n. 122/2013

nel giudizio di responsabilità iscritto al n.19055 del registro di segreteria, instaurato dal Procuratore regionale nei confronti di:

---- , nato a Catanzaro ----- rappresentato e difeso dall'avv. ----- (pec -----) presso il cui studio in Catanzaro alla via ----- è elettivamente domiciliato ;

Visto l'atto introduttivo del giudizio ;

Visto l' invito a dedurre ex art. 5 del D.L. 15 novembre 1993 n. 453 conv. in legge 14 gennaio 1994, n. 19;

Visti gli altri atti e documenti di causa;

Uditi alla pubblica udienza del 19 marzo 2013 con l'assistenza del segretario rag. Paolo Chiappetta, il relatore consigliere Rossella Scerbo, l'avv.----- per delega dell'avv. ----- ed il rappresentante del P.M. nella persona del sost. proc. gen. Sabrina D'Alesio;

Ritenuto in

FATTO

Con atto di citazione depositato il 25 novembre 2011 la Procura regionale ha evocato in giudizio l'odierno convenuto, dirigente medico in servizio presso l'Asp di Catanzaro, per ivi sentirlo condannare al pagamento della somma di euro 128.194,85 oltre alla rivalutazione monetaria, interessi legali e spese del giudizio .

Al medesimo è contestato il danno derivante dalla percezione negli anni dal 2004 al 2009 dell'indennità di esclusività , della retribuzione di risultato e di posizione non spettanti per avere pur avendo optato per il rapporto di lavoro esclusivo esercitato attività libera professionale intramuraria senza la preventiva autorizzazione del direttore generale dell' Asl prevista come obbligatoria dalla normativa vigente (art 72 comma 11 della legge n 448 del 23.12.1998 ed art 7 punto 4 del DPCM 27.3.2000, art 15 quinquies n 10 del dl.gvo 30.12.1992 n 502).

Tale importo ammonta ad euro 116.152,79 ed è aumentato degli interessi legali “maturati nel tempo “ per un ammontare complessivo di euro 128.194.85

L'organo inquirente ha respinto la tesi difensiva secondo cui la corresponsione delle indennità di esclusività sarebbe collegata solo all'opzione per l'intramoenia e non anche alla definizione del procedimento autorizzativo all'espletamento dell'attività libero professionale sostenendo che in assenza di autorizzazione il dirigente non avrebbe potuto esercitare l'attività intramuraria.

Né alcun valore può essere attribuito all'inclusione – invocata in sede di deduzioni- nell'elenco allegato alla nota della Direzione Sanitaria prot 25-12 del 2.5.2007 poiché in detta nota d'accompagnamento si fa riferimento ai medici che risultano autorizzati alla libera professione e non ai medici regolarmente autorizzati; anche la deliberazione n 1007 del 22.6.2009 ha ad oggetto la ricognizione dei medici che hanno svolto attività intramuraria negli anni 2004-2008 ancorché sprovvisti di autorizzazione.

Del pari nessuna efficacia esimente può essere attribuito alla consegna dei bollettari, non solo perché non risulta da chi siano stati rilasciati dovendosi ritenere che il convenuto abbia tratto in inganno gli uffici deputati al rilascio facendo credere di essere in possesso dell'autorizzazione, ma anche in considerazione del particolare rigore formale e sostanziale che caratterizza l'esercizio del potere autorizzatorio

La mancanza dell'atto formale di autorizzazione non permette la verifica della regolarità della posizione del dirigente medico.

Nel comportamento del dott. ----- ad avviso della Procura, è ravvisabile il dolo contrattuale ex artt. 1225 c.c.

Con memoria del 25 novembre 2011 il convenuto si è costituito con il ministero dell'avv. ----- ed ha sostenuto la non necessità dell'autorizzazione in quanto tutte le fonti normative - l'art. 15 quater del dlgo n 502/1992 , l'art. 1 della legge n 662/96, il d.lgo n 229/1999) prevedono un mero obbligo di comunicazione dell'opzione per l'attività intramoenia. Onere al quale il sanitario ha ottemperato con nota racc. del 15 .3.2000 ricevuta dal direttore generale ASL n.7 il 20.3.2000 con la quale chiedeva anche di essere messo nelle condizioni di svolgere l'intramoenia.

Non avendo l'Amministrazione messo a disposizione locali per lo svolgimento dell'intramoenia ha svolto la propria attività professionale in uno studio privato a seguito della nota prot 4221 del 19 settembre 2000 (attività intramoenia dei dirigenti sanitari) con la quale il direttore sanitario ha invitato i responsabili dei dipartimenti e dei distretti sanitari di base a comunicare ai sanitari interessati che presso i servizi finanziari erano stati resi disponibili i bollettari per il rilascio delle ricevute; con tale nota i sanitari sono stati autorizzati formalmente a svolgere l'intramoenia allargata , essendo il sistema dei bollettari utilizzabile solo in regime di intramoenia allargata .

Con il regolamento del 2005 (l'ASI n 2007) , premesso di non avere ancora avviato l'intramoenia interna ,ha autorizzato lo svolgimento dell'intramoenia al di fuori della struttura con il solo obbligo di utilizzare i bollettari aziendali

L'inclusione del proprio nominativo nell'elenco dei dirigenti che risultano autorizzati alla libera professione intramoenia relativamente a quanto emerso dalla ricognizione all'uopo effettuata "(in allegato alla nota prot. n. 2512 del 2.5.2007) ha assunto il significato di una riconferma dell'autorizzazione.

Solo con nota prot. n. 135 del 30.10.2010 del Commissario straordinario e del responsabile dell'ufficio Alpi si è deciso di "azzerare le precedenti autorizzazioni" con conseguente decisione di riavviare l'attività secondo procedure conformi alla norma

Ha sostenuto l'infondatezza dell'assioma su cui si basa la citazione secondo cui se si è svolta l'attività intramuraria con qualche irregolarità automaticamente ed in ogni caso il sanitario deve essere considerato in regime di extramoenia e deve rimborsare le differenze retributive laddove l'obbligazione risarcitoria sorge solo ove l'attività venga svolta con modalità d'esercizio e volumi di prestazioni tali da identificare una vera e propria attività libero professionale.

Al riguardo ha evidenziato la modestia degli introiti Alpi pari ad euro 18.980.00 nei sei anni presi in considerazione con una media di circa 3.160, all'anno..

In subordine alla domanda principale di rigetto della domanda attrice con condanna al pagamento delle spese ed onorari del giudizio , ha eccepito la prescrizione con riferimento all'imputazione di danno erariale asseritamente arrecato sino al 15.7.2006 , tenuto conto che l'invito a dedurre è stato notificato il 15.7.2011 e che non è ravvisabile il dolo

In via ulteriormente subordinata ha invocato l'esercizio del potere riduttivo .

Al dibattimento entrambe le parti hanno confermato le rispettive conclusioni scritte e la causa è stata trattenuta in decisione.

Considerato in

DIRITTO

1) La Procura contesta all'odierno convenuto la produzione di un danno erariale consistente nell'indebita percezione dell'indennità di esclusività e delle retribuzioni di posizione e di risultato per avere esercitato negli anni dal 2004 al 2009 l'attività intramuraria in carenza di autorizzazione, come tale sostanzialmente equiparabile all'attività extraprofessionale incompatibile con il rapporto di lavoro esclusivo ed i correlati benefici economici .

A conferma di un orientamento giurisprudenziale espresso in recenti pronunce(ex plurimis sen n 55 del 18.2.2013, n 62 del 20.2.2013, n 77 del 6.3.2013) il collegio ritiene la domanda in parte improcedibile e per la restante non meritevole di accoglimento per difetto di colpa grave.

2) L'eccezione di prescrizione è meritevole di accoglimento tenuto conto che l'invito a dedurre è stato notificato il 15 luglio 2011 non ravvisandosi nella fattispecie un'ipotesi di occultamento doloso del danno che legittimerebbe lo slittamento del dies a quo alla data in cui si è verificata una conoscenza affidabile concreta ed oggettiva dell'evento di danno .

Ad integrare tale fattispecie, secondo univoca giurisprudenza, non è sufficiente una connotazione dolosa della condotta ma è necessario un quid pluris consistente in un'attività fraudolenta soggettivamente diretta ed oggettivamente idonea ad occultare il danno (in terminis di questa Sezione n 533/2011, n. 239/2012;. Cass. ord. n. 2030/2010).

Orbene nella vicenda per cui è causa non vi è traccia di un occultamento doloso, è vi è ,al contrario la prova non solo della conoscibilità obiettiva ex art 2935 c.c. ma anche della conoscenza effettiva da parte dell'Amministrazione presunta danneggiata dell'attività intramuraria per avere il convenuto chiesto (anche se non ottenuto) l'autorizzazione, utilizzato i bollettari aziendali versando il riscosso alla tesoreria dell'Azienda che ha poi effettuato il conguaglio.

Ne deriva che il termine iniziale della prescrizione va fissato secondo il criterio generale ex art. 2935 c.c. al momento del verificarsi del danno cioè la percezione dei proventi economici collegati al rapporto di esclusività, con conseguente accoglimento dell'eccezione negli esatti termini formulati dalla difesa che fanno riferimento al danno maturato (emolumenti percepiti) anteriormente al 15 luglio 2006 .

3) Passando all'esame del merito il collegio ritiene doversi attribuire rilievo alle concrete modalità della condotta, tali da escludere la sussistenza della colpa grave, che non può ritenersi insita nella semplice violazione di legge che pure nella specie si è verificata non essendo il sanitario in possesso di una formale autorizzazione .

Come è noto, anche 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 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 30.3.2001 n. 165 (che richiama la disciplina preesistente in materia di incompatibilità di cui agli artt. 60 e ss. del T.U. 10.1.1957).

Nel sistema delineato dal decreto legislativo 30.12.1992 n. 502 e successive modifiche (art. 72 della legge 23.12.1998 n . 448, DPCM 27.3.2000) l'assoggettamento al rapporto di lavoro esclusivo comporta l' incompatibilità con l'attività libera professionale extramuraria (art 1 comma 5 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 .

Inoltre in mancanza di reperimento di spazi idonei all'interno dell'azienda nonché di strutture sanitarie appositamente [individuate è stata consentita l'utilizzazione previa autorizzazione di studi professionali privati.](#)

In primo luogo, va affermata la necessità di un'autorizzazione espressa prevista dalla normativa vigente nell'arco temporale di interesse : dall'art 5 n 4 del DPCM del 27.3.2000 (contenente disposizioni di indirizzo e coordinamento destinate a trovare applicazione fino all'entrata in vigore della disciplina regionale adottata con deliberazione della Giunta Regionale n 56 del 30 .1.2007), all' art. 4 della delibera del direttore generale dell'Azienda sanitaria n 1296 del 7.5.1997 ed art 8 regolamento approvato con delibera del direttore generale n 857 del 27.4.2005 che attribuiscono la relativa competenza al direttore generale ,sentito il parere del direttore sanitario.

[Non è infatti condivisibile la tesi difensiva secondo la quale ai sensi dell'art 15 quater del dlgs n 502 /92 e dell'art 1 comma 10 della legge n 662/96 sarebbe sufficiente una mera comunicazione che, all'evidenza fa confusione tra l'opzione per il rapporto esclusivo e l'esercizio dell'attività intramuraria c.d. allargata.](#) Le norme invocate introducono dei termini per l'opzione tra intra o extramoenia ,variabili a seconda che alla data di entrata in vigore della legge (comma 10) ovvero in data successiva (comma 11) l'Asl avesse organizzato gli spazi per lo svolgimento dell'intramoenia nelle proprie strutture , ma non prende in considerazione lo svolgimento di attività intramuraria cd allargata che è stata introdotta dall ' art.72 comma 11 della legge n 448/98 (vedi anche legge 419/98)

4) La ragione per cui vanno esclusi sia la colpa grave che il dolo va ricercata nell'esistenza di comportamenti e situazioni facenti capo all'Amministrazione di appartenenza che del tutto legittimamente hanno ingenerato nel sanitario il convincimento della correttezza del suo operato .

Il convenuto ha presentato (congiuntamente a dei colleghi) un'istanza per essere "essere messi nella condizione di poter espletare la libera attività professionale intramoenia" in data 15 marzo 2000.

La mancanza di un'autorizzazione formale è certamente imputabile a negligenze dell'amministrazione aziendale; dagli atti di causa (cfr Relazione del direttore sanitario dott. Montesano, allegato n 51 fascicolo Procura) emerge inequivocabilmente un generale stato di disorganizzazione nell'ambito dell'Azienda sanitaria locale n 7 di Catanzaro dovuto alla tardiva costituzione dell'ufficio A.L.P.I (Attività libera professionale intramuraria) avvenuta solo con la delibera del Direttore generale n 173 del 6.2.2009) ed al mancato funzionamento dell'ufficio di verifica e di monitoraggio, che ancorché costituito con delibera del d.g. n. 986 del 27 dicembre 2006 , di fatto non è mai stato operativo; per cui ciascun ufficio amministrativo (ufficio legale, ragioneria , delle risorse umane) ha provveduto autonomamente e sulla base di semplici direttive verbali ai singoli incumbenti .

Ne è invalsa una prassi per cui l'autorizzazione era considerata implicita nel rilascio del bollettario (come affermato nella relazione sulla verifica amministrativo- contabile presso l'Azienda Sanitaria n 7 dell'Ispettorato Generale della Guardia di Finanza) che veniva utilizzato dai sanitari per la riscossione degli onorari professionali ed il rilascio delle ricevute ai pazienti, evidentemente effettuati in nome e per conto dell'azienda come comprovato dalla successiva circostanza del versamento del riscosso nella tesoreria aziendale ovvero del suo accredito sul conto corrente aziendale mediante bonifico bancario e della successiva corresponsione del conguaglio in busta paga .

Anche nel caso che ci occupa gli introiti- peraltro di modesta entità- pari ad euro 18.980,00 per i sei anni cui si riferisce la contestazione sono affluiti nella loro interezza nelle casse dell'Azienda che ha, dopo aver effettuato i prelievi di legge, provveduto ad erogare i conguagli sulla busta paga del dirigente .

Né appare condivisibile la prospettazione di parte attrice che ha sostanzialmente sostenuto che i sanitari si siano fatti consegnare i bollettari traendo in inganno gli uffici in ordine al possesso dell'autorizzazione

Al contrario, come rilevato dalla polizia giudiziaria (cfr relazione ALPI ,già citata) è da ritenere che “ **Nonostante la mancanza del rilascio della prevista autorizzazione dal predetto direttore sanitario, a richiesta del medico gli veniva rilasciato il bollettario aziendale che consentiva a quest'ultimo di considerare arbitrariamente ed erroneamente, implicitamente ottenuta la predetta autorizzazione**” .

Anche l'inclusione negli elenchi dei medici autorizzati non può non avere contribuito, al pari delle suindicate circostanze, a radicare nel convenuto il convincimento della legittimità e regolarità della propria posizione, pur in mancanza di un'autorizzazione espressa.

Al contrario non può essere condivisa la tesi prospettata dal P.M. secondo la quale il valore dell'elenco non andrebbe oltre quello di in una mera presa d'atto dello svolgimento in via di fatto dell'intramoenia sullo base delle autocertificazioni contenute nella”scheda rilevazioni dati”.

Tanto risulta smentito sia dalla nota n 297/DS del 17.1.2007 con la quale si chiede la trasmissione di dati ai sanitari dando atto che dalla documentazione in possesso dell'Azienda risulta lo svolgimento di attività libero professionale, che dalla nota d'accompagnamento del direttore sanitario n. 25/12 DS del 2.5.2007 con la quale si afferma testualmente “ si allega elenco dei dirigenti che risultano autorizzati alla libera professione intramoenia relativamente a quanto emerso dalla ricognizione all'uopo effettuata” ed infine dalle dichiarazioni rese dalla dott.ssa Barbuto, responsabile del neoistituito ufficio A.L.P.I., alla Guardia di Finanza.

E' facile poi osservare che se l'assunto dell'accusa fosse fondato alla ricognizione dell'illegittimo svolgimento dell'attività intramoenia avrebbe dovuto necessariamente fare seguito un'attività sanzionatoria e di ripristino della legalità violata che invece è mancata , laddove solo nel 2010 (nota prot. 135 del 20.8.2010 dell'ufficio Alpi) l'Azienda (presumibilmente a causa delle indagini in corso) ha deciso di azzerare le autorizzazioni precedenti e di riorganizzare il servizio.

Per mero scrupolo motivazionale, resta da escludere anche la configurabilità del dolo che si connota per la volontà di sottrarsi all'osservanza dei propri doveri di servizio che è palesamente esclusa sia dalla presentazione delle istanze e comunicazioni su richiamate che dal versamento nella tesoreria aziendale della totalità degli introiti percepiti .

5) L'assorbente rilievo del difetto di dolo e/o colpa grave esonera,altresi, da ulteriori indagini in ordine all'elemento oggettivo del danno per la cui sussistenza non è sufficiente la mera violazione di legge essendo necessaria una ingiustificata diminuzione patrimoniale e pertanto lo svolgimento di attività professionali incompatibili con l'esclusività del rapporto che le indennità oggetto della pretesa risarcitoria sono dirette a remunerare, mentre nella vicenda per cui è causa non solo si è trattato di attività per sua intrinseca natura compatibile con il rapporto esclusivo ma la Procura non ha neanche ipotizzato comportamenti trasgressivi degli obblighi di servizio quali volumi dell'attività tali da non consentire il corretto e regolare espletamento di quella istituzionale, laddove nella citazione vengono contestati introiti di entità limitata .

6) Non è luogo a condanna di parte attrice al pagamento delle spese processuali stante il carattere meramente formale di parte del PM che agisce nell'interesse obiettivo della legge(ex plurimis Cass. SS.UU. 5.7.2004 n 12301)

Ai sensi dell'art. 3 comma 2 bis del d.l. 3.10.1996 n. 543 conv. in legge 20 dicembre 1996 n. 639 come interpretato autenticamente dall'art 10 bis comma 10 del d.l. 30.9.2005 n. 203 conv. con modificazioni nella legge 2.12.2005 n. 248 va disposto il rimborso delle spese legali che in applicazione del DM 20.7.2012 n 140 (regolamento recante la determinazione dei parametri per la liquidazione da parte di un organo giurisdizionale dei compensi per le professioni regolarmente vigilate dal Ministero della Giustizia ,ai sensi dell'art 9 del d.l. 24.1.2012 n.1 conv. con modificazioni, dalla legge 24.3.2012 , n 27) applicabile ex art 42 alle liquidazioni successive alla sua entrata in vigore) si liquidano forfettariamente nella misura di euro 1.500,00 (millecinquecento/00).

P.Q.M.

la Corte dei conti – Sezione giurisdizionale per la regione Calabria ogni contraria istanza, deduzione ed eccezione disattesa

ACCOGLIE PARZIALMENTE

l'eccezione di prescrizione e per l'effetto dichiara l'improcedibilità della domanda attrice relativamente ai danni maturanti anteriormente al 15 luglio 2006.

RIGETTA

per il resto la domanda attrice .

Liquida forfettariamente le spese legali in euro 1.500,00.

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del 19 marzo 2013.

IL PRESIDENTE F.F. ESTENSORE

f.to *Rossella Scerbo*

Depositata in segreteria il 16/04/2013

Il Funzionario

f.to dott.ssa Stefania Vasapollo

