



Sent. 62/2020

Repubblica Italiana

In Nome del Popolo Italiano

La Corte dei conti

Sezione Terza Giurisdizionale Centrale d'Appello

Composta dai Sigg.ri magistrati:

Dott. Angelo Canale	Presidente
Dott.ssa Giuseppa Maneggio	Consigliere
Dott.ssa Cristiana Rondoni	Consigliere
Dott.ssa Patrizia Ferrari	Consigliere
Dott. Giovanni Comite	Consigliere relatore

ha pronunciato la seguente

Sentenza

sulla citazione in appello, iscritta al n. **53.916/R.G.**, **proposta dal Procuratore** presso la Sezione giurisdizionale regionale **per l'Emilia - Romagna: appellante principale**

Contro

Porcellini Giuseppe, difeso **dall'Avv. De Bellis Gabriele**, domiciliato a Roma, in via Sistina 121: **appellato principale**

e

sulla citazione in appello, iscritta al n. **53.916/R.G.**, **formulata da Porcellini Giuseppe**, difeso **dall'Avv. De Bellis Gabriele**, domiciliato a Roma, in via Sistina 121: **appellante incidentale**

Contro

la **Procura** presso la Sezione giurisdizionale regionale **per l'Emilia-Romagna** e la **Procura generale** presso la Corte dei conti:

appellate incidentali

Verso e per la riforma - parziale

della **sentenza n. 152/2018/R** - della Corte dei conti - Sezione giurisdizionale regionale per l'Emilia - Romagna - **pubblicata** il 06 agosto 2018 e non notificata.

Visti: gli appelli, la comparsa e l'ulteriore scritto di parte privata, gli atti tutti di causa;

uditi alla pubblica udienza del 26 febbraio 2020, con l'assistenza del segretario Sig.ra Calabrese Gerarda, il Cons. relatore, dott. Comite Giovanni, il V.P.G. dott.ssa Quarato Maria Nicoletta, per l'ufficio del P.M., e l'Avv. De Bellis Gabriele, per Porcellini Giuseppe.

Svolgimento del processo

1. Con la **sentenza in epigrafe** la Corte regionale per l'Emilia – Romagna ha condannato **Porcellini Giuseppe** a pagare, in favore dell'Azienda U.S.L. della Romagna, l'importo di <<(…) **€ 193.814,73**, *oltre rivalutazione monetaria, secondo gli indici F.O.I., dal 19 settembre 2012 al deposito della sentenza, interessi di legge, da tale ultima data al soddisfo*>>, e spese di giudizio, liquidate in **€ 229,78**.

2. **I fatti.** A seguito di esposto, in data 23 febbraio 2016, segnalante un (presunto) danno erariale imputabile al “*primario della chirurgia della spalla dell'Ospedale di Cattolica, titolare di due società (Shoulder Team e Shouldertech), ritenute svolgere attività in concorrenza con l'A.U.S.L. della Romagna*”, la Procura felsinea delegava adempimenti istruttori alla Guardia di Finanza, i cui risultati venivano compendiate nell'informativa trasmessa il 31 maggio 2017.

Dalla stessa emergeva che il dott. Porcellini Giuseppe, in precedenza con contratto di lavoro a tempo determinato, con decorrenza 29 dicembre 2009 è stato assunto a tempo indeterminato, con obbligo di esclusività lavorativa, come Direttore dell'Unità Complessa di Ortopedia dell'Ospedale Cervesi di Cattolica. Contestualmente e sino a dicembre 2015/gennaio 2016, è stato titolare: dell'80% delle quote sociali del "*Poliambulatorio Shoulder Team s.r.l.*" e del 33,33 per cento delle quote della "*Shouldertech s.r.l.*" (di cui era anche amministratore).

All'esito di indagine ispettiva, l'A.U.S.L. della Romagna ha contestato al dipendente medico, con nota del 16 dicembre 2015, la violazione dell'obbligo di esclusività lavorativa per via della "*titolarità di quote di imprese in conflitto di interessi con il S.S.N.*", con diffida ad eliminare detta incompatibilità, poi rimossa, come da visura trasmessa il 3 febbraio 2016, di cui l'Ente prendeva atto il 24 marzo seguente.

Ne derivava la contestazione al medesimo, da parte della Procura regionale, della violazione dell'obbligo di esclusività lavorativa, di cui all'art. 4, co. 7, l. 412/1991, nel periodo 29 dicembre 2009 – 22 gennaio 2016, causa di (asserito) danno alle casse dell'Azienda romagnola quantificato in **€ 352.303,63 [€ 111.929,01**, a titolo di indebita percezione dell'indennità di esclusività di struttura complessa; i restanti **€ 240.374,62**, per la percezione di retribuzioni altre per le quali il rapporto di esclusività costituiva presupposto].

3. La Corte bolognese, previo richiamo della disciplina generale sulle incompatibilità (art. 53, del d.lgs. n. 165/01, art. 60 del d.P.R. n.

3/57, art. 1, co. 57 e ss. l. n. 662/96), osservava che dalla documentazione agli atti non poteva revocarsi in <<...*dubbio che (...)* il suindicato “medico specialista” ha detenuto una partecipazione significativa presso la *Shoulder Team s.r.l.* (80%) e presso la *Shouldertech s.r.l.* (33,33%) (...) in conflitto di interessi e in violazione dell’art. 4, co. 7, l. 412/1991>>. Conflitto non eliso dalla circostanza che tra il “*Poliambulatorio Shoulder Team s.r.l.*” e l’Azienda sanitaria venissero stipulate delle convenzioni per l’esercizio dell’attività libero – professionale di numerosi medici (compreso il suindicato sanitario), atteso che in specie non rilevava lo svolgimento di detta attività ma la compartecipazione in quote di imprese. Perciò, il Collegio riteneva fondata la domanda attorea ma nei limiti della eccepita prescrizione. Difatti, riteneva non esservi stato “*occultamento doloso del danno, posto che la riconducibilità al Porcellini delle quote di impresa doveva risultare evidente all’Azienda sanitaria, mediante una semplice visura camerale anche, e sopra tutto, in virtù del fatto che la stessa A.U.S.L. aveva sottoscritto accordi di convenzionamento con la predetta struttura privata (...)*”. Ne discendeva la condanna nei termini in epigrafe, con prescrizione degli emolumenti percepiti prima del 19 settembre 2012 (invito notificato il 19 settembre 2017).

4. Si gravava della decisione la Procura regionale per l’Emilia - Romagna, che lamentava <<**1) *Violazione art.1, commi 2 e 3, l. 20/1994 in riferimento (...)* all’occultamento doloso del danno**>>.

Deduceva che la sentenza è incorsa in errore per non aver dato seguito all’indirizzo interpretativo espresso dalle SS.RR. nella

sent. n. 2/2017/QM, alla cui stregua “...l’omessa denuncia ad opera del dipendente pubblico non fa decorrere il termine di prescrizione anteriormente al disvelamento del fatto dannoso originario (...)”; in specie, ricorreva <<...una chiara ipotesi di occultamento doloso del danno a causa della taciuta violazione di norme di condotta (...)>>. In sostanza, la Corte non avrebbe valutato che il Porcellini, a fronte di rigorosi obblighi informativi, ha “serbato maliziosamente il silenzio sulla posizione di incompatibilità, con ciò ponendo le basi per la percezione delle superiori retribuzioni legate al regime di esclusività”.

<<2) Perplessa ed illogica motivazione – Violazione artt. 2935, 2697 c.c. e 94 e 95 del d.lgs. n. 174/2016>>.

Rilevava che la sentenza impugnata confondeva <<...il profilo dell’occultamento doloso del danno (...) con quello del tutto diverso che riguardava l’inizio del decorso della prescrizione, indicando circostanze (i contratti di convenzionamento) dalle quali ha dedotto la possibilità, per la struttura sanitaria, di conoscere la situazione di incompatibilità e conseguentemente di agire per porvi rimedio>>.

Argomentazioni che osservava non essere state <<oggetto di eccezione di parte, in quanto (...) l’unica contestazione specifica dal dott. Porcellini effettuata (...) aveva riguardato (...) l’inoltro all’Azienda non dei contratti di convenzionamento, bensì dell’autorizzazione comunale allo svolgimento dell’attività da parte della società (...) spedita via fax all’ASL il 23/07’09, in epoca però antecedente al periodo di causa...>>.

Da ultimo, la decisione affermava, in palese violazione del

principio sulla ripartizione dell'onere della prova, che l'Azienda, in esecuzione di asseriti obblighi, avrebbe dovuto occuparsi di richiedere visure camerali delle società convenzionate e così conoscere della situazione di incompatibilità del medico. Concludeva perciò per la riforma della sentenza e per la condanna del medico al pagamento dell'intera somma di **€ 352.303,63**, oltre accessori e spese.

5. Resisteva all'appello principale, con comparsa prodotta il 22 novembre 2018, **Porcellini Giuseppe**, concludente, "*in parte qua*", per la conferma della sentenza. Deduceva di non aver dato luogo <<...*ad alcuna condotta (...) fraudolenta diretta intenzionalmente ad occultare l'esistenza del danno, poiché era del tutto noto e comunque conoscibile da parte dell'Azienda la situazione di (asserita) incompatibilità poi contestata dalla stessa amministrazione al medico (visura camerale, atti di convenzionamento, etc.)*>>.

Di talché, a fronte <<...*dell'eccezione di maturata prescrizione formulata dal convenuto, avrebbe dovuto essa Procura assolvere all'onere di provare l'esistenza di atti o fatti interruttivi del suo decorso o di circostanze, concrete e non meramente omissive, atte a spostarne nel tempo l'inizio. Non sussistendo tali allegazioni l'eccezione era fondata, come la Corte regionale ha statuito (...)*>>.

6. Si gravava della decisione, con appello incidentale, **Porcellini Giuseppe**, che lamentava << (...) **erronea applicazione art. 1, commi 1, 1 bis, 1 quater, 3 l. 20/94; (...) errata valutazione delle risultanze istruttorie; (...) (in)sussistenza dell'addebito, sia sotto il profilo soggettivo che oggettivo; (...) travisamento di**

motivazione; contraddittorietà manifesta; insussistenza della violazione art.4, co. 7, l. 412/91; erroneo presupposto di condotta oggettivamente omissiva e soggettivamente colpevole; difetto, erroneità (...) e carenza di motivazione>>.

Rilevava la contraddittorietà della sentenza per avere <<applicato alla fattispecie (...) la normativa vigente per i pubblici dipendenti in tema di divieto di svolgimento di attività contemporanea e di esclusività della prestazione lavorativa>>, tra l'altro senza esternare <<...il percorso valutativo che ha portato (...) a parificare, con evidente inibita analogia, le diverse ipotesi (cumulo di impieghi rispetto al conflitto di interessi), essendo state richiamate indifferentemente le normative di riferimento>>. In realtà, sosteneva l'appellante incidentale, <<la struttura "Poliambulatorio Shoulder Team S.r.l." non era in conflitto di interessi con il S.S.N.: al contrario ne era parte integrante>>, con inconfigurabilità dell'addebito. Ove, comunque, fosse integrato un fatto dannoso, alla produzione dello stesso "...ha certamente concorso il fatto colposo dell'Amministrazione", nella piena consapevolezza dell'esistente convenzionamento. In sostanza, non è stato dimostrato che l'agire del dott. Porcellini sia stato mosso da consapevolezza e volontà di arrecare pregiudizio all'Azienda, né che lo stesso fosse consapevole di trovarsi in condizioni di incompatibilità.

Infine, la Corte regionale ometteva di valutare due profili difensivi: la "*compensatio lucri cum damno*" e il potere riduttivo.

Sosteneva, invero, che se da un lato la titolarità di quote sociali,

in società pretesamente in concorrenza, non ha apportato all'Azienda sanitaria alcun pregiudizio, né la Procura regionale ha provato quale sia stata *“una effettiva attività svolta in concorrenza e quali introiti siano stati incamerati dalle strutture private”*, dall'altro, *“<<...risultava che l'attività presso l'Ospedale di Cattolica e l'operatività del Poliambulatorio Shoulder Team S.r.l. (...) hanno comportato un indubbio vantaggio economico all'Azienda (in termini di operatività del complesso ospedaliero e di somme incamerate dall'A.U.S.L. per le attività svolte presso la struttura)>>*, importi da quantificare, previo esperimento di C.T.U.

Chiedeva poi farsi applicazione del potere di riduzione in ragione dell'inconsapevole affidamento, degli ottimi precedenti di servizio, della prontezza e del comportamento tenuto dopo la contestazione, del fatto colposo di altri. Insisteva per il proscioglimento dalle imputazioni tutte; in sede istruttoria, chiedeva ammettersi prova per testi, su specifici fatti debitamente capitolati, e una CTU atta a provare l'incremento delle prestazioni presso l'Ospedale di Cattolica e gli importi incassati dall'Azienda per le attività svolte presso le strutture private.

7. Nella memoria prodotta via p.e.c. il 21 gennaio 2020, l'appellante incidentale ha rinnovato le ragioni del rigetto del gravame principale e per l'accoglimento di quello incidentale.

8. Alla pubblica udienza odierna i rappresentanti delle parti hanno indugiato nei rispettivi atti e concluso come da verbale. Al termine della discussione la causa è stata trattenuta in decisione.

Ragioni del decidere

[1] Riunione delle impugnative.

In quanto proposte separatamente contro la stessa sentenza, le impugnative devono riunirsi in un solo processo, in applicazione dell'art. 184, co.1, d.lgs. 174/16 (C.G.C.).

[2] Sintesi degli esiti.

L'appello principale è fondato. Non identicamente quello incidentale, le cui argomentazioni, peraltro non rinvenienti come preteso conferma negli atti, confliggevano con quanto pianamente previsto all'art.4, co. 7, l. 412/1991, che inibiva la partecipazione a centri di interesse alternativi all'ufficio pubblico in capo al sanitario.

[2.1] Infondatezza dell'eccezione di prescrizione e conformità a diritto dell'appello principale.

In termini di stretta disciplina giuridica, l'art. 1, co. 2, della legge n. 20/1994, ha previsto che: *<<Il diritto al risarcimento del danno si prescrive in ogni caso in cinque anni, decorrenti dalla data in cui si è verificato il fatto dannoso, **ovvero in caso di occultamento doloso del danno, dalla data della sua scoperta**>>*.

La regola generale ritiene che il fatto dannoso non si perfezioni con il comportamento tenuto dal pubblico dipendente in difformità da quello previsto dalle norme, circostanza questa attinente alla condotta, ma con il momento in cui, verificandosi le conseguenze di quella condotta, si realizza l'"*eventus damni*" - quale effettivo depauperamento del patrimonio pubblico - e si abilita il Requirente all'esercizio dell'"*actio damni*". Tale principio soffriva tuttavia delle

eccezioni nelle non infrequenti ipotesi di “*occultamento doloso*”, richiedenti lo spiegamento di accorte attività finalizzate al disvelamento, non mero, dei fatti. In tali casi, il legislatore ha voluto affermare la regola dell’esercizio dell’azione e, conseguentemente, della decorrenza della prescrizione dal momento della “*conoscenza effettiva*”, in luogo della “*conoscibilità obiettiva*” (Corte conti, Sez.III, 98/’02, Sez.I, 427/’03, Sez. II 377 e 498/2017).

Ciò premesso, rileva il Collegio che, diversamente da quanto sembrerebbe opinare parte privata (si veda pagg. 14 – 15 della comparsa di costituzione), l’occultamento doloso può realizzarsi anche con un comportamento semplicemente omissivo avente <<...*ad oggetto un atto dovuto, cioè un atto cui il debitore sia tenuto per legge*>> (Cass. 11348/1998, Corte conti Sez. I, 124/2004/A, Sez. app. per la reg. Siciliana, n. 198/2012 e n. 64/2016).

In sostanza, può occultarsi non solo realizzando una condotta ulteriore, rispetto alla fattispecie integrativa dell’illecito erariale, preordinata a mantenere celati i fatti dannosi, ma anche rimanendo semplicemente silenti, nel senso di realizzare non un comportamento meramente passivo ma di serbare “*maliziosamente*” il silenzio su talune circostanze, incidenti in specie sul rapporto unico di lavoro con il S.S.N., al cospetto dell’obbligo giuridico di farle conoscere alla propria amministrazione. In ipotesi, e fermi i generali “*doveri*” di correttezza e buona fede, di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., che devono comunque e sempre presidiare la fase delle trattative e di esecuzione dei contratti, anche di lavoro, pubblici e privati, e che la

Corte di legittimità (Cass. pen. 41717/2009) ha individuato quali fonti del dovere di informazione, un tale obbligo è insito nel regime speciale delle incompatibilità previsto per il personale sanitario.

In particolare, la legge n. 412/1991, fatta espressamente salva dall'art. 53 del d.lgs. n. 165/2001, insieme con le disposizioni integrative contenute nell'art.1, co. 9, del d.l. n. 510/1992, ha introdotto all'art. 4, co. 7, il principio del rapporto unico di lavoro con il servizio sanitario nazionale. Ne ha poi espressamente sancito l'incompatibilità con: **1)** ogni altro rapporto di lavoro dipendente, pubblico o privato; **2)** altri rapporti anche di natura convenzionale con il Servizio sanitario nazionale; **3)** *“con l'esercizio di altre attività”* che possono configurare conflitto di interessi con il S.S.N.; **4)** *“con la titolarità o con la partecipazione delle quote di imprese che possono configurare conflitto di interessi con il S.S.N.”*.

Sicché, ha posto sbarramenti assoluti, mirando a prevenire, già sul piano della potenzialità, il dispendio di energie del lavoratore pubblico della sanità in altre attività. L'accertamento delle incompatibilità [che presuppone un obbligo di denuncia che non esclude, ma ai presenti fini (ossia della prescrizione), un rilievo del suo apprendimento *“aliunde”* da parte dell'Amministrazione, non rilevando certo ai fini di un'autorizzazione implicita dell'Azienda ad un comportamento *“contra legem”*] <<*competere, anche su iniziativa di chiunque vi abbia interesse, all'amministratore straordinario delle unità sanitarie locali al quale spetta altresì l'adozione dei conseguenti provvedimenti (...)*>> (art. 4, co.7, prima parte).

Da ultimo, rispetto al regime generale (delineato agli artt. 60 e ss. del d.P.R. n. 3/1957 e 53 del d.lgs. n. 165/2001), il divieto assoluto, nel caso del personale sanitario, soffriva di una deroga riguardante lo svolgimento della libera professione, che è consentito, fuori dall'orario di lavoro e in strutture non convenzionate del servizio sanitario nazionale, a tutti i medici dipendenti: l'ambito di applicazione dell'eccezione è stato ritenuto costituzionalmente legittimo in considerazione della natura e delle funzioni integrative e sussidiarie svolte dalle istituzioni sanitarie private convenzionate (Corte cost. n. 457/1993, 214/1994 e 450/1994).

Le premesse suindicate sono perciò tutte nel senso di uno specifico obbligo informativo in capo al dipendente medico, in specie Dirigente di Unità Operativa Complessa, verso l'amministrazione sanitaria di appartenenza quanto alla *"titolarità o compartecipazione di quote di imprese che possono configurare conflitto di interessi con il S.S.N."*. Il silenzio serbato su dette circostanze, da chi aveva il dovere di farle conoscere, integrava la fattispecie dell'occultamento doloso per omissione. Detta inadempienza spostava quindi in avanti il momento della conoscibilità obiettiva del danno, lasciando salvo il principio della conoscenza effettiva alla data del 16 dicembre 2015 di contestazione, al dott. Porcellini, della proprietà di quote di imprese detenute in violazione dell'art.4, co. 7, della legge 412/1991, con diffida a disporne la loro cessione entro 60 giorni.

Ora, per pervenire a tale approdo poco conferente si rivelava per il Collegio, il richiamo dell'appellante principale alla sent. n.

2/2017/QM, delle SS.RR., che ha statuito la sussistenza dell'obbligo di autodenuncia (antitetico al silenzio) anche a fronte di danni prodotti dallo stesso soggetto tenuto, in base alla regola della c.d. "gerarchizzazione" e "verticalizzazione" del rapporto di lavoro, alla denuncia alla Procura regionale, prevalendo in specie i caratteri di garanzia per l'erario sul principio di matrice penalistica per cui nessuno può essere obbligato ad affermare la propria responsabilità penale (autodenuncia). In tale ottica argomentativa, le Sezioni Riunite hanno affermato, in sede di questione di massima sul "*nemo tenetur se edere*", al punto 3) della motivazione, che "*ove l'omessa denuncia sia in collegamento con il doloso occultamento del danno, in forza di specifica disposizione normativa al riguardo del dies a quo (art. 1, co. 2 l.20/94 e s.m.i.), il termine quinquennale della prescrizione non decorrerebbe anteriormente al disvelamento del fatto dannoso originario (...), ossia alla conoscenza di esso aliunde avvenuta, da parte del PM contabile*". In specie, si faceva riferimento all'art.1, co. 3, l. 20/94, secondo il quale "*Qualora la prescrizione del diritto al risarcimento sia maturata a causa di omissione o ritardo della denuncia del fatto, rispondono del danno erariale i soggetti che hanno omesso o ritardato la denuncia. In tali casi, l'azione è proponibile entro cinque anni dalla data in cui la prescrizione è maturata*", disposizione quindi non invocabile nell'ipotesi tratta a giudizio.

Ciò malgrado, la sentenza impugnata negava l'occultamento doloso perché la riconducibilità al Porcellini della proprietà delle quote, nelle due strutture private, poteva evincersi dall'Azienda sanitaria

attraverso una semplice visura camerale e, sopra tutto, <<*dal fatto che la società "Poliambulatorio Shoulder Team S.r.l." aveva sottoscritto accordi di convenzionamento con la struttura pubblica*>>.

L'argomentare è del tutto implausibile allegando gli atti qualcosa di diverso, ossia che l'Azienda sanitaria era sì al corrente delle convenzioni (indifferenti sull'aspetto proprietario) per l'esercizio temporaneo della libera professione intramuraria del personale medico dipendente (compreso il dott. Porcellini) presso struttura privata non accreditata, così come dell'autorizzazione concessa dal Comune di Forlì il 21 luglio 2009 al predetto, portata a conoscenza dell'Amministrazione con messaggio fax il 23 luglio 2009, in epoca in cui il rapporto di lavoro del medico era però a tempo determinato e non in regime di esclusività. Il che non rendeva dimostrato che alla successiva data del 29 dicembre 2009, di assunzione a tempo indeterminato e in regime di esclusività lavorativa, l'Azienda avesse contezza cognitiva di una compartecipazione nella misura dell'80% nel capitale del "*Poliambulatorio Shoulder Team S.r.l.*", e del 33,33% nel capitale di "*Shouldertech S.r.l.*", titolarità che si poneva in contrasto, a mente dell'art.4, co. 7, l. 412/1991, con l'unicità del rapporto di lavoro pubblico a causa del "*potenziale ricorrente conflitto di interessi*", di cui era espressione l'oggetto sociale.

A tale stregua non risultavano condivisibili né le argomentazioni dell'Attore pubblico, sulla circostanza che la sentenza nell'escludere l'occultamento doloso aveva statuito su questione che "*non ha in alcun modo costituito oggetto di eccezione di parte (...)*" e il giudice

“(...) non poteva quindi accogliere l’eccezione sulla base di un fatto diverso” (Cass. 15991/2018), né quelle di parte privata, che osservava che “...a fronte dell’eccezione di prescrizione era la Procura appellante a dover assolvere all’onere probatorio, provando l’esistenza di atti e fatti interruttivi del suo decorso (...) o di circostanze atte a spostarne nel tempo l’inizio (...)”.

Difatti, risulta pur vero che l’eccezione di prescrizione deve sempre fondarsi su fatti allegati dalla parte, restando escluso che il giudice possa accogliere la stessa sulla base di un fatto diverso (Cass. Sez. II, n. 15991/2018); cionondimeno la medesima Corte di legittimità ha anche affermato che *“grava sulla parte che eccepisce la prescrizione estintiva o modificativa del diritto azionato solamente l’onere di allegare l’inerzia del titolare del diritto dedotto in giudizio e di manifestare la volontà di avvalersene (...), spettando al giudice stabilire se, in relazione al diritto applicabile al caso, l’eccepita estinzione si sia verificata”* (Cass. Sez. III, n. 27889/2017).

In specie, poi, il dott. Porcellini, nella memoria di costituzione di primo grado (del 03 aprile 2018), ha eccepito la prescrizione con riguardo agli emolumenti percepiti antecedentemente al 19 settembre 2012, poiché insussistente l’occultamento doloso, siccome reso evidente dalla circostanza di *“non aver mai omesso di rappresentare la propria condizione giuridica e, quindi, l’esistenza della struttura privata (...). E tale aspetto non è relativo, come erroneamente sostenuto dalla Procura cont., solo all’attività professionale (sempre autorizzata)...”*, quindi ai contratti di convenzionamento, ma *“anche a*

quello della titolarità e/o responsabilità nella società” (pag. 22).

Sicché, rileva il Collegio che il primo giudice ha deciso l'eccezione di prescrizione estintiva o modificativa del fatto dannoso sulla base dei fatti allegati dal (presunto) debitore, pervenendo tuttavia a conclusioni implausibili, atteso che l'Amministrazione sanitaria non aveva particolari doveri di verifica e di accertamento nel periodo in cui con il dott. Porcellini non si era instaurato un rapporto unico contraddistinto dall'obbligo di esclusività lavorativa, e ciò a valere per l'autorizzazione comunale rilasciata per l'esercizio della struttura privata, della quale era il legale rappresentante. Riguardo invece ai contratti di convenzionamento l'Azienda non era obbligata a valutare il regime proprietario della struttura con cui si convenzionava, men che meno attraverso lo specifico adempimento consistente nell'acquisizione di visure camerali, non essendo ciò previsto da alcuna norma di natura negoziale né di tipo regolamentare.

Prive di pregio erano anche le osservazioni di parte privata, in quanto la controeccezione di interruzione della prescrizione, tipico atto difensivo dell'attore (in specie del Procuratore regionale), che oppone una circostanza modificativa del suo effetto, è una eccezione in senso lato e non in senso stretto e, pertanto, poteva rilevarsi anche d'ufficio dal giudice sulla scorta degli elementi probatori ritualmente acquisiti agli atti (Cass. 15661/2005, Sez. III 27889/2017). Inoltre, il giudice chiamato a decidere sulla prescrizione poteva *“tenere conto del fatto interruttivo di essa, anche se non dedotto formalmente dall'attore come controeccezione”* (Cass. 2035/2006), fermo restando che

“l’interruzione della medesima poteva essere dedotta per la prima volta in appello” (Cass. 25213/2009). In conclusione, il silenzio serbato integrava l’occultamento doloso per omissione (Corte conti, Sez.I 173, 240/2018, Sez.III, 345, 514/2016).

Di talché, l’appello principale della Procura regionale per l’Emilia – Romagna merita accoglimento e la sentenza, *“in parte qua”*, riforma, nel senso che l’azione erariale non è prescritta quanto agli emolumenti percepiti dal Porcellini in epoca anteriore al 19 settembre 2012 e determinati in **€ 158.488,90** (€ 352.303,63 – 193.814,73). A tale epilogo non si ravvisa debba seguire il ritorno degli atti alla Corte territoriale, potendo il Collegio disaminarne il merito, già scrutinato dalla prima sentenza nel suo maggior importo di **€ 193.814,73**.

[2.2] L’infondatezza dell’appello incidentale. Il merito.

La sentenza impugnata è esente dai vizi denunciati per avere seguito un percorso logico e coerente volto a dar conto del quadro normativo generale e così pervenire al regime speciale delle incompatibilità previsto per il personale sanitario all’art.4, co. 7, l. 412/1991, violato dal dott. Porcellini con la titolarità di quote di società potenzialmente in conflitto di interessi con l’Azienda sanitaria di appartenenza, di cui aveva piena consapevolezza, anche dei riflessi sul rapporto unico di lavoro in regime di esclusività.

Il Collegio, nel confermare sul punto la prima decisione, ravvisa di poter così statuire alla luce della documentazione agli atti, da ritenersi adeguata, sufficiente e non bisognevole di integrazioni istruttorie testimoniali, e da sostenere con motivazione in parte

integrativa di quella di prime cure.

Come è noto, il d.lgs. 165/01, nel dettare le norme generali *“sull’ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche”*, ha mantenuto fermo, all’art. 53, co.1, per tutti i pubblici dipendenti, il regime delle incompatibilità e del cumulo di incarichi ed impieghi per essi vigente, disciplinato nel titolo V, art. 60 e ss. del T.U. n. 3/57, e volto ad assicurare l’*“esclusività”* della funzione pubblica di cui all’art. 98 della Cost., statuente che: *“i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione”*, principio che si sostanziava nel dovere di riservare le proprie energie lavorative ad esclusivo vantaggio dell’Ente di appartenenza. Perciò, la sua previsione a livello di *“Carta fondamentale”* ne escludeva la derogabilità su intervento delle parti e dei contratti collettivi (Cons. di Stato, sent. n. 794/19, Cass. Sez. lav. n. 5961/13), concernendo essa quei requisiti di indipendenza e di totale disponibilità che *“<<...sono preclusivi della stessa costituzione del rapporto di lavoro (...)>>”* (Cass. n. 7343/2010).

In detta ottica, l’art. 60, del d.P.R. 3/57, ha previsto che *“l’impiegato non può esercitare il commercio, l’industria né alcuna professione o assumere incarichi alle dipendenze di privati o accettare cariche in società costituite a fine di lucro (...)”*.

La suindicata normativa (poi novellata dalla legge n. 190/2012, dal d.lgs. 39/2013, dal d.lgs. n. 75/2017) ha posto pertanto sbarramenti assoluti, mirando a prevenire, già sul piano della potenzialità, il dispendio di energie del lavoratore pubblico in altre attività. In sostanza, la preminenza dell’interesse pubblico *“<<(...) ha*

*determinato un assetto segnato dall'equiparazione di attualità e potenzialità del conflitto>> (Cass. n. 31277/2019). In tal modo, attraverso il regime delle incompatibilità l'ordinamento ha inteso prevenire, inibendo le condizioni favorevoli al suo insorgere, il concretarsi del contrasto. Sicché, una tale valutazione era da condurre in termini astratti, con giudizio prognostico *ex ante*, indipendentemente dall'esistenza di riflessi negativi sul rendimento e sull'osservanza dei doveri d'ufficio. A tale stregua: <<*non valeva ad escludere la situazione di incompatibilità di un pubblico dipendente, che eserciti un'attività imprenditoriale, il fatto che egli eserciti regolarmente il suo lavoro, in quanto la norma dell'incompatibilità mira anche a salvaguardare le energie lavorative del dipendente stesso, ai fini di un miglior rendimento nei confronti della p.a. datrice di lavoro*>> (Cons. di Stato n. 24/1999).*

In detto quadro generale (opportunamente delineato dalla prima Corte), si inserisce il regime speciale previsto per il personale sanitario, di cui all'art.4, co. 7, l. 412/1991, che ha introdotto il principio del rapporto unico con il servizio sanitario nazionale, avente come controprestazione, in ragione dell'obbligo di esclusività lavorativa, il pagamento della omologa indennità e di ulteriori retribuzioni per le quali il rapporto di esclusiva costituiva il presupposto per l'erogazione.

La suindicata norma ha previsto poi l'incompatibilità del rapporto unico di lavoro tra l'altro con << (...) *la titolarità o con la compartecipazione delle quote di imprese che possono configurare conflitto di interessi con lo stesso*>>.

Di talché, al pari della disposizione generale di cui all'art. 53, d.lgs. 165/2001, anche quella dettata per il personale sanitario è volta a garantire l'imparzialità, l'efficienza e il buon andamento dell'amministrazione, ex art. 97 Cost., e ad <<...evitare la creazione di centri di interesse alternativi all'ufficio pubblico in capo al sanitario, (...)>> (Cass. 31277/2019).

Ne discende che anche in tale ipotesi il legislatore ha riconosciuto rilievo alla mera situazione di conflitto di interessi con il servizio sanitario nazionale, situazione che, diversamente da quanto opinato da parte privata, può ritenersi integrata, con valutazione della incompatibilità *ex ante*, per la sola titolarità, da parte del Porcellini, di quote di maggioranza (80 per cento) della società "*Poliambulatorio Shoulder Team S.r.l.*". In sostanza, atteso che essere un pubblico dipendente non impedisce in assoluto di investire il proprio denaro in quote del capitale sociale di una società, l'espressione usata dall'art.4, co.7, vale a dire "*possono configurare conflitto di interessi con il S.S.N.*", valeva a differenziare la tipologia delle partecipazioni societarie, <<(...) *restando evidentemente fuori dal divieto quelle che non configurino, sulla base di un giudizio prognostico ex ante da svolgersi anche e principalmente con riferimento all'oggetto sociale, alcun conflitto di interessi (...)* >> (Cass. 31277/2019).

In specie, il dott. Porcellini era detentore dell'80% delle quote del "*Poliambulatorio Shoulder Team S.r.l.*" e del 33,33% delle quote della società "*Shouldertech S.r.l.*" (della quale era anche amministratore), aventi un oggetto sociale chiaramente indicativo di

un interesse distinto se non inconciliabile rispetto alle attività del servizio sanitario nazionale, già in sé integrativo del divieto legislativamente previsto ed espressivo di una situazione di contrasto.

La prima aveva ad oggetto: *“L’impianto, la gestione e l’affitto di strutture ambulatoriali polivalenti, di laboratori, ambulatori e poliambulatori medici, con organizzazione di attività di fisioterapia, fisiokinesiterapia, fisioterapia riabilitativa, gestione in proprio di palestre ginnico sportive, impianti sportivi (...); la seconda invece “L’organizzazione di corsi di formazione, di convegni o di seminari in campo medico e sanitario...”* e la gestione di poliambulatori e di ambulatori medici, e ciò bastava a far ritenere integrata la situazione di incompatibilità di cui al sopracitato art. 4, co. 7, l. 412/1991, come altresì validata dalla realtà fattuale. Invero, il 16 dicembre 2015 l’A.U.S.L. della Romagna ha avviato il procedimento volto a far cessare l’incompatibilità, poi eliminata come da nota del 03 febbraio 2016. In sostanza, sono state cedute le quote del *“Poliambulatorio Shoulder Team S.r.l.”*, con effetto dal 22 gennaio 2016, ed è stato modificato l’oggetto sociale della *“Shouldertech S.r.l.”* con atto notarile del 18 dicembre 2015 (che ha così fatto venir meno il riferimento all’organizzazione e alla gestione di poliambulatori e ambulatori medici).

Di talché, non poteva revocarsi in dubbio né la consapevolezza del dott. Porcellini sulla proprietà delle quote sociali, né la sussistenza di un potenziale conflitto di interessi con il servizio sanitario nazionale, evincibile, con giudizio prognostico *ex ante*, dall’oggetto sociale delle

predette strutture private, chiaramente indicativo di interessi distinti se non inconciliabili rispetto alle attività dell'A.U.S.L. della Romagna.

La condotta così delineata risultava quindi caratterizzata dal dolo, quale elemento strutturale della responsabilità amministrativa. Invero, il Collegio ravvisa - aderendo anche in termini di teoria generale a giurisprudenza di questa Sezione (sent. n. 510/04), in base alla quale una e una soltanto è la nozione di dolo, da riassumere nella consapevolezza e volontà dell'agente sia di un'azione od omissione "*contra legem*" sia delle sue conseguenze giuridiche - che l'aver mantenuto la proprietà di quote sociali, anche significative, per un lasso di tempo di oltre sei anni, da parte del dott. Porcellini, integrava l'incompatibilità di legge con perdita del requisito della totale ed esclusiva disponibilità verso l'Amministrazione sanitaria, avente come risvolto l'alterazione dell'equilibrio tra la controprestazione erogata (maggiore retribuzione connessa al rapporto di esclusività) e la prestazione resa, con un danno, a carico dell'A.U.S.L. della Romagna, quantificato in **€ 352.303,63**, importo non controverso tra le parti, tranne che per taluni profili su cui la prima sentenza non ha reso espressa pronuncia. E il comportamento posto in essere con accettazione del relativo rischio, che poteva invece cessare alla data del 29 dicembre 2009 di assunzione a tempo indeterminato, proprio per l'elevato grado di diligenza derivante dalla posizione di Direttore di Unità Operativa Complessa, implicava per lo stesso un maggiore grado di adesione della volontà, essendo più probabile l'avverarsi dell'evento.

Quanto poi alla “*compensatio lucri cum damno*”, profilo sul quale il primo giudice non si era in effetti pronunciato, ravvisa il Collegio che non ne sussistano i presupposti applicativi. Invero, detto istituto opera solo quando l’attribuzione patrimoniale collaterale (vantaggi economici) ha la stessa causa giustificativa dell’obbligazione risarcitoria erariale, che deve essere idonea a produrre entrambi gli effetti secondo un criterio di ragionevolezza (Corte conti, Sez. II, 17/’09, Cass. sentt. gemelle nn.12564,12565, 12566 e 12567 del 2018). Nel caso all’esame, il danno derivava dalla violazione del rapporto di esclusività, indotta dalla incompatibilità del rapporto unico di lavoro con la compartecipazione in quote di imprese configuranti un conflitto di interessi con esso; i vantaggi economici dall’esercizio della libera professione, consentito, fuori dall’orario di lavoro e in strutture non convenzionate del servizio sanitario nazionale, a tutti i dipendenti medici, e rappresentati dalla quota spettante all’Azienda sanitaria per le attività svolte presso la struttura privata e da un asserito incremento delle prestazioni svolte presso l’Ospedale di Cattolica. Essendo la causa dei secondi altra e diversa da quella propria del danno erariale la “*compensatio*” non poteva operare.

Riguardo invece al potere riduttivo, integrante una facoltà, non un obbligo e su cui il primo giudice era tenuto a motivare solo in ipotesi di favorevole determinazione, rileva la Sezione che non poteva invocarsene l’applicazione sia perché si era al cospetto di fattispecie dolosa contraddistinta da un lungo periodo (sei anni) di proprietà di

quote di imprese, integranti centri d'interesse alternativi all'ufficio pubblico in capo al sanitario, sia perché il testo dell'art. 4, co. 7, della legge 412/1991, non si prestava ad alcuna ambiguità interpretativa.

In conclusione, l'appello incidentale è da disattendere, con conferma della prima sentenza quanto all'importo di **€ 193.814,73**, da rimborsare in favore dell'A.U.S.L. della Romagna, e alle spese.

Complessivamente, l'importo da risarcire da parte del dott. Porcellini Giuseppe è pari ad **€ 352.303,63** (euro trecentocinquantaquattro/63).

Sulla suddetta complessiva somma spettano la rivalutazione monetaria, secondo gli indici F.O.I., dal 19 settembre 2012 (data individuata dalla Corte regionale) e sino al 06 agosto 2018 (di deposito della sentenza impugnata), e gli interessi di legge da tale ultima data al soddisfo. Le spese del grado seguono la regola oggettiva della soccombenza e si liquidano, in beneficio dell'Erario dello Stato e a carico dell'appellante incidentale, come da dispositivo.

P.Q.M.

La Corte dei conti, Sezione terza giurisdizionale centrale di appello, disattesa ogni contraria istanza, deduzione od eccezione, definendo il giudizio, riunisce i gravami, accoglie l'appello principale iscritto al **n. 53.916/R.G.** e, per l'effetto, in riforma della sentenza n. 152/2018/R, del 06 agosto 2018, della Sezione giurisdizionale regionale per l'Emilia – Romagna, dichiara non prescritta l'azione con riguardo agli emolumenti retributivi a titolo di esclusiva percepiti per il periodo 29 dicembre 2009 – 19 settembre 2012. Conseguentemente,

condanna Porcellini Giuseppe a reintegrare l'Azienda Unità Sanitaria Locale della Romagna della somma di **€ 158.488,90**; respinge l'appello incidentale, iscritto al **n. 53.916/R.G.**, e, per l'effetto conferma la sentenza in epigrafe sia in ordine all'importo di **€ 193.814,73**, sempre da rimborsare alla suddetta Azienda sanitaria, che alle spese di giudizio ivi liquidate. Sulla complessiva somma di **€ 352.303,63** (euro trecentocinquantaduemilatrecentotre/63), spettano la rivalutazione monetaria, secondo gli indici F.O.I., dal 19 settembre 2012 e sino al 06 agosto 2018, e gli interessi di legge da tale ultima data al soddisfo. Le spese del presente grado si liquidano, in favore dell'Erario dello Stato e a carico dell'appellante incidentale, in **€ 176,00** (euro centosettantasei/00).

Manda alla Segreteria della Sezione per il più a praticarsi.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio, all'esito della pubblica udienza del 26 febbraio 2020.

Il Consigliere Estensore
(F.to Dott. Giovanni Comite)

Il Presidente
(F.to Dott. Angelo Canale)

Depositata in Segreteria il 03.03.2020

Il Dirigente

F.to Dott. Salvatore Antonio Sardella